

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**KAMU ÖZEL SEKTÖR İŞBİRLİĞİ (PPP) PROJELERİNİN
HUKUKİ REJİMİ**

Doktora Tezi

AHMET T. KEŞLİ

Danışmanı: PROF. DR. O. GÖKHAN ANTALYA

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi AHMET
TEYİT KEŞLİ'nin tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.02.2009
tarih ve 2009-4/20 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile
Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

Tez Savunma Tarihi : 06.05.2009

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. GÖKHAN ANTALYA
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. CEVDET YAVUZ
3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. FARUK ACAR
4) Jüri Üyesi : PROF. DR. GÜZİN ÜÇİŞİK
5) Jüri Üyesi : PROF. DR. ŞÜKRÜ YILDIZ

İmzası



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	VI
GİRİŞ	1
1. KONUNUN ÖNEMİ	1
2. TERİM SORUNU	5
3. KAMU ÖZEL SEKTÖR İŞBİRLİĞİ (PPP) KAVRAMI	7
4. BENZER KURUMLAR İLE İLİŞKİSİ	10
4.1. ÖZELLEŞTİRME İLE İLİŞKİSİ	10
4.2. KAMU İHALELERİ İLE İLİŞKİSİ	17
5. EKONOMİ POLİTİKASI OLARAK PPP VE NEDENLERİ	20
6. AB'DE PPP	21
7. PPP UYGULAMALARININ ANAYASAL SINIRLARI	25
BİRİNCİ BÖLÜM.....	28
TÜRKİYE'DE PPP.....	28
1. HUKUKİ GELİŞİM.....	28
2. YETKİLİ KURUM SORUNU	31
3. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ TEŞKİLATI (PPP İDARESİ).....	33
3.1. SİYASİ KARAR MERCİİ - KAMU PROJELERİ YÜKSEK KONSEYİ	35
3.2. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ BAŞKANLIĞI	36
3.3. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ KURULU	37
3.4. YÜKSEK İSTİŞARE HEYETİ.....	37
İKİNCİ BÖLÜM	40
İHALE SÜRECİ VE İHALENİN SONUÇLANDIRILMASI	40
1. GENEL OLARAK	40
2. PROJE SÜRECİ.....	40
3. DEĞER TESBİTİ VE USULÜ.....	48
3.1. GERÇEK DEĞERİN BELİRLENMESİ	49
3.2. DEĞER TESBİT KOMİSYONU	50
3.3. DEĞER TESPİT USULÜ	50
4. RİSK ANALİZİ VE PAYLAŞIMI.....	52
5. İHALE KOMİSYONU	55
6. İHALENİN DUYURULMASI	55
7. İHALE ŞARTNAMESİ	56
8. İHALELERDE GEÇERLİ İLKELER.....	59
8.1. ŞEFFAFLIK İLKESİ	60
8.2. KAMUOYU DENETİMİ İLKESİ	61

8.3. REKABETİN SAĞLANMASI İLKESİ	62
8.4. EŞİT MUAMELE İLKESİ	65
8.5. GÜVENİLİRLİK İLKESİ.....	65
8.6. GİZLİLİK İLKESİ.....	66
8.7. PROJENİN UYGUN ŞARTLARLA VE ZAMANINDA YAPILMASI İLKESİ	66
8.8. KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ	67
8.9. BİRLEŞTİRİLEMEZLİK VE BÖLÜNEMEZLİK İLKESİ	67
9. PPP İHALE USULLERİ	68
9.1.AÇIK İHALE USULÜ	70
9.2.REKABETÇİ DİYALOG USULÜ.....	70
9.3. KAPALI TEKLİF USULÜ.....	73
9.4. PAZARLIK USULÜ	73
9.5. AÇIK ARTIRMA VEYA EKİLTME USULÜ	74
9.6. BELİRLİ İSTEKLİLER ARASINDA İHALE USULÜ	74
9.7. MÜZAKERE USULÜ	75
10. DANIŞMAN SEÇİMİ İHALELERİ.....	75
11. İHALENİN SONUÇLANDIRILMASI	79
11.1. EKONOMİK AÇIDAN EN AVANTAJLI TEKLİF	81
11.2. PROJE ŞİRKETİNİN (SPV) YAPILANDIRILMASI.....	83
11.3. SÖZLEŞMENİN YAPILMASI SORUMLULUĞU	83
12. PPP SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI.....	84
13. YEREL YÖNETİMLERDE PPP.....	84
14. MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERDEN MUAFİYET	89
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	90
PPP PROJELERİNİN HUKUKİ YAPISI	90
1. GENEL OLARAK	90
2. UYGULANACAK İLKELER VE İLKELERİN HUKUKİ ÖNEMİ	91
2.1. YATIRIM PROJELERİNİN SEÇİMİNDE FAYDA/MALİYET ANALİZİ’NİN DİKKATE ALINMASI.....	93
2.2. EN İYİ FİNANSAL KAYNAĞIN EN UYGUN FİNANSMAN İMKÂNI İLE TEMİN EDİLMESİ	94
2.3. PROJE RİSKLERİNİN RİSKİ EN İYİ YÖNETECEK TARAF AİT OLMASI.....	94
2.4. EKONOMİK VEYA SOSYAL KALKINMAYA KATKIDA BULUNMASI.....	98
2.5. YATIRIMIN İVEDİLİKLE TAMAMLANMASI VE HİZMETİN AKSAKSIZ YÜRÜTÜLMESİ.....	98
2.6. UYGULAMALARDA REKABETİN KORUNMASI	98
2.7. UYGULAMALARIN EŞİT MUAMELEYE DAYALI, AÇIK VE ŞEFFAF USULLERLE YAPILMASI.....	100
2.8. İDARELERİN KENDİ GÖREV ALANLARI KAPSAMINDA PROJE ÜRETMELEİ	103
2.9. GARANTİNİN MİKTAR VE SÜRESİNİN PIYASANIN İŞLEYİŞİ İLE UYUMLU OLMASI	103
2.10. GARANTİLERİN FİNANSMAN DENGELERİ İLE UYUMLU OLMASI.....	103
2.11. DEVLET YARDIMLARINA İLİŞKİN GENEL KURALLARA UYMA.....	104
2.12. İDARELERİN UYGULAYACAKLARI PPP YÖNTEMİNİ BELİRLEMekte ESNEK OLMASI	104
2.13. PROJELERDE BAŞKA BİR KAMU BİRİMİNİN ADAY VE/VEYA İSTEKLİ OLANAMAMASI....	105
2.14. TABİİ KAYNAKLARIN SADECE İŞLETME HAKKININ VERİLEBİLMESİ.....	106
3. PPP PROJELERİNİN HUKUKİ YAPISI	108
3.1. PPP SÖZLEŞMELERİNİN KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ.....	109
3.2. PPP PROJE MODELLERİNDE KULLANILAN TEMEL HUKUKİ KURUMLAR.	112
3.2.1. ESER MEYDANA GETİRME - YAPIM.....	119
3.2.1.1.Yapım Unsurunun Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümler	120
3.2.1.2. Yapım Unsurunun Özellikleri.....	121
3.2.1.2.1. PPP Projelerinden Yapım Unsurunun Niteliği ve Tarafları	121
3.2.1.2.2. Yapımın Konusu.....	123

3.2.1.3. PPP Projelerinin Yapım Unsurunda Yüklenicinin Borçları	125
3.2.1.3.1. İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu.....	125
3.2.1.3.1.1. Genel Olarak Sadakat ve Özen Borcu	126
3.2.1.3.1.2. Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü.....	131
3.2.1.3.1.2.1. İş ile İlgili Konularda Her Türlü Riski Öngörme	134
3.2.1.3.1.2.2. Uzmanlık Alanlarında Normal Tacirden Daha Fazla Özen Gösterme	134
3.2.1.3.1.2.3. Projeyi Gerçekleştirecek ve Zararı Önleyecek Şekilde İşe Girişme ..	136
3.2.1.3.1.2.4. Risk Taşıyan Konuda Karşı Akide Açıkça Uyarıda Bulunma	137
3.2.1.3.1.2.5. Zarar Riski Taşıyan Konuda Karşı Tarafın Talimatına Göre Hareket Etme	138
3.2.1.3.2. Şahsen İfa Borcu.....	139
3.2.1.3.3. Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu	144
3.2.1.3.4. İdareyi Bilgilendirme ve İhbar Borcu	146
3.2.1.3.5. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....	148
3.2.1.3.6. Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu.....	149
3.2.1.3.7. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	152
3.2.1.4. PPP Projelerinin Yapım Unsurunda İdarenin Borçları.....	156
3.2.1.4.1. Ücret Borcu	157
3.2.1.4.2. Diğer Borçlar	160
3.2.1.5. PPP Projelerinin Yapım Hükümlerinin Sona Ermesi	160
3.2.2. KİRALAMA	161
3.2.2.1. PPP Projelerinin Kira Unsurunun Tarafları.....	162
3.2.2.2. PPP Projelerinin Kira Unsuruna Uygulanacak Hükümler.....	164
3.2.2.3. Kiranın Konusu ve Çeşitleri.....	165
3.2.2.3.1. Kira Konusu Eşyanın Taşınır ya da Taşınmaz Olmasına Göre	165
3.2.2.3.2. Kira Konusu Eşyanın Hâsılât Getiren Bir Şey Olup Olmamasına Göre	166
3.2.2.4. Adi Kira ve Hâsılât Kirası Sözleşmeleri Bakımından PPP Projeleri.....	166
3.2.2.5. PPP Projelerinin Kira Unsurunda Şekil ve Süre.....	167
3.2.2.6. PPP Projelerinde Kiralayanın Borç ve Yükümlülükleri	168
3.2.2.6.1. Kullanmaya Elverişli Durumda Bulundurma Borcu	169
3.2.2.6.2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	170
3.2.2.6.2.1. Kiralananın Sözleşme Amacına Uygun Kullanılmasına Mani Şartlar Bulunması	172
3.2.2.6.2.2. Kiralananın Ayıbın Sözleşmede Öngörülen Kullanıma Elverişli Olmaması	172
3.2.2.6.2.3. Kiralananın Ayıbın Gizli Olması	173
3.2.2.6.2.4. Tekeffül Borcunun Sözleşme ile Sınırlandırılması veya Kaldırılması	173
3.2.2.6.2.5. Kiracının Mecuru Muayene Ederek Ayıp İhbarında Bulunması.....	174
3.2.2.6.3. Zapta Karşı Tekeffül Borcu	174
3.2.2.6.3.1. Üçüncü Kişilerin Hakları Dolayısıyla Zapta Karşı Tekeffül Borcu.....	175
3.2.2.6.3.2. Kiralananın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Temlik	176
3.2.2.6.4. Vergi ve Masrafları Ödeme Borcu.....	177
3.2.2.7. PPP Projelerinde Kiracının Borçları ve Yükümlülükleri.....	178
3.2.2.7.1. Genel Olarak.....	178
3.2.2.7.2. Kira Bedeli Borcu.....	178
3.2.2.7.3. Kiracının Kiralananı Özenle ve Tahsis Gayesine Uygun Kullanma Borcu.....	179
3.2.2.7.4. Muhafaza İçin Özen Gösterme ve İhbarları Yapma Yükümlülüğü.....	180
3.2.2.7.5. Alt Kira Sözleşmeleri Sorunu	181
3.2.2.7.6. Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu.....	182
3.2.2.8. PPP Projelerinde Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları.....	182
3.2.2.8.1. Genel	182
3.2.2.8.2. Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi Halleri	183
3.2.2.8.2.1. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi ve Yenilenmesi Sorunu.....	183
3.2.2.8.2.2. Kira Sözleşmesinin Diğer Sebeplerle Sona Ermesi	184
3.2.2.8.3. Kiracının Tahliyesi Durumu ve Tabi Olacağı Hükümler	185
3.2.2.8.3.1. Genel Olarak.....	185
3.2.2.8.3.2. Kiralayanın İdare Kiracının Özel Kişi Olduğu Durum	185
3.2.2.8.3.2.1. Tahliyenin Hukuki Rejimi.....	186
3.2.2.8.3.2.2. Tahliyenin Zorunlu Sonucu	189
3.2.2.8.3.3. Kiralayanın Özel Sektör Kiracının İdare Olduğu Durum	191
3.2.3. İŞLETME HAKKININ VERİLMESİ.....	191
3.2.3.1. Tanımı.....	192
3.2.3.2. Hukuki Niteliği ve Tabi Olacağı Hükümler	193
3.2.3.3. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Süre	194
3.2.3.4. İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Unsurları	195
3.2.3.4.1. Kullanımın ve İşletilmenin Özel Sektöre Bırakılması	195
3.2.3.4.2. Kullanma ve İşletme Karşılığı Ödenen Bedel.....	197

3.2.3.5. PPP Projelerinde ve Özelleştirme Uygulamalarında İşletme Hakkının Devri	198
3.2.3.6. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Kamu Kesiminin Borçları	201
3.2.3.6.1. Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Şekilde Teslim Borcu	201
3.2.3.6.2. Sözleşme Süresince Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Durumda Bulundurma Borcu	202
3.2.3.6.3. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	202
3.2.3.6.4. Zapta Karşı Tekeffül Borcu	202
3.2.3.6.4.1. Üçüncü Kişilerin Hakları Dolayısıyla Zapta Karşı Tekeffül Borcu	203
3.2.3.6.4.2. Sözleşme Konusunun Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Temliki	203
3.2.3.6.5. Vergi ve Mükellefiyetleri Ödeme Borcu	205
3.2.3.7. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Özel Sektörün Borçları	205
3.2.3.7.1. İyi İşletme Borcu	205
3.2.3.7.2. İşletme Konusunun İyi Bir Halde Muhafazası İçin Özen Gösterme Borcu	207
3.2.3.7.3. İşletmenin Gerektirdiği Olağan Giderleri Yapma Borcu	207
3.2.3.7.4. İhbar Borcu	209
3.2.3.7.5. İşletme Hakkının Başkasına Devri	209
3.2.3.7.6. İşletme Hakkını Devralmanın ve Kullanmanın Bedeli	211
3.2.3.7.7. İşletmenin Geri Verilmesi Borcu	211
3.2.3.8. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinin Sona Ermesi	211
3.2.4. ORTAKLIK	211
3.2.4.1. Akdi PPP - Kurumsal PPP	212
3.2.4.2. Geleneksel Yaklaşım	219
3.2.4.3. Finansör Kontrolünde Proje Yönetimi	219
3.2.4.4. SPV’de Görev Dağılımı	222
3.2.4.4.1. Kamu Sektörü	223
3.2.4.4.1.1. Olağan Konularda PPP	223
3.2.4.4.1.2. Stratejik Konularda PPP	224
3.2.4.4.2. Proje Şirketi	229
3.2.4.4.2.1. Yapım İşlerini Yapmak	230
3.2.4.4.2.2. Hizmeti Üretmek ve Sunmak	230
3.2.4.4.2.3. Hizmetin Öngörülen Standartlara Uygun Olması	231
3.2.4.4.2.4. Proje İçin Gerekli Finansmanın Sağlanması	231
3.2.4.4.2.5. Sözleşmeye Odaklanmak ve Esaslı Değişikliklerde Sözleşmeyi Revize Etmek	231
3.2.4.4.2.6. Sözleşme Konusu Tesisatı İdareye Devretmek	232
3.2.4.4.3. Finansörler	233
3.2.4.4.4. Alt-yükleniciler	234
3.2.4.4.5. Danışmanlar	235
3.2.4.4.6. Değerlendirme Kuruluşları	236
3.2.4.4.7. Sigorta Kurumları	236
3.2.5. MENKUL KIYMETLEŞTİRME	236
3.2.5.1. Genel Olarak PPP Projelerinde Menkul Kıymetleştirme	237
3.2.5.2. Menkul Kıymetleştirme Yöntemleri	238
3.2.5.2.1. Halka Arz	238
3.2.5.2.2. Gerçek veya Tüzel Kişilere Blok Satış	242
3.2.5.2.3. Gecikmeli Halka Arzı İçeren Blok Satış	244
3.2.5.2.4. Çalışanlara Satış	245
3.2.5.2.5. Borsada Normal ve/veya Özel Emir İle Satış	248
3.2.5.2.6. Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklıkları – Menkul Kıymetler Yatırım Fonlarına Satış	249
3.2.5.2.6.1. SPK’nın PPP Tebliğinin Menkul Kıymetleştirme Esası	250
3.2.5.2.6.2. Genel Olarak	250
3.2.5.2.6.3. Portföy İşletmeciliği Faaliyet izni ve Kayda Alma	251
3.2.5.2.6.4. Payların Arzı	252
3.2.5.2.6.5. Nitelikli Yatırımcılara ve Önceden Belirlenmiş Yatırımcılara Arz	253
3.2.5.2.6.6. Borsaya Kotasyon	254
3.2.6. SINIRLI AYNİ HAKLARIN TESİSİ	254
3.3. PPP PROJELERİNDE KULLANILABİLECEK ÖZEL HUKUKİ KURUMLAR	259
3.3.1. Franchising	259
3.3.2. Know-How	260
3.3.3. Joint-Venture	261
3.4. İDARENİN YETKİLENDİRME YÖNTEMLERİ	263
3.4.1. İmtiyaz Usulü	264
3.4.2. İltizam Usulü	265
3.4.3. Müsterek Emanet Usulü	266
3.5. YAYGIN PPP MODELLERİ	266

3.5.1. Yap-İşlet	266
3.5.2. Yap-İşlet-Devret	268
3.5.3. Yap-Sahip Ol-İşlet	276
3.5.4. Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret	277
3.5.5. Yap-Kirala-Devret	277
3.5.6. Gelir Ortaklığı Modeli	278
3.5.7. Sair Yöntemler	281
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	282
PPP UYGULAMALARINDAN DOĞAN UYUŞMALIKLAR	282
1. GENEL OLARAK	282
2. PPP UYGULAMALARINDA YARGISAL DENETİM	283
2.1. İMTİYAZ NİTELİĞİNDEKİ PPP UYGULAMALARININ HUKUKİ DENETİMİ ..	284
2.2. İMTİYAZ NİTELİĞİNDE OLMAYAN PPP UYGULAMALARININ HUKUKİ DENETİMİ ..	286
2.2.1. Görevli ve Yetkili Yargı Yeri	286
2.2.1.1. PPP Kapsamında ve Programındaki Kuruluşların İş ve İşlemlerinde	287
2.2.1.2. İhale İşleminin Kendisi Hakkında	288
2.2.1.3. PPP İhalesinin Sonuçlanmasından Sonra Doğan Uyuşmazlıklarda	289
2.2.1.3.1. Yüklenici ile İdare Arasındaki Sözleşmeden Doğan Davalar	290
2.2.1.3.2. Yüklenici ile İdare Arasında Tahkim	291
2.2.1.3.3. Hizmet Kusuruna Dayalı Davalar	292
2.2.1.3.4. Yüklenici ile Üçüncü Kişiler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar	293
2.2.2. Taraf Sıfatı	293
2.2.2.1. Davacı	295
2.2.2.2. Davalı	303
1.2. İHALE SONRASINDA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI	304
SONUÇ	313
KAYNAKÇA	316

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.s.	: Adı geçen sunum
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
BİT	: Belediye İktisadi Teşebbüsü
BK	: Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz	: bakınız
C	: Cilt
c	: cümle
DEHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
E	: Esas
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirmede Kurulu
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
JV	: Joint Venture
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İhale Kurumu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KPYK	: Kamu Projeleri Yüksek Konseyi
m	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

ÖSTİG	: Özelleştirme Sonrası Takip Grubu
ÖYK	: Özelleştirme Yüksek Kurulu
PD/DD	: Piyasa Değeri/Defter Değeri
PFI	: Private Finance Initiative
Pfİ	: Proje ve Finansman İdaresi
PPP	: Public Private Partnerships / Kamu Özel Sektör İşbirliği
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s	: sayfa
S	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPV	: Special Purpose Vehicle
T	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TD	: Temyiz Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
USD	: Amerikan Doları
vd	: ve devamı
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu
YYY	: Yargı – Yatırımcı – Yürütme

GİRİŞ

1. KONUNUN ÖNEMİ

Dünyada ve ülkemizde yüksek kamu proje stoku bulunması ve fakat bu projeleri finanse edecek yeterli kamu kaynağı bulunmaması ve proje yönetim süreçlerinin yeterli kaynak verimliliği sağlayamaması nedeniyle kamu sektörünün özel sektör ile işbirliği yapma ihtiyacı doğmuştur. Bunun üzerine ortaya çıkmış bulunan Public Private Partnerships (Kamu Özel Sektör işbirlikleri/Ortaklıkları) modeli ile özel sektörün finansman ve bilgi gibi katma değer oluşturan unsurları kamuya kullandırması uygulamaları başlamıştır. Ülkemizde durum diğer dünya ülkelerinden farklı bulunmamaktadır. Resmi makamlardan yapılan açıklamalarda “Devletin 4 Bini Aşkın Projesi Var, Bunları PPP'siz 10 İktidar da Bitiremez” denilmektedir. Bu beyanlarda; “Kamu mülkiyeti devredilmeksizin, özel sektör tarafından bitirilen yatırımları Maliye Bakanı olarak destekliyorum”, ..., PPP sisteminin özellikle altyapı yatırımlarında önem taşıdığını ve gelişmekte olan ülkelerin altyapı ihtiyacının yılda 500 milyar doların üzerinde olduğunu söyledi. Kamu-özel sektör ortaklıklarının Türkiye’de daha çok otoyol, havaalanı, demiryolu gibi projelerde ve katı atık ve içme suyu gibi altyapı yatırımlarında çalıştığını ekledi...

Yap-İşlet-Devret (YİD) ve Kamu-Özel Sektör Ortaklığı (PPP) sistemi ile Bakanlığının havaalanı, yat limanı, iskele ve demiryolu inşaatlarında gerçekleştirdiği ve yakın dönemde gerçekleştireceği projeleri anlatan Ulaştırma Bakanı ..., DPT’nin elinde 4 bini aşkın projenin bulunduğunu, ancak bu projelerin genel bütçe imkanlarıyla 10 iktidar döneminde bile bitirilemeyeceğini söyledi. Bakan ..., kamu-özel sektör ortaklıklarının öneminin bu noktada ortaya çıktığını, sözlerine ekledi....”¹. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, kamu kaynakları gerekli kamu hizmetlerinin sunulmasına yeterli gelmediğinden kamu açısından, alternatif finansman yöntemleri geliştirmek ve kamu hizmetlerinin kalitesini ve etkinliğini artırmak için özel sektörün bu yatırımlarda yatırımcı olarak yer almasını sağlamak ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır².

Ülkemizin ekonomik büyüklüğü nazara alındığında Türkiye’nin bu projeleri yapmak için yabancı sermaye çekme zorunluluğu da bulunmaktadır. Bir projenin “kredilendirilebilir/bankable” olması sağlanmadıkça projenin gerçekleşmesi mümkün değildir³. Bir projenin kredilendirilebilir olmasının ise çok boyutu bulunmaktadır,

¹ <http://www.ppp.org.tr/content/view/113/2>, erişim: 21.08.2008.

² **EREN Erdal**, Türkiye Mühendisler Birliği Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 23.

³ **EREN Erdal**, a.g.s., s. 27-28.

bunlardan en önemlileri ise projenin dayandığı Kanunun “*kredilendirilebilir/bankable*” proje üretmeye izin verir nitelikte olması ve projenin kendisinin (şartnamesinin) ve sözleşmesinin yatırımcı ilgisini çekecek şekilde düzenlenmesi, proje döngüsünün ve proje döngüsünü sağlayan idari yapının kredilendirilebilir bir proje meydana getirmeye elverişli olması, projeyi yürüten idari birimin yatırımcılara güven veren ve ortaklık/işbirliği (partnership) mantığına sahip işleyiş ile yürümesi, bu anlamda proje ihale süreçlerinin de rekabetçi, şeffaf, güvenilir, eşitlikçi ve kamu oyu denetimine açık şekilde yürütülmesi, proje döngüsünün hukuki esaslarının da yatırımcı ilgisini çekecek şekilde yapılandırılmış olması gereklidir. Bu listeye başka unsurların eklenmesi mümkün olmakla birlikte bu unsurların dışarıda tutulması mümkün değildir. Zira, yerel/uluslararası finans kuruluşları ve yatırımcılar projeye sıcak bakmadıkça da yatırımın gerçekleşmesi mümkün bulunmamaktadır. Bütün bu hassasiyetler çok iyi temellendirilmiş güçlü bir hukuki sistem kurulması ile mümkün bulunmaktadır.

Ülkemizde gerek yerel yönetimlerde ve gerekse de merkezi hükümet düzeyinde, icracı bakanlıklarda yatırım yapılması gereken çok sayıda yüksek maliyetli proje bulunmaktadır. Ancak, bütçe kısıtlamaları nedeniyle, bütçeleri yetersiz olan kamu idareleri kamu ihale hukuku yolu ile bu yatırımları gerçekleştirememektedir. Öte yandan da vatandaşımız çok ciddi nitelik ve nicelikte hizmet beklemektedir. Bütçe imkanlarının yetersizliği nedeniyle de bu hizmetlerin verilmesinde güçlük yaşanmaktadır. Bütçe kısıtlamaları ve buna rağmen artan proje stoku, kamu kesiminin özel sektörün bilgi birikiminden ve çalışma metotlarından yararlanma isteği, devletin ekonomideki rolünün işletmeciden organizatöre ve düzenleyiciden denetçiye değişmesi ihtiyacı ülkemizde olduğu gibi Avrupa Birliği bünyesinde de PPP uygulamalarına yönelişi artırmaktadır⁴. Ayrıca yeniliklerin hızla uygulanması, yapılacak proje için bütçenin kesin olması, ödemelerin sunulan hizmete bağlı olması, hizmet sunumunda risklerin onu en iyi yönetebilecek tarafa ait olması ve hizmet kalite standardının korunması gibi nedenler PPP projelerini cazip bir imkan olarak sunmaktadır⁵.

⁴ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 1; Ayrıca bkz. **SAPTE Wilde**, Project Finance The Guide To Financing Build-Operate-Transfer Projects, Hong Kong 1997, s. vii (Project Finance).

⁵ **SARISU Ayhan**, Altyapı Yatırımlarında Kamu Özel Sektör İşbirlikleri-I, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2008 (Sayı 181), s. 201 (Yaklaşım-I). PPP projelerinin uygulama alanı bazı örneklerde hapisane gibi devletin infaz hizmetlerinin görülmesine kadar genişlemiştir. Hapisane hizmetlerinin sunulmasında PPP projelerinin kullanılmasına gerekçe olarak; maliyetlerin azalması, hizmetlerin yüksek standartta kalite ile sunulabilmesi, kamu sektöründen özel sektöre risk transferinin kolaylaşması, kamu sektörünün performansının artırılması ve kamu sektörüne yardımcı olunması gösterilmektedir. Ayrıntılı bilgi için; **SMITH Cameron**, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006, s. 89.

Kamunun özel sektör ile işbirliği yapması uygulamaları ile bu tür sorunlara son derece köklü bir çözüm bulmaktadır. PPP projelerinde yatırımın ‘tamamını’ özel sektör finanse etmektedir. Özel sektör yüklenicisi ile yapılan sözleşmede işe başlanması ve hizmetin sunulmasının başlaması kesin sürelerle bağlanmaktadır. Taraflar arasında özel hukuka tabi olarak yapılan sözleşmede yüklenicinin sürelerle uymaması halinde yaptığı yatırımların tamamını bila bedel terk etmeye kadar varan yaptırımlar uygulanmaktadır. Ayrıca, yatırımcı hizmet sunulmaya başlanmadan yatırımı ile ilgili hiçbir ödeme alamayacağı için de hizmeti olabildiğince çabuk sunabilmek için yatırımı normal süresinden bile erken tamamlamaktadır. Bu yolla kamu yatırımlarının süresinde bitirilememesi sözkonusu olmamaktadır. Ayrıca, fizibilitesi olmayan yatırımlara yatırımcı bulunması mümkün olmadığı için kamu da yatırıma başlamadan önce karlılık ve proje maliyetini kesin fizibiliteler ile görebilmektedir. Bunlar dışında kamu idareleri kamu ihale kanunu ile yaptığı yatırımların bedellerini kısa sürede ödediği için zaten kısıtlı olan bütçe kaynakları kısa vadeli ödemelere dönüşmektedir⁶. Oysa, kamunun özel sektör ile işbirliği yaparak gerçekleştirdiği projeler 49 yıla kadar uzanan bir geri dönüşüm süresi öngördüğü için kamu bütçesine hiçbir yük getirmemektedir. Aksine, bu yatırımların yapılması süresinde meydana gelen cari işlemlerden doğan vergiler nedeniyle kamu hiç para harcamadan bütçeye vergi geliri sağlama imkanına kavuşmaktadır. Kamu ihale kanunu kapsamında ihale yaparak harcamaya paraları da belediyeler ve icracı bakanlıklar, bu tür yatırımlar dışındaki harcamalara ayırarak ülkemizi çok çok kısa sürede muasır medeniyetler seviyesinin üstüne çıkartabilecektir. Örneğin, geçtiğimiz yıllarda duble yolların yapılması için milyarlarca USD yatırım yapılmıştır. Her ne kadar bu yatırımlar vatandaşımıza hizmet sağlamış ve bu yatırımlardan doğan cari işlemler ekonomiye bir hareketlilik getirmişse de, bu milyarlarca USD’lik yatırımlar PPP modeli ile yapılmış olsaydı, özel sektörden ve daha çok yurt dışından ülkemize bu kadar yeni kaynak girişi sağlanacağı için ekonomimiz bu kadar daha büyümüş olacaktı. Buna ilave olarak, bu bedeldeki iş ve işlemlerden doğan vergiler bütçeye gelir sağlayacaktı, en önemlisi de devlet bu yollara yatırdığı milyarlarca USD’lik kaynağı başka kamu hizmetlerinde vatandaşımıza hizmet olarak sunma imkanına kavuşmuş olacaktı. Bu nedenlerle ülkemizde ekonomik dinamizmin artırılması, ekonominin daha da canlandırılması, kaynak israfının önlenmesi⁷, yabancı sermaye girişi artırılarak ülkemizin ekonomik büyüklüğünün büyütülebilmesi için bu modelin ivedilikle uygulamaya koyulması önem taşımaktadır. *Özetle, kamu ile özel sektörün işbirliğine ilişkin uygulamalarda kamunun bütçeden yapması gereken*

⁶ **EGGERS William D. / STARTUP Tom**, Deloitte Research, Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships, 2006, s. 7.

⁷ Kamu yatırımlarında kaynak israfı için bkz.; **SARISU Ayhan**, Kamu Yatırımlarında İsraf: Kim, Kimin Parasını Nasıl Harcamalı?, Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2008, Sayı 185, Yıl 16; Ayrıca bkz.; **ÇANAKÇI İbrahim H.**, . Uluslararası Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri (PPP) Zirvesi, Ankara 15.09.2006.

yatırımları özel sektör, çoğunlukla da yabancı yatırımcılar ile ortak, yapmaktadır. Bu yolla hem ülkemizin fiziki olarak iktisadi büyüklüğü artmakta, hem kamunun bu yatırımlara ayıracağı kaynağı başka alanlara ayırarak vatandaşımıza daha fazla hizmet sunma imkanı bulunmakta, hem özel sektörün yatırımlar esnasında meydana getirdiği cari işlemlerden dolayı da kamunun vergi gelirleri artmaktadır. Dolayısıyla kamu her yönüyle daha fazla hizmet sunabilme, toplumsal refahı daha fazla artırma imkanına kavuşmaktadır. Bu çalışma önemli fonksiyonları bulunan PPP uygulamalarının ülkemizde sağlıklı şekilde işletilmesinin sağlanması için gerekli hukuki altyapının oluşturulabilmesini sağlamak amacıyla yapılmıştır.

Dünyada yapılan kamu-özel sektör işbirliği (PPP) uygulamalarına ilişkin Dünya Bankası tarafından hazırlanan raporlarda; 1990-2006 döneminde altyapı yatırımlarında (enerji, telekom, ulaşım, su ve kanalizasyon) toplam 3.793 projenin hayata geçirildiği ve bu projelerin toplam tutarının 1,1 trilyon \$ seviyesinde olduğu ortaya konulmuştur⁸.

Dünya uygulamalarına bakıldığında Public Private Partnerships (Kamu Özel İşbirliği/Ortaklıkları) uygulamalarının en yaygın ve kurumsal kullanımının sağlandığı ülke Birleşik Krallık ve özellikle de İngiltere'dir. 2007 yılı itibarıyla da önceki yıllarda olduğu gibi, İngiltere⁹ projelerin sayısı ve parasal miktarı açısından dünya piyasasının %33'ünü elinde tutan, bu konuda dünyanın en gelişmiş ülkesidir. 2007 yılı içinde İngiltere'de 68 proje tamamlanmıştır. Bu veri, 12.5 Milyar \$ değerinde 104 banka kredisi ve hisse senedi satışını ifade etmektedir.

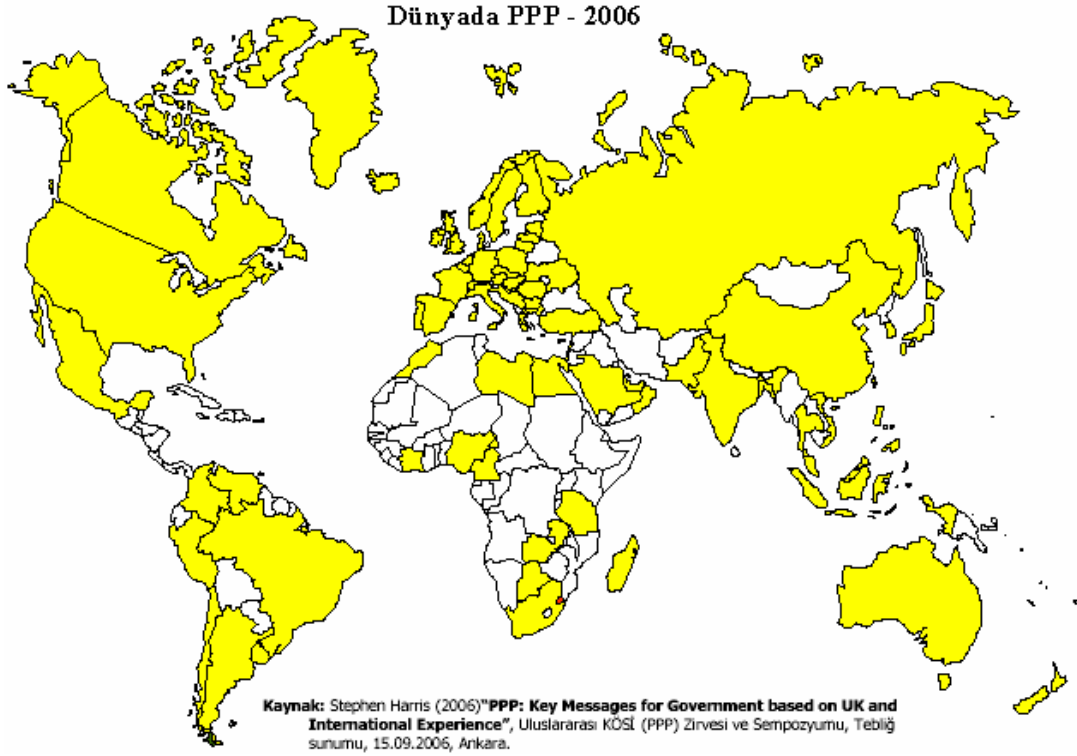
Her ne kadar 2006 yılında İngiltere'de tamamlanan proje sayısı 56 iken, 2007 yılında bu sayı 68'e çıkmış ise de bu projelerin toplam finansal miktarı önemli ölçüde değişmemiş, 13 Milyar \$'da kalmıştır. İngiltere'nin 2007 yılı PPP Projelerinin Miktar Bazında Dökümü; % 4'lük kısmı 50 milyon \$'dan küçük, % 7'lik kısmı 50 - 99.99 Milyon \$ aralığında, % 88'lik kısmı 100 - 999.99 Milyon \$ aralığında bulunmaktadır. İngiltere'nin 2006 yılı PPP Projelerinin Miktar Bazında Dökümü ise; % 3'lük kısmı US\$50 milyon \$'dan küçük, % 6'lük kısmı \$50 - 99.99 milyon \$ aralığında, % 47'lik kısmı 100 - 999.99 milyon \$ aralığında, % 44'lük kısmı 1.000 milyon \$ ve üzeri şeklindedir. 2007 yılında bitirilen projeler bazında bakıldığında Kanada bitirilmiş 14 proje ile İngiltere'den sonra gelmektedir. Bunu 11 Proje ile İspanya takip etmektedir. Bitirilmiş projelerin kredi finansman büyüklüğü itibarıyla ise İngiltere'yi sırasıyla şu ülkeler takip etmektedir; Yunanistan 4 milyar \$, Avustralya 2,3 Milyar \$, İrlanda 2.2 Milyar \$, Kanada 2.1 milyar \$ ve İtalya 1.6 Milyar. Dünyadaki uygulamalara bakıldığında 2006 yılında tamamlanan dünyanın en büyük 10 projesinin toplam

⁸ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2009-2013 Strateji Raporu, Ankara 2008, s. 30.

⁹ Burada ve sonrasında aksi belirtilmediği sürece İngiltere, Galler, İngiltere, İskoçya ve Kuzey İrlanda'dan oluşan Birleşik Krallık'ı ifade etmektedir.

bedelinin yaklaşık 60 milyar \$ civarında olduğu ve bu projelerin de dünya geneline yayıldığı görülmektedir.¹⁰

Ayrıca dünyadaki gelişime bakıldığında 1999 yılı itibarıyla kamu özel sektör işbirliği modelini uygulayan ülke sayısı çok az iken 2006 yılı¹¹ ve sonrasındaki duruma bakıldığında dünya genelinde uygulamanın çok büyük bir hızla yaygınlaştığı neredeyse bütün dünya geneline yayıldığı görülmektedir.



2. TERİM SORUNU

Önceleri İngiltere’de özel sektörün sağladığı finansman ile bazı kamu mal ve hizmetlerinin temini olarak başlayan ve kısaca PFI olarak anılan Private Finance Initiative (Özel Finansman Girişimi) gündeme gelmiştir. Geniş anlamıyla PPP terimi çok çeşitli ilişkileri kapsarken, PFI ise olası PPP tiplerinden birisini teşkil etmekte

¹⁰ MAHMUDOVA Muhabbat, PPP/PFI Outlook 2008, Infrastructure Journal, 2008; ayrıca bkz., ÜNÜVAR Raşit, Türkiye Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 40.

¹¹ HARRIS Stephen, PPP: Key Measures for Government Based on UK and International Experience, Uluslararası PPP Zirvesi ve Sempozyumu Ankara 2006.

olduğu belirtilmiştir¹². Daha sonra ise kısaca PPP olarak anılan Public Private Partnerships kavramı gündeme gelmiştir. Uygulamanın dünya genelinde bilinen kısaltma şekli de Public Private Partnerships kavramından kısaltılmış olarak PPP şeklinde benimsenmiştir. Kavramın doğru yazımında İngilizce açılımında en sonda “s” takısı da bulunan Partnerships şeklinde kullanımıdır. Ancak, ülkemizde ve bazı yabancı ülkelerde sonunda “s” takısı olmaksızın Public Private Partnership şeklinde kullanımına da tanık olunmaktadır. Somut bir PPP projesinden bahsedildiği zaman Public Private Partnership şeklinde kullanılması mümkün olmakla birlikte, eğer, sektörden veya bilimsel alandan bahsediliyorsa Public Private Partnerships şeklinde kullanılması gerekmektedir. İngilizce kullanım şeklinde müessesenin doğru şekli; ifadesi sonunda “s” takısı da bulunan hali olan Public Private Partnerships ibaresidir ve bundan kısaltma olarak da PPP şeklinde kullanımıdır.

Ülkemizde PPP karşılığı olarak çok değişik kullanım biçimleri gündeme gelmiştir. Hatta PPP müessesesinin içeriğinin tartışılmasından önce kavram kargaşasına bile boğulma yaşandığı görülmektedir. PPP karşılığı olarak Kamu Özel Sektör İşbirliği (KÖSİ)¹³, Kamu Özel İşbirliği (KOİ) ve Kamu Özel Ortaklığı (KÖO)¹⁴ gibi kavramlar kullanılmaktadır¹⁵. Bunların hepsi de PPP kavramını ifade için kullanılmaktadır. Esasen biz bütün bunların yerini tutan, bütün tartışmalardan uzak bulunan, dünyada da genel geçer olarak kabul gören PPP kavramını kullanmayı uygun bulmaktayız. Ayrıca, ortaklık kavramı bir işbirliğini de ifade etmekle birlikte ortaklık dışında kalan işbirliği modelleri de bulunduğu nazara alındığında Kamu Özel Sektör İşbirliği ifadesinin Türkçeye daha uygun bir uyarlama olacağı kanısındayız. Fakat nasıl kavramlaştırıldığından ziyade içeriğinin nasıl doldurulduğunun daha önemli olduğunu bir kez daha vurgulamakta yarar görmekteyiz.

¹² **Simmons-Simmons & Group Law Office**, PPP Hukuku ve Sözleşmeleri / PPP Law and Contracts, İstanbul/ London 2008, s. 11.

¹³ **SARISU Ayhan**, International PPP Platform Turkey Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 50 (Platform Açılışı).

¹⁴ **ÜNÜVAR**, a.g.s., s. 38-39.

¹⁵ Terim sorunu International PPP Platform Turkey açılış etkinliklerinde de gündeme gelmiş; PPP’nin işbirliğinden daha öte bir muhtevası olduğu ve kamu ile özel sektör arasında ticari bir ortaklığa karşılık geldiği için ‘kamu özel ortaklığı’ teriminin kullanılması gerektiği öne sürüldüğü gibi; her ortaklığın işbirliği olduğu fakat her işbirliğinin bir ortaklık içermediğinden bahisle ‘kamu özel sektör işbirliği’ terimini savunan görüşler dile getirilmiştir. Bkz. International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, İstanbul 2008.

3. KAMU ÖZEL SEKTÖR İŞBİRLİĞİ (PPP) KAVRAMI

PFI esas olarak kamu sektörünün hizmet satın almasıyla ilgilidir. PPP ise daha ziyade, kamu sektörüne ait araçlarla üretilen hizmetin daha geniş pazarlara satılabilmesi amacıyla kamu ve özel sektör arasındaki ilişkinin geliştirilmesi ile ilgilidir. Bununla birlikte, PPP genellikle PFI ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹⁶. İngiltere’de PFI’nin kilit hedeflerinden biri, merkezi ve yerel hükümet düzeyinde daha sıkı kamu-özel sektör ilişkilerini geliştirmek olmuştur. PFI’nin temel ilkeleri, özel sektörün getirdiği yönetim ve diğer faydalar sayesinde, daha yüksek finansman maliyetini kaldırabileceği temeline dayanılarak paranın karşılığının/değerinin elde edilmesi (value for Money) ve riski en iyi yönetecek tarafa riskin reel olarak transferinin sağlanmasıdır. İngiltere’de hükümet PFI’ları desteklemeye devam etmiş, ancak 1997’de İşçi partisinin iktidara geçmesine kadar PFI’lar gerçek hıza ulaşamamıştır. İşçi partisi 1997’de PFI usulünün gözden geçirilmesini emretmiş ve bunun üzerine PFI projelerin üretimini artırmak ve daha akıcı bir hal almasına yönelik birçok tavsiyelerde bulunulmuştur. Bu incelemenin sonucu olarak, belirli projeleri olan kamu kurumlarını asiste ederek PFI tecrübesinin gelişmesine destek olmak ve genel bir rehberlik oluşturmak için bir PFI Hazine Çalışma Grubu (taskforce) oluşturulmuştur. 1998’de PFI, bazı değişikliklerle PPP olarak yeniden piyasaya sürülmüştür. 1999 yılında PFI’nin ikinci kez gözden geçirilmesinin sonucunda Hazine Çalışma Grubu’nun proje kolunun yerini daimi surette almak üzere Partnerships UK (Birleşik Krallık Ortaklıkları) kurulmuştur¹⁷. Hükümet 2000 yılından beri PPP’lerin kullanımını, hem geleneksel olarak kullanıldığı sektörlerde, hem de yeni sektörlerde genişletmeye devam etmiştir. PFI ve özelleştirme, PPP’nin en çok bilinen ve en çok kullanılan tipleri olarak kalmıştır. Bununla birlikte, son yıllarda Birleşik Krallıkta PPP’nin, stratejik ortaklık, hisselerin çoğunun satılması, ortak girişim gibi alternatif türleri giderek artan şekilde kullanılmaktadır¹⁸.

PPP konusunda bir tanımlama bulunmamaktadır. Gerek Türk Hukukunda ve gerekse AB Hukukunda PPP tanımı verilmiş değildir. AB Hukukunda Yeşil Kitap’da bir tanım verilmiştir. Buna göre, *“Bir altyapının veya sağlanacak hizmetin finansmanını, inşaatını, tadilatını, yönetimini veya bakım-onarımını sağlamayı*

¹⁶ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 11.

¹⁷ Türkiye’de de Kamu Ortaklığı İdaresi buna benzer bir yapılanmadır; Ayrıca bkz.; **YAPANOĞLU Pınar**, Public Private Partnership (3P) İngiltere Modeli, <http://www.ppp.org.tr/dokumanlar/ingilterepppmodeli.pdf>, Erişim: 21.07.2008; **CUTTAREE Vickram**, International Experience in Establishing and Operating PPP Units, <http://siteresources.worldbank.org/PPPILP/Resources/1-Vikram.pdf>, Erişim: 10.06.2008.

¹⁸ **Simmons-Simmons & Group Law Office**, a.g.e., s. 13, 14; İstanbul Büyükşehir Belediyesi örneği için bkz, **EREN Hüseyin**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 90 vd.

*hedefleyen iş dünyası ile işbirliği biçimlerine işaret eder.*¹⁹” bu tanımdan sonra da AB Komisyonu PPP’lerin dört temel belirleyici özelliğini vermektedir. Buna göre²⁰; (1)“Planlanmış bir projenin farklı yönlerinde, kamu ortağı ve özel ortak arasında işbirliğini gerektiren nispeten uzun süreli ilişki. (2) Kısmen özel sektör ile, bazen muhtelif taraflar arasında kompleks düzenlemeler aracılığıyla projeyi finanse etme metodu. Bununla birlikte, kamu kaynakları –bazı durumlarda ciddi sayılabilecek miktarda– özel kaynaklara ilave edilebilir. (3) Projenin farklı aşamalarında (tasarım, tamamlama, uygulama, finansman) yer alan ticari katılımcının önemli rolü. Kamu ortağı öncelikli olarak kamu yararı, sağlanan hizmetin kalitesi ve fiyatlandırma politikası açısından ulaşılmak istenilen amaçların tanımlanmasına odaklanmaktadır ve bu hedeflere uymayı denetleme sorumluluğunu üstlenmektedir. (4) Genelde kamuda doğan risklerin, kendisine aktarıldığı özel sektör ortağı ile kamu sektörü ortağı arasında risklerin dağılımı. Ancak PPP, özel sektör ortağının bütün riskleri veya projeye bağlı risklerin büyük payını üstlenmesi anlamına gelmek zorunda da değildir. Riskin kesin dağılımı, taraflardan her birinin riski ölçümleme (assess), kontrol ve riskin üstesinden gelebilme yeteneğine göre, her durum için ayrı ayrı belirlenir.”

Bu işbirliğinin uzun süreli bir ilişki olduğu ve karmaşık anlaşmalara dayandığı belirtilmiştir. Aynı konuda “*kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile, tüm hizmet temininin özel sektör aracılığı ile yapılması arasındaki yelpazede yer alan, devlet ve özel sektörün birlikte katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama modellerini içeren bir “üst kavram” olarak tanımlanabilir. PPP uygulamaları projelerin niteliğine, kamu ve özel sektörün projeye katılım dereceleri ve taraflar arasındaki farklı risk dağılımına bağlı olarak çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirler*”²¹. Diğer bir tanım çabasına göre ise, PPP ‘*Kamu hizmeti olarak nitelendirilen ve devletten başka kimsenin yapamayacağı düşünülen, imtiyaz teşkil eden, devletin tümüyle çekilmek istemediği ve devletin katılımı olmaksızın özel sektörün tek başına sunmaktan çekindiği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve böylece devletlerin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu aşmak amacıyla geliştirilen*’²² bir modeldir. “*Kamu Özel Sektör İşbirliği (Public Private Partnership) adı verilen alt modellere ilişkin uygulamalara önümüzdeki günlerde daha çok rastlayacağız. Günümüzde "Kamu Özel Sektör İşbirliği"*

¹⁹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 1.

²⁰ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 2.

²¹ **TEKİN Ali Güner**, Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri - Kamu-Özel Ortaklıkları (Public Private Partnerships Veya PPP Modelleri), İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2007 (Cilt 21 Sayı 122).

²² **EKER Ali Yıldırım**, Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, Bütçe Dünyası Dergisi, Bahar 2007, Cilt2, Sayı 25, s. 60.

olarak adlandırılan modelden kast edilen şey; alt ve üst yapı projelerinin hayata geçirilmesi amacıyla özellikle; çevre, konut, ulaşım, su, kanalizasyon ve katı atık yönetimi konusunda kamu ile özel sektörün projelerin finansmanı yanında, işletme ve yönetimi konusunda da işbirliği yaptığı projelerdir. Bu bakımdan Kamu Özel Sektör İşbirliği modeli; yap-işlet-devret, gelir hasılat paylaşımı, işletmenin devri, gelir ortaklığı senedi gibi yöntemlere çok benzeyen bir finansman modelidir ve bu anlamda yeni değildir. Kamu Özel Sektör İşbirliği modeli, bu yöntemleri de kapsayan ama; uygulama, işletme, yönetim ve risk paylaşımı gibi konularda yeni yaklaşımlar getiren bir finansman modelidir. Kamu Özel Sektör İşbirliği modelinin bir başka özelliği, doğrudan özelleştirmeye karşı yönelebilecek tepkileri bertaraf etmeye uygun nitelikte olması ve kamunun varlığını sürdürmesinde yarar olan hallerde bile kamu hizmetlerinin ticarileştirilmesine olanak sağlamasıdır.²³ PPP kavramına Özelleştirme İdaresi Başkanlığının verdiği tanımda ise; “PPP gelecekte yapılacak kamu yatırımlarının bugünden özelleştirilmesidir²⁴.” şeklinde doktriner tanımlar getirilmiştir²⁵. Kanaatimizce, PPP, kamu ihale ve özelleştirme kapsamına girmeyen mal ve hizmet alanları ile sınırlıdır. AB düzeyinde de bu olgu benimsenmiştir; PPP’nin gelişimi, devletin ekonomideki rolünün, doğrudan işletmeciden organizatöre, düzenleyiciye ve denetleyiciye geçişinin bir parçasıdır²⁶. Bu bağlamda, iktisadi taksim olan tam kamusal mal ve hizmetler ile özel mal ve hizmetler ve bunların ikisinin arasında bulunan yarı kamusal mal ve hizmetler alanlarından, özel mal ve hizmet alanları özelleştirme sözleşmesine, tam kamusal mal ve hizmetler kısmı da kamu ihale kanununa tabi kılınmak gerektir. İşte bu ikisi arasında kalan yarı kamusal mal ve hizmetlerin ise PPP sözleşmelerine konu edilmesi gereklidir. Bu nedenle de, PPP tanımının da “Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, kamusal mal ve hizmetlerin kamu tarafından özel sektörün katılımı ile yapıldığı, özel ortağın sözleşme konusu eseri meydana getirme riskini ve hazırda bulundurma veya hizmetin sunulmasını sağlama riskini taşıdığı ve diğer risklerde ise riskin o riski en iyi yönetecek tarafta bulunduğu

²³ GÜLEN Fikret, Özelleştirme, Yap - İşlet - Devret, Kamu Özel Sektör İşbirliği, http://www.yayed.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=719&tipi=7&sube=0, erişim: 27.05.2008.

²⁴ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2009-2012 Strateji Raporu, Ankara 2008, s. 9.

²⁵ Belirtilmelidir ki ‘Public Private Partnerships’ kavramı bu çalışmada kamu ile özel sektör arasında bir kamu hizmetinin görülmesi için yapılan açıklayacağımız kapsamdaki işbirliklerini anlatacaktır. Bunun yanında kamu ile özel sektörün birlikte yaptığı her türlü birlikte çalışma PPP değildir. Örneğin araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında kamu kesiminin özel sektöre finansal destek sağlaması çalışmamız kapsamında kamu ve özel sektör birlikteliği oluşturmayacaktır. ‘Public Private Partnerships’ nitelemesi farklı anlamlar ile karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin aynı terimi farklı anlamda kullanan bir eser için Bkz., LINK N. Albert, Public Private Partnerships Innovation Strategies and Policy Alternatives, Newyork 2006. Yazar devletin AR-GE ile ilgili desteklerini PPP olarak nitelemektedir.

²⁶ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 3.

esnek sözleşme modelleri ile kurulan sözleşmelerin tümü” olarak tanımlanması mümkündür.

Yukarıdaki tanımdan unsurları çıkardığımız takdirde; sözleşmenin kamu ile özel sektör arasında akdedilmesi gerektiği hususu aşağıda “2.13. Projelerde Başka Bir Kamu Biriminin Aday ve/veya İstekli Olamaması” başlığı altında incelenmiştir. Kamusal mal ve hizmetler ile ilgili açıklamalar “4.1. Özelleştirme ile İlişkisi” başlığı altında yapılmıştır. Risk dağılımı konusu “2.3. Proje Risklerinin Riski En İyi Yönetecek Tarafa Ait Olması” başlığı altında ve son olarak eser meydana getirme ve sözleşmenin esnek olması hususu da tezin üçüncü bölümünde incelenmiştir.

4. BENZER KURUMLAR İLE İLİŞKİSİ

PPP kavramının benzer kavram ve kurumlar ile ilişkisi net olarak ortaya koyulmadığı için uygulamada PPP’nin de bir özelleştirme olduğu veya PPP’nin de bir Kamu İhalesi olduğu şeklinde yaygın yanlışlıklar yapılmaktadır. Bu müesseselerin birbiri ile ilgisi bulunmakla birlikte, esasen birbirlerinden çok farklı temellere dayanmaktadırlar. Müesseselerin amaçları, hukuki rejimleri ve uygulanma şekilleri birbirinden çok farklıdır. Aşağıdaki açıklamalar nazara alındığında uygulamadaki bu kavram kargaşasının önlenmesi de mümkün olacaktır.

4.1. ÖZELLEŞTİRME İLE İLİŞKİSİ

Özelleştirme, Devletin, salt kamusal mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetleri özel sektöre bırakmasına ilişkin hukuki işlemleri ve bu süreci ifade eder²⁷. Bir başka tanımlamada ise; özelleştirme, kamu mülkiyetindeki şirketler ve malların, özel kişi ya da kurumların mülkiyetine ya da sevk ve idaresine devredilmesidir²⁸. Bir diğer özelleştirme tanımı da özelleştirmenin; “Devletin ekonomik etkinliklerinin azaltılmasına veya tümüyle ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamalar bütünü”²⁹ olduğu şeklindedir. Özelleştirmede özelleştirilen varlığın ne kadarının özel sektöre devri halinde uygulamanın özelleştirme olacağına ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte, devrin miktarı değil, devreden kim olduğu önemlidir, kamudan özel sektöre yapılan

²⁷ Bu tanım, yarı kamusal mal ve hizmetleri de içermesi nedeniyle PPP uygulamalarını da içeren bir tanımlamadır.

²⁸ **AKTAN Coşkun Can**, “Özelleştirme ve Türkiye Deneyimi”, Özelleştirme ve İş Hukuku Alanında Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri (İzmir 8-9 Nisan 1996) Tebliğ Kitabı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1998, s. 29.

²⁹ **ALTINTAŞ M. Berra**, KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin SPK’ya Etkileri, SPK Yayınları, Ankara, 1988, s. 21

her oranda devir özelleştirmedir³⁰. Devredilen bir şirket hissesi ise şirketteki kamu payının oranı şirketi özel hukuka mı, yoksa kamuya ait iktisadi işletmeler ile ilgili düzenlemelere mi tabi olacağına belirleyicidir. Ancak, özelleştirme miktara ve türe bakılmaksızın kamu mülkiyetinden özel mülkiyete geçişi sağlayan her tür ve miktardaki uygulamalardır.

Özelleştirme dar ve geniş anlamda, iki farklı boyutta tanımlanmıştır. Dar anlamda özelleştirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyet ve yönetiminin özel sektöre devredilmesi şeklinde tanımlanmaktadır³¹. Dar anlamda özelleştirme tanımında, “*Mutlaka bir mülkiyet devri gerekir mi?*” sorusunun cevabı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, mülkiyet devri işleminin özelleştirilecek kamu kuruluşunun sermayesinin en az %51’i kadar olması gerektiğini belirtmişlerdir³². Karşı görüştekiler ise, mülkiyet devrinin pek önemli olmadığını, küçük pay devirlerinin de özelleştirme olarak kabul edilebileceğini savunmuşlardır. Uygulamadaki istatistiklere de baktığımızda, bazı kuruluşlardaki kamuya ait küçük payların da özelleştirme listelerinde yer aldığını görürüz. *Bu nedenle pay oranına bakılmaksızın, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hisselerin mülkiyetinin devrini veya kamuya ait varlıkların özel sektörün tasarrufuna bırakılmasını özelleştirme olarak yorumlamamız gerekir.* Geniş anlamda özelleştirme tanımı, özelleştirmenin ekonomik, hukuki, sosyal ve siyasal boyutlarını içerir. Bu geniş tanım, devletin iktisadi faaliyetlerinin mümkün olduğunca sınırlandırılması ve hatta tamamen ortadan kaldırılması; buna bağlı olarak devletin ulusal ekonomi içindeki kamusal payının asgari orana indirilmesi olarak ifade bulmuştur.

Özelleştirme ile ilgili çok sayıda tanımlama vermek mümkündür. Esasen özelleştirme tanımı, özelleştirme ile hedeflenenin ne olduğu ile yakinen ilgilidir. Eğer amaç olarak devletin ekonomik bir operatör olmaktan çekilmesi hedefleniyorsa, bu durumda özelleştirmeyi, *devletin iktisadi aktivitelerini veya işletmeciliğini özel sektöre devretmesi* olarak en geniş anlamda ve ideal olan özelleştirme tanımı şeklinde ifade etmek mümkündür. Ancak, özelleştirmenin bir *ekonomi politikası değişimi* değil de dar anlamda bazı varlıkların özel sektöre satışı olarak algılanması halinde çok değişik tanımlar verilmesi mümkündür. Uygulamada da yaşanan sorunların temelinde bu algılama problemi yatmaktadır.

Özelleştirme uygulamaları ile tam kamusal mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetlerin piyasalarda daha rekabetçi yapıda sunulması, kamu kesiminin ekonomideki, “işletmeci” rolünün en aza indirilmesi, ekonomide piyasa güçlerinin daha etkin kılınmasının temin edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu anlamda bakıldığında PPP ile

³⁰ **YASİN Melikşah**, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, İstanbul 2007, s.1.

³¹ **ZENGİN Eyüp**, Yerel Yönetimlerde Özelleştirme, Konya 1999, s. 28; **YASİN**, a.g.e., s. 1.

³² **ZENGİN**, a.g.e., s. 28; **YASİN**, a.g.e., s. 1, Dipnot:1’deki yazarlar.

özelleştirme iç içe geçmekte, hatta özelleştirme PPP'yi de kapsamaktadır. Zira, yarı kamusal mal ve hizmetlere yönelik olan özelleştirmeler PPP uygulamalarını oluşturmaktadır. Bu noktada, “*kamusal mal ve hizmet*” hususuna değinmekte yarar vardır. İnsanların topluluk halinde yaşamalarından dolayı hissettikleri ihtiyaçlara kolektif ihtiyaçlar veya kamusal ihtiyaçlar denir. Savunma, adalet hizmeti, katı atıkların temizlenmesi, belediye hizmetleri, ulaşım hizmetleri gibi... Kamusal ihtiyaçların bireysel tüketim yoluyla giderilmesi mümkün değildir; bu, ancak kolektif tüketim ile mümkün olur. Kamusal ihtiyaçları gidermeye yönelik üretilen mal ya da hizmetlere kamusal mal ve hizmetler denir. Kamusal mal ve hizmetler ise tam kamusal mal ya da hizmetler ile yarı kamusal mal ya da hizmetlerden oluşur. Tam kamusal mal ve hizmetler özel kesimce hiç üretilmezken yarı kamusal mal ya da hizmetlerse yeterince üretilmezler. Oysa toplumsal refahın sağlanması için bunların yeterince üretilmesi gerekir. Bu sebeple kamusal mal ve hizmetlerden; tam kamusal mal ve hizmetler tamamen, yarı kamusal mal ve hizmetlerse başta devlet olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilmektedir.

Çeşitli yargı kararlarında da kamusal mal ve hizmetler tanımlanmıştır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, 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 etkinliklerdir.

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. “Kamu hizmeti kavramı”nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.”³³

Modern anlamda kamusal mal ve hizmet teorisi ilk kez 1950’li yıllarda ortaya atılmıştır. Paul A. Samuelson’un günümüzde de kabul gören görüşüne göre tam kamusal mal ve hizmetlerin iki ana karakteristiği vardır. Bunlar; ‘bölünmezlik’ ve ‘ortak

³³ AYMK, E:1994/43, K:1994/42–2, T: 09.12.1994, Resmi Gazete, 24.10.1995, S: 22181.

Fayda ’dır. Bölünmezlik olarak ifade edilen özellik esas itibariyle söz konusu hizmetin toplumu oluşturan bireylere belli miktarda sunulabilmesinin mümkün olmamasıdır; ortak faydadan anlaşılması gereken ise, bu tür mal ve hizmetlerin yerine getirilmesinde tüm toplumun ortak yararının olduğudur. Ulusal güvenlik(savunma)³⁴ ve adalet tam kamusal mal ve hizmetlere, eğitim, ulaşım ve sağlık hizmetleri de yarı kamusal mal ve hizmetlere örnek gösterilebilir³⁵. Tam kamusal mal ve hizmetlerin diğerlerinden en önemli farkı bireysel tüketime değil toplumsal tüketime konu olmasıdır. Oysa yarı kamusal mal ve hizmetlerin doğurduğu fayda, tam kamusal mal ve hizmetlerdekinden farklı olarak “*bölünebilir*” nitelikte olduğu için bunlar bireysel tüketime konu olabilen mal ve hizmetlerdir. Tıpkı özel mal ve hizmetlerde olduğu gibi bu mal ve hizmetlerden yararlananlar kişisel ihtiyaçlarını gidermek şeklinde bireysel fayda elde ederler. Yarı kamusal mal ve hizmetler devletin asli hizmet alanına girmektedir. Ancak özel sektör tarafından devlet denetimi altında yarı rekabetçi bir piyasanın oluşmasının önü açılarak halkın hizmetlerden yeterince istifade etmesi sağlanmaktadır. Belirtildiği gibi eğitim ve sağlık sektörleri buna en güzel örnektir. Kamu hastaneleri yanında devlet, özel hastanelerin de açılmasının önünü açmış ve bu yolla kaliteli sağlık hizmetinin vatandaşlara sunulması sağlınırken fiyat aralıklarının da devlet tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Aksi halde, hem hizmet etkinliği hem de fiyatlandırmalar açısından devlet müdahalesi olmazsa sağlık hizmetlerinin özel faydası ile sosyal faydası ve özel maliyeti ile sosyal maliyeti arasında toplum aleyhine bir fark ortaya çıkacaktır. Eğitim alanında özel eğitim kurumlarına izin verilmesi de benzer bir uygulamadır. Bununla birlikte, yarı kamusal mal ve hizmetleri özel mal ve hizmetlerden ayıran en temel özellik bu mal ve hizmetlerin sadece tüketene ihtiyacını gidermek şeklinde bireysel fayda sağlamakla kalmayıp topluma da fayda sağlamasıdır. Yani yarı kamusal mal ve hizmetlerin tüketimi dolayısıyla ortaya çıkan toplam fayda şu şekilde gösterilebilir: “*Toplam fayda = Özel fayda + Sosyal fayda*”. Özel mal ve hizmetlerse salt bireysel ihtiyaçları gidermeye yönelik olarak üretilen ve tüketilen, faydası bölünebilir, talebi belli olan ve fiyat karşılığında satılabilen mal ve hizmetler olduğu için esas olarak özel kesimce kar maksimizasyonu amacıyla üretilen mal ve hizmetlerdir. Tekstil sektörü, otomobil sanayi, turizm girişimleri de özel mal ve hizmetlere örnek gösterilebilir. Bununla birlikte kamu kesimi de kimi zaman özel mal ve hizmetlerin üretimine girişebilmektedir. Ancak, temel amacı kar maksimizasyonu olmayıp, kamu yararadır. Kamu kesimi bu faaliyetlerini yerel yönetimler, sosyal güvenlik kuruluşları, kamu bankaları ve en önemlisi kamu iktisadi teşebbüsleri üretici birimleri aracılığıyla gerçekleştirir. Ancak kamu kesimi üretici birimlerinin, özel mal ve hizmetleri üretirken

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: YAŞAR Süleyman, Özelleştirme, İstanbul 2005, s. 12-13.

³⁵ AKTAN Coşkun Can, Privatization & The Turkish Experience, Ankara, 2004, s. 72-73’ten naklen, SAMUELSON, Paul A, “Diagrammatic Exposition of A Theory of Public Expenditure”, Review of Economics and Statistics, Nov-1955, pp. 350-56.

kaynak kullanımında etkinlikten uzak ve siyasi kaygılarla popülist bir yöntem izlemesi sonucu, özünde kamu yararı düşüncesiyle girişilen bu faaliyetler çok daha ağır toplumsal maliyetlere sebebiyet vermekte ve verimlilikten uzak, hantal bir yapı oluşturmaktadır. Görülüyor ki, özel teşebbüsler tarafından çok daha verimli ve rekabetçi bir ortamda üretilip piyasaya sunulabilecek olan özel mal ve hizmetlerin devletçe üretilmesi devletin ekonomideki ağırlığını daha da arttırmaktadır. *Özelleştirme, özünde devletin ekonomik yaşamdaki ekonomik operatör rolünü azaltan siyasi otoritenin iradesinin yansıması niteliğindeki idari kararlar bütünüdür. Hatta kanaatimizce, “devlet”in bir “ekonomik operatör” olma rolü bulunmamaktadır, bu nedenle de özelleştirme serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecinin unsurlarından biridir, beki de birincisidir.* Pek çok ülkede özelleştirme uygulaması yapılmış ve belirli bir program çerçevesinde sonuç alınmıştır³⁶. Dünyada ve Türkiye’de özelleştirmeye hâkim olan temel saik, iktisadi verimliliğin artırılması olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷. Kanaatimizce, devlet tanımında “işletmecilik” fonksiyonu bulunmadığı için özelleştirmeden elde edilmesi umulan iktisadi verimliliğinde devletin işletmecilik yaptığı bütün iş ve işlemlerden çekilmesi şeklinde algılanması gerekmektedir.

Özelleştirmeye kavramsal olarak bir tanım verilmesi gerekirse, özelleştirme; devletin işletmeci kimliğinden çekilmesi yoluyla ekonomide verimlilik artışı sağlamak için tam kamusal mal ve hizmetler dışındaki alanlarda hukuki ve iktisadi sorumluluğu özel sektöre ait olmak üzere “*mülkiyetin veya mülkiyetin sağladığı haklardan kamuya ait birimlerin yararlandığı hakların özel sektöre devri*” olarak tanımlanabilir. Bu devir, muhtelif şekillerde yapılabilmektedir.

Anayasa’nın 35. maddesindeki “mülkiyet hakkı”na ilişkin korumanın, kamu mülkiyeti ve özel mülkiyet açısından eşit olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi, kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organınınndır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin koruyucu olmasından da kaynaklanır³⁸. Ancak 1999 Anayasa değişikliği³⁹ ile, Anayasa’nın “Devletleştirme” başlıklı 47. maddesi artık “Devletleştirme ve

³⁶ Ayrıntıları için bkz, **SARISU Ayhan**, Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme, ASOMEDYA, S. Kasım 2003, s. 41-57 (ASOMEDYA).

³⁷ **AKALIN Güneri**, KİT’ler ve Özelleştirilmeleri, Ankara, 1998, s. 219 vd.; Dünyada özelleştirme saiklerine ilişkin olarak Bkz, **YASİN**, a.g.e., s. 5-6.

³⁸ Anayasa Mahkemesi AYMK, E:1994/43, K:1994/42-2, T: 09.12.1994, Resmi Gazete, 24.10.1995, S: 22181. Bu açıdan 22 Temmuz 2006 Tarih ve 26236 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik” hükümlerinin Anayasa ile uyumlu olup olmadığının da analizi gerekmektedir.

³⁹ **Resmi Gazete**, 14 081999, Sayı: 23786.

Özelleştirme” başlığını almıştır. Bu değişiklikle özelleştirme anayasal temeline açık olarak kavuşmuştur.

Özelleştirme faaliyetlerine girişmek açısından Anayasal düzenlemenin şart olmadığını, 1999 Anayasa değişikliği öncesindeki fiili durumdan çıkarmak mümkündür. Nitekim Türkiye’de 1999’a kadar yapılan özelleştirme uygulamaları, Anayasal çerçevesi olmaksızın, salt yasal düzenlemelerle gerçekleşmiştir. Her ne kadar bu durum hukuka uygun olsa da, bazı sübjektifliklerin engellenmesi için bir takım sınırların anayasayla getirilmesi de lüzumludur⁴⁰. Ekonomik sistem ve özelleştirme konusunda Anayasa’da bir çerçeve çizilmeli, ayrıntılar yasama ve yürütme organına bırakılmalıdır⁴¹ şeklindeki görüşlere rağmen, özelleştirmenin ülkenin ekonomi politikasının bir parçası olduğu ve bu nedenle serbest piyasa ekonomisinin ekonomik sistem olarak belirlenmesinin yeterli olacağı kanısındayız. Zira, özelleştirmeler serbest piyasa ekonomisinin bir parçasıdır⁴². Hatta, 1999 yılından sonra özelleştirmenin anayasal bir dayanağa kavuşması, devletin resmi ekonomi politikasının da serbest piyasa ekonomisi olarak belirlendiğinin göstergesidir. Bu hüküm aynı zamanda serbest piyasa ekonomisinin de anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, özelleştirmenin yapılabilmesi için anayasalarda mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğünün garanti altına alınması, devletin ekonomik hayata müdahale etmesine imkan veren kamulaştırma ve merkez bankasının kontrolü gibi konularda anayasada açık ve yeterli düzenlemeye yer verilmelidir⁴³.

Kanaatimizce, Anayasaya ekonomik kamu düzenine ilişkin bir düzenleme eklenip, bu madde kapsamında “*Ekonomide, serbest piyasa ekonomisi uygulanır. Tam kamusal mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetlerin özel sektör tarafından sunulması sağlanır*” hükmüne de yer verilmesi gerekmektedir. Bu yolla devletin salt kamusal mal ve hizmetler dışındaki iktisadi faaliyetlerin tamamını özel sektöre devretmesi sağlanmalıdır. Bunun sonucu olarak da, dünyanın gelişmiş ülkelerinin çoğunda tamamlanmış olan özelleştirme ve halen de yapılmakta olan PPP uygulamalarının da anayasal zemini belirlilik kazanmış olacaktır.

Burada özelleştirme faaliyetinin geniş anlamda yorumlanması; salt kamusal mal ve hizmetler dışındaki alanlardaki iktisadi faaliyetlerin özel sektör tarafından yerine getirilmesi olarak tanımlanabilecek olan geniş anlamda özelleştirme tanımı PPP

⁴⁰ GÖNENÇ Levent, “Özelleştirme ve Anayasalar - Orta Avrupa Deneyimi”, AÜHFD, Cilt 54, Sayı 1, 2004, s. 97.

⁴¹ GÖNENÇ, a.g.m, s. 97.

⁴² AKILLIOĞLU Ethem, Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar, Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2005 Sayı 21, s. 51.

⁴³ GÖNENÇ, a.g.m, s. 97.

uygulamalarını da içermektedir. Özelleştirme görünümündeki PPP konseptine⁴⁴ özelleştirmenin sınırlı bir türü olarak bakılması da mümkündür⁴⁵. Ancak, özelleştirme ile PPP arasındaki ilişkiye kamunun piyasalardaki etkisi açısından bakıldığında kademeli bir şema çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin klasik usuller ile “devletçe yerine getirilmesi” ile tamamen “özel kesimce yerine getirilmesi” arasında yer alan ve “kamunun özel sektör ile işbirliği halinde yerine getirmesi” şeklindeki ara kesit PPP uygulamalarını oluşturmaktadır. Ancak, geniş anlamda özelleştirme tanımı açısından bakıldığında bu uygulamanın da bir tür özelleştirme olduğu gerçeği nazardan uzak tutulmamalıdır. Ayrıca dar anlamda özelleştirme ile spesifik olarak bir işin özel sektöre devrinin söz konusu olduğu, PPP uygulamalarında ise yeni bir işin ortaya çıktığı göz ardı edilmemelidir⁴⁶.

PPP modeli “kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile, tüm hizmet temininin özel sektör aracılığı ile yapılması arasındaki yelpazede yer alan, devlet ve özel sektörün birlikte katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama modellerini içeren bir “üst kavram” olarak tanımlanabilir. PPP uygulamaları projelerin niteliğine, kamu ve özel sektörün projeye katılım dereceleri ve taraflar arasındaki farklı risk dağılımına bağlı olarak çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirler⁴⁷.



Yukarıdaki şemada da görüldüğü üzere, hizmetlerin devletçe klasik usuller ile yerine getirilmesi ile bu hizmetlerin tamamen özel kesimce yerine getirilmesi arasındaki geniş alan ve bu alandaki sözleşmeler bütünü PPP Hukuku’nun temelini teşkil etmektedir. Burada önemli olan bir husus vardır ki, PPP alanı olarak tanımlanan alanda sözleşme serbestisinin sınırlarının ne olduğu çok net olarak belirlenmelidir. Zira, bu alanda sözleşme serbestisinin sınırlı tutulması, PPP Hukuku’nun uygulama alanının daralmasına ve dolayısıyla kamunun klasik hizmet sunma yöntemlerini ve/veya

⁴⁴ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 20.

⁴⁵ VINTER Graham D., Project Finance, London 2006, s. 422.

⁴⁶ HARRIS Stephen, Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services, <http://www.iadb.org/sds/conferences/infrastructure/PPP.pdf>, Erişim:06.01.2008, s. 6; EKER, a.g.m., s. 63.

⁴⁷ TEKİN Ali Güner, Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri - Kamu-Özel Ortaklıkları (Public Private Partnerships Veya PPP Modelleri), İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2007 (Cilt 21 Sayı 122); BUTTON Maurice, A Practical Guide to PPP in Europe, UK 2006, s. 3.

tamamen özelleştirme uygulamalarını kullanması veya kaynak yetersizliği nedeniyle kamu hizmetlerinin işlememesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, idarelerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek genişlik ve esneklikte bir sözleşme serbestisi alanı belirlenmiş olması elzemdir ki, Türk Borçlar Hukuku'na yapılacak bir atıf bu alanın sağlıklı işlemlerini sağlamaya yeterli olacaktır. Bu husus aşağıda incelenmiştir.

Özelleştirme ile PPP arasında geniş ve dar anlamda ele alınması halinde birbirini bütünleme/içerme gibi bir ilişki bulunmakta olması, her ikisinin ortak olan yönünün ikisinin de proje finansmanının bir türü olması gibi nedenlerle birbirinin temelini oluşturma ve ilk başvuru noktası olma gibi birleşen yönleri de bulunduğu nazardan uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle de bu çalışmada özelleştirme ile PPP'nin birlikte incelenmesi sözkonusu olacaktır. Özellikle proje finansmanı konusunda kamuda uluslararası tecrübe ve güven kazanmış bulunan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın tecrübeleri bu çalışmada önemli şekilde değerlendirilecektir.

Türkiye'de, daha sonra Özelleştirme İdaresi Başkanlığı adını alan ve 2983 Sayılı Kanunla kurulan Kamu Ortaklığı İdaresi serbest piyasa ekonomisine geçişi gerçekleştirme ve finansman sağlama hedefiyle başlamış daha sonra bu algılayış evrim geçirmiştir. Sadece finansman sağlamadan farklı olarak, projelendirmeden başlayarak, ihale aşamasına, finansmanın teminine ve işletmeciliğin yapılmasına kadar uzanan organizasyonlar bütününe ifade eder duruma gelmiştir⁴⁸.

PPP'nin özelleştirmenin uzantısı olarak ikinci kuşak özelleştirme niteliğinde işlemler olacağı, bu konuda standart sözleşmelerin hazırlanması gerektiğini, PPP uygulamalarının birinci aşama olan özelleştirmeden sonra liberalleşmenin ikinci aşaması olduğu kabul edilmektedir⁴⁹.

4.2. KAMU İHALELERİ İLE İLİŞKİSİ

Uygulamada görülen yaygın bir yanlış özelleştirme ve PPP uygulamalarının da birer kamu ihalesi olduğuna ilişkindir. Her ne kadar, ortada bir tarafı kamu olan bir ihale var ise de sonuçta iktisadi fonksiyonu itibarıyla bakıldığında, dar anlamda, özelleştirmede bir varlığın özel sektöre devrine ilişkin bir ihale yapılmaktadır. Yatırımcı kamuya ait bir varlığı edinmektedir. Geniş anlamda özelleştirme ve PPP ihalelerinde ise kamuya ait bulunan bir unsurun özel sektöre, genellikle, yatırım yapılmak suretiyle inşası, işletilmesi gibi unsurları içeren bir ihale sözkonusudur. Bu iki tür ihalenin ortak olan yanı, her ikisinde de kamu bir iktisadi değeri sunmakla birlikte yatırımcı dünya üzerinde yatırım yapabileceği yüzlerce alternatiften birisi olan bir kamu projesine

⁴⁸ EREN Erdal, a.g.s., s. 24-25.

⁴⁹ PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/1/>, Erişim 21.06.2008.

yatırım yapmaktadır. Dolayısıyla, her ikisinde de finans özel sektör tarafında sağlanmakta, bu sağlanan finans ile ya bir kamusal varlık veya bir kamu hizmeti özel sektör tarafından işletilmeye başlanılmaktadır. Oysa, kamu ihalelerinde kamu kendi finansman imkanı ile bir mal ve/ya hizmet satın almaktadır. Dolayısıyla burada para ödemesinde bulunan taraf kamu tarafıdır. Bu nedenle de PPP ihaleleri ile kamu ihaleleri arasında iktisadi fonksiyon açısından birbirine taban tabana zıt bir finans akışı bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da her iki alanın hukuki sebepleri de farklılaşmaktadır.

AB uygulamasında ihale ile ilgili genel düzenleme “Kamu Yapım İşleri, Malım Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi⁵⁰” ile yapılmıştır. Bu nedenle AB’de ihalelerin ve ihale usullerinin düzenlendiği bir tane Genel Düzenleme vardır o da 2004/18/EC sayılı Direktiftir. Bu düzenleme dışında “*Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmet Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İdarelerin İhale Usullerinin Koordine Edilmesine ilişkin 31 Mart 2004 tarih, 2004/17/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi*⁵¹” gibi özel düzenlemeler de bulunmaktadır. 2004/17/EC sayılı Direktif PPP konusundaki en önemli örneklerden biridir. AB, konuyu ihale sisteminin topluluk düzeyinde yeknesaklaştırılması amacına matuf olarak anılan iki direktif ile düzenlemiş ve meseleye adeta kamu ihalesi ilkeleri ile aynı ana ilkeleri uygulamıştır. “Kamu sözleşmeleri ve imtiyazlarına dair Topluluk ikincil mevzuatı, esasen bir sözleşmenin ihalesi aşamasına ilişkindir. İkincil mevzuat, özel ortağın seçilmesinden sonraki aşamayı kapsamlı bir şekilde düzenlememiştir⁵².” AB’de ihaleleri düzenleyen kurallar bulunmaktadır⁵³. “*Bu direktifler esas itibarıyla sözleşmeciler idarelere mal veya hizmet*

⁵⁰ Official Journal of European Union, L:134, 30.04.2004, s. 114.

⁵¹ Official Journal of European Union, L:134, 30.04.2004, s. 1.

⁵² Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 42.

⁵³ Kamu hizmet sözleşmelerinin, kamu eser sözleşmelerinin, kamu arz sözleşmelerinin ve su, ulaştırma, enerji ve telekomünikasyon sözleşmelerinin ihale koordinasyonlarına ilişkin Direktifler 92/50/EEC, 93/36/EEC, 93/37/EEC, 93/38/EEC. Direktifler, Parlamento ve Konseyin sunduğu kamu arz, hizmet ve eraser sözleşmelerine ilişkin 31 Mart 2004 tarihli Direktif 2004/18/EC ve Parlamento ve Konseyin sunduğu su, ulaştırma, enerji ve telekomünikasyon sözleşmelerinin ihale koordinasyonlarına ilişkin 31 Mart 2004 tarihli Direktif 2004/17/EC ile değiştirilecektir. Direktiflerin geçici versiyonu internet sayfasından erişilebilmektedir http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

Ayrıca belirli sektörlerde, özellikle de ulaştırma sektörü, PPP organizasyonun sektör spesifik mevzuatlara konu olabilmektedir. Bakınız, Konseyin topluluk içi hava sahaların havayolu şirketleri tarafından kullanılmasına ilişkin Yönetmelik (EEC) No 2408/92, Topluluk içi deniz taşımacılığında hizmet sunma serbestisine ilişkin Konsey Yönetmeliği (EEC) No 3577/92, üye devletlerin girişimi üzere demiryolu, kara ve iç sular taşımacılığında kamu hizmeti konseptinde yükümlülüklerine ilişkin Konsey Yönetmeliği

*sağlamak isteyen, başka üye devletlerde yerleşik olan, tacirlerin menfaatlerini korumayı ve bu bağlamda bir sözleşmenin sözleşmeci idare tarafından yerli ihale katılımcılarının sözleşmenin ihalesinde tercih edilme riskinin ve kamu hukukuna tabi birimlerin ekonomik amaçlar dışında hareket edilmesi ihtimalinin önlenmesi amaçlamaktadır*⁵⁴. Ancak, AB düzeyinde PPP Hukuku ile ilgili düzenleme yapılmamış, bu alan ile ilgili Yeşil Kitap⁵⁵ ile yetinilmiştir. Yeşil Kitap, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde artan PPP uygulamaları nedeniyle, gidişatın efektif rekabet ve hukuki açıklık bağlamında gelişebilmesi için, Komisyon'un PPP fenomeninin kamu alım hukuku çerçevesinde çözümlenebilmesi girişimleri üzerine kamu sözleşmeleri ve imtiyazlar hakkında müzakere başlatılmasını hedeflemektedir⁵⁶. Topluluk düzeyinde yeşil kitap ve buna ilişkin konsültasyon çalışmaları ile sınırlı tutulan çalışmalar 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı direktiflerdeki gibi bir bağlayıcı metne dökülmemiştir. Bu Direktiflerin hedefi ihale ve sözleşme işleyişlerini şeffaflaştırmak ve ülke sınırlarını aşarak Avrupa çapında rekabeti sağlamaktır⁵⁷. AB'nin konuyu kamu alımları ile aynı kurallara tabi tutmuş olması ihale usullerinin ve ihale süreçlerinin AB düzeyinde yeknesaklaştırılması amacına matuftur. Yoksa, bu düzenlemeler bir tarafta kamunun öz kaynaklarından finanse ettiği kamu alımları ile diğer tarafta özel sektörün finanse ettiği PPP projelerin birbirine taban tabana zıt olan fonksiyonlarını değiştirmemektedir. Ayrıca topluluk düzeyinde amaç bir görevin veya işin üçüncü kişiye devredilmesi için verilen kararlara uygulanacak kuralların belirlenmesidir; elden çıkarılacak iş veya görevin belirlenmesi ve üçüncü kişiye devri kararı üye devletlerin kendi yetki alanında olmaya devam etmektedir⁵⁸.

(EEC) No 1191/69, ve üye devletlerin girişimi üzerine demir kara ve iç sular yoluyla yolcu taşımacılığına ilişkin kamu hizmetin gereksinimleri ve kamu sözleşmelerin ihalesi hakkında Konsey ve Parlamento tarafından düzeltilmiş teklif (COM(2002) 107 final).

Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Dipnot 9, 10.

⁵⁴ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 8.

⁵⁵ Kamu Özel Sektör İşbirliği ile Kamu Sözleşmeleri ve İmtiyazları Hakkındaki Topluluk Hukuku Hakkında Yeşil Kitap, COM (2004) 327 final, 30.04.2007.

⁵⁶ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 13, 16, 17.

⁵⁷ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 26.

⁵⁸ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 17; Commission of the European Communities – Commission Staff Working Document: FAQ concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, SEC(2007) 1514, Brussels 20.11.2006, soru 1.1.

Ülkemizde ise, PPP'nin dar anlamda bir kamu ihalesi olmadığı, kamu ihalesinde kamunun kendi finansmanı ile bir mal veya hizmet satın aldığı, oysa PPP'de kamunun özel sektör finansmanı ile bir mal veya hizmetin sunulmasını sağladığı, bu nedenle arada ciddi bir fark bulunduğu, PPP konusunun özünün "proje finansmanı" olduğu vurgulanmıştır⁵⁹.

İngiltere'de Hükümet PPP'leri geleneksel ihale yöntemlerine göre tercih etmektedir. Bunun da sebebi, hükümetin kamu hizmeti verme yükümlüklerini sermaye gideri olmadan yerine getirebilmesidir. Bunun sonucu olarak sermaye giderlerini elde etmek için yapılan muazzam vergi artırımları önlenebilmektedir. Buna rağmen *esas olarak PPP'lerin dayandığı temel ilkeler, paranın karşılığının daha iyi alınması ve kamu projelerindeki uygun miktarda riskin hükümetten özel sektöre aktarılmasını sağlamaktır*⁶⁰.

5. EKONOMİ POLİTİKASI OLARAK PPP VE NEDENLERİ

Kamunun iktisadi hayattan çekilmesi, yaygın olarak kamu iktisadi teşebbüslerinin satılması ya da halka arz gibi başka yöntemlerle özel girişimcilere devredilmesi şeklinde anlaşılagelmıştır. Oysa bu, kamunun iktisadi hayattan çekilmesini sadece dar anlamıyla ele almak olur. Zira serbest piyasa ekonomisine geçiş bir ekonomi politikası tercihinin tezahürüdür. Geniş anlamıyla özelleştirme ve dolayısıyla kamunun ekonomideki girişimci rolünün sınırlandırılması, rekabetçi bir serbest piyasa ekonomisinin oluşmasının önündeki engellerin kaldırılmasını ifade eder⁶¹. Bir taraftan özelleştirme yaparken kamu yeni yatırımları da kendi bütçesinden yapmamalıdır. Bu bağlamda kamunun kullanacağı model yine PPP modelidir⁶². Ekonomi politikası açısından bakıldığında serbest piyasa ekonomisi özelleştirmelerin tamamlanmasını ve buna ilave olarak da bu süreçteki ve sonrasındaki kamu yatırımların PPP modeli ile yapılmasını gerektirmektedir.

Serbest piyasa ekonomisinin temel amacı nihai olarak, devletin ekonomide işletmecilik alanından tümüyle çekilmesini sağlamaktır. Öte yandan borsa ve sermaye piyasalarını geliştirmeden Türkiye'de sağlıklı bir ekonomik gelişmeden bahsetmek mümkün değildir. Bu açıdan değerlendirildiğinde bir yandan mali piyasalara ve dolayısıyla sermaye piyasalarına yönelmeyen yerli ve yabancı tasarrufları bu piyasalara

⁵⁹ PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/2/>, erişim: 04.07.2008.

⁶⁰ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 14.

⁶¹ AKTAN Coşkun Can, a.g.e., s. 19.

⁶² BERBER Recai, Manisa Milletvekili ve TBMM KİT Komisyonu Üyesi Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 134.

yönlendirerek yeni kaynaklar yaratılması, diğer yandan da kamu kesiminin fonlar üzerindeki talebi nedeniyle sıkışan mali piyasa üzerindeki olumsuz baskının engellenmesi hedeflenmektedir⁶³.

Ülkemizde kamunun işletmeciliğinin doğmasının ana nedeni, ulusal özel sektörün oluşmaması, sermaye birikiminin yetersizliği gibi nedenlerdir. Ancak, ekonomimizin geldiği nokta itibarıyla devletin işletmecilik yapmasına gerek kalmayacak kadar milli sermaye birikimi ve uluslararası sermaye para ve sermaye piyasaları ile entegrasyon sağlanmıştır. Artık kâr bile etse örneğin ayakkabı üretmeye, petrokimya tesisi işletmeye, sivil havacılık kuralları uyarınca yolcu taşımacılığı yapmaya yönelik “işletmecilik yapmakta” vs bir kamu yararı yoktur. Devlet, asli fonksiyonu olan *düzenleyici ve denetleyici* olma ile sınırlı olarak ekonomiye müdahil olmalıdır.

Günümüzde artık devletin ekonomide, hatta tüm toplumsal yaşam içindeki konumunun yeniden belirlenmesi ve fonksiyonel bakımdan devletin yeniden tarif edilmesi zorunluluğu yaşanmaktadır⁶⁴. Dünya ile entegre olmuş bulunan Türkiye’de bu mülahazalardan arınmış, özgüveni ve vatandaşın desteği olan bir sistemin işlemesi sağlanmak zorundadır. Bu bağlamda PPP de dört temel işlevi yerine getirmektedir, bunlar⁶⁵; (1) Ek sermaye tedarik etmek, (2) Alternatif işletme ve uygulama becerileri sağlamak, (3) Tüketicilere ve genel olarak kamuya katma değer yaratmak, (4) İhtiyaçları daha iyi belirlemeyi ve kaynakları optimal kullanabilmeyi sağlamak.

6. AB’DE PPP

AB Hukuku uygulamalarında PPP açıkça düzenlenmiş bulunmamaktadır. AB’nin aşağıda listesi verilen çalışmalarda hukuki esasları oluşturulmaya çalışılan PPP konusu halen AB düzeyinde bir hukuki düzenleme alanı durumunda değil, bir politika alanı durumundadır. PPP uygulamalarının üye devletlerde yaygınlaşması üzerine hazırlanmış bulunan hukuki değeri açısından en ileri belge de Green Paper⁶⁶ niteliğini aşamamış bulunmaktadır. Bu nedenle, yapılan projelerde birçok AB düzenlemesinin farklı yönlerinin nazara alınması gerekli olmaktadır. Özellikle AB’nin kamu alımları ile ilgili düzenlemeleri, temel özgürlükler (özellikle hizmetlerin serbest dolaşımı ve yatırım yapma (establishment) özgürlüğü ve AB rekabet kuralları özellikle de devlet yardımları önem arz eden konular arasında yer almaktadır. AB’nin PPP konusundaki ana odak

⁶³ ÖİB Yayınları, Türkiye’de Özelleştirme, s. 1.

⁶⁴ BAYTAN İlhan, Özelleştirme, Ankara 1999, s. 6.

⁶⁵ EREN Erdal, a.g.s., s. 24.

⁶⁶ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004.

noktası, topluluk hukukundaki şekilde iç pazarın kurulması, işletilmesi ve geliştirilmesidir⁶⁷. AB Hukukunun en önemli amaçlarından birisi kişilerin, sermayenin, malların ve hizmetlerin bir ulusal pazara benzer şekilde işleyen serbest dolaşımı üzerine kurulu pazar yapısı kurmaktır⁶⁸.

AB Hukuku alt yükleniciler ile de ilgilenmektedir. Bu bağlamda, ana yüklenicinin alt yüklenicilerini de rekabete dayalı olarak seçmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Proje şirketi kendisi sözleşmeci birim rolünü üstlendiğinde; Komisyon, onun yaptığı sözleşmeler veya imtiyaz sözleşmelerinin -bunları kendi hisse sahipleriyle yapsa da yapmasa da- rekabet çerçevesinde yapılmasına işaret etmektedir. Bunun uygulanmadığı tek durum; hisse sahiplerine şirket tarafından devredilen (*entrusted*) hizmetlerin, kamu ortağı tarafından projeyi yüklenen şirketin oluşmasından önce rekabete konu edilmiş olmasıdır⁶⁹. Ancak yüklenici firma sözleşmeci birim rolünü üstlenmediği zaman, üçüncü kişilerle -ister kendi hissedarı olsun ister başkası- sözleşme yapmakta kural olarak serbesttir⁷⁰.

AB düzeyinde yapılmış bulunan çalışmaların en önemlileri de şunlardır; (1) Commission of the European Communities – Commission Staff Working Paper: Report on the Public Consultation on the Green Paper on PPPs and Community Law on Public Contracts and Concessions⁷¹. (2) Commission of the European Communities – Commission Staff Working Document: FAQ concerning the application of public procurement rules to social services of general interest⁷². (3) Commission of the European Communities – Commissions Interpretative Communication on the application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised PPPs⁷³. (4) Commission of the European Communities – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on PPP and Community Law on Public Procurement an Concession⁷⁴. (5) Commission of the

⁶⁷ WERNER Michael Jürgen, European Union, A Practical Guide to PPP in Europe, UK 2006, s. 11.

⁶⁸ Case 270/80, Polydor Limited and RSO Records Inc. v. Harlequin Record Shops and Simons Record Limited [1982] ECR 329.

⁶⁹ Direktif 93/38/EEC m.13 ile bir yüklenicinin bağlı işletmesi olarak çalışan network sistemi operatörü tarafından yapılan alt yüklenici sözleşmelerine bir istisna getirilmektedir. Direktif 2004/17/EC m.23 de bu istisnayı sağlayıcı ve hizmet alt yüklenicilerine de teşmil etmektedir.

⁷⁰ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 51.

⁷¹ SEC(2005) 629, Brussels 03.05.2005.

⁷² SEC(2007) 1514, Brussels 20.11.2006.

⁷³ C(2007) 6661, Brussels 05.02.2008.

⁷⁴ COM(2005) 569 Final, Brussels 15.11.2005.

European Communities – Green Paper – Defence Procurement⁷⁵. (6) Commission of the European Communities, Commission Interpretative Communication on Concessions under the Community Law⁷⁶. (7) DG – Internal Policies of the Union – Directorate A – Economic and Scientific Policy: PPPs National Experiences in the EU⁷⁷. (8) European Commission – Directorate General – Internal Market and Services – Public Procurement Policy: Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive⁷⁸. (9) European Commission – Directorate General Regional Policy: Guidelines for Successful PPPs⁷⁹. (10) European Federation of Engineering Consultancy Association, Award Procedures for Public Private Partnership for Project Delivery. (11) European Parliament resolution on PPPs and Community Law on public procurement and concessions [2006/2048 (INI)]⁸⁰. (12) European Parliament, DG Internal Policies of the Union, Directorate A, Economic and Scientific Policy, Public Private Partnerships, Models and Trends in the European Union (IP/A/IMCO/SC/2005-161)⁸¹. (13) FAQ on public procurement: Commission proposes clarification of EU rules on PPPs⁸². (14) FAQ-Public procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised PPPs⁸³. (15) Green Paper on PPPs and Community Law on Public Contracts and Concessions⁸⁴. (16) Speech: Charlie McCREEVY – European Commissioner for Internal Market and Services – PPPs, Options to ensure effective competition.

Bunlara ilave olarak Green Paper’da da atıf yapılan ATAD’ın kararları AB Hukuku’nun oluşumuna katkı sağladığı için bunların da listesi aşağıdaki şekilde verilmiştir. (1) SIAC Construction – Case C-19/00⁸⁵, (2) ANAV – Case C-410/04⁸⁶, (3)

⁷⁵ COM(2004) 608 Final, Brussels 23.09.2004.

⁷⁶ Official Journal of the European Communities, C 121, 29.04.2000.

⁷⁷ **European Parliament**, PE 369.858, 10.02.2006

⁷⁸ European Commission, Directorate General Internal Market and Services, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf

⁷⁹ Brussels, Mart 2003; Kaynak: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp/ppp_en.pdf, Erişim Tarihi: 10.08.2007.

⁸⁰ **European Parliament**, A6-0363/2006 / P6-TA-PROV(2006)0462, 26.10.2006.

⁸¹ IP/A/IMCO/NT/2006-3, PE 369.859; Kaynak: http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602_ppp_briefingnote_en.pdf, Erişim Tarihi: 10.08.2007.

⁸² MEMO/05/431, Brussels, 17.11.2005

⁸³ Brussels, 18.02.2008, Kaynak: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/252&format=PDF&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>, Erişim Tarihi: 10.08.2007.

⁸⁴ COM (2004) 327 final, Brussels, 30.04.2004.

⁸⁵ Official Journal of the European Communities, C 369, 22.12.2001.

Stadt Halle – Case C-26/03⁸⁷, (4) Telaustria – Case C-324/98⁸⁸, (5) Teckal – Case C-107/98⁸⁹, (6) Parking Brixen – Case C-458/03⁹⁰, (7) Coname – Case C-231/03⁹¹.

Topluluk ülkelerinde de farklı uygulama düzeyleri bulunmaktadır. Avrupa Birliği ülkeleri ‘ileri derecede PPP uygulamalarını benimseyenler’, ‘Orta düzeyde PPP uygulamalarını benimseyenler’ ve ‘PPP uygulamalarında geri kalanlar’ olarak sınıflandırılabilir⁹². İleri derecede PPP uygulamalarını benimseyen ülkelerde, örneğin İngiltere, Fransa⁹³, Almanya⁹⁴, İrlanda ve İtalya, otoyol ve demiryolu gibi altyapı yatırımlarının yanı sıra hapisane, eğitim ve sağlık gibi çekirdek hizmetlerin sunulması da PPP uygulamaları ile tecrübe edinmiştir. Orta derecede PPP’yi benimseyen ülkelerde ise her sektörde olmasa da belirli bir aşama kaydedilmiştir⁹⁵. Aşağıdaki şemada AB ülkelerindeki genel durum belirtilmiştir⁹⁶. PPP programının gelişimi politik, hukuki, ticari ve kültürel anlamda farklı ülkelerde çok ciddi şekilde farklılaşmaktadır⁹⁷. Türkiye dahil olmak üzere analiz edildiğinde 23 ülkeden 16 ülkede PPP konusuna siyasi destek sağlandığı, diğer 7 ülkenin temkinli destek verdiği, 14 ülkede merkezi bir PPP birimi bulunduğu 9’unda ise kuruluş müzakereleri sürdüğü, PPP mevzuatı ile ilgili çalışmaların da farklılıklar arz ettiği ancak genel eğilimin spesifik bir PPP kanunu yapılması ve bu kanunu uygulamakla görevli merkezi bir PPP birimi kurulması şeklinde olduğu gözlemlenmektedir.

⁸⁶ Official Journal of the European Communities, C 300, 04.12.2004.

⁸⁷ Official Journal of the European Communities, C 101, 26.04.2003.

⁸⁸ Official Journal of the European Communities, C 095, 24.03.2001.

⁸⁹ Official Journal of the European Communities, C 47, 19.02.2000.

⁹⁰ Official Journal of the European Communities, C 296, 26.11.2005.

⁹¹ Official Journal of the European Communities, C 217, 03.09.2005.

⁹² **REND A Andrea/ SCHREFLER Lorna**, Public-Private Partnerships National Experiences In The European Union, Briefing note No. IP/A/IMCO/SC/2005-160 governed by the provisions of Framework Service Contract IP/A/IMCO/FWC/2005-33, Brussels, 22/02/2006, s. 2.

⁹³ Fransa’da PPP uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Linklaters**, PPP in France – 2006, <http://www.linklaters.com/pdfs/publications/projects/pppfranceoct06.pdf>, Erişim: 10.01.2007.

⁹⁴ Almanya’nın PPP uygulamalarında geri kalmışlığı için bkz, **ÜNÜVAR**, a.g.s., s. 40.

⁹⁵ **REND A/SCHREFLER**, a.g.e., s. 2.

⁹⁶ **BUTTON**, a.g.e., s. 7; **BİNGÖL Odak**, PPP Teşkilat Yapılanması ve AB Örnekleri, s. 10.

⁹⁷ AB ülkelerindeki Siyasi tutum, Merkezi PPP Birimi, Yasal Çerçeve analizi tablosu için bkz, **BUTTON**, a.g.e., s. 1.

7. PPP UYGULAMALARININ ANAYASAL SINIRLARI

Devletin ekonomideki “tacir” elini çekip, asli faaliyetlerine yönelmesinde sınırların çizilmesine ilişkin kamusal mal ve hizmetlerin özel sektöre gördürülmesindeki ilk sınır anayasadır. Anayasadaki devlet düzeni, temel haklar ve özgürlüklerin içeriği bu bağlamda iyi özümsemelidir.

Uygulamalar hukuk devleti ilkesine uygun sürdürülmelidir. Hukuk devleti ilkesinin bu konuda okunmasında, kanunilik ilkesi, kuvvetler ayrılığı, hukuki güvenlik ilkeleri kullanılmalıdır⁹⁸. Salt kamusal mal ve hizmetler, kamu düzenine ilişkin olduğundan ve aynı zamanda hukuk devleti ilkesi gereği kamunun tekelinde tutulmalıdır ki, bu konudaki ilk sınırı bunlar oluşturmaktadır. Yarı kamusal mal ve hizmetler ile özel mal ve hizmetlerin sunulmasından ise devlet hızlı ve verimli bir şekilde çekilmelidir.

Kamusal mal ve hizmetlerin özel sektör tarafından sunulmasının sınırlarından bir diğeri temel haklar ve özgürlüklerdir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı niteliği bulunan uygulamalar yapılması anayasa engeline takılacaktır. Teorik olarak mümkün bulunsa da pratikte, bir hakkın özüne dokunacak şekilde sonuç doğuran uygulama yapılması çok zor karşılaşılabilecek bir durumdur.

Kamusal mal ve hizmetlerin özel sektörde sunulmasının sınırlarından bir diğeri; mal ve hizmetlerden yararlanmada eşitlik ilkesi gereği ayırım yapılmamasıdır. Eğer bir hizmetin özel sektöre gördürülmesi, o hizmetin kişilere eşit ve dengeli dağılımını engelleyecek şekilde yapılmakta ise, bu uygulama yöntemi itibarıyla veya sonuçları itibarıyla hedeflenen amaçlara hizmet etmediğinden Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Kamu hizmetlerinden yararlanmada söz konusu olan eşitlik matematiksel bir eşitlik olmayıp, kişilerin içinde bulundukları özel şartları dikkate alan bir eşitlik anlayışıdır. İdare kamu hizmetlerini eşit durumda bulunanlara eşit farklı konumda bulunanlara farklı biçimde sunmak durumundadır⁹⁹.

Kamusal mal ve hizmetlerin özel sektörde sunulması kapsamında, kişilerin insan haysiyetine de halel gelmemelidir. Örneğin sağlık hizmetlerinin gördürülmesinde, insan haysiyetine yakışmayan uygulamalar yaşanmasına engel olacak şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu hedeften sapma gösterecek şekilde gerçekleştirilen bir uygulama, devletin amaçladığı hedeften uzak bir sonuç olarak karşımıza çıkacaktır ve devletin garantörlüğünü doğuracaktır.

Devlet, vatandaşları için asgari düzeyde belirli mal ve hizmetleri sunmakla yükümlüdür. Bu nedenle devletin bu hizmetleri özel sektöre sundurması, özel kişinin her zaman bu hizmeti sağlayacağı anlamına gelmeyeceğinden, devletin bu işlemlerini

⁹⁸ SANCAKDAR Oğuz, “Alman İdare Hukukunda Kamusal Yükümlülüklerin Özelleştirilmesinin Sınırları”, DEHFD, Cilt 6, Sayı 2, 2004, s. 257.

⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C.1 (Genel Esaslar), Ankara, 2001, s. 557-558.

denetleme yetkisi; hizmetin kötü ifası veya hiç ifa edilmemesi halinde bu hizmetin başka özel kişiye devredilebilmesi haklarını saklı tutması gerekliliği hasıl olmuştur. Örneğin, eğitim hakkı anayasal bir hak olup, Almanya uygulamasında, bu hizmetlerin özel sektörece sunulması belirli standartlar çerçevesinde, dikkatli ve özenli biçimde yapılmakta ve bu uygulamalar denetlenmektedir. Bu hizmetin tamamen özel kişilere teslim edilmesi anayasaya aykırı görülmektedir¹⁰⁰. Eğitim yarı kamusal bir hizmet olarak görülmektedir. Bu nedenle eğitim hizmeti devlet ve özel kişiler -devletin denetiminde- eliyle yürütülmektedir. Sağlık hizmetleri de bu kategoridedir; Sağlık Bakanlığı hizmetin kötü ifa edilmesi veya hiç ifa edilmemesi gibi durumları önlemek için gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

Kamusal mal ve hizmetlerin özel sektörece sunulmasında anayasal orantılılık ve ölçülülük ilkeleri de dikkate alınmalıdır. Faaliyetin yapılmasından elde edilecek fayda ile yapılmamasından doğacak zarar. Söz konusu mal veya hizmet kapsama alınmakla sosyal sorunların azalacağı düşünülüyorsa uygulamaya geçilmelidir. Aksi halde mutlaka rehabilite çalışmaları ile birlikte nazara alınmalıdır.

Ülkemizde özelleştirme uygulamalarını düzenleyen kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmesi ve yine bunlara dayalı olarak yapılan uygulamalarda İdari yargı alanında iptal istemiyle açılan davalarda varılan tespitler, özelleştirme hukukunun oluşmasını sağlamıştır¹⁰¹. Aynı durum 3996 Sayılı YİD Kanununda da yaşanmıştır. Bu nedenle, PPP konusunda da Anayasa Mahkemesinin ve Danıştay'ın benzer konularda verdiği iptal kararları da nazara alınarak düzenleme ve uygulama yapılması gerekmektedir. Aksi halde, daha önce görülen iptallere benzer nedenler ile yeni yeni iptaller nedeniyle zaman kaybedilmiş olacaktır. Bu iptaller kamu hizmetleri ile ilgili olduğu için gerek Yasama, gerek Yürütme ve gerekse de Yargı organları yıpratılmaktadır. Bu nedenle, hukuka aykırılıkların baştan önlenmesi için özelleştirme ile ilgili yargı kararlarının kapsamlı şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Anayasamızın 168 ve 169. maddelerinde, doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin Devlet'e ait olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Ancak Devlet'in bu kaynakları belirli sürelerle, başkalarına işletme hakkı tanıyarak işletebileceği de ek olarak düzenlenmiştir. Zira 1982 Anayasa'sı, kısıtlayıcı bazı hükümler içerse de, serbest piyasa ekonomisini temel almıştır.

Anayasa Mahkemesi anayasanın muhtelif hükümlerini nazara alarak aşağıdaki anayasal çerçeveyi de çizmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal

¹⁰⁰ SANCAKDAR, a.g.m., s. 260.

¹⁰¹ BAYTAN, a.g.e., s. 51.

kararlarında şu gerekçeler ileri sürölmüřtür¹⁰²: (1) Yargısal denetim yolunun öngörölmemesi ya da eksik öngörölmesi, (2) Yargı yetkisinin etkinliğinin ve eksiksiz kullanılmasının sağlanmaması, (3) Yürütmenin durdurulması yolunun kapalı olması, (4) Uygulamaların KHK'lar ile, yasama yetkisinin devri boyutunda düzenlenmesi¹⁰³, (5) Kuruluşun gerçek değerinin gözetilmemesi¹⁰⁴, (6) Yabancı yatırımcılar açısından karşılıklılık ilkesinin gözetilmemesi¹⁰⁵, (7) Piyasada fiili veya anlaşmalı kartelleşme veya tekelleşme yaratılması sonucu doğması¹⁰⁶, (8) Doğal servet veya kaynakların mülkiyetin devredilmesi¹⁰⁷, (9) Bazı hizmetlerin niteliğine bakılmazsızın kanun ile kamu hizmeti veya imtiyazlar kapsamına alınması¹⁰⁸, (10) Bazı Bakanlara bu konuda yasama yetkisi devri niteliğinde geniş yetkiler tanınması¹⁰⁹, (11) Değer Tespit Komisyonları'nın oluşum biçimi, görev ve yetkilerinin yasama organınca belirlenmemiş olması¹¹⁰, (12) Yasa'da yalnız ihale yöntem türlerinin belirlenmesi, durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağının açıkça saptanmaması¹¹¹, Anayasa Mahkemesinin belirlemiş bulunduğu bu kriterler bundan sonra yapılacak düzenlemelerde de nazara alınmak gerektir. Bu sınırlara riayet edilmesi anayasanın üstünlüğu ve bağlayıcılığı ilkesinin ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının bütün devlet organlarını bağlayıcı olmasının doğal bir sonucudur.

¹⁰² **AYMK**, E:1993/33, K:1993/40-1, T:21.10.1993, **Resmi Gazete**, 23.10.1993, S: 21737; **AYMK**, E:1994/43, K:1994/42-2, T: 09.12.1994, **Resmi Gazete**, 24.10.1995, S: 22181; **AYMK**, E:1994/49, K:1994/45-2, T:07.07.1994, **Resmi Gazete**, 10.09.1994, S: 22047; **AYMK**, E:1995/38, K:1996/7, T:28.02.1996, **Resmi Gazete**, 24.05.1996, S: 22645.

¹⁰³ **AYMK**, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

¹⁰⁴ **AYMK**, E:1995/38, K:1996/7, T:28.02.1996, **Resmi Gazete**, 24.05.1996, S: 22645.

¹⁰⁵ **AYMK**, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

¹⁰⁶ **AYMK**, E:1994/43, K:1994/42-2, T: 09.12.1994, **Resmi Gazete**, 24.10.1995, S: 22181.

¹⁰⁷ **AYMK**, E:1994/49, K:1994/45-2, T:07.07.1994, **Resmi Gazete**, 10.09.1994, S: 22047.

¹⁰⁸ **AYMK**, E:1994/71, K:1995/23, T:28.06.1995, **Resmi Gazete**, 28.01.1995, S: 22185. Anayasa'da 1999 yılında yapılan değişiklik ile bu hükmün uygulamasında değişim yaşanmıştır.

¹⁰⁹ **AYMK**, E:1994/70, K:1994/65-2, T:22.12.1994, **Resmi Gazete**, 28.01.1995, S: 22185; **AYMK**, E:1995/38, K:1996/7, T:28.02.1996, **Resmi Gazete**, 24.05.1996, S: 22645.

¹¹⁰ **AYMK**, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

¹¹¹ **AYMK**, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE PPP

1. HUKUKİ GELİŞİM

Türkiye’de kamu imtiyazlarının düzenlenmesi ile başlayan bir kanunlaştırma zinciri yaşanmıştır. Konuya ilişkin mevzuat çok sayıda kanun metnindeki bazı maddelerin yürürlüğe koyulması ve doğrudan doğruya belirli bir sektöre yönelik mevzuat oluşturulması şeklinde gelişmiştir. Bu alandaki ilk kanun, Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 1326 (1910) tarihli dir. Bu kanundan sonra çalışmalar devam etmiş ve en son olarak da 2008 yılı içinde yapılan bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanunlar ve PPP Kanunu hazırlık çalışmaları ile ilerleme devam etmiştir. Uygulamada görülen yoğun ihtiyaç nedeniyle bu alanda yapılan çalışmalar halen devam etmektedir. Konuya ilişkin temel kanunların listesi ise şu şekildedir¹¹². (1) Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 1326 (1910)¹¹³. (2) 406 Sayılı, Telgraf ve Telefon Kanunu, 1924. (3) 2813 Sayılı, Telsiz Kanunu, 1983. (4) 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, (5) 3096 Sayılı, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 1984. (6) 3465 Sayılı, Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 1988. (7) 3996 Sayılı, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun, 1994 (4047 SK-1994, 4180 SK – 1996, 4493 SK-1999, 5335 SK-2005, 5762 SK-2008). (8) 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun, 1994 (3291 SK-1994, 3974 SK-1994, 5335 SK-2005). (9) 96/8269 Sayılı, Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, 1996. (10) 4283 Sayılı, Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 1997. (11) 5216, 5222, 5393 Sayılı (Büyükşehir) Belediye Kanunu, 2004, 2004, 2005. (12) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 2005. (13) 5396 Sayılı, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, 2005.

Bu kadar mevzuatın bulunması yetki, görev ve uygulama farklılığı anlamında karmaşaya neden olmaktadır. Dolayısıyla, yasal ve kurumsal çerçevede bir yetersizlik olduğu, tarafların çözüme yönelik adım atmada yavaş kalması veya istekli olmaması ve bunun sonucunda da tek bir PPP Kanunu bulunmaması nedeniyle mevzuat yetersizliği

¹¹² **KEŞLİ Ahmet**, The European Finance Summit, The Republic of Turkey Business & Investment Summit, Invest in Turkey 2008, s. 16-17 (The European Finance Summit).

¹¹³ Takvimi Vakayı (Resmi Gazete), 25.06.1326, S:576.

görülmektedir¹¹⁴, bu eksiğin ikmalı PPP projelerinin işleyebilmesi için hayati öneme sahiptir¹¹⁵.

Uygulamada yaşanan sorunları proje üretilmesi süreçlerini zorlaştırmakta, yatırımcıların yatırım yapma cesaretini kırmaktadır. Bu sorunlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir¹¹⁶.

- *Kamunun “partnership” mantığından uzak olması*: Bunun sonucu olarak da kamunun her zaman birlikte yatırımcı olduğu, projede çözüm ortağı olduğu ve sair şekilde işbirliği içinde bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler ile ilişkilerinde “işbirliği/ortaklık” kültüründen uzak iş ve işlemlerde bulunması yatırım istekliliğini kırmaktadır.
- *Devletin İşletmecilik Merakı*: Kamu idarelerinin KİT ve BİT gibi işletmeler üzerinden idarecilere yönetim kurullarındaki maaş ve sair özlük hakları ile bu tesislerin gelirleri ve/veya tedailikçileri ile alıcıları toplamından oluşan iktisadi gücün veya sunduğu mal veya hizmetin özel şekilde kullanılabilmesinin mümkün olması nedeniyle işletmecilik özel sektöre tamamen transfer edilmemektedir.
- *Bürokrasi*: Proje izinlerinin zaman alması ve çok fazla kurumda işlem yapılması nedeniyle yatırımlar bürokrasiye boğulmaktadır.
- *Hukuki Risklerden Kaçınma*: Bürokratlar çok ciddi hukuki ve cezai sorumluluk altında bulundukları için mümkün olduğu kadar risk almamaya gayret etmektedir. En küçük bir risk olma ihtimal tasavvuru bile çok büyük projelerin yapılmasına engel olmaktadır. Bürokratların hukuki ve cezai risklerinin azaltılması gerekmektedir. Ayrıca, bir projeye imza atan bürokrat aleyhinde açılan davalarda avukatlık ücretini de bürokrat kendisi ödemektedir. Bunun yerine kamu hizmet satınalma yolu ile bu tür durumlarda bürokratlarına hukuki yardım sağlamalı, haklı çıkan bürokrattan da bu bedeli talep etmemelidir.
- *Siyasi Risklerden Kaçınma*: Projenin uygulanabilir olmasına rağmen, ihale süreçlerinde yaşanabilecek dedikodular ve muhaliflerin yıpratma girişimlerinden uzak durma nedeniyle ve yine ellerinde yeterli teknik eleman bulunmadığı için başarısızlık riskini de üstlenmek istemedikleri için idareler projenin bu tür

¹¹⁴ **EREN Erdal**, a.g.s., s. 27; **BERBER**, a.g.s., s. 135; **KEŞLİ**, The European Finance Summit, s. 20; **TOKGÖZ Hülya**; Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Alternatif Yaklaşımlar Kamu-Özel İşbirliği, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006, Slayt 10.

¹¹⁵ **UYŞAL Tahir**, Uluslararası Yatırımcılar Derneği Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 117.

¹¹⁶ **KEŞLİ**, The European Finance Summit, s. 19.

politik risklerini almak istememektedir¹¹⁷. Özellikle yerel yönetimlerde bu sorun çok daha yoğun olarak göze çarpmaktadır. Oysa, proje ve ihalesi bağımsız merkezi bir PPP İdaresi tarafından yapılırsa proje riskleri politik risk olmaktan çıkmaktadır.

- *Danışman Seçiminde Sınırlama:* Kamu kesiminde yeterli danışman bulunmamasına rağmen, hizmet satınalma yolu ile danışman seçiminin kolay olmaması ve her idarenin kendi bünyesinde yeterli bilgi ve tecrübe birikimine sahip kişilerin bulunmaması nedeniyle sorunlar yaşanmaktadır. Oysa, özel sektör Türkiye'nin en iyi danışmanlarını seçebilmektedir. Bu nedenle, kamunun bilgi ve enerji kaybını önleyebilmek için merkezi bir PPP birimi kurulması ve bu birimin de dışarıdan danışmanlık hizmeti satınalmak konusunda yetkili olması zorunluluğu bulunmaktadır.
- *Eğitimlerde Sınırlama:* Kamu kesiminde personelin meslek içi eğitimlerinde sınırlamalar bulunması ve yeterli eğitimlerin verilmesi için gerekli kaynakların ayrılmasına karşın, özel sektör en iyi eğitimleri alabilmektedir.
- *Kurumsal Birikim Oluşturmama:* Kamuda her idarenin kendi projelerini kendisinin yapmaya çalışması ve bu proje ile ilgili iş ve işlemlerin farklı aşamalarında farklı idarelerin görevli ve yetkili bulunması nedeniyle ciddi bir koordinasyon sorunu yaşanmaktadır. Bu durum da zaman ve enerji kaybına neden olmaktadır. Buna ilave olarak, kamu kesimi kümülatif bilgi birikimini bir merkezde de toplamadığı için aynı konu her bir idarede bir kere bir kere daha çalışmakta, aynı hatalar tekrerrür etmekte, yatırımcı her idareyi aynı konuda bir kere bir kere daha ikna etmek için zaman kaybetmektedir.
- *Tip Sözleşme:* Uygulamada aynı konuda yapılan işler ile ilgili tip sözleşmeler bulunmaması nedeniyle aynı hatalar tekrerrür etmekte, aynı bilgi birikimine ulaşılabilmesi için zaman kaybı yaşanmaktadır.
- *Koordinasyonsuzluk:* Kurumlar ve Kanunlar arasında bir koordinasyonsuzluk bulunması nedeniyle bir kaos yaşanmaktadır.
- *Rakamın Büyük Olması Zorunluluğu:* 3996 Sayılı Kanunun büyük çaplı işleri düzenlemiştir. Oysa, PPP küçük sözleşmelere de uygulanabilir bir yapı içermektedir.
- *Modellerin Sınırlı Olması:* Mevcut kanunlarda düzenlenmiş modeller sınırlı sayı ilkesi üzerine kuruludur. Oysa, PPP son derece esnek modeller gerektirmekte ve bu modeller üzerine kurulu bulunmaktadır. Ayrıca her proje için genel geçer bir

¹¹⁷ Londra metrosunun PPP yöntemi ile inşası ve ilgili idarenin sorumluluğunun düzenlenmesi hakkında bilgi için bkz.; **GLAISTER Stephen / SCANLON Rosemary / TRAVERS Tony**, The Way Out An Alternative Approach to the Future of the Underground, LSE London Discussion Paper No:1, The London School of Economics, London 20 Mart 1999.

model söz konusu değildir, her proje için uygun modellerin oluşturulabilmesi gerekebilir¹¹⁸. Uygulamadaki modeller Yap İşlet, Yap İşlet Devret, Yap Kirala Devret, İşletme Hakkı Devri ve uzun süreli kiralamadan ibarettir. Bu modeller de farklı projelerde kamunun ihtiyaçlarını cevaplamaktan uzaktır. PPP ile modeller BK'nın sözleşme serbestisi rejimine tabi tutulmalıdır.

- *Belediyelerin Bütçe Kaydının Bulunmaması*: Belediyelerin merkezi bütçe kaydı bulunmaması nedeniyle yapılan bütün iş ve işlemlerin merkezi bütçede görülmesi ve dolayısıyla bütçe tekliği ilkesi zedelenmektedir. Merkezi bir PPP idaresi kurulması hakkında Maliye'nin bütçe gelir ve giderlerini de buradan takibi mümkün olacaktır.
- *Kanunlarda Sektör Sınırlaması Bulunması*: 3996 Sayılı kanun belirli sektörler ile sınırlı bir uygulama öngörmüştür. PPP uygulamaları bütün sektörleri kapsayıcı olmalıdır.
- *Yargının - Yatırımcının - İdarenin Birbirini Anlayamaması*: Uygulamada yaşanan en önemli sorunlardan birisi de YYY (Yargı-Yatırımcı-Yürütme) uyumunun sağlanamamasıdır. PPP uygulamaları YYY uyumunu da zorunlu kılmaktadır. Özellikle yargının modern çağın gereklerine uygun olmayan zaman zaman da hukukiliği tartışılabilir nitelikteki kararları ile idarenin hukuka uygun olmayan işlemlerine de yargının göz yummasını beklemesi arasında her zaman ülkemiz yatırım ortamı zedelenmekte ve yatırımcılar zarar görmektedir. Buna ilave olarak, yatırımcıların da kar maksimizasyonu saiki ile yaptıkları hizmetin bir kamu hizmeti olduğunu göz ardı eder nitelikteki uygulamaları taraflar arasında sorun yaşanmasına neden olabilmektedir.

2. YETKİLİ KURUM SORUNU

Ülkemizde doğrudan PPP ile ilgili olmamakla beraber birçok kanun ve kanun hükmünde kararnamede konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak bütün bu düzenlemeler, bir takım genel esasların belirlenmesinden öteye gidememiş, uygulamaların gerektirdiği ihtiyaca cevap verecek sağlam bir hukuki altyapı oluşturulamamıştır. Gerek karar verme, gerekse uygulamalar konusunda getirilen yetki sınırlamaları, sürecin uzamasına ve işlemlerin aksamasına yol açmıştır. Bunun yanı sıra, uygulamalar esnasında veya daha sonra ortaya çıkabilecek, başta sosyal problemler

¹¹⁸ NAUTA Bernard, Public Private Partnerships in Latvia Perspective or Illusion ?, 12th International PPP Conference 2006, 22.06.2006. <http://www.ba.lv/tools/download.php?name=Bernard%20Nauta.ppt>, Erişim:25.08.2006; EGGERS William D. / STARTUP Tom, Deloitte Research, Closing the Infrastructure Gap:The Role of Public-Private Partnerships, 2006, s. 14.

olmak üzere muhtemel sorunların çözümüne yönelik yasal düzenlemelerin mevcut bulunmaması da en önemli yapısal sorunlardan biri olmuştur.

Mevzuatta görülen bu karmaşık yapı idari cepheye de aynı şekilde yansımaktadır. Kurumsal anlamda ve yaygın biçimde üç idari birimin bu alana ilişkin uygulama yetkisi bulunduğu görülmektedir. Birincisi Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, diğeri Belediyeler ve sonuncusu ise DPT'dir. Bununla birlikte yukarıda anılan kanunlar ile yetkilendirilmiş bulunan diğ er kurumları da eklediğimizde ortaya tam bir kaos çıkmaktadır. Uygulamada PPP konusunda yetkili kurumların listesi aşağıdaki şekildedir¹¹⁹. (1) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, (2) Hazine Müsteş arlığı, (3) Devlet Planlama Teş kilatı Başkanlığı, (4) Ulaştırma Bakanlığı, (5) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, (6) Karayolları Genel Müdürlüğü, (6) Devlet Hava Meydanları İş letmesi Genel Müdürlüğü, (7) Devlet Su İş leri Genel Müdürlüğü, (8) Sağlık Bakanlığı, (9) Belediyeler, (10) İl Özel İdareleri, (11) Kamu İhale Kurumu, (12) Danış tay Başkanlığı, (13) Bakanlar Kurulu, (14) Anayasa Mahkemesi.

Yukarıda açıklanan tablo içinde yer alan bu kadar sayıda kanun ve bu kadar sayıda yetkili kurum bulunması bir projenin yapılabilirliğini son derece zorlaştırmaktadır. Buna ilave olarak mevcut kanunlarda izin verilen yöntemlerin yetersiz olması ve 4046 Sayılı Kanununun 8/A/e maddesinde yer alan “*iş in gereğine uygun sair hukuki tasarruflar*” ibaresinin yeterince kullanılmamış olması da Türk Hukukunda konuyu düzenleyen esnek modeller üretmeye elverişli bir kanun ihtiyacını ş iddetle ortaya çıkartmıştır.

PPP Kanunu'na duyulan ihtiyaç nedeniyle, DPT müsteş arlığı bir kanun tasarısı taslağı hazırlamıştır. “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İş birliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İliş kin Kanun Tasarısı Taslağı*” adıyla kamuoyuna sunulan taslak yoğun şekilde eleştirilmiştir. Bunun üzerine konunun sosyal taraflarının da üzerinde uzlaş ma sağlayabileceğı ve DPT'nin hazırladığı metnin eleştirilen, geliştirilmesi gerekli görülen kısımlarının geliştirilmesi için International PPP Platform Türkiye¹²⁰ tarafından kamudan ve özel sektörden katılımın sağlandığı “*PPP Kanun Komisyonu Toplantıları*” adında bir dizi çalışma yapılmıştır¹²¹. Bu çalışma sonucunda da DPT tarafından hazırlanmış bulunan PPP Kanunu Tasarısı Taslağı geliştirilerek kamuoyu ile paylaşılmıştır¹²². Daha sonra ise buna benzer bir çalışma

¹¹⁹ KEŞ Lİ, The European Finance Summit, s. 18.

¹²⁰ <http://www.ppp.org.tr>

¹²¹ Bu çalışmanın fikir öncülüğü TBMM üyelerinden de gelmiştir, BERBER, a.g.s., s. 135; buna ilave olarak kamu ve özel sektörden çok sayıda ilgili kişi ve kurum doğru ve uygulanabilir bir kanun yapılması için müzakerelere baş lanılmasını talep etmiştir.

¹²² International PPP Platform Kanun Tasarısı Taslağı, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/>, erişim tarihi: 30.08.2008.

Başbakanlık Yatırım Destek Ajansı - International PPP Platform Türkiye işbirliği ile yapılarak müzakereler sürdürülmüştür¹²³. Bu süreçlerle sorunlar ve somut çözüm önerileri alternatifleri ile birlikte mevzuat metinleri haline bile getirilmiştir. Ancak, henüz bir PPP Kanunu meclisten geçememiştir.

3. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ TEŞKİLATI (PPP İDARESİ)

Teşkilatlanmaya ilişkin olarak halen yürürlükte olan bir mevzuat bulunmamasıyla birlikte, konunun kamu tarafında en çok tartışılan kısımlarından birisi bu kısımdır. Mevcut taslak çalışmalar nazara alındığında iki model olduğu görülmektedir. Bunlardan bir tanesi DPT tarafından önerisi yapılmış bulunan metin, diğer ise International PPP Platform tarafından önerisi yapılmış bulunan metindir. Buna ilave olarak Özelleştirme İdaresi başkanlığı'nın 2009-2013 Strateji Raporunda da ÖİB'nin PPP konusunda uygulamacı idare olduğu ve önümüzdeki dönemde de bu alanda uygulamacı idare olmaya devam edeceği, bundan sonra da idarenin kurumsal tecrübesi ile yeni misyonunun bu alandaki çalışmalara devam etmesi olarak genişletilmesi gerektiği¹²⁴ belirtilmiştir. Bununla birlikte, *yatırımcılar ve ilgili diğer taraflar da “merkezi bir PPP biriminin bulunmamasının” getirdiği ciddi kaotik uygulamanın bulunmasını eleştirmekte ve ivedilikle merkezi bir PPP birimi kurulması talep edilmektedir*¹²⁵. Bu nedenle, merkezi bir PPP birimi kurularak ihalelerin de bu merkezden koordine edilmesi gerekmektedir.

“Dünyadaki kamu yatırım ve hizmetlerinin özel sektör katılımıyla gerçekleştirilmesi eğilimi, İdarenin gelecek odaklı misyonunu bu doğrultuda genişletmesi zorunluluğunu doğurmaktadır ve İdare bunu yerine getirmek için gerekli yetkinliğe sahiptir. Kamu yatırım ve hizmetlerini özel sektör katılımıyla gerçekleştirmek; iki kesim arasında aracılığı, müzakereyi, pazarlığı, risk analizini, güveni, işbirliğini, proje yönetimini, ihale ve ihale sonrası kontrolleri gerektirmektedir. Belirtilen bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde yılların deneyimine sahip olan İdare, yüksek kalitede sözleşme, dış kaynak kullanımı, pazarlık, projelendirme ve benzeri işlemleri gerektiren yatırımlar için hem kamu, hem de özel sektöre hizmet sunabilecektir.¹²⁶” esasen ÖİB bu açıklamalarında PPP idaresinde bulunması gereken vasıfları da saymıştır. Burada bir hususa değinilmesi gereklidir ki, PPP idaresinin yüksek nitelikli personelinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda rekabet

¹²³ PPP İstişare Toplantısı, <http://www.ppp.org.tr/content/view/120/2/>

¹²⁴ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Stratejik Plan 2009-2013, s. 9 vd.

¹²⁵ EREN Erdal, a.g.s., s. 27. KEŞLİ, The European Finance Summit, s. 18, 20; SARISU, Platform Açılışı, s. 57-58.

¹²⁶ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Stratejik Plan 2009-2013, s. 31.

kültürünün bulunmadığı bir ortamda kurulan Rekabet Kurumu çok kısa sürede başarılı olmuştur, kurumun bu başarısının arkasında yatan “birincil” sebep, kurumun istihdam ettiği uzman yardımcılarının ve uzmanların döneminin en başarılı mezunları arasından seçilmiş yüksek vasıflı kişilerden olmasıdır. PPP idaresi de bu stratejiyi uyguladığı takdirde ve ancak bu yolla hedeflenen başarıyı elde edebilecektir. Aksi halde mevcut onlarca kamu kurumuna bir kamu kurumu daha eklenmesinden öte bir fonksiyonu bulunmayacaktır.

ÖİB’nin Strateji raporunda belirtilen yapının uygulanması halinde ÖİB bünyesinde PPP faaliyetleri devam edecek, ÖİB bünyesinde mevcut bulunan kurumsal tecrübe de PPP uygulamalarına aktarılmış olacaktır. Ancak, idarenin mevcut yapısı ile faaliyetlerine devam etmesi halinde bazı aksaklıklar meydana gelecektir ki, bu aksaklıklar izale edilmeksizin ÖİB bünyesinde PPP faaliyetlerinin yürütülmesi sistemi zaafa uğratacaktır.

Yukarıda bahsedilen metinlerden DPT tarafından önerisi yapılan metinde DPT bünyesinde PPP ile ilgili koordinasyonu sağlamak üzere bir PPP Genel Müdürlüğü kurulması öngörülmüştür. Bu yolla, Projelerin sözleşmecî idarelerce yapılması ancak, koordinasyonun DPT tarafından yapılması hedeflenmektedir.

Öte yandan, International PPP Platform tarafında hazırlanan metinde ise özgün bir kurumsal yapı kurulmakta bu yapı da kendi içinde bir hiyerarşiye ayrılmakta ve iç işleyiş sistemi de ilkeler bazında düzenlenmektedir. Bununla birlikte, bu metnin bugünkü halinin idari usule ilişkin hükümleri eksik bulunmaktadır. Bu modelde sistem adlandırma açısından da farklı bir şekilde ifade edilmiştir. Modelde, konu “Proje Finansmanı” olarak ele alınarak incelenmiştir. Bu nedenle de idarenin adı bile Proje ve Finansman İdaresi Başkanlığı olarak ifade edilmiştir. Uygulamada da konu Proje Finansmanı olarak algılandığı için bu modelin başarılı bir model olduğu kanısındayız.

Teşkilat açısından bakıldığında da PPP, anayasa hukuku, borçlar hukuk, ticaret hukuku, idare hukuku, rekabet hukuku ve sermaye piyasası gibi değişik hukuk dallarını ilgilendiren bir süreçtir. Salt işlemler açısından bakıldığında bu süreç, bir projenin “proje önerisi” aşamasından başlamakta ve “sözleşme edimlerinin ifası” ile son bulmaktadır. Dolayısıyla bu sürecin baş aktörleri PPP İdaresi Başkanlığı ve süreç içindeki siyasi karar mercii olarak görünüyorsa da, Rekabet Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu gibi bağımsız idari otoritelerin bu sürece katıldıkları bir gerçektir¹²⁷. Ancak, bu çalışmanın teşkilata ilişkin kısmı sadece dar anlamda PPP teşkilatını içermektedir.

¹²⁷ TAN Turgut, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, Ankara 1999, s. 25.

3.1. SİYASİ KARAR MERCİİ - KAMU PROJELERİ YÜKSEK KONSEYİ

PPP uygulamalarında, nihai karar ve planlama mercii bir siyasi organ olmak durumundadır. Yapılacak projelerin kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler niteliğinde olması nedeniyle en üst derecede siyasi karar almaya yetkin kişilerden kurulu olması esastır. Bu anlamda ÖYK ve bir kısım yetkileri itibarıyla YPK örneğinde olduğu gibi bir siyasi heyetin kararlarının uygulamaya koyulmasından ibaret yetkiler verilmek gerektir.

PPP işlemleri yoğun bir siyasi irade gerektirdiği için¹²⁸ PPP uygulamalarında en üst düzeyde siyasi karar almaya yetkili olacak şekilde Başbakanın başkanlığında, bakanlara yetki verilmesi gerekmektedir. Bu yolla PPP sadece bürokratik bir karar alma süreci olmaktan çıkartılmış, siyasi iktidarların icraatlarının sorumluluğunu taşımasını da beraberinde getirmiş olacaktır. Ayrıca, bu yolla PPP projelerinde karşılaşılabilecek bazı bürokratik engellerin ve engellemelerin daha kolay aşılması da sağlanacaktır. Bu nedenlerle, KPYK'nın oluşturulması ve etkinliğinin de sağlanması gereklidir.

PPP uygulamalarının son karar mercii olan Konsey'de özel sektör, bürokrasi, siyaset bir araya gelerek müzakerede bulunabilmesi ve taraflar arasında ilişkilerin kurulabileceği bir ortam oluşturulması bir gerekliliktir. Dünya'da genel olarak İdareler özel kesim ile birlikte hareket etmekten ve süreci birlikte tartışarak inşa etmekten çeşitli nedenlerle kaçınmaktadır¹²⁹. Oysa PPP projesinde taraflar tam anlamıyla ortak olmalı ve bu zeminin oluşturulması gerekmektedir.

Proje süreçlerindeki en önemli görevi sürece siyasi destek sağlamak ve süreç içindeki en üst karar mercii olmak üzere kurulması gereken KPYK'nın görev ve yetkilerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu görevlerden en önemlileri; (1) Kapsama Alma, Hazırlama ve/ya Programına Alma ve Çıkarma, (2) Garantiler Konusunda Bakanlar Kuruluna Teklifte Bulunma, (3) PPP Yöntemini ve Stratejisini Belirleme, (4) İhale Komisyonu Nihai Kararlarını Onaylama, (5) Projeye Dahil Kuruluşun Akıbeti ve Faaliyetleri Hakkında Karar Verme, (6) Menkul Kıymet ve Menkul Kıymetleştirme Kararlarını Verme (7) Proje ve Finansman İdaresinin Gelir Gider Programlarını Görüşme, (8) İdarenin Hak, Alacak ve Borçları Hakkında Karar Verme, (9) Kurulun Sunduğu İmar Planı Tekliflerini Onaylama, (10) Proje ve Finansman İdaresini Değerlendirme.

¹²⁸ **ONUR Ayşenur**, Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri/Ortaklıkları(PPP Modeli), T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Bülteni, Sayı 10 Aralık 2007.

¹²⁹ **HARRIS Stephen**, The Role of a Private Sector PPP Association , International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008, s. 62.

3.2. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ BAŞKANLIĞI

Proje ve finansman idaresi tüzel kişiliğini temsil etmek ve sair görevleri yerine getirmek üzere bir Başkanlık kurulması gerekmektedir. Başkanlık; Kurul Başkanı, İkinci Başkan ve Kurul Başkan Yardımcılarından teşekkül eder. Başkan yardımcıları ve ana hizmet birimleri ve yardımcı hizmet birimleri ile birlikte idari yapı da şekillenmektedir. Kurul Başkanı İdarenin en üst amiri olup, İdarenin genel yönetim ve temsilinden de sorumludur. Bu sorumluluk, İdarenin çalışmalarının genel çerçevede düzenlenmesi, denetlenmesi, değerlendirilmesi ve gerektiğinde kamuya duyurulması görev ve yetkilerini kapsar.

Başkanlığa bağlı içinde Sektörel bazda yapılandırılmış proje gruplarının da bulunduğu Proje Dire Başkanlıkları ve gayrimenkul, sermaye piyasaları, ihale hizmetleri gibi ihtisas dairelerinin bulunduğu ana hizmet birimleri ile diğer yardımcı hizmet birimleri düzenlenmiştir.

İdarenin icracı birimi başkanlıktır. Başkanlık Konsey ve Kurul kararlarının gereğinin yerine getirilmesini sağlar ve bu kararların uygulanmasını izler. İdarenin bütün birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışması için gerekli çalışmaları yapar ve Kurum hizmet birimleri arasında çıkabilecek görev ve yetki sorunlarını çözer. Kapsamdaki ve Programdaki Projelerin ihalesinin gerçekleştirilmesine ilişkin her türlü işlemin yerine getirilmesi PFİ bünyesinde yapılmaktadır. İhaleye hazırlık amacıyla yönlendirme, takip ve koordinasyon işlemleri de idare tarafından yürütülür. Bir projenin yapılmasında yarar veya ihtiyaç yada talep bulunduğu durumlarda, sözleşmeciler idarelere proje yapmaları yönünde girişimde bulunur. Hizmetin gerektirdiği her çeşit araştırma, eğitim, proje işleri, reklam, tanıtım, halkla ilişkiler işlemleri ve mali denetim ile hukuki, teknik, idari ve mali değerlendirme işlemlerini yapar ve/veya bu işlerin danışman görevlendirilmesi suretiyle yaptırılmasını temin eder. Projelerin ön hazırlıkları tamamlandıktan sonra proje grubunda ve ihale komisyonunda sözleşmeciler idare ile işbirliği ve/veya sözleşmeciler idarenin de katılımı ile işlemi sonuçlandırır. Kurul toplantılarının gündeminin belirlenmesi, sekreteryası ve idaresi de başkanlığın görevleri arasındadır. İdarenin yıllık bütçesi ile ilgili iş ve işlemleri yürütür. Fevkalade nitelikteki işlemler kurul yetkisinde olmakla birlikte, fevkalade olmayan menkul ve gayrimenkul eşya ve demirbaş alımı gibi satınalma, satma, kiralama konularındaki iş ve işlemleri ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yapar. Gerekli hallerde, ilgili mevzuatta ve/veya diğer kamu kurumlarının PPP uygulamaları hususunda yapılması gerekli değişiklikler ve uygulamalar konusunda doğrudan veya Başbakanlığın talebi üzerine görüş bildirir, ancak diğer idari birimlerden talep gelmesi halinde de bu idari birimleri PPP konusunda bilgilendirme görevi de idareye aittir. İdarenin Başbakanlık ve diğer kuruluşlarla ilişkilerini düzenler, yürütür ve temsil eder. Kurulun nihaî kararları ile Kurumca hazırlanacak tebliğ ve yönetmeliklerin yayınlanmasını sağlar. Kurul Başkanı adına imzaya yetkili personelin görev ve yetki alanını belirler.

3.3. PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ KURULU

Proje finansman idaresi içinde ve idarenin de en üst düzeyde karar alma mercii olarak değerlendirilen bir Proje ve Finansman İdaresi Kurulu kurulmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir. DPT tarafından öngörülen modelde bir kurul yapısı bulunmamaktadır. ÖİB 2009-2013 Strateji Raporunda ise ÖİB'nin PPP'lere talip olduğu belirtilmektedir. Ancak, bu raporda yeni bir organizasyon yapısı ve dolayısıyla da kurul benimsenmemiştir. Bizim de benimsediğimiz platform taslağında ise bir kurul öngörülmektedir. Kurul, esasen proje sürecinin en önemli aktörü ve sistemin kalbi durumundadır. Sektörün en bilgili ve tecrübeli isimlerinden oluşan Kurulun başarısı ülkenin PPP başarısına denk düşmektedir.

Bir projenin Kurul gündemine alınmasından önce proje kabul sürecinden geçerek olgunlaştırılması ve gerekli ön çalışmalarını tamamlanarak kredilendirilebilir olmasının sağlanması gerekmektedir. Bu süreç tamamlandıktan sonra proje kurul gündemine alınabilir. Kurul, bir icra organı değil bir karar organıdır. Kurul, ilgili Proje Dairesi Başkanının Kurul gündemine alınmak üzere Başkanlığa sunduğu, projelerin PPP modeli kapsamında yapılıp yapılmamasına ilişkin Konseye teklif sunar. Kapsama alınanlardan mevcut durumu itibarıyla ihaleye hazır nitelikte olmayan projelerin Kurum tarafından her açıdan "ihaleye hazırlanmasına" ilişkin işlemleri belirler ve Konseye teklifte bulunur. Hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyen projelerin ise doğrudan "PPP ihale programına" alınmasına ve/veya PPP kapsamına alınmış olan projelerin gerekli görülenlerin PPP kapsamından çıkarılarak eski statülerine iade edilmesine ilişkin Konseye teklifte bulunur. Bu yolla projesi hazır olan durumlarda doğrudan doğruya, hazır olmayanlarda ise hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra ihalenin yapılması öngörülmektedir.

Kurulun görevlerinin tamamı teklifte bulunma ve karar alma şeklindedir. Bu yönüyle de kurul sadece konusun en üst düzeyde teknik açıdan müzakere edilerek karara bağlandığı bir karar organıdır. Kurulun görevleri arasında Devlet garantileri ve gölge ücretler, PPP ihale programındaki projelere, hangi PPP yönteminin uygulanacağı, İdarece hazırlanmış bulunan imar planları, Gerekli görülen hallerde, PPP projeleri ile ilgili menkul kıymetleştirme ve her türlü menkul kıymet ve diğer kıymetli evrakın satın alınması ve tekrar satılması, Proje kapsamında, mevcut bir kamu kuruluşu söz konusu ise, bu kuruluşun akıbeti ve faaliyetleri gibi hususlarda KPYK'na teklifler sunmak yer almaktadır. Bu görevlere bakıldığında, kurulun adeta Konsey'in teknik alt komitesi gibi çalıştığı görülmektedir.

3.4. YÜKSEK İSTİŞARE HEYETİ

Yüksek İstişare Heyeti gibi bir yapı mevzuatımızda Başbakanlık Yatırım Destek Ajansı Kanununda da yer almıştır. Heyet, PPP konusunda önerilerde bulunmak, PPP'nin etkinliğinin ve yaygınlığının artırılması hususunda tavsiyelerde bulunmak, Kurumun yıllık faaliyet raporunu değerlendirmek, ülkenin potansiyelini belirlemek gibi amaçlar ile toplanmaktadır.

PPP ile ilgili olası modeller müzakere edilmiştir. Her idare farklı bir model kullanılmasını istemektedir. Bununla birlikte platform tarafından konunun tarafları ile yapılan komisyon çalışmaları sonucunda yukarıda anlatılan ve aşağıda şeması verilen idari yapı benimsenmiştir¹³⁰.

¹³⁰ <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/6/>, Erişim Tarihi: 21.08.2008.

PROJE VE FİNANSMAN İDARESİ BAŞKANLIĞI TEŞKİLAT ŞEMASI



İKİNCİ BÖLÜM

İHALE SÜRECİ VE İHALENİN SONUÇLANDIRILMASI

1. GENEL OLARAK

PPP sürecinin en hassas aşamalarından biri de ihale aşamasıdır. İhale aşaması da kendi içinde kademelere ayrılmaktadır. Bunlar; proje kabulü, danışman seçimi, proje hazırlıkları, değer tesbiti, ihale komisyonu, ihalenin yapılması aşamalarından oluşmaktadır. Bu ana aşamaların geçilmesini sağlayacak bazı hukuki müessese ve ilkeler de çalışmanın bu bölümünde incelenmiştir.

2. PROJE SÜRECİ

Proje finansmanı alanında, proje sürecine ilişkin olarak Özelleştirme süreci, YİD süreci ve International PPP Platform tarafından hazırlanan PPP Kanunu Taslağı bulunmaktadır¹³¹. Proje sürecinin belirlilik, açıklık, yatırımcı ile müzakere etmeye elverişlilik, sektörün gereklerine uygunluk, projenin uzmanlarınca yürütülmesi ve karar alma süreçlerinin hızlı ve etkili yürütülmesinin sağlanması gibi hususlar gerçekleşecek şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Aşağıda diğer kurumların proje süreci özetlenirken PPP sürecine ilişkin öneri de incelenecektir.

4046 Sayılı Kanunun açık düzenlemesi nedeniyle bir kuruluşun özelleştirme kapsamına alınması ve özelleştirme programına alınması farklı kavramlardır. Özelleştirme kapsamına alınması, bu kuruluşun özelleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu anlamına gelmektedir. Özelleştirme programına alınması, kuruluşun özelleştirmeye hazır olduğu için özelleştirmesinin yapılabileceği anlamına gelmektedir. Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlardan bazıları hazırlık işlemlerine tabi tutulurken bazıları hazırlık işlemine tabi tutulmaksızın, kapsama ve programa alma kararı birlikte de oluşturulabilir. Hazırlık işlemi gerektiren durumlarda, hazırlık işlemlerinin giderleri özelleştirme fonundan karşılanır¹³². Kuruluşun kapsama alınmasından sonra kuruluş Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın hiyerarşik denetimine tabi bir hale gelmektedir. Bu aşamadan sonra özelleştirmeye ilişkin gerekli hazırlıklar da yapıldıktan sonra kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin bir strateji belirlenmektedir. Dolayısıyla, burada ilk ikisinin birleşmesi mümkün olan üçlü bir kademeleme vardır. Kanunun 17/A maddesine göre; özelleştirilecek varlıkların¹³³ Birlikte

¹³¹ PPP Konusunda DPT tarafından hazırlanmış bulunan yasa taslağında öngörülen proje kabul süreci YİD sürecine çok yakındır.

¹³² YASİN, a.g.e., s. 80.

¹³³ Varlıklar şunları ifade etmektedir;

ve/veya ayrı ayrı özelleştirme kapsamına alınmasına, Özelleştirme İdaresinin teklifi üzerine Özelleştirme Yüksek Kurulunca karar verilir¹³⁴. Bu varlıkların özelleştirilmesinde de birlikte veya ayrı ayrı özelleştirme uygulaması yapılabilir. Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin Kurul kararında, bu Kuruluşlardan hangilerinin mali ve hukuki yönden özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulacağı, hangilerinin özelleştirilmek üzere doğrudan özelleştirme programına alınacağı ve özelleştirmenin hangi yöntemle gerçekleştirileceği belirtilir. *Bir varlığın özelleştirilmesinde kamu yararı görüldüğüne ve özelleştirme yöntemine ilişkin karar ÖYK kararıdır.* Bundan sonraki, işlemlerin tamamı bu karar ile başlatılmış bulunan sürecin tamamlanmasına ilişkin işlemlerdir.

Özelleştirilecek varlıkların kapsama alınmasına ve yönteme ilişkin karar özelleştirme sürecinin başlangıcını oluşturan idari karardır. Bu karar da bundan sonraki kararlar gibi yargı denetimine tabidir. Ancak, açılacak iptal davalarında bu kararın iptali sağlanmadığı sürece, başka bir sakatlık bulunmadığı takdirde özelleştirme işleminin iptaline karar verilemez. Zira, *bir varlığın özelleştirilmesinde kamu yararı görüldüğüne ve özelleştirme yöntemine ilişkin karar bu karardır.* Bundan sonraki, işlemlerin tamamı bu karar ile başlatılmış bulunan sürecin tamamlanmasına ilişkin işlemlerdir. Uygulamada açılan davalarda, bu kararın iptali istenilmeksizin; şartname, ihale ve sonrasındaki kararların iptali talep edilmektedir. Danıştay da davaya konu malvarlığının özelleştirilmesinde kamu yararı bulunmadığına veya bir başka gerekçeye dayanmaktadır. Bir varlığın özelleştirilmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığına ve özelleştirme yöntemine ilişkin idari karar niteliğindeki bu karardan sonraki kararların hiç birisi idarenin özelleştirmede kamu yararı görmesine veya yöntem belirlemeye ilişkin karar değildir. Bu nedenle, bu karardan sonraki kararların hiç biri, *“özelleştirilmesinde kamu yararı yoktur veya belirlenen yöntem hukuka*

a. İktisadi devlet teşekküllerinin, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu payları,

b. Kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu payları,

c. Devletin diğer iştiraklerindeki kamu paylarının ve Hazineye ait payları,

d. Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi kuruluşlarının gördükleri kamu hizmeti ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki payları.”

¹³⁴ Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlardan *zaman içinde değişen şartlar da dikkate alınarak özelleştirme kapsamından çıkarılmaları* gerekli görülenler Kurul kararı ile eski statülerine iade edilir m.17/D. Bu durumda da yetkide ve usulde paralellik ilkesi uyarınca Özelleştirme İdaresinin teklifi üzerine Özelleştirme Yüksek Kurulunca karar verilmek gerektir.

aykırıdır” gerekçesi ile iptal davasında tartışılmaz. Bunun aksine olarak yapılan uygulamanın hukuk düzeninin belirlilik sağlaması ilkesine aykırı olduğu kanısındayız. Zira, idare hukukunda idarenin işlemlerine karşı 60 günlük süre içinde dava açılması öngörülmektedir. *Resmi gazetede yayınlanmak suretiyle ilan edilmiş bir karara karşı ilanından itibaren 60 günlük süre içinde dava açılmamış olması, artık bu işlem, genel düzenleyici işlem olmadığı sürece mümkün bulunmamaktadır.* Kanaatimizce, 4046 Sayılı Kanundaki en önemli eksiklerden birisi kendisini bu aşamada göstermektedir. ÖYK, kapsama alma veya kapsamdan çıkartma kararı verdiği takdirde bu karar Resmi Gazetede yayımlanmalı ve ilgililere 60 günlük **“hak düşürücü”** süre içinde dava açma yetkisi tanınmalı ve bu husus açıkça kanuna da işlenmelidir. Her ne kadar mevcut hukuki düzenlemeler bu sonucu doğuracak nitelikte ise de bu hususun kanuna açıkça işlenmesi de gerekmektedir. Ayrıca *bu karar özelleştirme sürecinin ana yapısını da belirleyen bir karar niteliğinde olmalıdır.* Bu yolla, anılan 60 günlük süre geçtikten sonra özelleştirmede kamu yararı bulunup bulunmadığı ve yöntem konusu tartışılabilir olmaktan çıkacaktır.

Özelleştirme süreci ciddi emek ve para harcanması ile yapılan bir ihale sürecidir. Bu nedenle, eğer ilgili varlığın özelleştirilmesinde kamu yararına aykırılık var ise veya yöntem hukuka aykırı ise **denetimi en baştan yapılmalı** ve bundan sonraki maliyetler hiç doğmadan önlenmelidir. Ayrıca, ihale süreci tamamlandıktan sonra da *“bu varlığın özelleştirilmesi kamu yararına aykırıdır veya yöntem hukuka aykırıdır”* şeklinde bir tartışmaya meydan verilmemiş olacağı için, ihale sürecinin bundan sonraki işlemlerinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı takdirde, ihale kesin olarak yapılmış olacaktır ki, bu da katılımcılarda ve ihale makamında güven sağlayacağı için ihalede oluşacak ihale bedelini de olumlu yönde etkileyecektir. Dolayısıyla, *bu karar bundan sonraki süreç sadece usul-şekil ile sınırlı bir denetime tabi tutacak kadar açıklıkla ve ayrıntı ile düzenlenmelidir.* Bu netliğin, kapsama veya programa alma kararı ile yapılmasının idari ve teknik nedenlerle sağlanmasının mümkün olmadığı kanısına varılması halinde **strateji belirleme kararı** bu fonksiyona uygun şekilde oluşturulup, yasal düzenleme ile bu aşamada hak düşürücü dava açma süresi tanınıp, dava açılmadığı takdirde işlemlere devam edilmelidir. Adeta ihale şartnamesi gibi ayrıntılı bir karar alınmalıdır ki, ilk aşamada yapılabilecek denetim yapıldığı takdirde hukuka aykırı yönleri varsa yargısal denetimden geçirilebilsin. Süreç de bu karar çerçevesinde ilerlemiş ise bir daha iptali gündeme gelememelidir. Bu yargısal denetim aşamasında da özelleştirme sürecinin yıllarca sürüncemede kalmasının önüne geçmek için davaya bakan her derecedeki Mahkeme bu davaları öncelikle incelemeye almalıdır ve en geç belirli bir sürede (60 gün) kesin kararını vermelidir ki, yıllarca yargıda bekleyen özelleştirme kapsamına alma kararları olmasın. Her ne kadar yukarıda açıklanan zincir işlem teorisi içinde, her bir işlemin iptali dava edilebilir ise de hak düşürücü süreye tabi tutulmuş

işlemler, ayrılabilir işlem teorisinin dışındadır ve dava açma süresi geçtikten sonra iptal davasına konu edilemezler. Bu nedenle, kanunun 17/A/son fıkrasının son cümlesinden sonra gelmek üzere şu cümle eklenmelidir¹³⁵;

*“Bu kararda yapılacak özelleştirmenin genel çerçevesi ve sürecin ana hatları da belirlenir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bu kararın gereğini uygulamakla yetkili ve görevlidir. Bu kararlar resmi gazetede ilan edilir. Menfaati olanlar 60 günlük hak düşürücü sürede bu kararlar aleyhinde dava açabilirler. Bu davalar öncelikle incelenir ve davaya bakan Mahkemece en geç 60 gün içinde karara bağlanır.”*¹³⁶

Kanuna bir de geçici madde eklenerek, halen devam etmekte olan özelleştirme kapsamındaki kuruluşların listesi verilerek bu kuruluşlar ile ilgili olarak da 60 günlük hak düşürücü sürede dava açılmaması halinde dava hakkının düşmüş sayılacağı hükme bağlanmalıdır.

Özelleştirme ihalesi yapıldıktan sonra yargısal denetim yapılması ve iptal kararı verilmesi ülkemiz açısından da olumsuz sonuçlar doğmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, her halükarda yargı denetiminin *esasa ilişkin kısmı* ihale yapılmasından önce kapsama alma veya programa alma veya strateji belirleme kararı aşamasında tamamlanmalıdır. ***İhale süreci ve bu sürecin yargısal denetimi sadece usul-şekil unsuruna münhasır olarak yürütülmelidir.*** Bu bağlamda, kapsama alma kararının denetimi yapılmayacaksa en geç programa alma veya strateji belirleme kararı yukarıda belirttiğimiz şekilde denetime tabi tutularak bundan sonrasındaki ihale süreci şekli inceleme ile sınırlı olarak yargısal denetime tabi tutulmalıdır. Ancak tekrar etmek gerekirse; esasa ilişkin denetim kesinlikle ve kesinlikle

¹³⁵ Fıkranın yeni şekli şöyle düzenlenmelidir; “Birlikte ve/veya ayrı ayrı özelleştirme kapsamına alınmasına, İdarenin teklifi üzerine Kurulca karar verilir. Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin Kurul kararında, bu Kuruluşlardan hangilerinin mali ve hukuki yönden özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulacağı, hangilerinin özelleştirilmek üzere doğrudan özelleştirme programına alınacağı ve özelleştirmenin hangi yöntemle gerçekleştirileceği belirtilir. **Bu kararda yapılacak özelleştirmenin genel çerçevesi ve sürecin ana hatları da belirlenir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bu kararın gereğini uygulamakla görevlidir. Bu kararlar resmi gazetede ilan edilir. Menfaati olanlar 60 günlük hak düşürücü sürede bu kararlar aleyhinde dava açabilirler. Bu davalar öncelikle incelenir ve davaya bakan Mahkemece en geç 60 gün içinde karara bağlanır.**”

¹³⁶ Ayrıca, bu değişiklikten önce kapsama alınmış kuruluşlar ile ilgili olarak da Kanuna şu şekilde bir Geçici Madde eklenmelidir: ***“Bu Maddenin yürürlük tarihinden önce kapsama alınmış bulunan kuruluşların kapsama alma işlemi aleyhinde de bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren 60 günlük hak düşürücü sürede dava açılabilir”.***

ihaleden önce bitirilmiş olmalı ve ihale bu kararın uygulaması niteliğinde olmalı, ihalenin usul-şekil ögesinde bir eksiklik bulunmadığı takdirde¹³⁷ işlemler sonuçlandırılmalıdır.

Özelleştirme işlemlerinin idari yargı yerlerince iptalinden sonra iptal kararlarının uygulanıp eski duruma dönüş ciddi sorunlara neden oluşturmaktadır¹³⁸. Kaldı ki, özelleştirme işlemi tamamlanıp ihale alıcısı ile sözleşme yapıp mülkiyet/hisse/varlık ve sair ihaleye konu unsurların ihaleyi kazanan firmaya devri yapıldıktan sonra ortada iptali ve geri dönüşü mümkün bulunmayan bir hukuki durum doğmaktadır. Verilen iptal kararlarının iptal davasında taraf sıfatı bulunmayan ihale alıcısına karşı, **devir işlemi gerçekleştirildikten sonra**, uygulanması mümkün bulunmamaktadır¹³⁹. Dolayısıyla iptale ilişkin Mahkeme kararları da ihale ile devir arasında ÖİB'ye tebliğ edildiği takdirde uygulanabilir durumdadır. Yargılamada, devir sözleşmesinden önce, yürütmenin durdurulması yönünde bir karar verilip idareye tebliğ edilmediği takdirde idare işlemlerine devam edecektir. ÖİB, ihale alıcısı ile sözleşme yaparak ihale konusu varlığın teslimini yapmak için Mahkeme kararının sonucunu beklemek zorunda değildir. Zira yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde idari işlemlerde resen icra ilkesi gereğince, idare aldığı kararın uygulamasını yapmaya devam edecek, mahkemenin yıllar sürecektir ve sonuçta da iptal veya dava red açısından ne yönde karar çıkacağı belli olmayan yargılamasını beklemesi gerekmemektedir. İdarenin işlemi uygulama süreci devam ederken verilen ve idareye tebliğ edilen bir Mahkeme kararına uyması gerektiği izahtan varestedir. Ancak, uygulaması bitmiş sonuçları doğmuş bir işlem ile ilgili iptal kararı verildiği zaman iptal kararının uygulanması fiilen imkansız bulunduğu için ortada idarenin uygulayabileceği bir karar bulunmamaktadır. Özellikle sermaye piyasası araçları ile yapılan özelleştirmelerde Mahkeme kararının uygulanması hiçbir şekilde mümkün bulunmamaktadır, zira hisse senetlerinin çok sayıda el değiştirmiş olması durumu sözkonusudur. Bu nedenle, özelleştirme işlemlerinin iptaline ilişkin açılan davalarda ihale ile ihale alıcısına devir-teslim yapılanaya kadar geçecek sürede

¹³⁷ Bu aşamada gündeme gelebilecek esasa ilişkin unsurların bir kısmının da takdir yetkisi içindeki işlemler olduğuna dikkat edilmelidir.

¹³⁸ Örneğin, ÇİTOSAN'a ait beş çimento fabrikasının bir Fransız şirketine satışı işleminin yürütülmesinin durdurulması kararının uygulanmasında sorun çıkması üzerine Yüksek Planlama Kurulu'nca, "...satış sözleşmesi gereğince **devir, teslim ve tesçil işlemlerinin ikmal edildiği**, buna göre mevcut hukuki ve fiili imkansızlık karşısında hisseleri satın almış olan ve davada taraf bulunmayan üçüncü şahıs durumundaki firmaya karşı yürütmenin durdurulması kararı doğrultusunda geriye veya ileriye yönelik yeniden işlem tesisine imkan bulunmadığına.." karar verilmiştir. YPK'nun 7.3.1990 tarih ve 90/1 sayılı kararı. Hatta buna benzer Bakanlar Kurulu kararı da bulunmaktadır. TAN, a.g.e., s. 31.

¹³⁹ İptal kararlarının uygulanması mümkün bulunan hallerde uygulanması sağlanmalıdır. Ancak, işlemin durumu itibarıyla uygulanamaz halde bulunması halinde uygulanması mümkün bulunmayan bir kararın söz konusu olduğu da nazara alınmalıdır.

idari yargı kararının uygulanması mümkündür. Bu süreden sonra idari yargı kararının uygulanması da mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, ÖİB veya özelleştirme yapan mahalli idarelerin yöneticileri aleyhinde *Mahkeme Kararını Uygulamama Suçu* nedeniyle yapılan suç duyurularında da Mahkeme kararının hangi aşamada idareye tebliğ edildiğine bakılmalı, idarenin işleminden önce verilip idareye tebligatı yapılmış bir iptal kararı varsa, suç oluşmaktadır, bu aşamadan sonra yapılan tebligatın mündericatındaki kararın uygulanması mümkün olmadığı için suç oluşmamaktadır. Yapılacak yargılamalarda bu ayırım esas alınarak sonuca ulaşılması gerekmektedir.

YİD Modelinde, 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkından Kanunda¹⁴⁰ öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen İdare, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat eder ve bu Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabilir. Yine yatırım ve hizmetlerin YİD modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar; bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelere yer verilmek suretiyle Maliye, Bayındırlık ve İskân, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulmuştur¹⁴¹. Bu süreçte önce ihale yapılmakta ihalede toplanan teklifler ilk aşamada ihale makamı bünyesinde değerlendirilmektedir. “Teklifler önce aynı baza getirilmektedir. Fizibilite raporunun mali kısmı hariç diğer kısmı ilgili kuruluşlara görüş almak için tekrar gönderilmektedir. İlk değerlendirme çalışması alt kurulda tamamlandıktan sonra, değerlendirme sonuçları Bakanlık Müsteşarının başkanlığında ilgili genel müdürlerden oluşan üst kurula gönderilmektedir. Üst Kurul aldığı Kararı onay için Bakanlara sunar. Bakanlıkta yapılan değerlendirme işlemleri tamamlandıktan sonra DPT’ye gönderilip, Planlamanın görüşü ve onayı alınır. Planlamanın görüşünün de olumlu olması durumunda Bakanlık, ortak girişimcilere, mevcut projeyle ilgili mühendislik projelerini yapacak (veya yaptıracak), yatırımı gerçekleştirecek, sözleşmede öngörülen süre boyunca tesisi işletecek, bakımını yapacak, ürettiği elektrik enerjisini Görevli Şirkete belirlenmiş fiyat üzerinden satacak, projenin finansmanı için öngörülen öz sermayeyi koyacak ve gerekli kredileri sağlayacak, kredilerin anapara ve faiz olmak üzere geri ödemelerini yapacak ve tesisi işletme süresi sonunda ilgili Kamu kuruluşuna bedelsiz olarak devredecek yatırım şirketi’ni kurmak üzere çağrıda bulunur. Artık projenin sahibi olan bu yatırım şirketi ile Bakanlık yetkilileri YİD

¹⁴⁰ **Resmi Gazete:** 13.06.1994, S: 21959.

¹⁴¹ 06.08.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, **Resmi Gazete:**01.10.1994, S: 22068.

modeli çerçevesinde belirlenmiş koşulları içeren bir *uygulama sözleşmesi* üzerinde görüşmelere başlarlar. Bakanlık son yıllarda bu alanda TİP bir sözleşme geliştirmiş olduğundan karşılıklı görüşmeler pek zaman almaz. Hazırlanmış olan bu uygulama sözleşmesi tarafların mutabık kalmalarından sonra görüşü alınmak üzere Danıştay'a gönderilir. (Tahkim Yasası uyarınca Danıştay'a incelenmek ve onayı alınmak için değil sadece görüşü alınmak için gönderilmektedir.) Yatırım Şirketi kurulması ve Uygulama Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, Yatırım Şirketi daha birçok sözleşmeye¹⁴² imza atmak durumundadır. Bütün bu sözleşmelerin tamamlanmasından ve Bakanlığın uygun görüşü ve onayından sonra, son kez *Hazine Müsteşarlığı* ile *Garanti Sözleşmesi* imzalanmaktadır. Bu sözleşmedeki amaç elektrik enerjisini satın alacak Kamu kuruluşu ödemedede bulunmadığı takdirde, bu ödemenin Hazine tarafından yerine getirileceği garantisidir¹⁴³.

PPP konusunda mevcut çalışmalar nazara alındığında, bir model ÖİB modelidir ki, bu model yukarıda özetlenmiştir. Diğer model DPT modelidir ki bu model de özetlenmiştir. Yeni ve etkin olduğu kanısında olduğumuz model ise International PPP Platform tarafından hazırlanmış bulunan modeldir ki, çalışmada bu model de incelenecektir. Bu modelde, PPP modelini kullanmak isteyen idare, gerçekleştirmek istediği projeye ilişkin olarak bir ön yapılabilirlik etüdü hazırlaması gerekmektedir. Bu ön yapılabilirlik etüdü yanında bir de ihale stratejisi hazırlayarak bu projenin gerçekleştirilebilecek nitelikte bir proje olduğunu göstermeyi sağlayacak yeterli dokümanları içeren bir PPP fizibilite dosyası hazırlayacaktır. Ön yapılabilirlik etüdü, yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine PPP modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini ortaya koyar ve buna ilişkin karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizler ile risk analizlerini de içerir. Bu dosyanın, hukuk, teknik ve finans açısından yeterli şekilde ve ikna edici bir biçimde hazırlanmış olması proje başarısının birinci adımıdır. Sözleşmeci idare bağlı veya ilgili olduğu bakanlık kanalıyla veya bir mahalli idare ise İçişleri Bakanlığı kanalıyla Proje ve Finansman İdaresi Başkanlığı'na başvurur veya Proje ve Finansman İdaresi ya da yatırımcı adayları doğrudan doğruya sözleşmeci idareye ilişkin proje önerisinde bulunur.

¹⁴² Bu sözleşmelere örnek olarak Enerji sektöründe, Yatırım Şirketinin:

DSİ ile imzalayacağı Su Hakkı Kullanım Sözleşmesi (Hidrolikler için), TEAŞ ile imzalayacağı Elektrik Enerjisi Satın Alma Sözleşmesi (ESA), Bakanlık ile imzalayacağı İnşaat Sözleşmesi, Bakanlık Enerji Fonu ile imzalayacağı Sözleşme, TEAŞ ile imzalayacağı İşletme ve Bakım Sözleşmesi, Bankalar ile imzalayacağı Kredi Sözleşmeleri, Sigorta Şirketleri ile imzalanacak Sözleşmeler, Bağımsız Müşavir ile imzalanacak Sözleşmelerdir. **İMRE Erol**, Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t6, Erişim: 01.11.2007.

¹⁴³ **İMRE Erol**, Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t6, erişim: 01.11.2007.

Bu başvuruyu alan PFİ, başvuruyu Başkanlık üzerinden ilgili sektörün de dahil olduğu sektör dairesi başkanlığına havale eder. İlgili Sektör Dairesi de, bu sektörde uzman kişilerden oluşan bir ekiptir, bu projeyi ilgili sektör grup başkanlığına havale eder. Sektör grup başkanlığı da projeye ilişkin çalışmaları kapsamında, Başkanlık üzerinden, başvuru hakkında proje ile ilgili olabilecek kamu kurum ve kuruluşlarının görüşünü alır, gerekli projeye ilişkin ilk görüşünü oluşturur. Projenin kabul edilmemesi yönünde bir görüş oluşturması halinde projeyi işlemden kaldırılmak üzere Başkanlığa iade der. Sektör dairesinin olumlu görüşü halinde ön çalışmaları tamamlanan proje Kurula sunulur¹⁴⁴. Kurula sunulmuş proje üzerinde gerekli çalışmalar yapılmış bulunan çalışmalardır. Bu nedenle, kurula proje sunan sektör dairesi adeta kurul önünde ve Başkanlık nezdinde bir de sınavdan geçmektedir. Kurul, projeyi kabul edebileceği gibi “*gerekçeli olarak*” red de edebilir. Projenin reddi halinde, sektör dairesi ya projeyi red gerekçesine uygun duruma getirip yeniden Kurula sunar veya proje işlemden kaldırılmak üzere Başkanlığa iade edilir. Projenin kurula sunulması ve kurulda kabul edilmesi işin çok önemli bir aşamasıdır ki, bu yolla kurul tamamen uzmanlardan gelen bir projeyi kurul üyesi olmaya liyakat göstermiş en tecrübeli kişilerle ve çok kapsamlı bir şekilde incelemiş olmaktadır. Projenin Kurulda kabulünden sonra, projenin PPP modeli ile yaptırılmasına ilişkin yetki almak üzere Konseye başvurulur. Bu yolla, projeye siyasi destek de sağlanmış olmaktadır. Konsey, bu başvuru sonunda, seçilecek PPP modelini, yapılacak olan yatırım ve hizmetleri, ihale stratejisinin esaslarını ve yetkinin geçerli olacağı süreyi de belirleyerek idareyi PPP modeli ile ihaleye çıkması için yetkilendirme kararı alır veya projeyi gerekçeli olarak idareye iade eder. İdare, konsey kararını uygulamakla görevlidir. Projenin bu aşamaya kadar olan kısmı işin teknik altyapısının kurulması aşamalarını oluşturmaktadır. Projenin KPYK tarafından kabulünden sonra Konsey kararının uygulanması zımında proje, sektör dairesi tarafından uzmanlık dairelerinin de işbirliği ve proje için seçilecek danışmanların da yardımı ile ihale hazırlıkları tamamlanarak ihale komisyonunca ihalesi yapılır. Konseyden olumlu gelen proje, yine sektör dairesi tarafından bu sefer, bütün sektörlerin ihale için ortak ihtiyaçlarını karşılayacak danışmanlık hizmetleri, gayrimenkul, finansman, ihale hizmetleri vs uzmanlık dairelerinin de işbirliği ile ihalesi yapılır. İhale komisyonu kararı onay için Konseye gönderilir. Konsey onay veya red yönünde karar alabilir, ancak değiştirerek karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Konsey onayının ardından şartnameye uygun hazırlanan uygulama sözleşmesi idare ve ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişi ya da ortak girişim arasında imzalanarak yürürlüğe girer.

¹⁴⁴ Bu durumda, proje hakkında sözleşmeci idare ve sair menfaat grupları siyasi kanallardan girişimde bulunarak Kurul üzerinden baskı oluşturmaya çalışacaktır ki, kurulun başarısı bu aşamada objektif olabilmesinden geçmektedir.

Anayasa m.47 gereğince, yapılan sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunun da Kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasanın 47.maddesinin değişikliğinden sonra, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile ve özel hukuka tabi olarak gördürülmesine ilişkin yapılacak Kanunların Anayasal zemini oluşturulmuştur. “Kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi amaçlanmıştır. ‘yani kısaca, hangi kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile gördürüleceğini yasa koyucu belirleyecektir. Yasa koyucuya bir takdir yetkisi tanınmaktadır, bir yetki vermektedir, belli kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde özel hukuk sözleşmesinin yapılmasına iman kılabilen yasal düzenlemeleri yapma konusunda yetki vermektedir¹⁴⁵”. Yapılacak bir kanunda açık hüküm bulunmak kaydıyla kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile ve özel hukuka tabi olarak gördürülmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle de uzun zaman süren imtiyaz-özel hukuk sözleşmesi tartışmaları artık önemini yitirmiştir¹⁴⁶. Bu nedenle de PPP kanununa açıkça eklenecek bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğuna ilişkin bir hüküm ile konunun doğrudan doğruya özel hukuka tabi kılınması mümkün bulunmaktadır.

Son olarak, PPP ile ilgili konularda ihale sürecinde masrafların nerden karşılanacağı belirlenmemiştir. Kamu maliyesinin izin vermesi nisbetinde, bu giderlerin proje gelirlerinden karşılanmak üzere, bir fondan karşılanmasının uygun olacağı kanısındayız.

3. DEĞER TESBİTİ VE USULÜ

PPP ihalelerinde, özelleştirme ihalelerinde olduğu gibi satışa yönelik bir değer tesbiti sözkonusu olamayacağı gibi tek parametreye dayalı bir ihalenin yapılması da sözkonusu olamayacaktır. Her ne kadar PPP ihalelerinde bir varlık satışı sözkonusu olmamakta ise de sonuçta bir hakkın kullanılmasına ilişkin bir de bedel bulunduğu, fiyat dışı unsurların da bir şekilde puanlandırılarak hesaplanmasının mümkün bulunduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, ihalelerde sürecin tamamen belirsiz ve hangi unsurun ne şekilde değerlendirileceği hususunda bir kriter belirlenmemesi halinde ihalelerde şeffaflığı, rekabeti, eşit muameleyi, orantısallığı, gizliliği, güvenilirliği vs ilkeleri ihlal edebilecek

¹⁴⁵ **GÜNDAY Metin**, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrarı Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB, Ankara 2001, s. 189; **KESKİN Bayram**, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası tahkim, İstanbul 2007, s. 203.

¹⁴⁶ Aynı yönde, **KESKİN**, a.g.e., s. 203; **GÜNDAY**, a.g.e., s. 189; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 30. karşı yönde **YERLİKAYA Gökhan Kürşat**, Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002, s. 149.

uygulamalar görülecektir. Bu nedenle, ihalelerin merkezi şekilde yapılması yatırımcı güvenini sağlayacak yeknesak uygulamalara neden olacaktır.

Projenin ihalesinden önce projenin parametreleri nazara alınarak fiyat ve fiyat dışı unsurların değerlendirilmesine ilişkin bir puanlama modeli belirlenmelidir. Bundan başka, ihaleye konu işin mali bedelinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu yolla, fiyat ve fiyat dışı unsurlara ilişkin asgari ihale kriterleri de belirlenmiş olacaktır. Değer Tesbit Komisyonunun Teşkili, Komisyonun Çalışması, Komisyonun Görevleri ile ilgili esaslar kanunda belirlenmelidir.

3.1. Gerçek Değerin Belirlenmesi

Yukarıda da değinildiği gibi, PPP projeleri bir varlık satış ihalesi olmadığı için değer tesbiti de farklı kriterlere göre belirlenmek durumundadır. Bu süreçte fiyat dışı kriterler de en az fiyat kriteri kadar önem arz etmektedir.

Özelleştirme sürecinde değer tesbitinde Anayasa Mahkemesince gözetilen belirli kriterler mevcuttur. Yüksek Mahkeme, KİT'lerin özelleştirilmesinde, Anayasa m.35'teki mülkiyet hakkını, kamu tüzel kişileri için de benimsemiş ve bu kuruluşların gerçek değerinin saptanması gerekliliğine işaret etmiştir. KİT'lerin satışında en doğru düzeyi sağlayacak bir rayiç değer aranmalı ve gerçek değere en yakın olan değer bulunmalıdır. Değer tespiti yapılırken birçok faktörün göz önüne alınması gereklidir. Özelleştirilecek kuruluşun, yerinden, bina değerine, içindeki teknolojiyen, ekipman ve teçhizata, personele, verimlilik ve etkinliğine, kar zarar durumuna kadar her türlü araştırma yapılarak en ince detaylar dikkate alınarak gerçekçi bir değer tespiti yapılmalıdır. Bu ölçüleri göz ardı eden uygulamalar, satın alan kişileri diğerleri karşısında ayrıcalıklı bir konuma getirirse, bu Yüksek Mahkemece eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bir durum yaratmış olarak kabul edilir ve iptal yoluna gidilir. 3082 sayılı Devletleştirme Yasasında, bir özel teşebbüs devletleştirilirken, bu teşebbüsün gerçek karşılığı üzerinden uygulamanın gerçekleştirilmesi esası öngörülmüştür. Bu açıdan özelleştirilecek kuruluşun da özel teşebbüse gerçek değeri üzerinden devredilmesi gerekliliği hâsıl olmuştur. Aksi takdirde devletin alışı ve satışı arasında fark olursa, devletin zararına yol açan bir hukuksal çelişki doğacaktır.

PPP Projelerinde de hem özelleştirmede ve hem de devletleştirmede olduğu gibi gerçek değer kriteri uygulanmalıdır. Bu yolla, projenin gerçek değerinin ve doğru şekilde belirlenmesinin sağlanmış olması gerekmektedir. Esasen PPP projelerindeki değer kavramı mali bir değere indirgenmiş değildir, buradaki değere “sağlanacak maksimum bütüncül fayda” kriteri ile bakılması gerekmektedir. Sağlanacak maksimum bütüncül fayda ise projenin finansal faydası yanında, çevre, istihdam, teknolojik gelişme ve sair fiyat dışı unsurları da içerecek şekilde belirlenmelidir.

3.2. Değer Tesbit Komisyonu

İhalelerde ihale komisyonu ile değer tesbit komisyonunun birbirinden ayrı olması genel olarak benimsenmiş bir ilkedir. Bu nedenle, ihaleye ilişkin değer tesbitlerinin ihale komisyonundan ayrı bir komisyon tarafından yapılması gerekmektedir. Bu tesbitlerin ihale komisyonundan ayrı bir komisyon tarafından yapılması daha uygundur. Komisyonun görevinin ehemmiyetine binaen atamaların en üst düzeyde yapılması gerekmektedir. Örneğin, özelleştirme uygulamalarında değer tesbit komisyonunun seçiminde İdare Başkanının teklifi ve Başbakan'ın onayı şartı getirilmiştir (4046 Sayılı Kanun m.18/B/a). PPP projelerinde değer tesbit komisyonu teşkil edilirken ihaleyi yapacak idareden ve sözleşmeci idareden kişilerin bulunması değer tesbitinin daha sağlıklı yapılmasını sağlayacaktır. Üyelerin yedekleri de belirlenerek atanmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeye ilişkin bir kararında değer tespit komisyonunun oluşumunda gözetilecek kıstaslar belirlenmiştir¹⁴⁷: “... **değer saptama yetkisi olan birimlerin hiçbir etki altında kalmadan çalışabileceği bir yapıya kavuşturularak gerçek değer bulunabilmesi için hukuksal alt yapı oluşturulmalıdır. 4046 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca Başbakana bağlı olan Özelleştirme İdaresi Başkanı'nın 18. maddeye göre oluşturacağı "Değer Tespit Komisyonları"nın tam bir bağımsızlıkla görev yapabilmesi oldukça güçtür. 4046 sayılı Yasa'nın 18/B maddesindeki değer tespit yöntemleri ile bunu uygulayacak "Değer Tespit Komisyonları"nın oluşum biçimi, görev ve yetkilerinin yasama organınca belirlenmesi gerekir**”.

Komisyonların çalışma usul ve esasları bir kanun ve detayları da bir yönetmelik ile belirlenmelidir. İdari usul niteliğindeki bu kuralların günün değişen şartlarına uyum sağlayabilecek nitelikte olması gereklidir. Bu gibi günün siyasal ve ekonomik koşullarına göre hızlı değişkenlik gösteren ve oluşacak değerlere göre karar almayı gerekli kılan konulara ilişkin usul ve esasların ayrıntılı ve açık biçimde yasada belirlenmesinin doğru olmayacağı, ekonomik nitelikteki bu kararların günün koşullarına ve kamunun yararına uygun biçimde süratle alınabilmesi için idarenin yetkili kılınmış olmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

3.3. Değer Tespit Usulü

Değer, herhangi bir nesnenin sağladığı toplam yarar ya da herhangi bir varlık başka birine verildiğinde karşılığında alınabilecek nesne miktarı olarak tanımlanabilir. Değer, bir malın değişim değeridir. Bu değer, maldan bir birim elde etmek için gerekli olan mal ya da

¹⁴⁷ AYMK, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, Resmi Gazete, 08.07.1997, S: 23074.

para miktarıdır. Fiyatlama ise, belli bir zamanda mal ve hizmetlerin piyasadaki değerinin para ile ortaya konmasıdır. Etkin piyasalarda değer ile fiyatın genellikle çakıştığı söylenir¹⁴⁸.

Değerlemenin amacı, fiziki veya finansal bir varlığın ya da bir firmanın gerçek değerini, diğer bir deyişle olması gereken değerini bulmaktır. Fakat, bir malın veya firmanın değerini doğru bir şekilde hesaplamak çok zordur, hatta pek mümkün değildir. Buna karşın, bir varlığın değerini tespit etmeye yönelik değerlendirme çalışmaları mutlaka yapılmalıdır.

Değerlemede kullanılabilecek farklı yaklaşımlar ve yöntemler mevcuttur. Bu yaklaşımlar ve yöntemler kendi içinde farklılıklar göstermekle birlikte, nihayetinde en doğruya yakın bir işletme değerinin belirlenmesinde kullanılmaktadırlar. Hukukumuzda kabul görmüş bulunan değerlendirme yöntemleri olarak 4046 sayılı Kanunun 18/B/c hükmünde uluslararası kabul görmüş olan bazı değer tespit metotları sayılmıştır. Ancak, değerlemenin sağlıklı yapılabilmesi için bu metodlardan en az ikisinin kullanılması gerekmektedir. İki yöntemin birlikte kullanılması daha sağlıklı bir sonucun elde edilmesini sağlar. Bu nedenle tek bir yöntemin kullanılmaması tercih edilmesi gerekir. Değer tespit metotları 4046 Sayılı Kanunda şu şekilde sayılmıştır: (1) İndirgenmiş Nakit Akımları (Net Bugünkü Değer), (2) Defter Değeri, (3) Net Aktif Değeri, (4) Amortize Edilmiş Yenileme Değeri, (5) Tasfiye Değeri, (6) Fiyat/Kazanç Oranı, (7) Piyasa Kapitalizasyon Değeri, (8) Piyasa Değeri/Defter Değeri, (9) Ekspertiz Değeri, (10) Fiyat/Nakit Akım Oranı. Kanunda sayılan bu usullerin yanı sıra, uluslararası platformda kabul görmüş başkaca yöntemler de mevcuttur. Bu nedenle, bu metodların yanında, projenin gereklerine uygun olarak belirlenecek diğer yöntemlerinde kullanılmasına kanun ile izin verilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıkların, sermaye piyasası kurumlarının ve ihraççıların sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yaptıracakları değerlendirme işlemlerinde verilen değerlendirme hizmetlerine ilişkin esasları belirlemek amacıyla(m.1) Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır¹⁴⁹. Sermaye piyasası mevzuatı uyarınca yapılan değerlendirme işlemlerinde, değerlemeyi yapanlar, Tebliğin (1) nolu ekinde yer alan Uluslararası Değerleme Standartlarına aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar (m.2/1). Kurulca yapılan diğer düzenlemeler ile ekli standartların uyumlu olmadığı durumlarda öncelikli olarak Kurulun diğer düzenlemelerine uyulur (m.2/2).

¹⁴⁸ TEVFİK Arman, Hisse Senedi Değerlemesi, İstanbul 2005, s. 1.

¹⁴⁹ Resmi Gazete, 06.03.2006, S. 26100.

Uluslararası Değerleme Standartlarının geliştirilmesi üç temel amaç için yapılmaktadır¹⁵⁰: (1) Sınır ötesi işlemleri kolaylaştırmak, mülkiyetin devri işlemleri ile ilgili olarak alınan kredilerin ve ipotek karşılığı verilen kredilerin teminat altına alınması için yapılan değerlemelerin güvenilirliği ile finansal bilgilendirme raporlarının şeffaflığını sağlamak, hukuk davalarını ve vergi sorunlarını çözüme kavuşturarak uluslararası mülk piyasalarının gelişimine katkıda bulunmak, (2) Dünyadaki değerleme uzmanları için yol gösterici olarak çalışmak, böylece onların uluslararası mülk piyasalarının güvenilir bir değerlemeye olan taleplerini karşılar duruma gelmelerini sağlamak, küresel alandaki iş dünyasının finansal bilgilendirme raporları konusundaki istemlerini karşılamak ve (3) Yeni kurulan ve sanayileşmeye yeni başlamış ülkelerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere değerleme standartları ve finansal bilgilendirme raporları sağlamak.

Değer tesbiti, sermaye piyasasına tabi kuruluşlara ilişkin yapılacaksa bu Tebliğ ve ekinde getirilen esaslar ile diğer SPK mevzuatı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu hususta öncelikli olan SPK'nın düzenlemeleridir.

4. RİSK ANALİZİ VE PAYLAŞIMI

Risk değerlendirmesi, her hangi bir proje veya yapılacak işle ilgili potansiyel hukuki, finansal ve sair tehlikeleri belirlemek ve sonuçlarını hesaplamak için kullanılan bir yöntemdir. Proje finansmanında ihale konusu varlığın ihale yöntemine göre risk analizi, risk paylaşımı ve risklerin paylaşılabirliği gündeme gelmektedir. PPP'nin en önemli özelliklerinden birisi riskin riski en iyi yönetecek tarafa ait olması ilkesi olduğu için riskin doğru şekilde belirlenmesi ve doğru şekilde dağılımının yapılması gerekmektedir.

Konu bir varlık devri olduğu durumda gündeme farklı riskler gelirken konu bir varlığın “işletme hakkı” devri olduğu durumda farklı riskler ve risk paylaşımı gündeme gelmektedir. PPP uygulamalarında, doğabilecek risklerin belirlenmesi ve gereken önlemlerin alınması hayati önemi haiz bir konudur. Due diligence ve değer tespit aşamasında, bu husus üzerinde ayrıca durulmalıdır. Proje müzakere edilmelidir, bu müzakere sürecine PPP İdaresi Başkanlığı ve Mahkemeler de sivil toplum örgütlerinin yapacağı seminer-sempozyum gibi etkinliklere katılmalı ve PPP ihalesi yapılmadan taraflar birbirlerini iyi anlayarak bu riskleri doğru bir şekilde paylaşmalıdır. Risk değerlendirmesinde bir takım sorulara cevaplar aranır. Bunlardan bazıları; Ne yanlış gidebilir? Bunun olasılığı nedir? Olursa ne tür sonuçlar doğabilir? Bu riskler kabul edilebilir

¹⁵⁰ Sermaye Piyasasında Uluslararası Değerleme Standartları Hakkında Tebliğ (Seri: VIII, No: 45), <http://www.spk.gov.tr/apps/teblig/displayteblig.aspx?id=292&ct=f&action=displayfile&ext=.pdf>, erişim: 04.04.2008.

düzeyde midir? Riskler nasıl azaltılabilir? Bu riskin sebebi hangi taraftır, sonucu kime ait olmalıdır? Riskler projenin kredilendirilebilir olmasını engellemekte midir? Riskin alıcı veya satıcı tarafça üstlenilmesinin projeye iktisadi maliyeti ne kadardır? Müzakere ile veya mevzuat değişikliği ile bu risklerin ne kadarı izale edilebilir?

PFI/PPP proje sürecinde risk yönetimi döngüsü riskin belirlenmesi, riskin analizi, riskin fiyatlanması, riskin dağılımı riskin azaltılması ve riskin karşılığı unsurları ile risk gözleme ve geri bildirim şeklinde işlemektedir¹⁵¹.

Yapılan yatırımlarda, gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan riskler sektöre ve projenin kendine has özelliklerine göre değişir. Bu nedenle, her yatırım projesi için, risk değerlendirmesi aşamasında temel alınabilen belirli kıstaslar olsa da, bunların kati olmadığı unutulmamalı ve somut projeye göre değerlendirmeye ek olabilecek diğer ölçütler de göz önünde bulundurulmalıdır. Genel olarak riskler Kamulaştırma/istimlak, zayıf siyasi karar alma süreci, siyasi engel, inşaat alanı kullanılabilirliği, siyasi istikrar, kamu desteği ve seviyesi, proje onay ve kabul, sözleşme değişiklikleri, PPP anlaşmalarında deneyim eksikliği, farklı çalışma yöntemleri, mücbir sebep, mevzuat değişikliği, vergi kanunlarındaki değişiklikler, tasarım değişiklikleri, artık/atık riski, enflasyon, üçüncü şahıs hatalarından sorumluluk, etkili ekonomik olaylar, projenin finansal cazipliği, projeye talep düzeyi, personel krizleri, endüstriyel düzen değişimleri, yüksek finansal maliyetler, faiz oranı, işletme ve koordinasyon riski, hava koşulları, çevre koşulları, finansman uygunluğu, yer/zemin uygunluğu, işletme kazançlarının değerini altında kalması, finansal piyasa, işçilik kalitesi, yapı maliyet aşımı, sık bakım yapılması, malzeme ve işgücü uygunluğu, düşük işletme verimliliği, tasarım eksikliği, isbatlanmamış mühendislik teknikleri ve yapım zamanının gecikmesi. Bu risklerin kamu ile özel sektör arasında doğru şekilde dağıtılması projenin hukuki altyapısının doğru kurulması anlamına gelmektedir. Yapılacak sözleşmelerde bu dağılımın doğru yapılması gerekmektedir¹⁵². Risk dağılım ve paylaşım modelleri farklı şekilde yapılabilmektedir¹⁵³.

Risk değerlendirmesinin sonucunda kesin bir takım verilerin elde edilmesi beklenmemelidir. Ancak öngörülebilir riskler, belirli kıstaslarla değerlendirildiğinde, sonuç olarak kesine yakın veriler elde etmek mümkündür. Bu nedenle, bu kıstasları kullanarak en

¹⁵¹ **BOUSSABAIN Abdelhalim**, Cost planing of PFI and PPP Building Pojects, 2007. s. 256.

¹⁵² Bu risklerin dağılım oranları için bkz.; **Li Bing / AKINTOYE Akintola / HARDCASTLE Cliff**, Scholl of Built and Natural Environment, Glasgow Caledonian University, Glasgow G4 0BA, VFM and Risk Allocation Models in Constraction PPP Projects, <http://www.arcom.ac.uk/workshops/04-Edinburgh/06-Li.pdf>, erişim: 25.07.2008.

¹⁵³ Bir diğer örnek için bkz, http://www.fhwa.dot.gov/PPP/faq_3.pdf , erişim: 23.07.2008.

verimli sonuçları almak, PPP projesinin yatırımcılar tarafından desteklenmesini kolaylaştıracaktır.

Proje finansmanı konusunda risk analizi ve paylaşımı yaparken belirli hususlar üzerinde durulur. İlk ve genel olarak, sektöre göre doğabilecek riskler ortaya konulmalıdır. Sonrasında daha spesifik olarak, gelir hesaplamaları dikkatle yapılmalıdır. Bu bakımdan ücretler ve giderler değerlendirilir. Projenin ana sermayesinde, projeyle ilgili şartlara dair sağlıklı olmayan bilgiler, risk olabilir. İmtiyaz sahiplerinin nitelikleri ise ayrıca önemlidir. Zira bir büyük yüklenici yanında, alt yükleniciler de bulunmaktadır. Bunların disiplinlerinin aynı olmayacağı da göz önüne alınmalıdır. Ayrıca bu konuda önemli olan diğer bir husus da “yatırımcı sendromu”dur¹⁵⁴. Bu sendroma kapılan yatırımcılar az masrafla az ömürlü yapılar inşa etme eğilimindedirler. Bu da olası risklerin gerçekleşme ihtimalini artırır. Son olarak, kurumsal etkiler dikkate alınmalıdır. Örneğin, hükümet düzenlemeleri, projenin karşılığı konusu ve çevresel etkiler de bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁵⁵. Proje risklerinin aşamalara göre dağılımı ilk ve son aşamada az ortalarında maximum olmaktadır, özellikle kredi riski bu şekilde işlemektedir¹⁵⁶. Bu nedenle yapılacak sözleşmelerde de bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, projelerin her zaman bir “B Planı” yapılması yerinde olacaktır. Ancak, yukarıda da değinildiği gibi, proje sürecinde gerek idare, gerek yargı gerekse yatırımcı birbirini çok iyi anlamalıdır. Taraflar birbirlerinin beklentilerini iyi analiz ettiği takdirde yatırımcının sürpriz riski azalacak, potansiyel ve fiili riskleri bilerek ihaleye katılacağı için ihale süreci belirlilik ve güven içinde ilerleyebilecektir. Tarafların birbirlerini iyi algılayabilmeleri için mutlaka yargının da konuşmacı ve dinleyici olduğu sempozyumlar düzenlenerek bu hususların ihale öncesinde enine boyuna müzakere masasına yatırılması gerekmektedir. Bu konuda ülkemizde International PPP Platform Türkiye, adı ile faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşu bu müzakerelerin yapılacağı zemini hazırlayabilmektedir.

Riskin riski en iyi yönetecek tarafa ait olması ilkesinin PPP projelerinde emredici nitelikte olması nedeniyle riskin çok iyi belirlenmesi ve paylaşılması gerekmektedir.

¹⁵⁴ **CRAIG F.C. VICTOR**, Risk & Due Diligence in Airport Privatization, http://www.icao.int/icao/en/ro/nacc/aps/09_craig.pdf, erişim: 11.04.2008.

¹⁵⁵ **CRAIG**, a.g.m., erişim: 11.04.2008.

¹⁵⁶ **PADIYAR Vaijayanti / SHANKAR Tarun / VARMA Abhishek**, “Risk Management in PPP”, http://www.persmin.nic.in/otraining/undp_modules/PPPID/Training%20Modules%5CAdvanced%20Module%5CReview%20Papers%20&%20Toolkits%5CRisk%20Management%20in%20PPP.PDF, Erişim: 25.07.2008.

5. İHALE KOMİSYONU

İhale işlemleri ve ihale süreci ihale komisyonu tarafından yürütülür. İhale komisyonunun önemi nedeniyle, komisyonun teşkili, çalışması ve görevleri Kanunun ile düzenlenmelidir¹⁵⁷. Komisyon, proje sürecinde yatırımcının taleplerinin karşılanabileceği ve hizmetin sağlıklı yürütülmesini sağlayacak bilgilere sahip ve PPP ihaleleri konusundaki kurumsal bilgi ve tecrübe birikiminin sürece yansıtılacağı bir yapıda oluşturulmalıdır.

İhale işlemleri, PPP idaresi ve sözleşmeci idarenin birlikte oluşturacağı komisyon tarafından yürütülmelidir. Uygulamada bu konuda da tartışma bulunmaktadır. Proje ihalesinin PFİ bünyesinde yapılmasına karşı çıkanlar, ihale komisyonunun da PFİ bünyesinde olmasına karşı çıkmaktadır. Buna ilave olarak, ihalenin PFİ bünyesinde yapılmasına taraftar olanlar, ihale komisyonunda sözleşmeci idare temsilcisinin veya temsilcilerinin de bulunmasını savunmaktadır.

PPP ihaleleri, 49 yıla kadar varan, çok uzun dönemli bütçe taahhütlerini de içeren ihaleler niteliğinde olduğu için bu ihalelerdeki ihale komisyonu çok önemli bir görevi yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararında belirtilen ilkelere uygun olarak değer tesbit komisyonunun ve İhale komisyonunun İdare Başkanının teklifi ve Başbakan'ın onayı ile göreve başlaması gereklidir¹⁵⁸. Komisyonun çalışma usulleri kanunda açıkça düzenlenmelidir. Bu hususun yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğinde bir işlemdir. Komisyonda görev alanların da projeyi hızlı şekilde sonuçlandırmaları sağlanmalıdır.

6. İHALENİN DUYURULMASI

İhale duyurusu, ihale şartnamesinde yer alan ve ihaleye katılacak olan kişilerin bilmeleri gereken bazı bilgileri içerir. Bu bilgilerin usulüne uygun olarak duyurulması ile ihaledeki rekabet ortamı güçleneceği gibi¹⁵⁹, yapılacak olan PPP uygulamasından da en yüksek verimin alınması sağlanmış olur. İhale ilanı ile ihaleye katılımın olabildiğince yüksek olmasının sağlanması sayesinde kaynakların verimli kullanılması, ihtiyaçların en uygun şartlarla karşılanması ilkelerine uygun bir ihale sürecine zemin hazırlanmış olur¹⁶⁰. Bu nedenle ihale ilanının niteliği ihale katılımcılarının uluslararası katılımcı olmasını gerektiriyorsa, mutlaka uluslararası alanda da duyuru yapılması gereklidir. Bu husus

¹⁵⁷ AYMK, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

¹⁵⁸ AYMK, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

¹⁵⁹ YASİN, a.g.e., s. 179.

¹⁶⁰ UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005, s. 237.

danışmanlık ihalelerinde de aynı şekilde uygulanmalıdır. Ancak duyuruda yapılan açıklamaların geniş tutulması gerekmez. Yine de ilgililerin katılımı için yeterli bilgiyi içermeyen veya yanlış anlaşılabilir şekilde kısa ve yetersiz bilgi verilmesi de sakınca doğurabilir¹⁶¹. Örneğin, ihale ilanında şartnamenin satın alınabileceği yer bildirilmiş ise ve ihale şartnamesi için bir de bedel ödenmesi gerekiyorsa, şartnamenin nereden alınabileceği ve bedelin nereye yatırılması gerektiği bu ilanda açıkça bildirilmelidir.

İşin niteliği gereği yurt dışında ilan yapılması gereken projelerde, ihalenin yurtdışındaki önemli gazete ve ekonomi dergilerinde de ilan edilmesi yararlı olacaktır¹⁶². Bir yargı kararında, yurtdışında da ihalenin ilan edilmesinin önemi üzerinde durularak, **bu ilan da yapıldığı halde**, belirli sebeplerle, çok sayıda katılımcının bulunmaması durumunda rekabetin sağlanmadığı iddialarının sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir¹⁶³.”

7. İHALE ŞARTNAMESİ

İhale şartnamesi, yapılacak ihalede uyulması gereken hukuki, teknik ve idari işlemleri düzenleyen ve ihale işlemlerinin temelini teşkil eden bir hukuki metindir¹⁶⁴. İhale şartnamesinde bulunması gereken en önemli unsur, iş tanımının doğru şekilde yapılmış olması ve bunun sonucu olarak teklif vermeye yeterli belirliliğin sağlanmasıdır. *Belirsizliğin ihale edilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır*. Hazırlanan şartnamelerle hem idareler hukuken kendilerini bağlamakta hem de ihale sürecinde ve sözleşmelerin uygulanmasında isteklileri bağlamaktadır¹⁶⁵. Şartname, kamu kesiminin hizmete yönelik beklentilerini tatmin etmeye uygun biçimde detaylandırılmalı ve aynı zamanda özel sektörün hesaplı bir çözüm sunması için de yeterince esnek bırakılmalıdır¹⁶⁶. İhale şartnamesinin içermesi gereken hususlar Kanun ve tüzük ile belirlenmelidir. Kamu ihalelerinde bunlar; (1) İhale şartnamesi; (2) İhalenin konusu ve usulünü, (3) Tekliflerin verileceği açık adres ve süreyi, (4) Fiyat dışı kriterlerin esas alınması halinde, bunların neler olduğu ve nasıl değerlendirileceğini, (5) Tekliflerin hangi para birimi üzerinden yapılacağını, döviz üzerinden alınan tekliflerin Türk Lirasına çevrilmesinde hangi kurun esas alınacağını, (6) İhaleye katılabilmek için verilmesi

¹⁶¹ BAYTAN, a.g.e., s. 392.

¹⁶² BAYTAN, a.g.e., s. 393.

¹⁶³ Danıştay 10. Daire, E: 2004/8257, K: 2004/7618, T: 26.11.2004.

¹⁶⁴ BAYTAN, a.g.e., s. 382.

¹⁶⁵ TURGUTER Necip / TOKMAKLI Cafer, Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Mayıs 2003, a.g.e., s. 96.

¹⁶⁶ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 50.

gereken belgelerin neler olduğunu, (7) Ödeme koşullarını, (8) İhalenin, hangi onay makamının onayı ile kesinleşeceğini, (9) İhaleye katılmak için İdarece belirlenecek geçici teminatın miktarı ile niteliklerini¹⁶⁷, (10) İhale üzerinde kalan tarafından sözleşme imzalanmaması veya İdarece belirlenecek miktarda kesin teminat verilmemesi veya diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde geçici teminatın irat kaydedileceğini, (11) İhaleye katılamayacak olanları, (12) Gerekli görülen diğer hususları kapsamalıdır.

PPP projelerinde şartname birden fazla unsurun birlikte bulunduğu bir işin ihalesi sözkonusu olduğu için klasik Kamu ihale hukuku sınırları içinde işin yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda, şu ilkelerin de nazara alınması gerekmektedir¹⁶⁸; (1) *Teknik yeniliklerin içeriği*, (2) *Hizmetin nasıl sağlanacağı konusunda esneklik*, (3) *Kamu sektöründen özel sektöre efektif ve uygun risk transferi*. Bunlara ek olarak, ihale şartnamesinde; projenin ya da proje kapsamındaki kuruluşa ait proje konusu mal veya hizmet üretim birimi yahut varlıkla ilgili tanıtıcı bilgiler, uygulanacak yöntem, ortak girişim grubu, tekliflerin hazırlanması ve tekliflerde bulunması gereken hususlar, taahhüt ve yükümlülüklerin teminatı, faaliyet ve üretim şartı, çalışanlarla ilgili düzenlemeler, ihalenin KPYK tarafından onaylanabileceği veya iptal edilebileceği, ihalenin üzerinde kaldığı teklif sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde geçici teminatın¹⁶⁹ nakde çevrilerek irat kaydedileceği, geçici teminatların iadesi gibi hususlara yer verilebilir¹⁷⁰.

Şartnamenin hukuki niteliğini de açıklamakta fayda vardır. İdare şartnameyi tek taraflı iradesiyle ortaya koyar. Bu nedenle “*kural işlem*” olarak nitelendirilmiştir¹⁷¹. İhale şartnameleri, idarenin düzenleyici işlemlerinden sayılır. Hazırlanan şartnamelerde, yukarıda belirttiğimiz “*diğer hususlar*” bağlamında, düzenleyici kuralların yanında sadece projeye

¹⁶⁷ Teminatın nakit olarak yatırılması da mümkün bulunduğu takdirde ve teminatın nakit yatırılacağı yerin tekliflerin verileceği yerden başka bir yer olması halinde bu yerin de ihale şartnamesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Eğer bu husus belirtilmemiş ise, bu husus usul-şekil eksiği teşkil edecektir. İhale saatinden önce ihalenin yapılacağı yerde hazır bulunan ve teminat yatıramadığı için ihaleye katılamamış bulunan firmanın bu usul-şekil eksiği nedeniyle iptal davası açmakta menfaati vardır. Ancak, ihaleye katılmak için hazır bulunmayıp sadece bu usul-şekil eksiğine dayalı dava açılmasının hakkın suistimali olduğu kanısındayız ve bu durumda bu şekli eksiğin ihaleye gelmemiş kişiye etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ihale saati erken saat olarak belirlenmişse ve teminat miktarı da mutaden cepte taşınabilecek miktardan yüksek ise bu hususun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁶⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 50.

¹⁶⁹ Teminat mektuplarının da belirli süreye kadar muhafaza edilebilmesi gerekmektedir. Yıllar süren ihale prosedürlerinde mektubun iadesi hususunun da nazara alınması gerekmektedir.

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz: **BAYTAN**, a.g.e., s. 383-391.

¹⁷¹ Bkz: **YASİN**, a.g.e., s. 181.

ilişkin bireysel düzenlemeler de yer alabilir¹⁷². İhale şartnamesi, ihale sonucunda düzenlenecek sözleşmenin de bir taslağı niteliğindedir. İhalenin başarısı, ihale şartnamesi ile getirilen usul ve esasların, projenin yapısı, içinde bulunduğu koşullar ve uygulanacak yöntemin hukuki ve ekonomik sonuçları ile uyum içinde olup olmamasına bağlıdır¹⁷³. Bu nedenle şartname, PPP işlemlerinde çok önemli bir yere sahiptir.

Danışmanlık ihalesi şartnamelerinde de Proje PPP ihalesi şartnamelerinde de gerçekçi, ayakları yere basan şartlar belirlenmiş olması gerekmektedir. Örneğin bir yıl süreli yapılan bir danışmanlık ihalesinde Türkiye’den hiçbir danışmanın yeterli olamayacağı kadar yüksek nitelikler belirlenmesi, dünyadan da az sayıda kişinin yeterli olabileceği bir vasıf tayin edilmesi, ihale şartnamesinde de bu nitelikte danışmanların idare bünyesinde tam zamanlı çalışmasının öngörülmesi 3 dereceli bir yanıştır ve hayatın gerçekleri ile bağdaşmamaktadır¹⁷⁴.

Kamunun projelerinde yatırımcı ile ön görüşme yapılmadan şartname hazırlanması yatırım yapılabilir olmayan şartnamelerin çıkmasını ve bu nedenle de yatırımcı bulabilmek için çok sayıda zeyilname yapıldığı, bu zeyilnamelerde yatırımcının ülkemize ve projeye olan güvenini zedelediği, dolayısıyla bunun da fiyata yansıdığı ifade edilmektedir¹⁷⁵. Bununla birlikte, şartnamenin hazırlanması ihale usulü ile de ilgili bulunmaktadır, örneğin, rekabetçi diyalog yönteminin kullanılacağı bir ihalede teknik şartnamenin ihalenin başında yapılması mümkün bulunmamakta, diyalog süreci sonunda meydana getirilmesi sözkonusu olabilmektedir¹⁷⁶.

Şartnamede iş tanımı rekabetçi yapılmalı, benzer iş tanımı da rekabeti artırıcı şekilde yapılmalıdır. Şartnamelerde, ihale sürecinde istenilecek belgeler dünya uygulamalarına paralel olarak belirlenmeli, gereksiz bürokrasi doğurarak ihale belgelerinin toplanmasının ihale ilan süresinde bile yetişmeyeceği bir hale sokulmamalıdır¹⁷⁷. Son olarak

¹⁷² YASİN, a.g.e., s. 181.

¹⁷³ BAYTAN, a.g.e., s. 382.

¹⁷⁴ <http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009. “Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Mal ve Hizmetlerin Temin Edilmesi” işine ilişkin “Hukuk”, “Finans” ve “Strateji” Danışmanlığı Hizmet Alımı işi.

¹⁷⁵ PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/1/>, Erişim: 21.06.2008.

¹⁷⁶ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 52.

¹⁷⁷ Örneğin uluslararası ve ulusal danışmanların çalışma belgeleri ve diplomalarının tasdikli suretlerinin istenilmesine kadar varan belgeleme istenilmesi makul nitelikte değildir.

ihale şartnameleri idare açısından haksız kazanç elde edilecek ölçüde yüksek bir fiyatla satılmamalıdır. Bu nedenle şartnamenin maliyetin üstünde fiyatlar ile satılmasının meşruiyeti bulunmamaktadır¹⁷⁸.

8. İHALELERDE GEÇERLİ İLKELER

İhaleler, PPP sürecinde çok önemli bir aşamayı teşkil ettiği için bu çalışmada PPP ihalelerine hakim olan ilkelerin incelenmesinde yarar görülmüştür. Özel hukuka tabi olan PPP ile Kamu İhale Kanunu arasındaki ilişki açısından bakıldığında, PPP projelerine ilişkin ihalelerin ve bu projeler için açılacak danışmanlık ihalelerinin Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında tutulması gerektiği kanısındayız. PPP uygulamalarında, mal veya hizmet alımı veya yapım işi ihalesi yapılmamakta, yani idare alıcı durumunda bulunmamakta, aksine idare bir projeyi yaptıran veya özel sektör ile işbirliği/ortaklık modeli ile yaptıran durumda bulunmaktadır. Bu nedenle, *Kamu İhale Kanunu'nun PPP projelerinde uygulanabilirliği sözkonusu değildir*. Bununla birlikte, kanaatimizce, kamu ihalelerindeki ihalenin bizatihi kendisine ilişkin olan ilkeler, PPP projeleri ile bağdaşır olduğu sürece, PPP uygulamalarında da geçerli kabul edilmek gerektir. Bu bağlamda, Kamu İhale Kanunu'nun bütün hükümlerinin PPP projelerinde uygulanmayacağı izahtan varestedir, sadece ihalelerde uygulanacak ilkeler gibi *ihalenin bulunduğu her yerde uyulması gereken temel kuralların PPP uygulamalarında da uygulanabilir olduğu ölçüde tatbik edilmesi gerektiği kanısındayız*. **Hatta AB düzeyinde konunun bir kamu ihalesi olarak algılanması da ihale sürecinde uygulanması gereken kuralların kamu tarafından yapılan bütün ihalelerde bezer şekilde ve ihalenin olmazsa olmazlarına uygun şekilde uygulanması amacından kaynaklanmaktadır**. Bu ilkelerin de kanunda yer almasının yararlı olduğu kanısındayız. Bu bağlamda Kamu İhale Kanunu m.5/1'in, PPP ihale sürecine uygun düştüğü takdirde, özelleştirme ihalelerinde de uygulanması gerektiği kanısındayız. Kamu ihalelerine ilişkin temel ilkeler Avrupa Birliği Mevzuatında çeşitli direktifler; Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü mevzuatında da uluslararası anlaşmalar yoluyla kabul edilmiştir. Bunlardan en kapsamlısı Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Model Kanun'dur ki bu kanunun amacı üye devletlere kamu ihaleleri konusunda bir örnek mevzuat oluşturmaktır. Bu düzenleme ile ihalelerde

<http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009.

¹⁷⁸ Örneğin bir danışmanlık ihale şartnamesinin 1.000 TL fiyata satılması açıklanabilir değildir. Zira özellikle danışmanlık ihalelerinde şartname maliyetleri kırtasiye masrafına yakın bulunmaktadır. Örnek:

<http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009.

*rekabeti artırmak, isteklilere eşit ve adil davranılmasını sağlamak, saydamlığı ve tarafsızlığı geliştirmek, kamu ihalelerinde etkinliği ve tasarrufu sağlamak, suistimalleri kontrol altına almak, kamu harcamalarında sorumluluğu ve hesap verebilirliği sağlamak hedeflenmiştir*¹⁷⁹.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı m.2'de belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerini yürütmek iken; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini yürütme görevini kapsamına almıştır. Bu açıdan bakıldığında, Devlet İhale Kanunu'nun PPP uygulamalarına daha yakın olduğu görülür. DPT tarafından hazırlanan PPP Kanun Taslağı ve International PPP Platform tarafından hazırlanan PPP Kanun taslağı da nazara alındığında, Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesinde çoğu sayılmış olup, Kamu İhale Kanununda da yerini bulan ve anılan tasarılar da değinilmiş bulunan bu ilkeler PPP ihalelerine **uyarlandığında** şu şekilde ifade edilebilir; (1) Şeffaflık, (2) Kamuoyu denetimini, (3) Rekabetin Sağlanması, (4) Eşit muamele, (5) Güvenirlilik, (6) Gizlilik, (7) Projenin uygun şartlarla ve zamanında yapılması, (8) Kaynakların verimli kullanılması, (9) Birleştirilemezlik ve bölünemezlik şeklinde sıralanabilecektir. Bazı Yargı kararlarında da bu kriterlerin kullanıldığı halde açıkça bu ifade netliğinin ve terimlerin kullanılmadığını da gözlemlemekteyiz. Kriterlerin netleştirilmesi PPP İhalelerine bilimsel bir zemin kazandıracaktır. Bu nedenle, PPP Kanununda açıkça bu ilkelere de yer verilmesi gerektiği kanısındayız.

PPP projelerine ilişkin ihale ilkeleri hem PPP projesinin kendisinin ihalesi ile ilgili hem de projenin danışmanlık ihaleleri ile ilgili ilkelere, her iki durumda da uyulması gerekmektedir. Zira projenin başarısı danışmanlarının başarıları ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle, projenin danışmanlarının, adrese teslim ihale yolu ile değil, ihale ilkelerine uygun olarak belirlenmesi son derece önemli bir husustur.

8.1. Şeffaflık İlkesi

Mevzuatımızda, bu kavram “*şeffaflık*” veya “*saydamlık*” şeklinde iki farklı terim ile kullanılmaktadır. Her iki terim de aynı kavramı ifade etmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere şeffaflık ilkesinin anlamı ihalelerin isteklilerin yanı sıra hazır bulunan herkes önünde açık olarak yapılması, tekliflerin herkesin önünde açıklanması, ihale sonucunun ilan edilmesi ve ihale dışı yazılı olarak gerekçelerin bildirilmesidir. Şeffaflık ilkesine uyulmak suretiyle bu süreç içinde tesis edilen işlemlerin

¹⁷⁹ TURGUTER/TOKMAKLI, a.g.e., s. 19.

hukuka uygunluğu büyük ölçüde sağlanacak ve sonuçta açılacak iptal davaları da bir ölçüde azaltılabilecektir¹⁸⁰. Şeffaflık, usuli hakkaniyetin sağlanması amacıyla teklif verenlere sözleşmenin ihalesi hakkında yeterli derecede hızlı ve kesin bilgilerin sağlanmasıdır¹⁸¹. Hukukumuzda ihale ilanları da şeffaf hale getirilmiş ve istekliler ile istekli olabilecek tüm katılımcıların ihalenin detayı hakkında bilgi sahibi olmasına olanak sağlanmıştır. Zira ihaleleri tam rekabete açmanın yolu da şeffaflıktan geçer. Ancak şeffaf bir ihale yöntemiyle, kamuoyunun ihalede kayırma olmadığına tam bir inanç duyması sağlanabilecektir¹⁸².

Öncelikli bir hedef olarak şeffaflık ilkesi, ihalelerin duyurulması, ihale dökümanlarının içeriği, teknik şartnamelerin hazırlanması, ihale kriterlerinin belirlenmesi, açıkça belirlenmiş değerlendirme prosedürü gibi alanlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yoluyla ihale sürecinin tamamına ışık tutar¹⁸³. Şeffaflığın en önemli faydalarından biri de idareyi hukuka uygun davranmaya zorlayacak olmasıdır¹⁸⁴. Bu yolla, idarece tesis edilen işlemlerin hukuka aykırılığı tespit edilebilecektir. PPP ihale sürecini iyileştirmek açısından şeffaflık ilkesi kritik bir rol oynar. Bu açıklamalardan şeffaflıktan temelde ihale sürecinin kamuoyuna açık olması anlaşılrsa da, bu ilke daha geniş bir anlam taşır. PPP ihale işlemlerinin tümünün duyurulması da bu bağlamda değerlendirilebilir¹⁸⁵.

8.2. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Saydamlık ile birlikte görülen zaman zaman da iç içe geçmiş bulunan bu ilke, kamuoyunun ihaleleri denetimi anlamına gelmektedir. İhalelerin sadece yargısal denetimi değil, kamuoyu tarafından da denetlenmesi anlamındadır ki, kamu hizmetlerini ilgilendiren ihaleler kamuoyunun ciddi şekilde ilgisini çekmektedir. Zira idarelerin ihtiyaçları için

¹⁸⁰ **YILMAZ Bekir Mustafa**, Kamu Alımlarında İdari Denetim, Ankara 2007, s. 90.

¹⁸¹ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 37.

¹⁸² **EROL Kemal**, Kamu İhaleleri ve Küçük ve Orta Boy İşletmeler, TES-AR Yayınları No:19, Ankara 1996, s. 35.

¹⁸³ **BLOMBERG Peder**, “Transparency versus efficiency in public procurement – Conflicting or coinciding goals?” A discussion paper originally prepared in 1997, further revised in 2001, www.assistum.se/Transparency_versus_efficiency_010816.doc, Naklen: **UZ**, a.g.e., s. 27.

¹⁸⁴ **ÖZDEMİR Halit Eyüp**, Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2005, s. 55.

¹⁸⁵ **ATİYAS İzak / ODER Burak**, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, Tepav 2007, s. 117.

kamu alımı yapılsa da, kullanılan kaynağın kamu kaynağı olması sebebiyle, kamunun bundan haberdar olması gerekir¹⁸⁶.

Kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi sadece ihale öncesi değil, ihale sırasında ve ihale sonrasında şeffaflığın sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin işlemlerin açık olması, sonuçların ilanı ve bu surette kamuoyu önünde hesap verilebilmesidir.

Alıcı ve satıcının tamamen elektronik ortamda buluşmasını sağlayarak tüm uygulamaların şeffaf ve rekabete açık bir şekilde gerçekleştirilmesi ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması sonucunu getirecek e-ihale sistemine ulaşılması konusunda önemli adımlar atılmaktadır¹⁸⁷. Modern ihale yöntemlerinin PPP ihaleleri dahil olmak üzere ihale yapan bütün kurumlarca kullanılması yararlı olacaktır.

8.3. Rekabetin Sağlanması İlkesi

PPP projelerinde rekabetin sağlanması hem PPP ihalelerinde hem de projenin danışmanlık ihalelerinde önem arz etmektedir. Ayrıca, ihale sürecinde rekabetin sağlanması ile ihale sonucunda piyasada rekabetin korunması da uygulamada birbirine karıştırılmaktadır. İhalede “rekabetin sağlanması”, ihalenin yapılması ve ihalenin bizihi kendisi ile ilgili bir hukuki durum iken, ihalede “rekabetin korunması” ihalenin piyasadaki etkisinin rekabeti sınırlayıcı olup olmaması ile ilgilidir ki, bu husus çalışmanın başka yerlerinde ayrıca incelenmiştir.

İdarelerin, ihalelerde rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamı sağlaması, rekabeti engelleyici davranışlardan ve düzenlemelerden kaçınması, fiyatların oluşmasında hiçbir müdahale olmaksızın serbestçe belirlenmesi ilkesidir. Bununla birlikte, ihalelere katılım konusunda yasal düzenlemelerle bazı sınırlamalar, istisnalar getirilebilir. Ancak bu kısıtlamaların pozitif hukukta açıkça öngörülmüş olması şarttır¹⁸⁸.

İhalenin yapıldığı ortamda rekabetin sağlanması ve ihaleye katılanların hiçbir kuşku duymaması gerekliliği bir kararda şöyle açıklanmıştır:

“Her ne kadar belediyelere ait şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alan belediye personeli, belediye ihalelerine kendi adlarına katılmamakta iseler de, bu kişilerin görevli oldukları şirketlerin ihalelere katılmaları 2886 sayılı Yasanın 6. maddesi hükmünün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla 6. maddeyle getirilen yasaklama

¹⁸⁶ YILMAZ, a.g.e., s.102.

¹⁸⁷ <http://www.ihale.gov.tr/basin/bultenbaskm.htm>, erişim:21.02.2008.

¹⁸⁸ TURGUTER/TOKMAKLI, a.g.e., s. 21.

hükmü esas itibarıyla, ihaleye katılacak olanların ihaleyi yapan kuruluş ile görev ilişkilerinin bulunması halinde ortaya çıkması olası sakıncaları önleme amacı taşımaktadır. İhale işlemlerinde yetkili belediye görevlilerinin yönetim ve denetim kurulunda bulundukları bir şirketin, belediyece açılan ihaleye katılması ise, görev ilişkisinin de ötesinde ihaleyi yapan ile ihaleye katılanın aynı olması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak gerçekleştirileceği konusunda kuşkulara yol açabileceği gibi, eşit rekabet koşullarını da ortadan kaldıracak niteliktedir¹⁸⁹”.

Diğer yandan, belediyeye ait bir plajın işletilmesinin pazarlık usulü ile kiralınması ihalesine iki katılımcı olması ve bunlardan yüksek teklif verenin ihaleyi alması durumunun haksız rekabet oluşturmayacağı yönünde bir karar da mevcuttur¹⁹⁰. İlgili kararda yüksek teklifi veren ihale katılımcısının verdiği teklifin haddinin, ihaleyi alması için *idarece layık görülmesinden* ötürü, rekabetin sağlanması ilkesine aykırı olmadığına karar verilmiştir. Ancak başka hususlar incelenmeksizin bu değerlendirmeye ulaşılması sübjektiftir. İlgili idare, kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmek için açtığı ihalelerde, yine kamu menfaatinin düşünerek en yüksek geliri elde etmeyi amaçlamalıdır. Kaldı ki, sonradan Danıştay 2004 tarihinde verdiği ve daha önce değindiğimiz bir kararında, idare tarafından açılan ihaleye iki özel kişinin katılması halinin, gerekli rekabet ortamını sağlamadığına hükmetmiş ve 2001 tarihli bu kararına zıt bir hüküm getirmiştir¹⁹¹. Kanaatimizce katılımcının az olduğu durumlarda başka yargı kararlarında kullanılan kriterlerin de kullanılması ve “*katılımın sağlanması için yeterli duyuru ve sair çalışmanın yapılıp yapılmadığı, ihale konusu mal veya hizmetin niteliği ve ilgili ürün pazarının yapısı gereği potansiyel katılımcı sayısının fiili katılımcı sayısı ile orantılı olup olmadığı, ihale şartnamesinin rekabeti sınırlayıcı hüküm içerip içermediği, iş deneyimi ve benzer iş şartının rekabeti sağlayıcı nitelikte belirlenip belirlenmediği, ihale şartnamesinin benzer ihaleler ve uluslararası standartlara uygun olup olmadığı, ihale konusu işin yapılması için gerekli sermaye ve teknolojinin yoğunluğu, değer tesbit raporlarında belirtilen asgari ihale eşiklerinin aşıp aşılmadığı ve aşılmışsa ne oranda aşıldığı, idarenin ihaleyi yapmakta kamu yararı bulunduğunu açıkladığı nedenler*” gibi kriterleri de nazara alarak karar verilmesi gerektiği kanısındayız.

İhalelerde aşırı oranda düşük tekliflerin değerlendirilmeyeceği kuralı genel olarak benimsenmektedir. Bu kuralın PPP ihalelerinde de aşırı düşük sorgulaması yapılması gereklidir. Bu bağlamda, PPP uygulamalarında ve özellikle de danışmanlık ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirmeye alınmasının sistemi zaafa uğrattığı kanısındayız. Yaklaşık

¹⁸⁹ Danıştay 10. Daire, E: 2001/4312, K: 2003/5197, T: 16.12.2003.

¹⁹⁰ Danıştay 2. Daire, E:2001/979, K: 2001/1830, T: 26.06.2001.

¹⁹¹ Danıştay 10. Daire, E: 2004/8257, K: 2004/7618, T: 26.11.2004.

maliyet belirlemenin zorluğuna rağmen danışmanlık hizmetlerinin maliyetsiz hizmetler olduğunu düşünmek sağlıklı değildir. En azından uluslararası ücret standartlarının veya meslek örgütleri tarafından belirlenen asgari tarifenin altında verilen tekliflerin aşırı düşük sayılması gerekmektedir.

Uygulamada, projelerde rekabetin sağlanmasını engelleyici önemli unsurlardan birisi “*iş deneyim belgesi*”dir. İş deneyim belgesi “mesleki ve teknik yeterlilik” kriteri olarak aranması mümkün bulunmakla birlikte, aranacak niteliğin ihale konusuna uygun ve piyasadaki hedef yüklenici adaylarının karşılayabileceği nitelikte belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, işin konusu olan bir yazılım ihalesi ise ve ihale için gerekli olan teknik kapasiteye bir firma sahip ise ve fakat bu firma ihale konusu işin benzerlerini yapmış bulunmasına rağmen rakiplerinin bazılarına göre daha yeni bir firma ise, bu durumda ihale şartnamesine firmanın kurumsal tecrübesini, iş bitirme deneyiminin sorulması mümkün bulunmakla birlikte, sırf rakiplerinden daha yeni olduğu için ihaleden elenmesi hukuka aykırıdır. Bunun gibi, Türkiye’de ilk defa yapılan PPP modeli ile sağlık tesisi yapılmasına ilişkin projenin danışmanlık ihalesinde iş deneyimi olarak hastane konusunda PPP projesi yapmış olmak¹⁹² şartının getirilmesi bununla da yetinilmeyip bu boyutta deneyime sahip kişilerin tam zamanlı olarak idarede çalışacağına şart koşulması ihalede rekabetin açıkça sınırlandırılması niteliğinde bir uygulamadır.

Burada danışmanlık ihalelerinde son zamanda geliştirilen “*paket danışmanlık ihalesi*” uygulamasının da rekabeti sınırlayıcı olduğu kanısındayız. Uygulamada, hukuk, teknik ve finans danışmanlıkları birlikte yapılarak bir ortak girişim şeklinde ihale yapıldığına tanık olmaktayız. İlk bakışta Kamu İhale sistemine uygun gibi görülen bu uygulamanın, sektörlerin birbiri ile “doğal” bağlantılı olmayan bir bağlantı içinde olması nedeniyle aynı sektördeki rakiplerin yarışması anlamına gelen, rekabet bu tür ihalelerde sağlanamamış olmaktadır. Bu nedenle aşağıda danışmanlık ihaleleri bölümünde de belirttiğimiz gibi, hukuk danışmanlığı ihalesinin “sadece” hukukçuların yarışması şeklinde yapılması, finansal danışmanlığın “sadece” finansal danışmanların yarışması şeklinde olması ve aynı usulün teknik danışmanlara da teşmil edilmesi şeklinde olamaması ihalede rekabeti

¹⁹² Türkiye’de Sağlık Bakanlığı tarafından ilk defa yapılacak sağlık tesisi ihale ilanı “b. Benzer iş koşulu: Bu ihalede, Kamu Özel Ortaklığı (PPP, PFI, PFP, vb.) uygulamaları kapsamında yapılmış olan bir sağlık tesisi ve/veya hastane işinin hukuki ve proje finansman danışmanlığını yapmış olmak benzer iş olarak değerlendirilecektir.” şeklinde verilmiştir.

<http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009.

Daha önce ülkemizde sağlık konusunda hiçbir PPP projesi gerçekleştirilmediği için, bu şekilde verilmiş bulunan bir ihale ilanına ülkemizde başvurabilecek kişi sayısı bir elin parmaklarını geçemeyecektir. İlanın diğer kriterleri de incelendiğinde ilanın ilanda belirtilen sayıda kişi dışında bir başka kişinin ihaleye katılmasına ve kazanmasına imkan vermeyecek şekilde hazırlanmış olduğu görülmektedir.

engelleyici ve kamuyu zarara uğraticı bir uygulamadır. Bu uygulamanın “birleştirilmezlik ve bölünmezlik ilkesi”nin de ihlali olduğu aşağıda ayrıca incelenmiştir.

8.4. Eşit Muamele İlkesi

Kamu İhale hukuku alanındaki rekabetin sağlanması ile birbirini bütünleyen bir diğer ilke de eşit muamele ilkesidir. Bu ilke uyarınca ihale isteklileri arasında hiçbir ayırım gözetilmesi mümkün bulunmamaktadır. İhalelerde adaylara, istekli olabileceklere veya katılan bütün isteklilere ihalenin her aşamasında idarece eşit davranılması gerekir.

Eşit muamele ilkesi, esasında Anayasanın 10. maddesinde düzenlenmiş olan kanun önünde eşitlik ilkesinin ihalelerde uygulanması olup, idare bu ilke uyarınca isteklilerin dini, etnik kökeni, ya da siyasi düşünce ve inancı vs. bakımlarından bir ayırım yapamayacağı gibi, yerli veya yabancı istekliler arasında da bir ayırım yapamaz¹⁹³.

8.5. Güvenilirlik İlkesi

Güvenilirlik ilkesi ihale hukukunun temel ilkeleri arasındadır. Güvenilirlik ilkesi, idareler tarafından, ilan yapıldıktan sonra, ihaleye katılım kuralları, ihale usulü, tekliflerin türü, tekliflerin değerlendirilmesi gibi hususlarda değişiklik yapılamaması, aynı şekilde isteklilerin de süreç içerisinde sundukları teklifleri geri alamaması ve hatalı teklif verenlerin ihaleden elenmesi olarak açıklanabilir. Ancak, şartnamelere zeyilnameler yayınlanması usulüne uygun olarak yapıldığı sürece güvenilirlik ilkesinin ihlali anlamında değildir.

Mahkemelerin bu ilkeyi kullanması gereken yerde yanlışlıkla başka ilkeyi kullandığı da görülmektedir¹⁹⁴. İhale sonucunda yapılan özel hukuk sözleşmesinden sonra, sözleşmede kararlaştırılan bedel üzerinden işin görülmesinin imkânsız olduğu iddiası Mahkemece özellikle güvenilirlik ilkesine aykırı görülmüştür¹⁹⁵. Ancak idare ile özel kişiler arasındaki bu sözleşme tamamen ihale aşamasından bağımsız ve özel hukuk rejimine tabidir. Fakat bu aşamada kararlaştırılan bedel üzerinden işin görülmesinin imkânsız olduğu iddiasının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması durumunu doğuracaktır. Zira bir hakkın kullanılması, diğer hakların kullanılmasını engellememelidir. Bu nedenle güvenilirlik ilkesi yanında, diğer katılımcılar açısından haksız rekabet durumu oluşabileceği gibi; en önemlisi PPP gibi hassas bir konuda kamuoyu dikkatinin, ihale bedelinin sonradan

¹⁹³ GÜNDAY, a.g.e. s. 185.

¹⁹⁴ Ankara 10. İdare Mahkemesi, E: 2004/293, K: 2004/1192, T: 02.06.2004.

¹⁹⁵ Danıştay 1. Daire, E: 1989/111, K: 1989/133, T: 19.10.1989.

değiştirilmesi gibi bir hususa çekilmesi, bu uygulamalardaki kamu güveninin ve desteğinin de azalmasına sebep olacaktır. Bu hususta, kanunda açıkça yetkilendirilmek kaydıyla, ihale ile alınan varlığın bedelini ödemekte güçlük çeken alıcıların borçlarının yapılandırılması gündeme gelebilir ki, kanaatimizce, Türk Hukukunda yerleşik uygulama olarak basiretli tacir gibi davranmanın sonuçlarından biri de ekonomik şartlarda meydana gelebilecek değişimleri de nazara alarak taahhütte bulunmaktır. Bu nedenle, değişen şartların ihale alıcısını getirdiği hukuki durumun sonuçları ihale alıcısının taahhüdünün değiştirilmesini sonuçlamamalıdır.

8.6. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ihale hukukunun ihale öncesi aşamasında önemli olan bir ilkedir. İlk bakışta saydamlık ilkesiyle çeliştiği izlenimi verse de, alım sürecinde etkin bir rekabet ortamının tesisi için öngörülmüştür¹⁹⁶. Ancak, kanımızca ihale yapıldıktan sonra, ihaleye ilişkin tarafların ticari sırları dışındaki teklif rakamları dahil olmak üzere her türlü bilginin kamuoyu ile paylaşılmasının yararlı olacağı kanısındayız.

Söz konusu kararda, en uygun teklifi veren kişiye ihalenin yapılmasından sonra, onay aşamasında ikinci kere Değerlendirme Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon, yeni teklif almaksızın, açıklığa kavuşan diğer teklif sahiplerinin tekliflerini yeniden değerlendirerek, diğer bir ortak girişime ihaleyi kazandırmıştır. Bu durum ihalenin gizliliğine aykırı bir durum yaratarak, ihaleyi sakatlamıştır¹⁹⁷. Oysaki idarenin çekinceleri üzerinde ikinci Değerlendirme Komisyonu'na ihalenin iptaline gidilerek, yeni teklifler alınmalı, yani ihale yeniden yapılmalıydı.

8.7. Projenin Uygun Şartlarla ve Zamanında Yapılması İlkesi

Bu ilke ile en uygun yatırımcının temini ve en doğru ihale sonucunun elde edilmesi amaçlanmıştır. İhalelerin, işin özelliği ve niteliği dikkate alınarak, en uygun şartların temininin mümkün olduğu zamanda yapılması, ihaleyi en avantajlı şekilde sonuçlandırabilmek amacıyla, arz ve talep şartları göz önünde bulundurularak, ihalenin gerçekleştirilmesi şeklinde açıklanabilir.

¹⁹⁶ YILMAZ, a.g.e., s. 101.

¹⁹⁷ Danıştay 10. Daire, E: 1996/4274, K: 1998/5478, T: 10.01.1995.

8.8. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

İhaleler alanında kaynakların verimli kullanılması ilkesi PPP alanında kamu varlıklarının verimli kullanımı olarak anlaşılmak gerektir. Kamu alımlarında verimlilik harcanan paranın karşılığında en iyi değer elde edilmesidir (*Value for Money-VfM*). Bu kavram da gerek Birleşik Krallık uygulamasında ve gerekse bazı farklılıklarla da olsa, AB genelinde kabul edilmiş bir tanım olarak; “*kullanıcıların ihtiyaçlarını karşılamak için, tüm yaşam maliyeti ve kalitesinin (amaca uygunluk açısından) optimum kombinasyonudur*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹⁸.

Rekabetin engellenmesi halinde kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin de çiğnenmiş olacağı ifade edilmiştir¹⁹⁹. Bu tespit kanaatimizce de doğrudur. Zira rekabet ortamının sağlıklı olduğu bir ihale sürecinde, en elverişli teklif elde edileceğinden, bu ilkenin gerektirdiği kamu yararı da bu çerçevede sağlanmış olacaktır.

Kaynakların verimli kullanılması her zaman en iyi mali teklifin elde edilmesi anlamına gelmemektedir. İyi bir projeksiyon sunulması, istihdam, yatırım, ödeme şartları vs nazara alınarak daha iyi şartların oluşturulması halinde en iyi mali teklifin altında da ihalelerin yapılabilmesi gerektiği kanısındayız. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif her zaman fiyatı en iyi olan teklif demek değildir. Kaynak dağılımında verimlilik sağlayan ve verimliliği artıran tekliflerin fiyat dışı unsurlarının da en avantajlı teklif değerlendirmesinde nazara alınması gerekmektedir.

8.9. Birleştirilemezlik ve Bölünemezlik İlkesi

İhale hukukunda birleştirilemezlik ve bölünemezlik ilkelerini benimsenmiştir. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez (m.5/2) kuralı KİK mevzuatında da yer almıştır. Kuralda görüldüğü üzere aralarında kabul edilebilir “doğal bir bağlantı” olmadığı sürece mal, hizmet alımı ve yapım işlerinin ayrı ayrı ihaleye çıkarılması bir zorunluluktur. Mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin farklı uzmanlık alanlarını içermesi, maliyet hesaplamalarının her birinde farklı olması ve farklı türde sözleşmeye konu olması, farklı değerlendirme kriterlerine tabi olması, farklı eşik değerlere sahip olması gibi aralarında birçok yönden

¹⁹⁸ **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

¹⁹⁹ **GÜMÜŞAY Hüseyin**, Teknik Şartnamelerin Belirli Bir Marka veya Modeli Tanımlaması Halinde Sorumluluk, Sağlık Haber Dergisi, 24.01.2008, <http://www.saglikyayincilik.com.tr/hbrkose/mkldty.asp?hbrid=2099>, Erişim: 20.02.2008.

farklılıklar bulunmaktadır²⁰⁰. Bu farklılıklara uygun muamelelerde bulunulması aynı zamanda ihalelere hâkim olan ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi açısından da önem taşımaktadır. Fakat ‘aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı’ bulunan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri birlikte ihale edilebilir.

‘Kabul edilebilir doğal bağlantı’ ölçütü yoruma açıktır ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Kanaatimizce temine konu olan türün tamamlayıcısı olması yahut yapılan alımın gereği olarak iki alım türünün bir arada bulunması “zarureti” doğal bağlantıyı ortaya koyacaktır. Sözelimi, bir kamu idaresi binaları için ısıtma araçlarının alınması, yani mal alımı ile bu araçların tesislere kurulması yani hizmet alımı doğal bir bağlantıyı ifade etmektedir. Burada belirtilmesi gereken diğer husus asıl sözleşmeye bağlı olarak farklı bir teminin söz konusu olduğu durumlarda da kabul edilebilir doğal bağlantı kriterinin cari olacağıdır²⁰¹. Kabul edilebilir doğal bir bağlantının varlığına ihaleyi yapan idare karar verecektir. İdarenin takdir yetkisini kötüye kullandığı hallerde, itiraz/şikâyet hakkı doğacaktır²⁰². Böylece ihaleyi yapan Kurum ve Yargı mercilerinde bu kavramın yorumu yapılacaktır. Esasen birleştirilemezlik ve bölünemezlik ilkesi ile rekabetin sağlanması ilkesi arasında da bir bağlantı bulunmaktadır. Kanun, aralarında “*bağlantı*” bulunmasından değil, aralarında “*doğal*” bağlantı bulunmasından bahsetmekle ilgili mal ve/ya hizmetlerin birbirinden ayrı ihale edilememesinin veya birbirinden ayrı ihale edilmesi halinde doğru sonucun elde edilmesinin mümkün bulunmadığı durumlardan bahsedilmektedir. Bu bağlamda, danışmanlık ihalelerinde hukuk, finans ve teknik danışman seçimi ihalesinin bir ortak girişim şeklinde yapılması idarenin aldığı hizmet kalitesini düşürdüğü gibi, her bir sektörde rakipler arası rekabeti de sınırlamaktadır. Bunun yanında bu sektörler arasında bir “bağlantı” bulunduğu meydandadır, ancak bu bağlantı “doğal” bağlantı niteliğinde değildir. Bu nedenle anılan hizmetlerin ayrı ayrı ihale edilmesi gerektiği kanısındayız.

9. PPP İHALE USULLERİ

PPP uygulamalarının en önemli noktalarında birisi ihale aşamasıdır. Bu aşamada 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmayıp, yapılacak PPP Kanununda belirlenen usullerin uygulanmasının yerinde olacağı kanısındayız. Zira PPP bu iki kanun kapsamında yapılan ihalelerden farklı olarak, klasik anlamda bir mal

²⁰⁰ TURGUTER/TOKMAKLI, a.g.e., s. 69.

²⁰¹ Kamu İhale Genel Tebliği, Resmi Gazete, 25.10.2008 S. 27035.

²⁰² ÖZDEMİR E, a.g.e., s. 73.

veya hizmet alımı yada satımı niteliğini aşan kendine özgü bir uygulama türüdür. Uygulamada yapılan hataların başında, PPP İhalelerinin de bir tür Kamu İhale Hukuku uygulaması olduğu yaklaşımı gelmektedir. PPP Hukuku'nun Kamu İhale Hukuku ile tek bağlantısının her ikisinin de adında "ihale" kelimesinin geçmesinden ibaret olduğu ve bu ihalenin kamu ile ilgili işlerde yapılmasıdır. Ancak, ihalenin amacı, yöntemi, ilkeleri vs sair unsurları birbiri ile tamamen farklı niteliktedir. Bu konuya ilişkin yukarıda PPP alanının benzer kurumlar ile ilişkisi başlığının altında Kamu İhaleleri İle İlişkisi alt başlığında gerekli açıklama yapılmıştır.

Yatırımcılar açısından en çok merakla beklenen aşama, ihale aşamasıdır. PPP uygulamalarının doğası gereğince, yapılacak PPP Kanununda birden fazla ihale yönteminin de kullanılabilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, kanunda sayılan ihale yöntemlerinden hangisinin duruma göre uygulanacağını yasa ile saptanması gerektiğine hükmedilmiştir²⁰³.

PPP uygulamalarında da *ihale*, PPP programındaki kurum ve kuruluşların en uygun bedel ve koşullarla ihalesinin yapılması amacıyla istekliler arasında en iyi şartları yerine getirmeyi taahhüt eden kişinin tespiti için kullanılan usuldür²⁰⁴. Bu anlamda iktisadi olarak teklif edilen ihale rakamı açısından bakıldığında, bedel ödemenin de sözkonusu olduğu ihalelerde, teklif bedelinin peşin ödenmesi ile taksitli ödenmesi arasındaki finansman maliyeti açısından bakıldığında, her zaman nominal teklif bedeli en yüksek olan firmanın teklifi en yüksek teklif demek olmayabilir. İhalenin fiyat dışı unsurlarının belirleyici olması nedeniyle sadece fiyat parametresine göre bakıldığında, idare açısından daha az menfaatli görünen teklifin nihai tahlilde daha fazla menfaatli olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmaktadır. Örneğin, bir rehabilite et – işlet – devret şeklinde yapılacak projede rehabilite etme süresi, şekli ve rehabilite edilecek tesiste sağlanacak maksimum üretim kapasitesi, işletme süresi ve devrin hangi unsurları içereceği gibi parametreler kullanılarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir.

İhale, hazırlık ve uygulama aşamalarından oluşmaktadır. Hazırlık ve uygulama aşamalarında en etkin uygulayıcı otorite ihale komisyonu'dur. İhale Komisyonlarının Oluşumu ile İhale Usul ve İşlemleri, Komisyonun Teşkili, Komisyonun Çalışması ve Görevleri gibi ihale komisyonu ile ilgili esasların kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, İhale Yöntemlerinin de Kanunda belirlenmiş olması gereklidir. Ancak, ülkemizde son zamanlarda sıkça görüldüğü üzere, Yargının, yasamaya ve yürütmeye gereğinden fazla müdahalesi sebebiyle, adeta "*yönetmeliklerin uygulamasını gösterir kanun*" yapma

²⁰³ AYMK, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmi Gazete**, 08.07.1997, S: 23074.

²⁰⁴ YASİN, a.g.e., s. 173.

alışkanlığı terk edilmelidir. PPP projelerinde uygulanması mümkün olan ihale yöntemleri aşağıda verilmiştir. İdare bunlardan bir veya birkaçını birlikte uygulayabilir. PPP Hukukunda kullanılması mümkün bulunan ihale usulleri şunlardır; (1) Açık İhale Usulü, (2) Rekabetçi Diyalog Usulü, (3) Kapalı Teklif Usulü, (4) Pazarlık Usulü, (5) Açık Artırma Usulü, (6) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü, (7) Müzakere Usulü.

9.1.Açık İhale Usulü

Özellikle projenin niteliklerinin, hukuki ve finansal yapısının belirli olduğu; riskin en iyi yönetebilecek tarafa verilmesi için özellikli bir ihale sürecinin gerekmediği durumlarda açık ihale usulü kullanılacaktır. Açık ihale usulü bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür. İsteklilerin yeterlilik ve teklif değerlendirmesinin bir arada yapıldığı bir usuldür²⁰⁵. İhaleye katılacakların sayısında herhangi bir sınırlamaya gidilmez. Teklifler ihale komisyonu tarafından yazılı olarak alınacaktır. Bu prosedür, ihale sürecinin işleminde genel ilkelere uyularak esnek bir yetki alanı sağlamaktadır.

9.2.Rekabetçi Diyalog Usulü

PPP projeleri karmaşık yapıya sahiptir, sarmal maliyetler içerir ve uzun süreçlidir²⁰⁶. Ayrıca projeler her zaman idare tarafından hazırlanarak gerçekleşmesi için bir özel sektör ortaklığı kurulmaz; özelleştirme süreçlerinden en büyük farklılık olarak projenin tasarlanmasının da özel sektöre bırakıldığı PPP modelleri kullanılır. İşte bu karmaşık yapı ve belirli PPP şekillerinin spesifik özelliklerine uyum sağlanabilmesi için yenilikçi bir çözüm olarak ‘Rekabetçi Diyalog’ prosedürü düzenlenmiş ve böylece idari otoritenin ihtiyaçlarını özel sektör tarafından en iyi karşılayacak çözümleri bulmak amacıyla müzakerede bulunmak imkanı sağlanmıştır²⁰⁷. Rekabetçi diyalog usulünün amacı, teklif verenler arasında rekabetin sağlanması ve aynı zamanda idareye sözleşmenin her yönünün tüm teklif verenlerle görüşülmesi imkanını içeren esnek bir ihalenin gerçekleşmesidir²⁰⁸. Avrupa Birliği Kamu

²⁰⁵ **TOKALAŞ Sevinç**, Kamu Sağlık Hizmetlerinin Satın Alınması, İstanbul 2006, s.104 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

²⁰⁶ **HICKMAN**, a.g.e., s. 3.

²⁰⁷ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 13; **SERVENAY Christian / MOREAU Olivier**, The European Public Procurement Policy New Procedures and Instruments, 2004/17 ve 18 No.lu AB Direktifleri- Avrupa Birliği’nin Yeni İhale Usulleri ve Araçları Semineri Sunumu, Ankara 5-6 Şubat 2008, <http://www.maliye.gov.tr/konferans/index.htm> Erişim: 28.06.2008.

²⁰⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 42.

Alım Direktiflerinde²⁰⁹ düzenlenen bu ihale prosedürü belirli eşik değerlerin üstünde yer alan ve Avrupa Birliği mevzuatı uyarınca bir kamu alımı sayılan PPP uygulamalarında da geçerlidir ve PPP uygulamaları hakkında müzakere sürecini başlatan Yeşil Kitapta bu prosedür de yer almıştır. Yeşil Kitap sonrası konsültasyon sürecinde genel olarak ihale prosedürünün olumlu karşılandığı fakat özellikle gizliliğin sağlanması ve verilerin paylaşılmaması konusunda şüphelerin bulunduğu dile getirilmiştir²¹⁰.

Rekabetçi diyalog usulü PPP uygulamaları açısından uygun bir ihale sistemi sunduğundan hem International PPP Platform Turkey tasarısında hem de DPT Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ilk taslakta yer almıştır²¹¹. Ne var ki kuruluşlara görüşe çıkan ikinci DPT taslağında ihale usulleri yer almamakta ve bu konuda Kamu ihale Kanunu'na atıfta bulunulacağı belirtilmektedir. İhale yapısı olarak belirtilen nedenlerle farklı bir hukuki rejim oluşturan PPP projelerine kamu ihale hukuku rejiminin uygulanması doğru olmayacaktır. *DPT tarafından yapılan en büyük yanlışlıklardan birisi, hatta birincisi, PPP alanı ile Kamu İhale alanının iç içe geçmesi kapısını açmak olmuştur. PPP Hukuku'nun esasları, sistemin hukuki rejimi ve bundan hasıl olan "ruhu" bu alanın Kamu İhale Hukuku ile bağdaşmadığını hatta, birbirine taban tabana zıt alanlar olduğunu göstermektedir.* Bir tarafta kamu kendi bütçesinde ödeneği bulunan bir iş için yapacağı ihaledeki ödemeye ilişkin ihale yaparken, diğer tarafta özel sektör tarafında finansmanını da kendisi bulacak yatırımcı aranmaktadır. Dolayısıyla PPP alanında devlet yatırımcı aramaktadır.

Rekabetçi diyalog usulü özellikle ana bilgi sistemleri ihalelerinde ve PPP ihalelerinde kullanılmaktadır²¹². Rekabetçi diyalog usulü, idarenin gerçekleştirilmesi

²⁰⁹ Commision Staff Working Paper, Report on the Public Consutation On The Green Paper On Public-Privete Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, Brussels, 3.5.2005, SEC(2005) 629.

²¹⁰ Commision Staff Working Paper, Report on the Public Consutation On The Green Paper On Public-Privete Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, Brussels, 3.5.2005, SEC(2005) 629, Başlık 4.1.2 – 4.1.3, s. 8-9.

²¹¹ Her iki taslakta da rekabetçi diyalog usulu Avrupa Birliği düzenlemelerinde olduğu gibi, değişikliğe gidilmeksizin yer almıştır. Aynı düzenlemelerin AB düzeyinde açıklandığı metin için bkz.; European Commission – Directorate General – Internal Market and Services – Public Procurement Policy: Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, European Commission, Directorate General Internal Market and Services, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf.

²¹² **FLETCHER Glenn**, Application of the Competitive Dialogue in Practice, The European Public Procurement Policy New Procedures and Instruments, 2004/17 ve 18 No.lu AB Direktifleri- Avrupa Birliği'nin Yeni İhale Usulleri ve Araçları Semineri Sunumu, Ankara 5-6 Şubat 2008, <http://www.maliye.gov.tr/konferans/index.htm> Erişim:28.06.2008.

düşünülen PPP projelerine dair teknik standartları veya performans ve işlevsel gereklilikleri objektif ölçülere göre tanımlayamamaları ve projenin hukuki, finansal karakteristiklerinin açıkça belirtilememesi halinde veya açık ve belli istekliler arasında ihale usullerinden biri ile ihalenin yapılamaması durumunda kullanılır. Açık ve belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale yapılamıyorsa esneklik sağlanabilmesi için rekabetçi diyalog ile ihale süreci devam edecektir²¹³. Bu usulde idare kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir veya birden fazla alternatif oluşturmayı gaye edinir ve önceden ihale ilanı veya açıklayıcı bir doküman ile ihtiyaç ve isteklerini ve yeterlilik kurallarını belirler. Yeterlilik kurallarına göre değerlendirilen ve davet edilen adaylar ile kendi ihtiyaçlarını en iyi karşılayacak yöntemleri belirleyecek ve tanımlayacak diyalog sürecini başlatır. İdare diyalogun ilerleyen aşamalarında önerilen çözüm sayısını azaltabilir fakat bu azaltma önceden belirlenen değerlendirme ölçütlerine uygun olarak yapılır ve ihale ilanı ve açıklayıcı dokümanlarda belirtilmiş olmalıdır. Ayrıca tekliflerin alınması safhasında rekabetin sağlanması açısından aday sayısı üçten aşağı olmamalıdır. Diyalog süresince adaylar idarenin ihtiyaçlarını karşılayacak çözümlerini sunarlar ve idare uygun çözüm ve çözüm önerilerini belirleyene kadar diyalog sürecini sürdürür. Bu süreçte ihalelere hakim olan en önemli ilke olan eşit muamele ilkesine uyulur ve idare projeye ilişkin sahip olduğu bilgileri, diğer adaylara karşı avantaj sağlayacak şekilde bazı adaylara ayrımcı şekilde veremez. Ayrıca adayların sunduğu çözüm ve öneriler ile gizli bilgileri rızaları olmaksızın diğer adaylara açıklayamaz. Bu kural hem rekabet ortamının eşit standartlarda oluşması hem de gizlilik ilkesi açısından önem taşır.

İdare ihtiyacını karşılayacak çözüm veya çözümleri belirlediğinde diyalog süreci gayesine ulaşmıştır ve sona erecektir. İdare tarafından diyalogun sonuçlandığı adaylara duyurulur ve diyalog süresince önerilen ve açıkça belirtilen çözüm önerileri üzerinden son tekliflerin verilmesi istenir. Adaylar tarafından verilecek teklifler projenin gerçekleştirilmesi için istenilen ve gerekli bütün unsurları içermelidir. İdare ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirleyecek ve bu süreçte önceden duyurulan ihale ilanı ve açıklayıcı dokümanda yer alan ölçütleri kullanacaktır. Görüldüğü gibi rekabetçi diyalog idare ile adaylar arasında sürekli bir iletişimi gerekli kılmaktadır çünkü söz konusu olan şartları ve kendisi belli bir projenin ihalesi değil; karmaşık ve şartları değil ancak ölçütleri belirlenebilen bir projenin yapılmasıdır. Bu nedenle teklif aşamasında da idare adaylardan son tekliflerini açıklamalarını ve netleştirmelerini isteyebilir. Dikkat edilmesi gereken bu tür açıklamaların, netleştirmeler ve ilave bilgilerin teklifin temel özelliklerine yönelik ve rekabeti bozacak

²¹³ **BİLGİN Aşlı**, Türk İhale Mevzuatı ile 2004/18/EC Sayılı Direktif Arasındaki Temel Farklar, <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/1545.pdf>, s. 28, Erişim:18.06.2008.

veya ayrımcılık oluşturacak değişiklikleri içermemesidir. Artık süreç tamamlanmak üzeredir ve teklifler belirlenmiştir. Adaylar diyalog süresince verebilecekleri teklifi en iyi şekilde hazırlamalı, diyalogun sonuçlanmasından sonra bu tür değişikliklere gidememelidirler. Aksi halde ihalelere hakim ilkeler ihlal olunacak ve süreç uzayacaktır. İdare ekonomik açıdan en avantajlı olduğunu düşündüğü teklifi belirler ve ihale sonuçlanır. Fakat idare bu kritere göre belirlenen teklifte müphem noktalar ve açıklık getirilmesi gereken yerler olduğu kanaatinde olabilir. Bu durumda idare ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğunu düşündüğü teklifin sahibinden teklifin özelliklerinin açıklanmasını veya teklifte yer alan taahhütleri tekrar teyit etmesini talep edebilir. Yine bu açıklama ve teyit işlemi teklifin temel özelliklerini değiştirecek etkilere haiz olmamalı, rekabeti bozmamalı veya ayrımcılığa neden olmamalıdır. Teklife uygun uygulama sözleşmesinin onaylanması ile ihale sona erecektir.

9.3. Kapalı Teklif Usulü

Kapalı teklif usulünde teklifler yazılı olarak alınır. Teklif mektubu, bir zarfa konulup kapatıldıktan sonra zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı ve tebligata esas olarak göstereceği açık adresi yazılır. Zarfın yapııştırılan yeri istekli tarafından imzalanır veya mühürlenir. Bu zarf geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte ikinci bir zarfa konularak kapatılır. Dış zarfın üzerine isteklinin adı ve soyadı ile açık adresi ve teklifin hangi işe ait olduğu yazılır. Teklif mektuplarının istekli tarafından imzalanması ve bu mektuplarda şartname ve eklerinin tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen fiyatın rakam ve yazı ile açık olarak yazılması zorunludur. Bunlardan herhangi birine uygun olmayan veya üzerinde kazıntı, silinti veya düzeltme bulunan teklifler reddolunarak hiç yapılmamış sayılır. Ayrıca teklif edilen bedelin ödeme şeklinin de gösterilmesi gerekir²¹⁴. Şöyle ki, “İhale suretiyle yapılacak... işlemlerinde ihale bedelinin peşin mi yoksa vadeli mi ödeneceği hususunun hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde olması ihale işlemlerindeki açıklık ilkesinin gereğidir.”

9.4. Pazarlık Usulü

Pazarlık usulünde, ihalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif almak şartıyla başlanabilir. Pazarlık usulünde, teklif sahipleri ile birden fazla Pazarlık görüşmesi yapılabilir. Pazarlık görüşmeleri teklif sahipleri ile ayrı ayrı yapılır. Pazarlık görüşmelerinin, ihalenin herhangi bir aşamasında pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahipleri ile müştereken yapılmasına komisyonca karar verilebilir. Komisyonca, pazarlık

²¹⁴ Danıştay 10. Daire, E: 2004/8257, K: 2004/7618, T: 26.11.2004.

görüşmeleri sırasında ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında, rekabete engel teşkil etmemek, ihale ilanında ve/veya şartnamede yer alan hususlara aykırı olmamak ve pazarlık görüşmelerine devam edilen teklif sahiplerine eşit olarak uygulanmak kaydı ile yeni esaslar belirlenebilir. Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir. Bu husus ilanda ve/veya şartnamede belirtilir. Görüşmeler komisyon tarafından bir tutanakla tespit edilir, tutanak komisyon üyeleri ve teklif sahiplerince imzalanır.

9.5. Açık Artırma veya Eksiltme Usulü

Açık artırma veya eksiltme usulü ile yapılan ihalelere, istenilen teminatı vermiş ve ihale ilanında, ihaleye katılabilmek için belirtilen gerekli şartları yerine getirmiş oldukları komisyonca tespit edilen teklif sahipleri katılabilirler. İstenilen ilk değer ile açık artırmanın veya eksiltmenin her aşamasında verilecek tekliflerde asgari artırılacak miktar komisyonca belirlenir. Açık artırmanın veya eksiltmenin süresi komisyonca belirlenerek ihaleye başlanılmadan önce hazır bulunan teklif sahiplerine duyurulur. Ancak, artırma devam ettiği takdirde süre ye bakılmaksızın ihaleye devam edilir. Teklif sahipleri bir önceki teklifi artırmak veya eksiltmek suretiyle yeni tekliflerde bulunurlar. Bu suretle yapılan açık artırma veya eksiltmede yeni bir teklif gelmezse komisyon başkanı son teklif üzerinden ihalenin bitirileceğini duyurur ve bu duyuru üç kez yapılır. İhalede saydamlık ve açıklık ilkelerinin sağlanması için yerinde bir uygulamadır.

9.6. Belirli İstekliler Arasında İhale Usulü

Çıkılan ihaleden sonuç alınamaması halinde, en üst syası karar merciinden (KPYK) izinler alınak kaydıyla belirli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapılabilir. Bu yöntem Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı kanunda da düzenlenmiş bir ihale yöntemidir. Bu usulle yapılacak ihaleler için alınacak tekliflerde teknoloji, yatırım, üretim ve istihdam şartlarından hangisinin veya hangilerinin aranacağı ve diğer esaslar hazırlanacak ihale şartnamesinde belirtilir²¹⁵. Hazırlanacak ihale şartnamesi çerçevesinde istekli veya isteklilerden proje ve taahhütlerini içeren teklifleri alınır. Tekliflerin alınmasından sonra istekli ya da isteklilerle tek tek veya müştereken görüşme yapılmasına ihale komisyonunca karar verilir.

²¹⁵ İdare, doğrudan bu usulü kullanma hususunda tam bir serbestîye sahip değildir. İdarenin bu usulü kullanarak alım yapabilmesi için, işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün kullanılamaması durumunda uygulanır. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **YILMAZ**, a.g.e., s.105.

9.7. Müzakere Usulü

İdare, diğer ihale usullerinde tatmin edici teklif alınamaması gibi istisnai durumlarda, işin doğası gereği varolan risklerin, başlangıçta genel bir fiyatlandırmaya izin vermemesi, teknik ve mimari nedenlerle veya münhasır hakların korunması gibi nedenlerle müzakere usulü kullanabilir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifi seçmek için, teklif sahiplerinin önerilerini ihale ilanı, şartnameler ve ilave dokümanlarda belirtilen koşullara uyarlamak amacıyla müzakere eder. İdare, müzakere süresince, teklif sahiplerine eşit muamele gösterir. Özellikle, bazı teklif sahiplerine diğerlerine karşı avantaj sağlayacak, ayrımcı biçimde bilgi sağlayamaz. İdare, müzakere süresince, adayların önerilerinin karşılıklı üstünlüklerini değerlendirerek ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde açıklanan ölçütleri uygulayarak en iyi teklifi seçer ve müzakere usulüne başvurma gerekçelerini, müzakere sürecinde yapılan görüşmeleri ve tekliflerin değerlendirilme usullerini ihale tutanaklarında ayrıntılı olarak belirtir.

10. DANIŞMAN SEÇİMİ İHALELERİ

İdareye, Kanuna koyulacak açık hüküm ile ihale süreçlerinde dışarıdan danışmanlık hizmetleri satın alma yetkisi tanınması da gerekmektedir. Kanuna bu yönde açık bir yetki hükmü koyulmaması halinde danışmanlık hizmet alım ihaleleri, Kamu İhale Kanununa tabi olacaktır²¹⁶. Uygulamada bu kuralın ihlali niteliğinde bazı “...*Danışmanlığı Hizmet Alımı işi ... Yönetmelik kapsamında açık ihale usulü ile ihale edilecektir.*” şeklinde yasal dayanağı bulunmayan ihale(ler) yapılmasının da hukuka aykırı olduğu kanısındayız²¹⁷.

²¹⁶ Bu durumda uygulanacak Yönetmelikler “Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, “Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”dir, **Resmî Gazete**, 04.03.2009, S: 27159 Sayılı – Mükerrer.

²¹⁷ Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin **AYMK**, E:1997/35, K:1997/45, T:09.04.1997, **Resmî Gazete**, 08.07.1997, S: 23074, kararı karşısında, Kanunda esasları belirtilmeksizin “*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar... Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur*” hükmü Yasama yetkisinin devri niteliğinde bir işlemdir. Bu kadar önemli bir hususun ve Ülkemizin veya bir bölgesinin 49 yıllık sağlık politikasının Kanuna dayalı olmaksızın düzenlenmesinin Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen kararı karşısında Anayasaya uygunluk denetiminden geçmeyeceği kanısındayız. Yapılaya çalışılan düzenleme son derece gerekli ve yararlı bir çalışma olmasına rağmen, hukuka uygun şekilde yapılmamış olması proje risklerini artırmaktadır. Bu çalışmanın hukuki risklerden arındırılması, ülkemizin son yıllarda uluslararası alanda kazandığı güven ve oluşturduğu pozitif yatırım ortamı ile daha uyumlu hale getirilmesi yatırımcı ilgisini daha fazla artıracaktır.

Yapılmaya çalışılan düzenlemenin ülkemiz adına son derece önemli, yararlı ve gerekli olmasının yanında Mevzuat tekniği açısından hukuka uygunluğu da sağlanarak yapılması gerekir.

Kanunda “açıkça” danışmanlık hizmet alımı işi ile ilgili ayrı bir yetkilendirme alınmış olması kaydıyla, bu tür, danışmanlık ihaleleri Kamu İhale Kanunu’na tabi olmadığı gibi KİK denetimine de konu olmayacaktır.

PPP konusunda danışman seçim ihalelerinde önce danışmanlık ihalesi ilan edilmelidir. Sonra ön yeterlilik incelemesi yapılmalıdır. Ön yeterlilik almış bulunan danışmanlar ihaleye katılabilmelidir.

Danışmanlık hizmetleri konusunda idarenin, bu hizmetleri paket olarak sunan tek danışman firma (grup) seçme şeklinde bir uygulamaya gitmemesi, finansal danışmanlık, teknik danışmanlık, stratejik danışmanlık ve hukuk danışmanlığı hizmetlerinin tek bir firmadan veya konsorsiyumdan yada ortak girişimden alınması gibi uygulamalar yapılmamalıdır. Zira, danışmanlık ihalelerinde idareye dışarıdan kendisinin yapamayacağı hizmetleri tedarik etme yetkisi vermekle *aynı sektördeki rakipler arasında* rekabeti sağlayarak *en kaliteli* hizmeti en ucuza almak amacıyla bu yetkinin verilmesi sözkonusu olmaktadır. Oysa, bir danışman firmaya veya adi ortaklığa paket olarak süreç yönetiminin verilmesi danışman firmaların farklı farklı alanlarda, örneğin hukuki ve mali alanda kendi bünyesindeki farklı kişiler ile birlikte ihaleyi alması sonucunu doğurmaktadır ki, bunun ihalelerin birinci şartı olan rekabeti ortadan kaldıracı bir sonucu olduğu kanısındayız. Rekabet, “*rakipler arasındaki*” iktisadi yarışır. Oysa bu durumda idare birbirinden bağımsız olan hizmetleri paket olarak alma yolunu kullanmakta, pazara giriş engeli oluşturmakta ve *aynı hizmet piyasasında faaliyet gösteren firmaların rekabet etmesine engel olunmaktadır*. PPP Danışmanlık ihalelerinde, aynı yöntemin uygulanması halinde yapılan ihaleler bu yönüyle hukuka aykırı olacaktır. Bu uygulama nedeniyle, İdare ana danışman firmanın (genellikle finansal danışman) getirdiği diğer alt yüklenicileri de (hukuk ve teknik danışman) kabul etmek zorunda kalmaktadır. İdare ihale sürecinde, kendi bünyesinden vereceği hizmetleri belirlemeli, dışardan satın alacaklarını ayırtırmalı, dışarıdan satın alacaklarını yukarıda belirtilen kalemler bazında *ayrı ayrı* ihale etmelidir. Aksi halde bu ihalelerde ihale hukukunun en temel ilkelerinden olan, rekabetin sağlanması ile birleştirilmezlik ve bölünmezlik ilkelerinin ihlali sözkonusu olmaktadır. Her ne kadar, danışmanlık ihalelerinde hukuk-stratejik-f finansal-teknik danışmanlık hizmetleri arasında bir bağlantı olduğu ve bu nedenle “Birleştirilmezlik Bölünmezlik İlkesi”nin ihlal edilmediği iddia edilebilirse de, “Birleştirilmezlik İlkesi” arasında “*doğal*” bağlantı olamayan işlerin birleştirilmesi yasağıdır. Oysa, somut olayımızda bu hizmetler arasında bir bağlantı olmakla birlikte bu bağlantı “*doğal*” bir bağlantı değildir. Doğal bağlantı, ihaleye konu unsurların “*ayrıştırılmasının mümkün olamadığı*” durumda vardır; örneğin bir tıbbi cihaz ihalesi yapıldığında bu cihaz ile (bazı durumlarda) bu cihazda kullanılan kitlerin veya X marka bir otomobil ihalesi yapıldığında bu otomobile ait kaput, kapı vs gibi zorunlu benzerlik gerekli parçaların da ihalesinin yapılmasında ihale konusu ürünler arasında “zorunlu” olarak bulunan “doğal” bağlantı vardır. Oysa birbirinden ayrı olarak ihale edildiği zaman her üç

gruptaki rakiplerin ayrı ayrı ihaleye katılmasının mümkün bulunduğu ürünlerin birlikte ihale edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Kaldı ki, *alt yükleniciler pazarında rekabet sağlanmadığı için İdarenin aldığı hizmetin kalitesi de düşmektedir.* Somut olarak belirtirsek, A, B ve C firmalarından oluşan bir ortaklık ve D, E ve F firmalarından oluşan diğer bir ortaklık ile G, H ve I firmalarından oluşan üçüncü bir ortaklığın ihaleye katıldığını varsaydığımızda ve aşağıdaki örnekteki şekilde bir tablo oluştuğunda ortaya bu durum daha da net çıkmaktadır. Tablodaki puanların değişmesi sonucu değiştirmemektedir.

DANIŞMAN-KONU	PUANI	TOPLAM PUAN
A- TEKNİK	100	89
B-HUKUK	87	
C-MALİ	80	
D- TEKNİK	83	88
E- HUKUK	100	
F-MALİ	81	
G- TEKNİK	80	87
H-HUKUK	81	
I-MALİ	100	

Yukarıdaki tabloda, teknik puanlar ile sınırlı olarak yapılan analizde, ihale 89 puan alan ABC ortaklığında kalacaktır. Ancak, bu ortaklığa bakıldığında yukarıdaki 9 firma içindeki teknik puanı en düşük olan mali danışman ile çalışmaktadır. Buna karşılık olan GHI ortaklığında yer alan I Mali Danışmanı 100 puan aldığı halde elenmiştir. Ayrıca ABC ortaklığında yer alan Hukuk danışmanı 87 puan almışken DEF ortaklığında yer alan E Hukuk Bürosu 100 puan almış olmasına rağmen elenmiştir. Bu nedenle, idarenin en kaliteli danışmanları seçebilmesi için her bir alanda ayrı ayrı ihale yapması ve danışmanlık hizmetlerinde ortaklığa izin verilmemesi gerekmektedir. Önerdiğimiz yöntemin uygulanması halinde, idare 89 ortalama puanlı bir ekip ile çalışmak yerine her biri 100 puan almış A, E, I danışmanları ile çalışacak ve teknik puanları en iyi olanlardan kurulu bir danışmanlar kadrosu bulunacaktır. Hatta eleştirilen sistem uygulandığında, bazı durumlarda, idare kendi bünyesinden verebileceği hizmet kalitesinin altında kalitede hizmet almak zorunda kalmaktadır. Danışmanlık hizmeti almanın amacının idarenin verebileceği hizmeti satın alması olmadığı, aksine idarenin kendi bünyesinden veremeyeceği hizmetleri satın almak olduğu izahtan varestedir. Bu nedenle, bu uygulamanın amacının toplu şekilde danışmanlıkların ihale edilmesine uygun olmadığı kanısındayız.

İdare, yapacağı danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Bu bağlamda, açılacak ihalelerde aranacak kriterlere uygun şekilde şartların ve sürelerin ayarlanması gerekmektedir. Eğer Türkiye’den danışman(lar) bulunması mümkün bulunmamakta ise yabancı danışmanlık firmaları ile iletişim kurulmasını sağlayacak şartların da oluşturulması ve özellikle de süre ve ilan açısından işlemlerin rekabeti sağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Buna ilave olarak, yüklenicilerden imkansızın veya imkansıza yakınının sağlanması değil, projenin danışmanlığını yapmak için gerekli ve yeterli asgari niteliklerin aranması gerekmektedir. Bu bağlamda, ilk başta, iş deneyimi olarak da Türkiye’de ilgili sektörde PPP projesi yapılmamış ise benzer iş tanımının esnek belirlenmesi ve fakat ihale konusu iş ile ilgili iş deneyimi istenilecekse de dünya üzerinden kolay bulunmasını sağlayacak şekilde rekabetçi ihale şartları oluşturulmalıdır. Buna ilave olarak şartnameye iş tanımı olarak “...idarece verilecek ve benzeri/sair her tür iş ve işlem...” gibi ucu açık hükümler koyulmaması gerekmektedir. Bu tür hükümler, belirsizin ihalesi anlamına geldiği için ihale hukukuna aykırıdır.

Danışmanlık ihalelerinde yapılabilecek en önemli hatalardan biri de yapım ihalelerinde arandığı şekilde finansal yeterlilik kriteri getirilmesidir. Özellikle başta hukuk danışmanı olmak üzere, danışmanla projeye mal tedarik eden veya aldığı mallar ile bir projeyi yapan yüklenici durumunda değildir. Danışmanın sermayesi “bilgi”dir. Dolayısıyla danışmanda aranacak tek yeterlilik kriteri vardır o da “*bilgi*”dir. Bilginin uygulaması olan “tecrübe” de aranabilir ancak, her halükarda ciro gibi kriterler getirilmesi danışmanlık ihalelerinin amacına aykırıdır. Kaldı ki, ciro kriteri getirildiğinde, örneğin yıllarca kamuda PPP projeleri yapmış bir danışmanın kamudaki görevinden ayrılıp serbest meslek faaliyetine başlamış olması halinde hiçbir şekilde finansal yeterliliği tutturmadan ihaleler için “yeterli” sayılması mümkün bulunmamaktadır. Bu durum da açıkça ortaya koymaktadır ki, danışman seçim ihalelerinde önemli olan mali yeterlilik değil, mesleki yeterliliktir²¹⁸. Özellikle de PPP konusunda bilgi sahibi olup olmama hususu en önemli belirleyicidir.

²¹⁸ “3) Ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin koşullar: Asgari şart olarak, son iki (2) yıla ait ciro veya serbest meslek gelir ortalamasının 2.000.000 TL olması istenmektedir.”

<http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009.

Bu ihale ilanı diğer şartları ile birlikte değerlendirildiğinde, konusuna vakıf bir danışman yerine cirosu yüksek bir danışman seçilmesinin daha önemli olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Konusuna vakıf olan ancak bu rakamda cirosu bulunmayan bir danışman bu projeye başvuru yeterliliğine bile sahip bulunmayacakken, konusuna vakıf olmayan ancak cirosu yüksek olan bir danışmanın başvurusu kabul edilecektir.

11. İHALENİN SONUÇLANDIRILMASI

Komisyonun ihale sonucuna ilişkin nihai kararı, beirlenecek idari usul kuralları çerçevesinde kesinleştirilerek duyurulur. İdare tarafından süre belirtilmek suretiyle sözleşme imzalanması hususunda ihale üzerinde kalan teklif sahibine yazılı bildirimde bulunulur. İdarece verilen süre içerisinde ihale üzerinde kalan tarafından istenilen teminatın verilmemesi, diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve sözleşme imzalanmaması, halinde alınan teminatlar İdare lehine irat kaydedilir ve kararda yer alması halinde diğer teklif sahiplerine sırası ile aynı usul uygulanır. Alınan teminatların hangi hallerde idareye irat olarak kaydedileceği hususunun açıkça mevzuatta düzenlenmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin bir yargı kararında şu esas benimsenmiştir;

“...ihalenin yapıldığı tarihten sonra alınan bir karar gereğince, ihaleyi ilk kazanan firmanın satıştan imtina etmesi nedeniyle 2.sırada ihaleye giren ancak ihaleyi kazanmamış olan davacı şirkete satışın yapılmasına karar verilmiştir. Ayrıca ihale şartnamesinde geçici teminat alınacağı öngörülmesine rağmen hangi hallerde, alınan geçici teminatın irat kaydedileceği düzenlenmemiştir. Bu durumda, ihalenin yapılmasından sonra alınan... karara dayanılarak ihale üzerine kalmadığı halde 2.sırada teklif verdiğinden bahisle satışın davacı şirkete yapılması suretiyle ihale bedelinin % 50'sinin yatırılmaması nedeniyle geçici teminatın ihale şartnamesinde hüküm bulunmamasına rağmen irat kaydedilerek davacıya iade edilmemesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”²¹⁹

İhale sürecinin ne zaman sona erdiği ve iptali istenen kararlar için açılacak davalarda gözetilecek idare hukuku kuralları da özelleştirme ile ilgili bir Danıştay kararında ele alınmıştır:

*“...özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün olduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu **ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem olduğundan...**”²²⁰*

Danıştay’ın yukarıda verilen kararına konu durumlarda davacının taraf sıfatı ile bağlantılı olarak analiz yapılması gerekmektedir. Zira bilindiği üzere, zincir işlemin sözkonusu olduğu durumlarda, zincirin halkalarında hukuka aykırılık doğması nedeniyle, **“kendisi hakkında icrai nitelikte bir işlem doğmuş bulunan, yani menfaati ihlal edilen kişiler”** davacı olabilirler. Ancak, hazırlık işlemleri dava konusu edilemeyeceği gibi,

²¹⁹ Danıştay 10. Daire, E: 1997/1109, K: 2000/1631, T: 19.04.2000 (vurgu eklenmiştir).

²²⁰ Danıştay 10. Daire, E: 2004/8257, K: 2004/7618, T: 26.11.2004; Ankara 10.İdare Mahkemesi E: 2004/1856, K: 2005/294, T: 07.03.2005 (aynı gerekçe).

vatandaş sıfatı da tek başına davacı olmak için yeterli değildir²²¹. Bu bağlamda, ihale komisyonunun kararı analiz edilirken menfaat şartının ve hak kaybının dikkatle analizi gerekmektedir. İhaleye katılmış ve ihalede hukuka aykırı olarak elenmiş bulunan gerçek/tüzel kişiler dışında sendika, işçiler ve sair menfaat gruplarının ihale komisyonu kararına karşı dava açmakta “*bu aşamada*” hukuki menfaati bulunmamaktadır. nedenlerle Danıştay’ın yukarıdaki kararının, sınırları belirttiğimiz şekilde çizilmeksizin uygulanmasının, Türk Hukuku ile bağdaşırılığı bulunmadığı kanısındayız.

İhalenin iptal ile sonuçlanması da mümkündür. Mevzuatımızda, bir ihalenin hangi gerekçeler ile iptal edileceğine açıklık getirilmemiş olmakla bu hususta idareye takdir yetkisi tanınmıştır²²². Bunla birlikte, ihalenin icaba davet-icap ve kabul ilişkisi içinde sonuçlandığı gerçeği nazara alındığında, ihale ilanı ve şartnamesi ile icaba davette bulunan idarenin daveti ile bağlı bulunmasının şartlarını da davetinde belirtmesinde ve bu şartlara aykırı ve/veya keyfi şekilde ihalenin iptal edilmesi halinde de ihalede teklif veren, kişinin de bu duruma aykırılıktan doğan sorumluluğu cihetine gidilebilmesi gerektiği kanısındayız. Burada, ihale şartnamelerine koyulan, “*idare hiçbir neden göstermeksizin her zaman ihaleyi iptal edebilir*” türündeki bir şartname hükmünün de hakkaniyetli şekilde değerlendirilmesi, keyfiliğe varan durumlarda bu hükme rağmen, şekli görünüşe güven teorisinin işletilmesi gerektiği kanısındayız. Zira ihale prosedürleri mutaden devam etmekte iken ‘hakkın kötüye kullanılması’ kapsamında değerlendirilebilecek keyfi iptal kararları karşısında, yapılan işlemlere güvenerek iyi niyetle emek ve para harcayan ihale katılımcılarının iptal dolayısıyla elverişsiz hukuki duruma düşmelerinden kaynaklanan zararlarının karşılanması gerektiği kanısındayız. Hukuki görünüm teorisine göre, kendisine atfedilebilecek şekilde bir hukuki görünüm durumu oluşturmuş olan kişinin, görünüşteki bu duruma güvenmiş iyiniyetli üçüncü kişi karşısında, bu hukuki görünümle sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Türk hukuku açısından, hukuki görünüme üstünlük tanınması istisnai nitelikte olup, hakkın

²²¹ Türk Hukukunda “*vatandaş sıfatı*” tek başına dava açmak için yeterli kabul edilmemiştir. Davacı olabilecekler arasında; çalışanlar, kuruluştaki hissesi bulunan diğer hissedarlar, bu kuruluşlarda toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili sendikalar, sivil toplum örgütleri (örn; KİGEM), milletvekilleri, ihaleye katılan diğer katılımcılar kabul edilmektedirler, **BAKIRCI Aykut**, Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2008, (yayın öncesi metin), s.5 (**BAKIRCI A.**).

²²² Olağanüstü ekonomik gelişmeler sonucu, ihale bedellerinin rayiç değerinin altına düşmesi halinde Danıştay, ihalenin iptal edilebileceğine karar vermiştir. “*..ihale tarihi ile onay tarihi arasındaki süreçte yaşanan olağanüstü ekonomik gelişmeler sonucu ihale bedellerinin piyasa rayiç değerinin altına inmesi ve bu haliyle ihalenin sonuçlandırılmasının kamunun zararı yanında kamuoyunda özelleştirme uygulamalarına yönelik olumsuz kanaatlere yol açacağı hususları heyetimizce de hukuka uygun bulunmuş olup, bu gerekçelerle ihalelerin iptalinde hukuka aykırılık görülmemiştir.*” Danıştay 10. Daire, E: 1994/7425, K: 1997/21, T: 28.01.1997. Bu karar gereği, peşinat bedellerini yatıran alıcılara bu bedeller geri ödenmiştir. Böylece ihale sonrasında çıkabilecek uyuşmazlıklar önlenmeye çalışılmıştır.

kötüye kullanılması halinde söz konusu olmaktadır. Karşı tarafa güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirerek veya yeni ve öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunarak, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmaya hukuk düzeni müsaade etmez²²³. İhale süreci idare hukuku alanıyla özel hukuk alanı arasında bir köprü görevi görmektedir. İdarenin yaptığı her işlemin özel hukuk yansıması bulunmaktadır. Tabiidir ki ihale işlemleri idare hukukuna tabi olacaktır fakat icaba davet-icap ve kabul hükümlerinin cari olduğu bu süreçte özel hukuk taleplerine hak kazanılması söz konusu olacaktır. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken dış görünüşün iç görünüş gibi geçerlilik kazanması durumunda, ilgili idarenin bunun sonuçlarına katlanması için hukuki görünüme yol açan olguların bizzat kendisine bağlanabilir olması gerekir²²⁴.

11.1. Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklif

Ulusal ve uluslararası mevzuatta ihalelerin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan kişiye verileceği belirtilmiştir. Ancak, burada özellikle belirtilmesinde yarar bulunan husus ekonomik açıdan en avantajlı teklif her zaman en iyi fiyatın verildiği teklif anlamına gelmemektedir. Aksine, teknik, sosyal, çevresel vs nedenlerle fiyatı en iyi tekliften çok daha makul bir teklifin alınması halinde bu teklifin esas alınması gereklidir. Teklifin değerlendirileceği çok fazla kriter belirlenmesi mümkündür. AB İhale Hukukunda²²⁵ kabul edilen kriterler ve uygulanma sistemi olarak şu esas örnek olarak sayılmıştır; “kalite, fiyat, teknik şartlar, estetik ve fonksiyonel karakter, çevresel etki, işletme maliyetleri, maliyet etkinliği, satış sonrası destek ve teknik yardım, teslim tarihi ve tamamlanma tarihi. *Sözleşmeci idare her bir kritere verdiği nisbi ağırlığı açıkça belirlemek durumundadır*”²²⁶.

İdareler, ihalenin niteliği dikkate alınarak, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyat esasına göre mi ya da fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınmak suretiyle mi belirleneceğini idari şartnamelerinde belirtmek zorundadırlar. İhale dokümanında fiyat dışı

²²³ **PEKDİNÇER Tamer**, Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi 2006/231 Esas Numaralı Dosyaya Sunulan Bilirkişi Raporu, s. 4.

²²⁴ **ÜLGEN Hüseyin**, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005, s. 199.

²²⁵ Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, OJ, 30.4.2004 L 134/1.

²²⁶ **KEŞLİ Ahmet / BİNGÖL Odak**, Public Procurement in EC, International PPP Platform Yaz Stajı 2008 Sunumu, İstanbul 2008, s. 23. Ayrıca bkz.; Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, made 55/1/a.

unsurların dikkate alınacağını belirtilmesi üzerine, idareler aşağıdaki unsurlardan kullanacaklarını ayrıntılarıyla idari şartnamelerinde belirtirler²²⁷; a) İşletme ve bakım maliyeti, b) Maliyet etkinliği, c) Verimlilik, d) Kalite, e) Teknik değer, f) Özel ilâve kriterler. Burada “*f) Özel ilâve kriterler*” hükmü bir torba hüküm şeklinde düzenlenmiştir. Bu torba hükmün uygulanması halinde de her bir kriterin önceden açıkça belirlenmiş olması şarttır. Yoksa, diğer şartları belirleyip bu hükmü de aynen ihale dokümanına “*f) Özel ilâve kriterler*” olarak eklemek yeterli olmayacaktır. Bu hükmün bu şekilde eklenmesi halinde bile ağırlığının ne kadar olacağı belirlenmelidir. Bununla birlikte ihale şartnamesi öngörülebilir bir süreç ve puanlama içermelidir. “*f) Özel ilâve kriterler*” denilerek “*bu kapsamdaki her bir unsur x puandır*” şeklinde bir düzenleme yapılması belirsizlik doğuracağı için şartname hukuka aykırı olacaktır.

İdarelerin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit ederken en düşük fiyat ya da fiyat dışı unsurları baz almaları konusunda bir takdir hakkına sahip olup olmadıkları da analiz edilmelidir²²⁸. Her zaman en düşük fiyat teklifi, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olmayabilir. Kamu İhale Kurulu, bir kararında yüksek bedelli fakat ekonomik açıdan en avantajlı gördüğü teklife ihalenin verildiği bir olayda, bu uygulamayı mevzuata aykırı bulmuştur²²⁹. Kararda, şartnamede düzenlenmeyen hususların fiyat dışı unsurlar olarak esas alınması söz konusu olduğundan, bu durum mevzuata aykırı görülmüştür. Bu nedenle, şartnamede fiyat dışı unsurlar iyi tanımlanarak, bu tarz aykırılıkların önü kapatılmalı ve özellikle PPP uygulamaları açısından bir hizmetin sunulması unsurunun ön planda olduğu göz önüne alınarak, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde esnek davranılmalıdır. Buna ilave olarak, ***PPP alanının yapım-alım-işletme vs pek çok unsuru birlikte bünyesinde barındırdığı için kamu alımlarını düzenleyen Kamu İhalelerindeki tek parametre ağırlıklı sistemin PPP alanında uygulanmasının doğru olmadığı kanısındayız.*** Hatta, PPP alanında, kamu hizmetinin sunulması da sözkonusu olduğu için, fiyat dışı unsurların birinci parametre olarak alınmasının ve fiyatın ikincil unsur olarak değerlendirilmesinin de mümkün olduğu kanısındayız.

PPP konusunda fiyat dışı unsurlara ilişkin mümkün olabildiğince esnek davranılması gerekmele birlikte, bunların mümkünse parasal değer olarak ifade edilmesi, parasal olarak nitelendirilemeyenlerin ise, nispi ağırlıklarının, hesaplama ve değerlendirilmelerine ilişkin usullerin açıklanması ve objektif değerlendirmeye esas

²²⁷ 11 Adımda İhale Süreçleri, http://www.ihale.gov.tr/kilavuz_cd/ebook/menusys01/b10-5_1.htm, 25.04.2008.

²²⁸ UZ, a.g.e., s. 309.

²²⁹ Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, T:26.07.2004, K:2004/UK.Z-915, <https://www.ihale.gov.tr/ssl/vatandas/karargoster.asp?k=2181&metin=>, 25.04.2008.

olabilecek özellikte olması gerekir. Aksi takdirde, ihale ilkeleri ile çelişir bir durum ile karşılaşılması sözkonusu olacaktır. Sonuç olarak tekrar etmek gerekirse; AB İhale Hukukunda²³⁰ kabul edilen kriterler ve uygulanma sistemi olarak şu esas örnek olarak sayılmıştır; “kalite, fiyat, teknik şartlar, estetik ve fonksiyonel karakter, çevresel etki, işletme maliyetleri, maliyet etkinliği, satış sonrası destek ve teknik yardım, teslim tarihi ve tamamlanma tarihi. *Sözleşmeci idare her bir kritere verdiği nisbi ağırlığı açıkça belirlemek durumundadır*”²³¹.

11.2. Proje Şirketinin (SPV) Yapılandırılması

Genellikle, ihale kesin sonuca bağlandıktan sonra, yukarıda ayrıntıları açıklanan SPV yapısı şekillendirilmektedir. SPV hukuki olarak fiil ehliyeti elde ettikten sonra da idare ile ihale konusu sözleşmeyi imzalayarak faaliyetlerine başlamaktadır. Konu başka bölümlerde açıklandığı için burada ayrıntılara girilmemiş, sadece ihalenin sonuçlanması zımında bu konuya da değinilmiştir.

11.3. Sözleşmenin Yapılması Sorumluluğu

İhale üzerine kalan istekli, öngörülen kesin teminatı yatırarak, sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Bu durumda sözleşmenin imzalanmasına kadar ihale ilanı ve şartnamesi bir icaba davet, ihaleye katılanın vermiş bulunduğu teklif de bir icap niteliğindedir. Yatırılan geçici teminat da cayma akçesi niteliğindedir²³². Ancak, sözleşme icabın idare tarafından kabulü halinde geçerlilik kazanmaktadır.

Teklif sahibinin teklifi ile bağlı olması ve sözleşme yapma zorunluluğu bulunması karşısında sözleşmenin diğer tarafı olan idarenin de aynı yükümlülüklerinin bulunması gerektiği kanısındayız.

²³⁰ Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, OJ, 30.4.2004 L 134/1.

²³¹ **KEŞLİ Ahmet / BİNGÖL Odak**, Public Procurement in EC, International PPP Platform Yaz Stajı 2008 Sunumu, İstanbul 2008, s. 23. Ayrıca bkz.; Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, madde 55/1/a.

²³² 818 Sayılı Borçlar Kanunu m.156, **Resmi Gazete** 29.04.1926, S:359.

12. PPP SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da 1.maddesinde açıkça “Bu Kanunun amacı, **Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere** ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.” hükmünü amirdir. Uygulamada, hazırlanan bütün PPP Kanunu Taslaklarında “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri bu Kanun kapsamındaki işlere uygulanmaz.” hükmü yer almaktadır. Bu nedenle PPP işlemlerinde Kamu İhale Kanunu uygulanmayacağı için, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da uygulanmayacaktır. Bu durumda, PPP sözleşmesi idarenin takdir yetkisi daha geniş olan ve işin doğasına uygun bulunduğu sürece içeriği hukukun meşru sınırları içinde idarece belirlenecek sözleşmelerdir. Ancak, kanaatimizce bu sözleşmelerin Taslaklarda belirtilen şekilde son derece esnek bir hukuki rejime ve dolayısıyla belirliliğe kavuşturulmasında yarar vardır. Bununla birlikte yapılacak düzenlemede idareye “özel hukukun izin verdiği” sözleşmeleri yapabilme yetkisi tanınarak, İdarenin çok geniş bir yelpazedeki çok farklı işler ile ilgili PPP uygulamaları yapılabilirliğinin sağlanması gereklidir.

İngiltere uygulamasında ortalama olarak, PPP projeleri için ihale sürecindeki (OJEU’daki ilandan finansal kapanışa kadar) yaklaşık süre yol sektörü için 18 ay, okul, hapishane, hafif ray ve savunma sözleşmelerinde 21 ila 23 ay ve sağlık sektörü için 40 aydır. Buna rağmen spesifik bir projenin alım süreci için genel bir süre belirlemek çok zordur çünkü bu süre projenin karmaşıklığına, teklif verenlerin sayısına, gereken müzakere miktarına ve diğer projeye özgü faktörlere bağlıdır. Projenin finansmanının sağlanması aşamasında çok sayıda sözleşme yapılması gündeme gelecektir²³³.

13. YEREL YÖNETİMLERDE PPP

Anayasamızın 127. maddesine göre mahalli idareler, “il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişilikleri” olarak ifade edilmişlerdir.

PPP Kanunu hazırlık çalışmalarında, ortaya çıkmış bulunan metinlerde ve uygulamada yürürlükte olan kanunlarda Yerel Yönetimlerde PPP uygulamasının çok farklı

²³³ Yapılacak bu sözleşmelere genel bir bakış ile iş akışı ve sözleşmeler zinciri vr “Proje Finansman Dokümanları” şeması için bkz, **SAPTE**, Guide, s. 19.

değerlendirmelere konu olduğu görülmektedir²³⁴. Bu bağlamda öncelikle uygulamadaki dağınık ve karmaşık yapının ortaya koyulması ile mevcut uygulamalara da değinilmiş olacak, sonrasında ise PPP Kanunu sonrasında yerel yönetimlerde PPP uygulaması ortaya koyulacaktır.

Özelleştirme Kanunu m.26/1’da yerel yönetimlerde PPP ve Özelleştirme uygulamalarının şu şekilde yürütülmesi öngörülmüştür; Belediye ve il özel idarelerine ait **ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesine** ilişkin işlemler Özelleştirme Kanunundaki esaslara göre, yetkili organlarınca belirlenir ve yürütülür.

Özelleştirme Kanununda belirtilen “*yetkili organ*” ibaresinin 5222 Sayılı Belediye Kanunu²³⁵ m.18/j hükmünde açıklamasına yer verilmiştir. Dolayısıyla, m.18/j hükmü uyarınca, Belediye Meclisi tarafından karar verilmek ve özelleştirme kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle belediyelerce de PPP uygulamaları yapılması mümkün bulunmaktadır. Şu kadar ki, kanun belediyelerin uygulayacağı modelleri sınırlamıştır. Bu nedenle, PPP Kanununda bu madde de yürürlükten kaldırılarak amaca uygun bir madde eklenmesi gerekmektedir. Mevcut hukuki sistem içinde de Özelleştirme Kanunu’nun yerel yönetimler ile ilgili maddesi nedeniyle Belediyeler ve il özel idareleri özel sektör ile 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu’nun yukarıda açıklanan ilkelerini uygulamak ve 4046 Sayılı Kanun çerçevesinde işbirliği yapmak suretiyle yatırım projelerini gerçekleştirme imkânına sahiptir. Bu noktada kanunun 26/son hükmünden de faydalanmaları söz konusu olabilecektir.

Belediye Kanunu m.70 hükmü ile de açıkça “*belediyelerin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceği*” hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla belediyeler şirket kurma yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak, usulü farklı kanunlarda tanımlanmıştır. Bunlar arasında Özelleştirme Kanunu m.26/son hükmü de bulunmaktadır. Belediyelerin iki şekilde şirketleşmesi mümkün bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Belediyelerin özel sektör ile işbirliği yaparak “*Kurumsal PPP*” uygulaması içine girmeleri, ikincisi ise Belediyelerin özel sektör ile ortak olmaksızın, tarihsel yorum yöntemi ile, Anayasa m.47 hükmüne de aykırı olarak, bir şirket kurmalarıdır. Kanaatimizce Özelleştirme Kanunu m.26/son hükmünün özelleştirme kanunu ile doğrudan bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak, Özelleştirme Kanunu m.26/1 hükmü, özelleştirme işlemlerine belediyelerin karar vermesini, *ancak belediyelerin ticari yaşamda özel sektör ile rakip faaliyette bulunmasını ise hükümetin belediyelerin iktisadi faaliyetlerini*

²³⁴ Ayrıca Londra’da yerel yönetim ve PPP projeleri hakkında tartışma ve bilgi için bkz.; **GORDON Ian**, Capital Needs, Capital Growth and Global City Rhetoric in Mayor Livingstone’s London Plan, The Production of Capital Cities, Association of American Geographers Annual Meeting, New Orleans 2003.

²³⁵ **Resmi Gazete**, 24.12.2004, S: 25680.

denetleyebilmelerine imkan sağlamak amacıyla bakanlar kurulu iznine tabi kılmakla, belediyelerin özel sektörden çekilmelerini teşvik etmiştir. Bu bağlamda, bir belediyenin kurduğu şirketin farklı illerde ihalelere katılarak mal ve hizmet satmak ve özel sektör ile rekabet etmek gibi bir misyon üstlenmesi belediyelerin Anayasa’da belirtilen görevleri arasında bulunmadığı için, bu kabil faaliyetlerde bulunan şirketlerin izinlerinin de iptali cihetine gidilmesi gerekmektedir. Zira, belediyelerin sırf kar amaçlı şirketler kurarak kamuya tacir misyonu yüklemeleri hukuka aykırıdır. Belediyelerin, büyük katı atık, çevre temizlik, elektrik, gaz, ulaşım gibi projelerin finansmanı amacıyla şirket kurmalarının, hatta bu konuda özel sektör ile ortak yatırımlar yapmalarının veya PPP sözleşmeleri yapmalarının ise teşvik edilmesi gerekmektedir. Nitekim Sayıştay, belediyelerin sahip olduğu döner sermaye işletmeleriyle ilgili verdiği bir kararında, Özelleştirme Kanunu’nun bu konuda uygulanma kriterini ortaya koymuştur. Buna göre, “4046 sayılı Kanunun amaç ve kapsamını belirleyen 1’inci maddesinin (d) fıkrasında; ‘Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar...’ ibaresi nedeniyle 1580 sayılı Kanunun 15’inci maddesinin 65 ve 68’inci bentleri ile bu Kanuna 5656 sayılı Kanunla eklenen Ek 2’nci maddeye dayanılarak belediyeler tarafından ticari amaçlı faaliyetlerde bulunmak üzere kurulan **döner sermaye işletmelerinin yukarıda açıklanan nedenlerle 4046 sayılı Kanun kapsamında olduğu** sonucuna varılmıştır.”²³⁶

Sayıştay’ın bu yöndeki kararları tutarlılık arz etmektedir. Konuyla ilgili bir diğer karar ise şöyledir:

"Mahalli İdarelerde Özelleştirme Uygulamaları" başlıklı 26’ncı maddesinin son fıkrasının; "Belediyeler ve diğer mahalli idareler ile bunların kurdukları birlikler tarafından ticari amaçlı faaliyette bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurulması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunulması, Bakanlar Kurulu’nun iznine tabidir." biçimindeki hükmü ile de belediyeler tarafından ticari faaliyette bulunmak amacıyla ticari kuruluş tesisi ve bu konuda mevcut veya kurulacak şirketlere iştirak edilmesi, Bakanlar Kurulu’ndan alınacak izne bağlanmıştır...Bu itibarla taslakla düzenlenen ve ticari amaca yönelik olduğu tespit olunan faaliyetler nedeniyle 4046 sayılı Kanunun 26’ncı maddesinin son fıkrası hükmüne göre Bakanlar Kurulu izni olmadıkça taslağın esası hakkında Sayıştay görüşünün belirlenmesi mümkün olmadığından, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının alınması içi yönetmelik taslağının Belediyesine iadesinin uygun olacağına oybirliğiyle karar verildi.”²³⁷

²³⁶ Sayıştay, Genel Kurul Kararı, K:4843/1, T:17.04.1995.

²³⁷ Sayıştay, Daireler Kurulu, K:969/6 T:22.04.1998

Aynı sebeplerle, belediyenin ortağı olduğu şirketlere Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın sermaye aktarımı yapılamayacağına da hükmedilmiştir. Sayıştay'ın kararında şu şekilde hüküm kurulmuştur;

*"4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 26'ncı maddesinin son fıkrasında; "Belediyeler ve diğer mahalli idareler ile bunların kurdukları birlikler tarafından ticari amaçla faaliyette bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurulması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunulması, Bakanlar Kurulu'nun iznine tabidir." hükmü yer almaktadır. Buna göre belediyenin ortağı olduğu şirkete, Bakanlar Kurulu Kararı olmaksızın sermaye aktarılması mümkün değildir."*²³⁸

Kanunun açık hükmü karşısında Sayıştay'ın anılan kararının yerinde olduğu kanısındayız. Zira, kanun açıkça 'mevcut ve kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunulması'nın Bakanlar Kurulu iznine tabi olduğuna hükmetmiştir. Esasen sermaye artırımını olmaksızın para transferi de yapılamamak gerekmektedir. Ticaret Hukuku açısından, sermaye artırımını da ek kuruluş niteliğinde bir işlem olduğu için 4046 Sayılı Kanunun 26/son fıkrası da haklı olarak Bakanlar Kurulu izni alınması şartını aramıştır.

Belediye hizmetlerinin büyük bir kısmı kamu hizmeti niteliği taşır. Bu hizmetlere örnek vermek gerekirse; su, kanalizasyon, itfaiye ve temizlik hizmetleri sayılabilir²³⁹. Ancak bir hizmetin kamusal nitelikte olması, o hizmetin doğrudan o kuruluş tarafından sağlanmasını gerektirmez. Önemli nokta, hizmetin sunulmasındaki sorumluluktur. *Mahalli idarelerin yürüttüğü kamu hizmetlerinin üretimi özel sektör tarafından da gerçekleştirilebilir*²⁴⁰. Yerel yönetimler tarafından, satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi gibi yöntemlerin yanında ihale yöntemi, imtiyaz yöntemi, yap-işlet-devret modeli gibi usullerin de uygulandığı görülmektedir. Bu yöntemler arasından en yaygın kullanılanı; belediyelerin bu hizmetlerin yürütülmesini, karşılığında bir bedel ödeyerek sözleşme ile özel yüklenicilere ihale etmesidir²⁴¹. Ayrıca 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun²⁴² 7.

²³⁸ Sayıştay, 3. Daire, K. 85, T. 15.6.1999.

²³⁹ Dünya genelinde özellikle 80'li yıllarda başlayan 90'lı yıllarda hızlanan bir şekilde su ve kanalizasyon hizmetlerinin PPP yöntemi ile görülmesi yaygınlaşmıştır. Gelişmekte olan ülkelerde su proplemine bir çözüm olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **OTA Midori**, Delivering Water for the Urban Poor in Developing Countries, MPA Working Paper Series Policy Challenges, Volume 1 Issue 2, Nisan 2007, s. 3 vd.

²⁴⁰ Almanya uygulamasında, kamu kurumunun görev ve yetkileri dahilindeki hizmetlerin özel kişi ve kuruluşlara gördürülmesi "*fonksiyonel özelleştirme*" olarak tanımlanmaktadır. Ancak, bu tür uygulamalar tam anlamıyla bir PPP uygulamasıdır.

²⁴¹ ZENGİN, a.g.e., s. 38.

²⁴² Resmi Gazete, 10.07.2004, S: 25531.

maddesinde de Büyükşehir belediyelerinin yetkileri dahilindeki hizmetleri²⁴³, kendileri sunabilecekleri gibi, görülmesini özel kişi veya kurumlara da devredebilecekleri hükme bağlanmıştır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda²⁴⁴, il özel idaresi adına imtiyaz verilmesi, il özel idaresi yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılması ve il özel idaresine ait şirket, işletme ve iştiraklerin, il genel meclisi²⁴⁵ kararıyla yapılabileceği ifade edilmiştir (m.10).

Mahalli idarelerin PPP yolunu tercih etmelerinde birçok sebep vardır. Bunlardan en önemlisi, mali kaynakların etkin kullanımını sağlamaktır. Belediyenin gelirleri, vergiler, harçlar, genel bütçeden ayrılan paylar, bağışlardan oluşur (Belediye Kanunu m.59). Yerel hizmetleri karşılamakla yükümlü olan mahalli idareler, bu hizmetlerin tümünü karşılayacak mali kaynaklara her zaman sahip olamaz. Belediyelerin gider kalemleri ise, gelir kalemlerinden hayli fazladır (Belediye Kanunu m.60). İkinci olarak, yerel mal ve hizmetlerin, giderler açısından, idari ve mali yetkilerin çoğunluğunun merkezi yönetime ait olduğu görülmektedir. Bu nedenle belediyeler dar yetki alanında, kanunen kendilerine yüklenen birçok hizmeti sağlamakla yükümlüdür. Bu da kaçınılmaz olarak mali sorunları beraberinde getirir. Alternatif olarak PPP yönteminin uygulanması, yukarıda belirttiğimiz örnekler ve daha belirtmediklerimiz açısından belediyelere büyük kazançlar sağlamıştır. Bu nedenle, bu kapsamda yapılan uygulamalar özelleştirme ve ihale sistemi, belediyelerin giderlerinde azalma yaratarak, yerel hizmetlerin iyileşmesini ve toplumdaki refah

²⁴³ Büyükşehir Belediyelerinin yetkileri dâhilindeki *konumuzla ilişkili hizmetleri*, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7.maddesinde sayılmıştır. Büyükşehir belediyeleri ayrıca, 775 sayılı Gecekondu Kanunu ile 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda belediyelere verilen yetkiler (m.7) ile 5393 sayılı Belediye Kanununda belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere de sahiptir (m.10). Büyükşehir belediyeleri, belediyelerin imar uygulamalarını denetleme yetkisini haizdir; eksiklik veya aykırılık gördüğü yerleri düzeltme yetkisi de vardır (m.11). İmar Kanunu'nun 32 ve 42. maddeleri uyarınca belediyeler, imar planına aykırılığın giderilmesi halinde, konulan mührü kaldırmaya ve ruhsata aykırı inşa edilen yapılar için kanunda belirtilen cezaları vermeye yetkili kılınmıştır. Büyükşehir belediyesi, il ve ilçe kademe belediyeleri arasında hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili ihtilaf çıkması halinde, yönlendirici ve düzenleyici kararlar almaya yetkilidir (m.27). Bu hizmetler, yerel yönetimlerce sunulan ve kamu bütçesinden finanse edilen kamu hizmetleridir. Hizmetlerin gördürülmesinin temelinde, ilgili belediye tarafından düzenlenen ve yasal dayanağı Belediye Kanununun 15. maddesi olan yönetmelikler yer alır. Örnek için bkz: Aydın Belediyesi Şehir Temizliği ve Katı Atık Toplanması, Nakliyesi, Depolanması ve İmhası Hakkında Yönetmelik, http://www.aydin-bld.gov.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=139, 24.01.2008.

²⁴⁴ **Resmi Gazete**, 04.03.2005, S: 25745.

²⁴⁵ İl genel meclisi, il özel idaresinin karar organıdır(m.9).

seviyesinin de yükselmesini sağlamıştır ve daha ekonomik bir yöntem olarak belirlemektedir²⁴⁶.

14. MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERDEN MUAFİYET

PPP uygulamalarının teşvik edilmesini sağlayacak unsurlardan birisi de mali yükümlülüklerden muafiyettir. Dünya ve Türkiye uygulamalarına bakıldığında, ülkemizde gelir ve kurumlar vergisi muafiyeti tanınmadığı, ancak başka bazı muafiyetler tanındığı görülmektedir. Yurtdışı uygulamalarında Gelir ve Kurumlar Vergisi gibi vergi muafiyetleri de tanındığını tanık olmaktadır. Yapılacak PPP Kanunu'na vergi muafiyetine ilişkin bir hüküm ekleyerek, alım garantisi veya hazine garantisi veya gölge ücret ödenmesi yerine KDV, gelir ve kurumlar vergisi istisnası tanınması yararlı olacaktır. Ancak, bunun her proje için değil, kamu yararı bulunan projelerde ve belirli miktar ve/veya süre ile sınırlı olması da gereklidir. Bununla birlikte bu sürenin proje süresinin tamamını içermesine engel de bulunmamaktadır.

²⁴⁶ **PAŞAOĞLU Ahmet**, Uluslararası Kredi Kuruluşları Perspektifinden Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansman Sorunları, SPK- Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı Sunumu, 26 Aralık 2006.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PPP PROJELERİNİN HUKUKİ YAPISI

1. GENEL OLARAK

PPP Hukuku bazı ana ilke ve kurumlar belirlemiştir ki, bunlar da sürecin belirleyicisi durumundadır. Kamu ihalelerine ilişkin diğer kanunlarda da görülen ana özelliğin burada da uygulanması ile mümkün olduğunca kazuistik bir düzenleme yapılması bir taraftan kendi kendini sınırlama getirirken, diğer taraftan da sürece belirlilik kazandırmaktadır. Yargı kararları ve uygulamada görülen eleştiriler nedeniyle, kamu ihalelerini düzenleyen kanunların genelindeki bu özellik PPP alanındaki düzenlemelerde de nazara alınmalıdır.

AB Hukukunda da PPP projesinin uygulama aşamasını düzenleyen sözleşme hükümleri, öncelikle ulusal hukuka tabidir. AB konuyu daha çok, Kurucu Antlaşmanın ekonomik kamu düzenine ilişkin şeffaflık, eşit muamele, ayrımcılık yasağı mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı gibi ilkeler ışığında ele almıştır. Bu bağlamda, “sözleşme hükümleri ilgili Topluluk kuralları ile ve özellikle eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri ile uyumlu olmalıdır. Bundan özellikle, tanımlayıcı belgelerde sözleşmenin yerine getirilmesine uygulanan koşul ve şartların açıkça belirtilmesi gerekliliği anlaşılmaktadır. Böylelikle, çeşitli ortaklık adayları bu koşulları aynı şekilde yorumlayabilir ve tekliflerini hazırlarken bunları hesaba katabilirler. Ayrıca bu şartlarla ne doğrudan ne de dolaylı yoldan ayrımcılık yapmamalıdır veya hizmet verme ve işletme kurma özgülüğünü haksız yere kısıtlamamalıdır”²⁴⁷.

PPP süreci kamu ihale hukukundan farklı olarak devletin bir mal veya hizmete olan ihtiyacının kamu bütçesinden ödeme yaparak temini değil, yatırımcının bir yatırıma yönlendirilmesi ve bu anlamda da bir tür proje finansman alanıdır. Bu yönüyle PPP işleyiş kuralları ve felsefesi kamu ihale hukukundan ciddi bir farklılık göstermektedir. Bu bağlamda, yatırımcının elindeki finansı dünya üzerinde yatırıma yönlendireceği binlerce, hatta onbinlerce yatırım imkanı varken, Türkiye’deki bir kamu projesine yatırım yapmasının sağlanması çok ciddi bir kurumsal güven telkini gerektirmektedir. Bu nedenle de PPP gibi *proje finansman* sürecinin yönetimini üstlenecek ekibin ciddi bir kurumsal tecrübeye, yatırımcılar nezdinde kazanılmış güvene sahip olma gibi özelliklerinin bulunması

²⁴⁷ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 44.; Case C-19/00, *SIAC Constructions*, 18 Ekim 2001 tarihli hüküm, paragraf 41-45; Dava C-31/87, *Gebroeders Beentjes v. Pays-Bas*, 20 Eylül 1988 tarihli hüküm, paragraf 29-37. Ayrıca bakınız Direktif 2000/18/EC Madde 26 ve Direktif 2000/17/EC Madde 38.

gerekmektedir. Bu alanın bir Kamu alımı süreci değil, sözleşme üzerine kurulu bir proje finansman süreci olduğu nazardan uzak tutulmamalıdır. Bu yönüyle de sürecin belirlilik, güven ve kurumsal tecrübe esasları üzerine kurulması gerekmektedir. Bu süreçte PPP projesinde yer alacak kamu ortağı öncelikli olarak kamu ihtiyacını, hizmet kalitesini ve mali politikasını göz önünde tutarak ulaşılabilecek hedefleri belirlemeli ve bu süreci denetleme sorumluluğunu üstlenmelidir²⁴⁸.

Sözleşmeciler idarelerin çok değişik ihtiyaçlarının karşılanabilmesinin sağlanması için Türk Hukukunda şimdiye kadar sözleşme tiplerinin belirli sayıda olması uygulamasının dışına çıkılarak PPP sözleşmelerinin sözleşme tipleri açısından esnekleştirilmesi gerekmektedir.

2. UYGULANACAK İLKELER VE İLKELERİN HUKUKİ ÖNEMİ

PPP Hukuku'nun genel kabul görmüş ilkeleri, konunun genel ilkelerini oluşturmaktadır. Bu ilkeler gerek, ihale dokümanları ve özellikle de şartnamelerin şekillendirilmesinde taraflara yön gösterici, zaman zaman emredici ve zaman zaman düzenleyici hükümler niteliğindedir. Bu nedenle mevzuatta aksine hüküm bulunmayan durumlarda emredici hükümlere aykırı olmadıkları sürece âkit taraflara uygulama esnekliği imkanı sunmaktadır. Bununla birlikte bu hükümlerin emredici nitelikte olanlarında ise tarafların sözleşme özgürlüğü emredici bir hüküm ile sınırlandırılmış olmaktadır. Bu durumda, PPP Hukukunda emredici düzenleme bulunan durumlarda emredici hükümler birinci sırada uygulanacaktır. İkinci sırada emredici hükümlere aykırı olmayan sözleşme hükümleri ve daha sonra düzenleyici hükümler uygulanacaktır. Ancak, taraflar arasındaki sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu ve taraf eşitliği ilkesinin de titizlikle uygulanması gerektiği gerçeği hiçbir zaman göz ardı edilmemek gerektir.

Yapılacak mevzuat çalışmalarında da PPP Hukuku'nun temel ilkeleri doğru ve sisteme uygun şekilde belirlenmelidir. İlkeler belirlenirken de hem sağlam hukuki temellere dayalı hem de uygulamada karşılaşılabilecek çok değişik ihtiyaçlara cevap verecek esnek bir hukuki sistem oluşturulmalıdır²⁴⁹. Özellikle emredici hükümlerin belirlenmesinde âkit

²⁴⁸ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 2.

²⁴⁹ ALLEN & OVERY, Public Private Partnership (Partnerství veřejného a soukromého sektoru), Legal feasibility study in the Czech Republic, Draft: 26th September, 2003 For comments by the expert platform and others, Unofficial working translation into English from Czech original, Eylül 2003, s. 1-2.

tarafların uygulamada karşılaşılabileceği ihtiyaçlara cevap verebilecek sözleşme hükümleri benimsemesini mümkün kılacak şekilde kesin hükümler belirlenmelidir. Bunun yanında düzenleyici hükümlerin belirlenmesinde PPP şartnamelerinin hazırlanması esnasında idarelerin değişik ihtiyaçlarını karşılamalarına yeterli yetkilendirmeyi de idarelere verecek esneklik kanuna açıkça dercedilmelidir.

İlkelerin doğru şekilde benimsenmesi ve doğru şekilde uygulanması konunun yargısal süreçlerinde de önem taşımaktadır. Zira, konu yargıya intikal ettiğinde yargısal denetim bu ilkeler ışığında yürütülecektir. Bu nedenle de ilkelerin Yargı'ya da yön gösterici özelliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilkeler üzerinden yorum yaparken bu ilkelerden hiç birisinin PPP müessesesini ortadan kaldırıcı ve/veya engelleyici şekilde işletilmemesi gerektiği, yapılacak yorumların akdin ayakta tutulması ilkesine ve tarafların akit yapma iradesine uygun şekilde yapılması gerekmektedir.

PPP sözleşmeleri yapılırken de ilkelere ilişkin konularda emredici hükümlere aykırılık bulunmadığı sürece sözleşmede açıkça düzenleme yapılması sözleşmenin sonraki aşamalarda yorumlanmasına ihtiyaç duyulması durumunda taraflara sözleşme güvenliği de sağlayıcı olacaktır. Örneğin riskin, en iyi yöneten tarafa ait olması ilkesine sözleşmede açıkça yer verilmesinin yanında proje risklerinin de açıkça belirlenip paylaşılması gerekmektedir.

PPP sözleşmeleri yapılırken de aşağıda belirtilen ilkeler çerçevesinde sözleşmeler yapılması sözleşmenin geçerliliğine etki edebileceği için bu ilkelere sözleşmelerde de riayet edilmesi gerekmektedir. Uygulamada karşılaşılan temel ilkeler aşağıdaki şekilde belirlenmiştir; (1) Yatırım projelerinin seçiminde fayda/maliyet analizi'nin dikkate alınması, (2) En iyi finansal kaynağın en uygun finansman imkanı ile temin edilmesi, (3) Proje risklerinin riski en iyi yönetecek tarafa ait olması, (4) Ekonomik veya sosyal kalkınmaya katkıda bulunması, (5) Yatırımın en kısa sürede tamamlanması ve hizmetin aksaksız yürütülmesinin sağlanması, (6) En uygun yatırımcının temini, (7) İdarelerin uygulayacakları PPP yöntemini belirlemekte esnek olması, (8) Uygulamalarda rekabetin korunması, (9) Uygulamanın eşit muameleye dayalı, açık ve şeffaf usullerle yapılması, (10) İdarelerin kendi görev alanları kapsamında proje üretmeleri, (11) Projelerde başka bir kamu biriminin aday ve/veya istekli olamaması, (12) Kamu tarafından garanti verilmesi durumunda garantinin miktar ve süresinin piyasanın işleyişi ile uyumlu olması, (13) Verilen garantilerin, kamunun ve idarelerin finansman dengeleri ile uyumlu olması, (14) Görevli şirketlere sağlanan desteklerin, devlet yardımlarına ilişkin genel kurallara uygun olması, (15) Tabii kaynakların sadece işletme hakkının verilebilmesi.

2.1. Yatırım Projelerinin Seçiminde Fayda/Maliyet Analizi'nin Dikkate Alınması

Her proje döngüsü bir ihtiyaçla başlamaktadır. İhtiyaç duyulan projeler değerlendirmeye alınırken de projenin oluşturacağı bir maliyet bulunduğu ve bu maliyetin de o projeden elde edilecek fayda ile orantılı bulunması gerektiği gerçeği göz ardı edildiği takdirde ülkemizde gördüğümüz gibi, yıllarca devam etmekte olan ve bitirilemeyen projelerin görülmesi doğal olmaktadır. Ancak, projelerin seçiminde proje ile elde edilmesi beklenen fayda ve bu proje nedeniyle yüklenilecek maliyet mukayese edildiğinde elde edilecek faydanın daha fazla olmadığı projelerin yapılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu husus proje kabul süreci ile ilgili bulunmaktadır.

Fayda maliyet analizine uyulması ilkesinin PPP alanındaki uygulaması ile Kamu İhale Hukukundaki “Kaynakların Verimli Kullanılması” ilkesi belirli durumlarda kesişim göstermektedir. Fayda/maliyet analizi paranın karşılığında en iyi değer elde edilmesi (*value for Money*) hesabıdır. Bu kavram da gerek Birleşik Krallık uygulamasında ve gerekse bazı farklılıklarla da olsa, AB genelinde kabul edilmiş bir tanım olarak; “*kullanıcıların ihtiyaçlarını karşılamak için, tüm yaşam maliyeti ve kalitesinin (amaca uygunluk açısından) optimum kombinasyonudur*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁵⁰. Paranın karşılığının alınması (*value for Money*) analizinde de şu kriterler ana belirleyici kriterlerdir: kamu ve özel sektör arasında riskin en uygun şekilde dağıtılması²⁵¹, projenin yaşam süresi ile yaşam süresince oluşacak toplam maliyetin optimize edilmesi, kredi veren banka veya dış uzmanların etkin *due diligence* yapması, son kullanıcı ihtiyaçlarının karşılanması için ihale katılımcılarının inovatif çözüm üretmelerinin teşvik edilmesi için çıktı/sonuç (output) odaklı şartname kullanımı, sözleşme hükümlerinin esneklik üzerine kurulması, özel sektör yatırımcısına uygun teşvik ediciler sağlanması ve ihale sürecinde sağlanan rekabetin kalitesi²⁵².

²⁵⁰ **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

²⁵¹ **HM TREASURY**, PFI:strengthening long-term partnerships, Norwich Mart 2006, s. 30; **KARAISKOU Elisavet**, Public-Private Partnerships: an innovative tool for decentralizing the production of public goods in contemporary Greece, http://www.lse.ac.uk/collections/hellenicObservatory/pdf/3rd_Symposium/PAPERS/KARAISKOU_ELISAVET.pdf, Erişim: 05.03.2008, s. 8.

²⁵² **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

2.2. En İyi Finansal Kaynağın En Uygun Finansman İmkânı ile Temin Edilmesi

PPP Hukuku'nun idari yanı açısından bir yetki ve görev niteliğinde bulunan bu ilke ile hem idareye en iyi finansal kaynağın temin edilmesi hem de en uygun finansman imkanı ile temin edilmesi yetki ve görevi verilmiştir. Buradaki en iyi finansal kaynağın temini yanında aynı zamanda en uygun finansman imkanının da seçiminin sağlanması gerekmektedir.

2.3. Proje Risklerinin Riski En İyi Yönetecek Tarafa Ait Olması

PPP sözleşmelerinin belirleyici unsurlarından birisi de riskin o riski en iyi yönetecek tarafa ait olması ilkesidir. Bu ilkenin sağlıklı uygulanabilmesi için proje risklerinin çok iyi analiz edilmesi ve bu analiz sonucunda da risklerin kime ait olacağının sözleşmeye açıkça dercedilmesi gerekmektedir. Örneğin Londra metrosunun ön ödemeli toplu taşıma kartlarına (OYSTER Card) geçişi aşamasında risk paylaşımı önemli bir pazarlık konusu olmuştur²⁵³. Yüklenici firmanın metro girişine bu kartları okuyan cihazlar yerleştirmesi ve metro hizmetinden yararlanacak kişilerin bu cihaza kartını okutarak geçmesi hedeflenmiştir. Bu süreçte metro girişine yerleştirilmiş cihazların güvenliğinden kimin sorumlu olacağı hususu önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu konuda Londra Belediyesi cihazların güvenliğinin cihazları sağlayan, yüklenici, firmaya ait bulunması gerektiğini iddia ederken, yüklenici firma metro istasyonlarında güvenliğin kendileri tarafından sağlanmadığını bu nedenle de cihazların güvenliğinin metro idaresine ait bulunması gerektiğine değinilmiştir. Bu nedenle görüşmeler kilitlenmiş ancak sonunda bir çözüme ulaşılmıştır. Burada da görüldüğü üzere, tartışma riskin kime ait bulunacağı konusuna odaklanmaktadır. Her ne kadar bu husus teknik bir husus olsa da sonuçta PPP sözleşmelerinin ayırıcı unsurlarından birisi bu ilkedir ve uyumalık halinde riskin bu riski en iyi yönetebilecek tarafa bırakılması gerekmektedir²⁵⁴. Bahsedilen riskler tamamlama riski,

²⁵³ Ayrıca Londra metrosunun PPP projesi ile yapımında yaşanan sorunlar için bkz.; **GLAISTER Stephen / SCANLON Rosemary / TRAVERS Tony**, The Way Out An Alternative Approach to the Future of the Underground, LSE London Discussion Paper No:1, The London School of Economics, London 20 Mart 1999. Ayrıca Londra'da yerel yönetim ve PPP projelerinin yeri hakkında bilgi için bkz.; **GORDON Ian**, Capital Needs, Capital Growth and Global City Rhetoric in Mayor Livingstone's London Plan, *The Production of Capital Cities*, Association of American Geographers Annual Meeting, New Orleans 07.03.2003.

²⁵⁴ Central Guidance Note No. 6 (Technical), Assessment of Projects for Procurement as Public Private Partnership, Ekim 2006, <http://www.ppp.gov.ie/key-documents/guidance/central-guidance/ppp-procurement-assessment.doc/>, Erişim: 16.01.2008, s. 15; **FOX Jason / TOTT Nicholas**, The PFI Handbook, Bristol 1999, s. 3.

teknolojik riskler, çevresel riskler, hukuki riskler²⁵⁵, döviz kuru riski, politik riskler²⁵⁶, talep riski²⁵⁷ ve düzenleyici risk²⁵⁸ gibi konularda olabilir. Gerçektende projenin zamanında bitirilememesi en büyük risk olarak ortaya çıkar²⁵⁹. Aynı derecede gereken teknolojik standartların yakalanabilmesi ve çevresel faktörlerden kaynaklanan risklerde önem taşımaktadır. Proje sözleşmesi çerçevesinde yüklenilen akdi sorumluluklar ve bunların gerçekleşmesi için yapılacak düzenlemeler ayrı bir risk mevzuudur. Hukuki riskler olarak sınıflandırılacak bu risklerin kayıp ile sonuçlanması genel olarak iki şekilde gerçekleşebilir. PPP projesinin tarafları arasında yapılan sözleşmelerden doğan riskler ve proje ile ilgili açılan davalardan doğan riskler sonucu kayıplar gerçekleşebilir²⁶⁰. Burada belirtmelidir ki mevzuatta proje süreci içinde yapılan değişiklikler de hukuki risk olarak karşımıza çıkabilir. Bu risklerin aşılabilmesi için projelerin sağlam hukuki dayanaklara sahip olması ve yapılacak sözleşmelerde hukuki danışmanlığa önem verilmesi gerekecektir.

PPP projelerinin en hassas noktası risklerin dengeli dağılımıdır, riskler ve risklerin dağılımı da sektörden sektöre değişebilmektedir²⁶¹ hatta riskler her bir proje için

²⁵⁵ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 55.

²⁵⁶ **SAPTE**, Project Finance, s. 6

²⁵⁷ **GARCIA-LOYGORRI Carlos Martínez**, Examples Of Infrastructure PPPs Promoted By Spanish Public Agencies, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploadimg/sunumlar/cmartinez.pdf> Erişim: 10.01.2005, Slayt 5.

²⁵⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 55.

²⁵⁹ Bunun yanında kamu hizmetlerinin PPP projeleri ile sunulmasında projenin zamanında bitirilmesi oranı diğer kamu hizmetlerinin sunulması yöntemlerinden daha yüksektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; **A PFI Report For UNISON**, A Private Finance Initiative: A Policy Built On Sand, <http://www.unison.org.uk/acrobat/B2062.pdf> Erişim Tarihi: 08.10.2007, s. 3; **FOX / TOTT**, s. 21

²⁶⁰ **McCORMICK Roger**, Legal Risk, Law and Justice In A Globalising Financial Market, Law and Financial Markets Review, Temmuz 2007, http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/lfm/LFMR_14_McC_283to292.pdf, Erişim: 08.10.2007, s. 283.

²⁶¹ Bir sektörde projelerinde risklerden sorumluluk ve dengeli dağılımın önemi hakkında ayrıntılı bilgi ve riskin dengeli dağılımının önemi için bkz.; **WINSOR Tom**, Railways, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006, s. 51 vd.; **PAVEL Jan**, PPP Projects in the Czech Republic: Implementation and Risks, Transparency International - Czech Republic, Prague 2007 http://www.transparency.sk/PPP/docs/vz_ppp_studie_en.pdf, Erişim:02.04.2008; **LOVELLS**, Engineering And Construction Projects, <http://www.lovells.com/Lovells/Publications/Brochures/Engineering+and+Construction+Projects.htm>, Erişim:13.04.2008, s. 4.

farklılaşabilmekte ve her risk onu en ekonomik maliyetle çözebilecek tarafa bırakılmalıdır²⁶². Aksi halde projeden beklenen amacın gerçekleştirilmesi fiilen imkansız hale gelecektir. Kamu ve özel sektör arasındaki risk dağılımında genelde kamu sektöründen doğan riskler aktarılır²⁶³. Fakat risk dağılımı özel sektör ortağının bütün riskleri veya proje bağlamındaki risklerin büyük kısmını üstlenmesi demek değildir²⁶⁴. Bunun yapılması risk dağılımı olmaktan çıkar, risk transferi halini alır ki, PPP ile hedeflenen kesinlikle bu değildir²⁶⁵. Hedef maksimizasyondan çok, riskin optimize edilmesi ve en iyi verimliliğin elde edilmesidir²⁶⁶. Riskin doğru dağıtılması proje içinde dengeli bir işbölümü anlamına da gelmektedir. Projenin makul risk dağılımı ile yönetilmesi projenin başarısını etkileyen en önemli faktörlerden biridir. Sonuçta söz konusu olan bir kamu hizmetinin görülmesinin özel sektörün himayesinde görülmesi ve bu himayenin çeşitli aşamalarında doğabilecek risklerin dağıtılmasıdır. Dağılım her projenin kendine özgü koşulları göz önüne alınarak tarafların ayrı ayrı riski kontrolü ve projenin üstesinden gelme yeteneğine göre belirlenmelidir²⁶⁷. Bu süreçte sözleşme özgürlüğü kötüye kullanılmamalı ve sorumsuzluk hükümlerinin geçerliliği

²⁶² **SARISU**, Yaklaşım-I, s. 203; **DOĞANÇAY Haluk**, Sürdürülebilir Büyüme ve Gelişimin Anahtarı: Kamu+Özel Sektör Kurumsal Ortaklık Modeli (I Kurumsal Ortaklık Modeli (I-PPP), Ankara, 09.06.2005, <http://www.projeyonetim.com/EN/images/expert/NewHorizonsANKARA9Haz.pdf> , Erişim: 10.05.2007; **McDOWALL Evelyn**, Risk Transfer In PPP Projects, Turner&Townsend Tecnical Article, <http://www.turnerandtowsend.com/pdfs/Risk%20transfer%20in%20PPP%20Projects.pdf>, s. 2.

²⁶³ **FOX/ TOTT**, a.g.e., s. 2.

²⁶⁴ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 2.

²⁶⁵ **FAULKNER Keith**, Public-Private Partnerships, Public-Private Partnerships Policy and Experience, (Ed.: **GHOBIADIAN Abby / GALLEAR David / O'REGAN Nicholas / VINEY Howard**) Chippenham Eastbourne 2004, s. 65.

²⁶⁶ **Simmons-Simmons & Group Law Office**, a.g.e., s. 53; **FOSTER Coralie**, Finding The Right Partner, Public-Private Partnerships Policy and Experience, (Ed.: **GHOBIADIAN Abby / GALLEAR David / O'REGAN Nicholas / VINEY Howard**) Chippenham Eastbourne 2004, s. 91; **McDOWALL Evelyn**, a.g.m., s. 2; **HARRIS Stephen**, Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services, <http://www.iadb.org/sds/conferences/infrastructure/PPP.pdf>, s. 9; Central Guidance Note No. 6 (Technical), Assessment of Projects for Procurement as Public Private Partnership, Ekim 2006, <http://www.ppp.gov.ie/key-documents/guidance/central-guidance/ppp-procurement-assessment.doc/>, s. 14, Erişim: 16.01.2008.

²⁶⁷ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 2; **PUTTEN Jan Van der**, Public Private Partnership Finance Model A New Trend For Turkey, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploadimg/sunumlar/jvdputzen.pdf>, Erişim: 10.01.2005.

BK m.19, m.20 ve m.99 hükümlerinde çizilen sınırlar²⁶⁸ da nazara alınarak değerlendirilmelidir. Aksi durumda özel sektör himayesindeki sürece ilişkin bütün riskleri üzerine aldığı verilecek tekliflerin fiyatı artacak ve eğer maliyet etkinliğini sağlayacak dağılım yok ise finansörler risk dağılımından tatmin olmayacak, projenin kredilendirilebilirlik niteliği olmayacaktır²⁶⁹.

Risk dağılımı projenin bütünü nazara alınarak yapılmalıdır. Tasarlama unsurunun da yer aldığı projelerde tasarlama işinin özel sektöre bırakılması PPP projelerinde riskin dengeli dağılımı ve sunulan hizmetin fiyatlandırılması konusu ile yakından ilgilidir. Gerçektende özel sektör tasarımı kendi yapmadığı bir projenin performans riskini üzerine almayacaktır ve performans bazlı ödeme öngörülen projelerde yer almayacaktır²⁷⁰.

Sözleşme aşamasında öngörülmesi mümkün olmayan risklerin de bulunabileceği nazara alındığında yapılan sözleşmeye “doğabilecek her türlü risk yükleniciye aittir” şeklinde hüküm koyulması halinde sözleşmede düzenlenmemiş risklerin ortaya çıkması durumunda nasıl değerlendirme yapılacağı önemli bir hukuki problem olarak görünmektedir. BK m.99 uyarınca bu tür sorumsuzluk kayıtları nedeniyle mahkemeden sorumluluğu kaldıran hükmün butlanının talep edilebilmesi için zararın doğmasının beklenmesi şart değildir, akit taraf zarar doğmadan da bir tesbit davası açarak bu hükmün butlanını karar altına alabilir. Ayrıca, sorumsuzluk kaydının lehtarı olan tarafın açtığı tazminat davasında da sorumsuzluk anlaşmasının batıl olup olmadığı Mahkemece resen nazara alınmak gerektir²⁷¹. Kanaatimizce bu durumda, PPP sözleşmesinin taraflar arasında hakkaniyetli bir işbirliği doğurması ve bunun sonucu olarak da tarafların edim yükümlülüklerini yerine getirirken diğer akit ile aralarında hakkaniyetli bir denge kurulması esastır. Bu dengenin kurulmasında da, proje finansmanının en önemli unsurlarından birisinin “*riskin fiyatlandırılması*” olduğu nazara alındığında, riskin fiyatlandırılmış olduğu sonucuna varılabilen durumlarda bu sorumluluk yükleniciye ait bulunmalıdır²⁷². Bunun dışındaki durumlarda ise sorumluluk hakkaniyet gereği dağıtılmalıdır.

Riskin, o riski en iyi yönetecek tarafa ait olması ilkesi PPP Hukuku’nun olmazsa olmazlarından biri niteliğindedir. Aksi halde, verilecek olan hizmette aksamalara veya kamu ile özel sektör arasındaki işbirliğinin bir tarafın diğer tarafı sömürmesine dönmesi riski bulunmaktadır. Bu nedenle, bu ilkenin çok katı şekilde uygulanması, hatta mümkün olan

²⁶⁸ AKMAN Sermet Galip, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.47, 49, 53 vd.

²⁶⁹ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 54.

²⁷⁰ FOX / TOTT, s. 18-19.

²⁷¹ AKMAN, a.g.e., s.53.

²⁷² FOX / TOTT, a.g.e., s. 4.

durumlarda emredici olduğu değerlendirmesi de yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşmede risk dağılımı yapılmayıp veya yetersiz yapılp da riskin tamamen genel esaslara bırakılması da suistimallere kapı açacağından sağlıklı bir yöntem değildir. Bu durumda hakkın suistimalinin himaye edilmemesi ilkesinin de bu ilke ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.4. Ekonomik veya Sosyal Kalkınmaya Katkıda Bulunması

Bu ilkenin iki kanadı bulunmaktadır, birincisi proje seçim aşamasında projenin ekonomik ve sosyal kalkınmaya katkıda bulunup bulunmadığının fayda maliyet analizi yapılarak karar verilecektir. İkici olarak da projenin kendisinin ve yapılpş usullerinin belirlenmesinde özellikle ihaleyi kazanan firmanın belirlenmesinde (en avantajlı teklif) bu ilke önemli bir rol oynamaktadır.

2.5. Yatırımın İvedilikle Tamamlanması ve Hizmetin Aksaksız Yürütölmesi

PPP sözleşmeleri ile yürütölcek hizmetin ekseriyetle kamu hizmetleri niteliğinde olduğu hususu nazara alındığında yatırımın en kısa sürede tamamlanması ve hizmetin aksaksız yürütölmesinin sağlanması da kamu düzenine ait olarak değerlendirilmelidir. PPP Hukuku, kamu hukuku ile özel hukukun iç içe geçtiğı ve kamu hukukunun özel hukuka açılan kapısı niteliğinde bulunduğu bir alan olması hasebiyle kendisi ile sözleşme yapılacak yatırımcının seçiminde en önemli olan hususlardan birisi de yatırımı tamamlama yeterliliğine sahip bulunmasının yanında bu yatırımı en kısa sürede tamamlayarak hizmetin sunulmasını sağlayabilecek bir yatırımcının seçilmiş olması gereklidir. Buna ilave olarak bu yatırımcının hizmeti aksaksız yürütecek yeterliliğinin de bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda bu şartların varlığı gerek kamu hukuku açısından gerekse özel hukuk açısından önem arz etmektedir. Özellikle akdin feshi aşamasında, bu yeterliliklerini yitirmiş bulunan sözleşmeciler ile yapılmış bulunan sözleşmelerin feshinde bu husus önemli bir kriter olarak nazara alınacaktır. Ayrıca PPP uygulamalarının idare açısından en büyük avantajlarından biri de belirlenen bir süre içinde hizmetin sunulmaya başlanması ve ödemelerin belirli kalitede sunulmaya başlanmasından sonra yapılmasıdır. Aksi halde yapılan sözleşmeler fesholunur ve sözleşme kapsamında yapılan işler tamamen idareye geçer. Özel sektör de işi bu niteliğı gereğı hızla bitirip bir an önce yatırımlarının karşılığını almaya çaba sarfeder.

2.6. Uygulamalarda Rekabetin Korunması

İhalelere ilişkin olarak “*rekabet*” kavramından bahsedildiğinde iki farklı müessese konuşulmaktadır. Bunlardan bir tanesi 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenmiş bulunan anlamda “*rekabetin korunması*”dır. Diğeri ise ihaleye katılan rakiplerin ihale sürecinde rekabet etmelerini ve sözleşmeciler için en iyi şartların meydana gelmesinin sağlanması anlamında “*rekabeti sağlanması*”dır. Bu iki kavramdan

birincisi genel olarak piyasada var olan rekabet düzeninin bizatihi kendisini korumayı hedeflerken, ikincisi sadece o ihale süreci içinde sözleşmecî idare lehine olabilecek en iyi sözleşme şartlarına ulaşılabilmeyi sağlayacak düzenlemeleri ifade etmektedir²⁷³. Her ne kadar, rekabetin korunması ile ihaleye katılacak firmaların sayısı ve rekabet şartlarının daha da sıkı hal alması sağlanabilecek gibi bir düşünceye kapılmak mümkün bulunmakta ise de öyle durumlar olabilir ki, rekabetin korunması için bir firmanın ihaleye girmesinin yasaklanması gerekebilir. Bu nedenle, rekabetin korunması ve rekabetin sağlanması zaman zaman birbirine taban tabana zıt görünüm arz edebilmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde kastedilen husus rekabetin korunmasıdır. Ülkemizde, serbest rekabet düzeninin nasıl korunacağı 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) ile özel olarak düzenlenmiştir. Bu kanun diğer alanlarda olduğu gibi, PPP uygulamalarında da rekabete ilişkin özel kanun olarak öncelikle uygulanacaktır.

4054 sayılı kanunun ile uygulamalar sonucu “*rekabetin korunması*”na ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ancak işlemlerin aleni yürütülmesi, yatırımcılara etkili duyuruların yapılması, isteklilerin eşit şartlarda ihaleye katılmasının sağlanması gibi hususlar ihale sürecinde “*rekabetin sağlanması*” açısından önemi haizdir.

Rekabet Kurumu’nun RKHK’nun 7. maddesinde verilen yetkiye dayanarak, 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’ini yayınlamıştır²⁷⁴. Bu tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan özelleştirme işlemleri de bu tebliğ kapsamında değerlendirmeye tabiydi. Ancak, daha sonra Rekabet Kurumu, 1998/4 Sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği yayınlamıştır²⁷⁵. Rekabet Kurumunun anılan Özelleştirme Tebliğinde yapılan değişiklikler ile ÖİB dışında yapılacak özelleştirmelerin de rekabet denetimine tabi olacağı açıkça mevzuata işlenmiştir. Bu tebliğin ağırlıklı olarak “devralma” işlemlerini düzenlemiş olması ve fakat birleşme şeklideki

²⁷³ Aynı yönde, **YASİN**, a.g.e., s. 44

²⁷⁴ **Resmi Gazete**; 12.8.1997, S: 23078. Bu Tebliğin 4. Maddesi 26.3.1998 tarih ve 23298 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 1998/2 sayılı Tebliğ ile, 5/3 maddesi 21.08.2000 tarih ve 24147 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2000/2 sayılı Tebliğ ile, 5/6, 5/7, 8, 9 maddeleri 09.03.2006 tarih ve 26103 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2006/2 sayılı Tebliğ ile değiştirilmiştir.

²⁷⁵ **Resmi Gazete**, 12.09.1998, S: 23461. Bu tebliğin 1. ve 7/2. Maddeleri 18.11.1998 tarih ve 23527 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 1998/5 sayılı Tebliğ ile değiştirilmiştir ve kapsamı genişletilmiştir. Bundan itibaren, sadece ÖİB tarafından değil, diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek özelleştirme yolu ile devirlerde de bu tebliğ hükümleri uygulanacaktır.

işlemleri düzenlememiş olması karşısında, kanaatimizce, yukarıda anılan 1998/4 sayılı Tebliğin adının 1998/4 Sayılı “PPP ve Özelleştirme Yoluyla Yapılan Birleşme ve Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği” olarak değiştirilmesi ve içerik itibarıyla da PPP ilavelerinin yapılması gerekli ve yeterlidir. Ancak, anılan tebliğin sadece “devralma” unsuruna yönelik lafzi düzenlemesi karşısında içerik açısından “birleşmeleri” lafzi olarak da kapsama almasında yarar olduğu kanısındayız.

Kamuya ait bir tekel durumunda olan işletmelerin özel sektöre ait bir tekel olması ve bu tür piyasaların devlet denetimi dışında kalması piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyebilecektir²⁷⁶. Üzerinde durulması gereken son bir husus da uygulama yapılırken serbest piyasa ekonomisi kurallarının tam uygulanması bu bağlamda serbest rekabet düzeninin kurulması zımında, Bakanlıklar, bunları yöneten siyasiler ve bürokratlar kontrolleri altındaki kurumları/piyasaları/sektörleri ve dolayısıyla güçlerini kaybetmemek için direnmektedirler. Çalışanlar, çalışanların örgütleri ve özellikle de sendikalar kendileri ya da mensuplarının menfaatlerinin zedeleneceği endişesi içinde olmaktadır. Hedef sektördeki veya bu sektörle girdi-çıkı ilişkisi içinde olan özel kuruluşlar/firmalar kurulu düzen ve ilişkileri sayesinde sahip oldukları avantajlı konumları kaybedeceklerinden endişe etmektedirler. Buna karşılık herkes rekabetin çok iyi bir olgu olduğunda hemfikirdir; yalnız tıpkı hemen her yeni düzenlemede olduğu gibi bu düzenlemelerin başkaları için gerektiğini düşünmektedir²⁷⁷. Bu nedenle, toplumun bütün kesimlerinde Anayasa’da dayanağını bulan piyasalarda etkin rekabet düzenine geçilmesi ile ilgili kurallara uyum konusunda samimi bir inanç bulunmadığı sürece menfaat merkezli tartışmalar sürüp gidecektir.

2.7. Uygulamaların Eşit Muameleye Dayalı, Açık ve Şeffaf Usullerle Yapılması

Sözleşmeci idarelerce yapılacak ihalelerin en temel kurallarından biri olan aleniyet ilkesine PPP uygulamalarında da açıkça yer verilmelidir. Büyük çaplı ihaleler toplumun farklı kesimleri tarafından dikkatle takip edilmektedir. Uygulamaların hukuka uygun şekilde yapılıp yapılmadığının kamuoyunun bilgisinden gizlenmesi devletin zararına yol açar²⁷⁸.

²⁷⁶ Aynı yönde: **YILDIZ** Şükrü, “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması”, AÜEHFD, AÜEHF’nin 10. Öğretim Yılına Armağan, Cilt:V, Sayı:1-4, Erzincan 2001, s.568.

²⁷⁷ **EGE Yavuz**, Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme, Hazine Dergisi, Ocak 200, S: 113, s. 73.

²⁷⁸ **YASİN**, a.g.e., s. 47; yazar, “Özelleştirmenin hukuka uygun yapılması” ibaresini kullanmıştır. Ancak, ihalenin hukuka uygun yapılması ile aleni yapılması farklı kavramlardır.

Yapılacak bir yasal düzenlemede, gerekli olması halinde, değer tesbiti dahil olmak üzere²⁷⁹ sürecin aleniyet içinde yürütülmesi sağlanmalıdır. Bu bağlamda, bir projenin işleme alınması ve uygulama sonucu nihai sözleşmenin onaylanmasına ilişkin kararların Resmi Gazete’de yayınlanması da aleniyet ilkesinin bir görünümü olarak yer almalıdır. Bu ilkenin benimsenmesinin kamuoyunun desteğini de sağlandığı kanısındayız.

Yapılacak yasal düzenlemede aleniyet ilkesinin çok katı şekilde uygulanması gerekmele birlikte, büyük ve karmaşık ihalelerin yapılması halinde ihaleyi yapacak olan idarenin hukuk, finans ve teknik konuda danışman seçimine ilişkin de bir ihale yapması gerekmektedir. Danışmanlık ihalelerinde ihale bedeli, sonraki ihalelerin de gizli bilgisi niteliğinde olacağı için, ihale bedelinin kamuoyuna açıklanmaması gerekmektedir. Ayrıca, ihaleye katılacak firmaların da ihale süresince ihale ile ilgili olarak edinmiş bulundukları bilgileri üçüncü kişi ve kuruluşlar ile paylaşmamalarını taahhüt eden bir gizlilik sözleşmesi imzalaması gerekmektedir.

Her ne kadar, aleniyet ilkesine istisnalar öngörülmüş ise de belirtilen gizlilik kuralı, kamuoyuna açıklama yasağından ibarettir. Ancak, mahkemelerin yargılama esnasında *değer tesbiti dahil* her türlü evrakı inceleme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda, mahkeme açıkça hangi evrakı istediğini ve bu evraklardan gizli olanlar varsa bunları da istediğini idareye yazılı olarak bildirdiği takdirde idarenin bu evrakları incelenmek üzere mahkemeye sunmak zorunluluğu bulunmaktadır. Aksine davranış cezai sorumluluk doğuracaktır. Ancak bu evraklar mahkemeye teslim edilirken kapalı bir zarfta ve üzerine de **GİZLİ** kaşesi vurularak teslim edilmesi gerekmektedir. Bu mahiyette bir evrakın mahkemeye teslim edilmiş bulunması halinde de bu evrakların sadece Mahkemece incelenmesi ve evrakların gizliliğine mahkemece de riayet edilmesi, kararlarda da bu gizli bilgilere yer verilmemesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, yöntemleri belirlenmiş bulunacağına göre ve projenin değer tesbitine esas olan mali tablolarının ve sair parametrelerin *due diligence* sürecinde yüklenici adayları ile de paylaşılacağına göre değer tesbit rakamlarının yüklenici adaylarınca da hesaplanması mümkündür. Bu nedenle, değer tesbit rakamlarının “ihaleden sonra” kamuoyuna duyurulmasının ihalenin aleniyet içinde yapılması ve her türlü şaibeden uzak bulunulmasını sağlayabilecek bir durum olduğu kanısındayız. Uygulamada özelleştirme ihalelerinde bu hususlarda yerli-yersiz söylentiler çıkmaktadır. Bu kabil söylentilere meydan vermemek için PPP uygulamalarında ihale sonrasında değer tesbit dahil her türlü hususun kamuoyu ile paylaşılması gerektiği kanısındayız. Ayrıca, ekonominin durağan yapıda olmadığı her geçen gün varlıkların değerlerinin değiştiği gerçeği de nazara alındığında ihale

²⁷⁹ Değer tesbit rakamları ihale süresince gizli olduğu için ihale kesin olarak sonuçlanıp edimler ifa edildikten sonra açıklanması için doğası gereği fayda sağlayıcı olacaktır.

iptal edilmiş olsa bile değer tesbit rakamlarının açıklanmasının hiçbir zararı olmadığı kanısındayız.

Bir yerel mahkeme kararında, özelleştirme uygulamalarında bir aşama olan ihale esnasında aleniyet gerçekleşmediği gerekçesi ile teklifin şekli eksikliği karara bağlanmıştır:

“... ihalenin, pazarlık görüşmelerini takiben kapalı zarf içinde nihai teklif almak suretiyle sonuçlandırıldığı ve dosya içinde mevcut bu nihai tekliflerdeki satış bedellerinin de peşin mi yoksa vadeli mi olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmediği ... tarihli ihale komisyonu kararında da yalnız en yüksek teklifi veren şirkete satılmasına karar verildiği görülmektedir.

İhale suretiyle yapılacak özelleştirme işlemlerinde ihale bedenin peşin mi yoksa vadeli mi ödeneceği hususunun hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde olması, ihale işlemlerindeki “açıklık” ilkesinin gereğidir.

... tarihli nihai teklif mektuplarında da ihaleye teklif verenler tarafından yalnızca ödenecek bedel gösterilmiş ve ödemenin peşin veya vadeli olup olmadığı belirtilmemiş bulunduğundan, ihale komisyonu kararının bu yönüyle de eksik ve ihale işlemlerindeki açıklık ilkesinden yoksun olduğu ortadadır.²⁸⁰”

Kanaatimizce buradaki hukuki hata *açıklık* ilkesinin ihlali niteliğinde değildir. Zira açıklık ilkesi ihale işlemlerinin aleniyet kuralları içinde yapılmasına ilişkin idareye görev yükleyen nitelikte bir ilkedir. Oysa, kapalı tekliflerde ödemenin miktarı ve şeklinin kesin ve tereddüde yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ihalede teklif vermenin şekil şartlarından ve bu şekli şart teklifin içeriğini de etkileyici niteliktedir. Oysa burada ihlal edilen ilke, Kamu İhale Kanunundan gelen “*güvenirlilik*” ilkesidir. Ayrıca, yapılan ihalelerde aksi belirtilmediği sürece ihalenin peşin olduğu benimsenmiş demektir. Eğer şartnamede vadeli satış yapılacağı ancak isteklilerin peşin ödeme de yapabileceği belirtilirse, bu durumda şartname bu ikisine de açıkça izin verdiği için bu yöntemlerden birinin seçimi konusunda alıcı muhayerdir, dilerse peşin dilerse vadeli alım yapar. Bununla birlikte, bu durumda hangi opsiyonu seçtiğini AÇIKÇA teklifine yazmamış ise alıcının ihaleden elenmesi gerekmektedir.

Yargı kararlarında güvenirlilik anlamında olmak üzere aleniyet ilkesine sık sık atıf yapıldığı görülmektedir. Danıştay da yerel mahkemenin verdiği bu kararı onamıştır. Karara göre:

“ ... Şirketine ait 24.10.2003 tarihli teklif mektubunda da, söz konusu ihaleyi kazanmaları halinde, hisse satış sözleşmesinin imzalanacağı tarihte 600 milyon ABD Doları’nın peşin olarak yatırılacağı kabul edilmiş ise de, ihalenin, pazarlık görüşmelerini

²⁸⁰ Ankara 10. İdare Mahkemesi, E: 2004/293, K: 2004/1192, T: 02.06.2004.

takiben kapalı zarf içinde nihai teklif almak suretiyle sonuçlandırıldığı ve dosya içinde mevcut bu nihai tekliflerdeki satış bedellerinin de peşin mi yoksa vadeli mi olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmediği 13.01.2004 tarihli İhale Komisyonu kararında da yalnızca en yüksek teklifi veren ... Şirketine İhale Şartnamesi çerçevesinde satılmasına karar verildiği görülmektedir. İhale suretiyle yapılacak özelleştirme işlemlerinde ihale bedelinin, peşin mi yoksa vadeli mi ödeneceği hususunun hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde olması ihale işlemlerinin açıklık ilkesinin gereğidir. 13.01.2004 tarihli nihai teklif mektuplarında da ihaleye teklif verenler tarafından yalnızca ödenecek bedel gösterildiği ve ödemenin peşin veya vadeli olup olmadığı belirtilmemiş bulunduğundan, dava konusu İhale Komisyonu kararının bu yönüyle de eksik ve ihale işlemlerindeki açıklık ilkesinden yoksun olduğu anlaşıldığından, İdare Mahkemesinin iptali yolunda hüküm kurmasında kanuna aykırılık görülmemiştir²⁸¹.”

2.8. İdarelerin Kendi Görev Alanları Kapsamında Proje Üretmeleri

Bu ilke idarenin yetki alanını belirlemesi açısından önemlidir. Zira, her idare sadece kendi görev sınırları içinde yetkili bulunduğu için kendi görev alanı dışında bir proje üretmesi görev yönünden yetki alanı dışında kalması anlamına gelecektir. Bu durumda ise yetkisiz idarenin yapmış bulunduğu bir sözleşmenin bulunduğu gibi bir durum ile karşı karşıya kalınmasının gündeme gelme riski doğmaktadır.

2.9. Garantinin Miktar ve Süresinin Piyasanın İşleyişi ile Uyumlu Olması

Kamu tarafından garanti verilmesi durumunda garantinin miktar ve süresinin piyasanın işleyişi ile uyumlu olması da önemlidir. Uygulamada bu tür projelerin bir kısmında projenin iç finansman dengesinin kurulamaması nedeniyle projelerde mali açıklar doğma riski veya proje gelirlerinin proje giderlerini karşılayamaması durumu görülmektedir. Bu tür durumlarda kamu tarafından da garanti verilmesi sözkonusu olabilmektedir. İşte bu tür garantilerin verilmesi halinde verilecek garantinin miktar ve süresinin piyasa kuralları ile uyumlu olması gerekmektedir.

2.10. Garantilerin Finansman Dengeleri ile Uyumlu Olması

Verilen garantilerin kamunun ve idarelerin finansman dengeleri ile uyumlu olması gerekmektedir. Projeye yukarıda bahsedilen kamu garantilerinin verilmesi halinde, bu

²⁸¹ Danıştay 10. Daire, E: 2004/8257, K: 2004/7618, T: 26.11.2004.

garantilerin kamunun ödeme imkanlarına uyumlu olması gerekmektedir. Aksi halde, idarelerin gerek iller bankasındaki gerekse hazine nezdindeki risklerinin miktarı ile gelirleri arasında bir dengesizlik doğmaktadır. Bu da klasik söylemi ile, mevcut yöneticilerin kendinden sonraki yöneticilerin başarı şansını ve kendinden sonraki nesillerin mali imkanlarını kayıt altına alması anlamına gelmektedir.

2.11. Devlet Yardımlarına İlişkin Genel Kurallara Uyma

Görevli şirketlere sağlanan desteklerin devlet yardımlarına ilişkin genel kurallara uygun olması gerekmektedir. Gerek ülkemizde gerekse AB hukukunda devlet yardımları belirli kurallara tabi kılınmıştır. Hukukumuzda devlet yardımlarının hukuki durumu henüz netleştirilememiş ve usulleri farklı mevzuatlarda dağınık olarak düzenlenmiştir²⁸². Bu husus özellikle AB uyum sürecinde önem arz etmektedir. AB hukukunda devlet yardımları Roma Antlaşmasının 87.maddesinde düzenlemesini bulmaktadır.

2.12. İdarelerin Uygulayacakları PPP Yöntemini Belirlemekte Esnek Olması

PPP alanında başarının ön şartı yöntemin belirlenmesinde kazuistik ve sınırlayıcı olmaktan ziyade, projelerin özelliklerine ve akit tarafların içinde bulundukları şartlara göre en doğru olacağına inanılan yöntemle projenin yapılmasının sağlanmasıdır. Kanunda, yöntemler belirlenirken, idareye esneklik sağlayabilmek için kanun ile sözleşme serbestisi içinde Türk Hukuku'nun izin verdiği sair yöntemlerin de kullanılabileceğine açıkça yer vermekle kalınmayıp, Türk Borçlar Hukuku'nun izin verdiği her türlü sözleşme ilişkisinin caiz olduğu da kanuna açıkça işlenmelidir. Borçlar Kanunu'na yapılan atıf ile Borçlar Hukuku'nun sözleşme serbestisi ilkesi sayesinde her türlü ihtiyaca cevap verebilecek sözleşme ilişkileri mümkün hale gelecektir. Zaten PPP uygulamaları çeşitli ortaklık anlaşmalarını gerektirir ve birleştirir. Yani burada sadece bir ortaklık anlaşmasının yapılması değil birden çok ortaklık anlaşması çeşidinin hükümlerinin bir arada bulunması söz konusudur²⁸³. Borçlar Kanunu'na atfın sağlayacağı uygulama serbestisi idareye esneklik sağlayacaktır. PPP yöntemlerinde birçok unsurun tek sözleşmede düzenlendiği görülmektedir. Bu esnekliğin eşit muamele, şeffaflık ve rekabetin korunması ilkeleri bazında devam etmesi gerekliliği PPP projelerinde ihale süreçlerinin de özellik arz etmesine neden olur.

²⁸² AKILLIOĞLU, a.g.m., s. 51.

²⁸³ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 53.

Kanunda yöntemin belirlenmesi yetkisinin de kime ait olduğu açıkça belirlenmelidir. Yöntem belirleme yetkisi sürecin en önemli aşamalarından birisi olduğu için bu yetkinin özelleştirmedeki ÖYK benzeri olarak kurulacak en üst siyasi merci Kamu Projeleri Yüksek Konseyi (KPYK) tarafından karara bağlanması gerekmektedir. Proje kabul süreci de doğru belirlendiği takdirde sağlıklı proje yapım imkanı da doğacaktır.

KPYK Kararında somut olarak hangi yöntemin uygulanacağı kesin şekilde belirlenmeyip takdire bırakacak şekilde çoklu seçenek bırakılmış olması yetki devri anlamı taşımamaktadır. Yöntem belirlenirken en uygun yöntem belirlenmelidir. Burada belirlenecek yöntem sadece fiyat üzerine kurulu olmamalı oluşturulacak yeni istihdam, yatırım, teknoloji transferi vs hususlar da en uygun yöntemin belirlenmesinin parametreleri olarak alınmalıdır. İdarenin bu kriterlere göre belirlemiş olduğu ve bu kriterler sonucunda hedefine ulaşmış olması halinde sırf fiyatın maksimum düzeyde olmadığı gerekçesi sürecin hukuka aykırılığı cihetine gidilememek gerektir. Ancak, uygun olmayan bir yöntem belirlenmesi halinde bu karar hukuka aykırı olacaktır²⁸⁴. Yöntemin denetlenmesinde Danıştay dikkatli davranmalıdır, burada Danıştay idarenin takdir alanına müdahale sınırına varan bir denetleme yapmaktan kaçınmalıdır. İdarenin belirlediği yöntem ile amaçladığı sonuç arasında bir uyumsuzluk varsa, yapılan işlem hukuka aykırılık vasfı taşımaktadır. Ancak, idarenin projeden beklenen hedefi ile bu hedefe ulaşmak için belirlediği yöntemin birbiri ile uyumlu olduğu durumlarda hukuka uygun bir yöntem belirlenmiştir. Buna ilave olarak, farazi ve mevhum hedefler üzerinde de denetim yapılmamalıdır. Bu denetimin somut kriterlere dayanması gerekmektedir.

2.13. Projelerde Başka Bir Kamu Biriminin Aday ve/veya İstekli Olamaması

Serbest piyasa ekonomisinin iktisadi gereklerinden biri de kamunun müteşebbis/işletmeci kimliğinden çıkartılmasıdır. Bu nedenle ve rekabetin sağlanabilmesi için Kanunda, kamudan kamuya devir yapılması veya projelerde kamu kesiminin ihalelerde yüklenici olması engellenmelidir. “*uygulamalarda, milli güvenlik ve kamu yararının gerektirdiği durumlar hariç, kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelerin aday veya istekli olamaması*” şartı getirilerek, kamu kurum veya kuruluşlarının bir başka kamu kurum veya kuruluşunun gerçekleştireceği projede aday veya istekli olması kanun ile engellenmelidir.

Yukarıda öngörülen istisna kapsamında kamudan kamuya yapılan bir projede kamu yararı kriteri analiz edilirken, yapılacak projenin projeye talip kurumun yasal görevleri arasında bulunup bulunmadığı ve sözleşmeye konu işin yapılmasının mümkün bulunup

²⁸⁴ Danıştay 13. Daire, E: 2005/1300, K: 2005/2986 T: 06.06.2005.

bulunmadığı ve fiilen de bu tür bir işi yapıp yapmadığı, yapmakta ise hizmete olumlu katkısı olup olmayacağı gibi kriterlerin ışığında tahlili gerekmektedir.

Yapılan projelerde özellikle de projenin süreli olması halinde proje süresi dolduğunda ne yapılacağı, bir iade sözkonusu olacaksa hangi kuruma iade edileceğine ilişkin bir protokol yapılması elbette ki yararlı olacaktır. İdarenin süreli olarak yapacağı projelerde süre sonunda sorun yaşanmayacağı kanısındayız. Ayrıca, daha önce özelleştirme kapsamında geçici süreli PPP kapsamında sözleşmesi yapılmış varlıkların süre sonunda İdareye geçeceği bilinmektedir. Öte yandan da, ÖİB'nin geçici bir idare olduğu da mevzuatta yer almaktadır. Özelleştirme işlemleri bitirilip, ÖİB'nin tasfiye edilmesi mümkün olursa, kurulacak Proje ve Finansman İdaresi Başkanlığı ÖİB'nin bu görevini yerine getirebilecektir.

2.14. Tabii Kaynakların Sadece İşletme Hakkının Verilebilmesi

Anayasanın 168.maddesi yürürlükte olduğu sürece tabii kaynaklarda mülkiyet devri yapılması söz konusu olamaz. Anayasada öngörülen bu madde nedeniyle, kategori olarak yöntemin mevzuatla sınırlandırıldığı grup “*tabii kaynaklar*”dır. Anayasa'nın bu sınırlayıcı hükmü karşısında tabii kaynaklarda varlığın devrini de doğuracak şekilde bir yöntemle uygulama yapılması mümkün bulunmamaktadır.

Türkiye Elektrik Kurumunun özelleştirilmesi aşamasında bu konu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve yorumlanmıştır. Anayasa m.168'e göre “...*Devlet'in olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzelkişilere ancak süreli olarak devredilebilir, doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzelkişilere devri olanaksızdır. ... TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa'nın 168. maddesine aykırı düşer.*²⁸⁵” bu nedenle özelleştirme kanunu kapsamında olsa bile bu tür varlıkların özelleştirme işlemleri de esasen birer PPP uygulaması şeklinde yürütülmüştür. Ayrıca Danıştay da bu konuda Anayasa Mahkemesi kararına paralel bir tutum izlemektedir²⁸⁶.

Danıştay, konuyu enerji üretiminde kullanılan kaynağın elde ediliş tarzı açısından değerlendirmiştir. Kararda görüldüğü üzere, termik santrallerde kömür madeni kullanıldığı ve bu maden ayrı bir kaynaktan elde edildiği, *termik santral ile kullandığı doğal kaynağın*

²⁸⁵ AYMK, E:1994/43, K:1994/42-2, T: 09.12.1994, **Resmi Gazete**, 24.10.1995, S: 22181.

²⁸⁶ **Danıştay 1.Daire**, E: 2004/17, K: 2004/24, T: 05.03.2004.

mülkiyetinin birbiri ile ilgisi olmadığından, dolayısıyla arzın mülkiyetine tabi olmadığından, termik santrallerin doğal kaynağından ayrı olarak mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilebileceği kanaatine varılmıştır. Bu kararında Danıştay bir bakıma AYM kararıyla çelişen bir çıkarsama da yapmıştır. Şöyle ki, AYM, kararında elektrik üretimi yapan birimlerle, elektrik üretiminde kullanılan ve yararlanan doğal kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesini imkânsız görmüştür. Ancak Danıştay, bu kararı örneklerle açıkladığında aslında bu durumun imkânsız olmadığı sonucuna vararak, konuya yeni bir açılım getirmiştir. Bu kararlar ışığında diyebiliriz ki, kamusal hizmete yönelik olup doğal kaynağından ayrılabilen tesislerin mülkiyetin devri yolu ile özelleştirilmesi mümkündür. Hatta, bu tür durumlarda Anayasa m.168 yürürlükte kaldığı sürece doğal kaynakların mülkiyetinin devri mümkün olmadığı için, bu kaynaklar üzerinde kurulu olan termik santral gibi tesisleri satış yoluyla devralan alıcıya, bu tesisin üzerinde kurulu olduğu tabi kaynağın işletme hakkının da verilmesi gerekmektedir²⁸⁷. Bu keyfiyet, ihale şartnamesine ve sözleşmesine dercedilmek gerektir. Bu yönde bir kayıt bulunmaması halinde, devrin doğal kaynağı kapsamadığı sonucuna varılır veya doğal kaynağın da mülkiyetinin nakline ilişkin hükmün hakimnin sözleşmeye müdahalesi yoluyla sözleşmeden çıkartılması sağlanır. Ancak, her halükarda Anayasa m.168 yürürlükte kaldığı sürece doğal kaynaklar, yukarıda belirtilen sınırları aşar nitelikte, mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilemez sadece PPP yolu ile işletme hakkı devrine konu edilebilirler.

Bu bağlamda, doğalgaz ile üretim yapan bir santralin mülkiyetin devri yolu ile özelleştirilebilip özelleştirilemeyeceğine de bu kriterler ile bakılması lazımdır. Bu kriter ile bakıldığında doğalgaz, borular yolu ile akışkanlığı olan bir madde olduğu için, lokal bir enerji kaynağı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, ülkemizin mevcut kaynakları açısından bakıldığında da bu tür bir santralin satış yolu ile özelleştirilmesi mümkün olmalıdır. Ancak, bulunacak bir doğalgaz kuyusundan çıkartılan doğalgaz üzerine bir santral kurulması halinde tartışılabilir olacaktır. Bu durumda da kanaatimizce kömür santralinden farklı olmayan bir yorum benimsenerek, doğal gazın her zaman bulunduğu yerden borularla başka bir yere taşınması veya santralin başka yerlerden borularla gelen doğalgaz ile çalıştırılması mümkün olduğu için mülkiyetin devri yolu ile özelleştirilebilir olduğu kanısındayız. Ayrıca, nükleer enerji ile üretim yapan santrallerin durumu da mülkiyetin devri yolu ile özelleştirme yapılmasına müsaittir. Bu ve benzeri analizlerde yukarıda verilen *“tesis ile doğal kaynağın birbirinden ayrıştırılabilir olup olmadığı kriteri”* esas alınmalıdır.

²⁸⁷ YASİN, a.g.e., s. 40.

3. PPP PROJELERİNİN HUKUKİ YAPISI

PPP konusunda ilk ayırım akdi PPP ve kurumsal PPP ayırımıdır. Akdi PPP’lerde, kamu ile özel sektör arasındaki işbirliği (ortaklık) tamamen *akdi temellere* dayanır, Kurumsal PPP’lerde ise, kamu ve özel sektör arasındaki işbirliğinin *ayrı bir tüzel kişilik* altında gerçekleşmesi²⁸⁸ sözkonusudur²⁸⁹. Bu ortaklığın varlığının nedeni, kamu yararı amacıyla bir yapının yapılması veya bir hizmetin sağlanmasıdır. AB’de üye devletlerin de kamu otoriteleri özellikle yerel düzeydeki kamu hizmetlerinin yönetilmesi için (örneğin su sağlama hizmetleri ve atık yönetimi) bu tür yapılara başvurmaktadır²⁹⁰. Kurumsal PPP, ya kamu ile özel sektörün birlikte yer alacağı bir birim olabilir veya var olan bir kamu iktisadi kuruluşunun kontrolünün özel sektör tarafından devralınması ile olabilir. Aşağıda inceleyeceğimiz sözleşme türlerinin hepsi de bu kapsama uyabilecek nitelikte olmakla birlikte bazı modeller sadece kurumsal PPP niteliğinde, diğer bazıları sadece akdi PPP olmaları sebebiyle salt kurumsal PPP veya salt akdi PPP olarak anılması da mümkündür. Akdi/kurumsal PPP ayrımı aşağıda ayrıntılı incelenmiştir, bu noktada, PPP sözleşmesi bunlardan hangisine dayanırsa dayansın, nitelik itibarıyla aşağıda belirtilen sözleşme (unsurları) üzerine kurulu olacaktır.

Bu noktada önemle belirtilmesi gereken bir husus, sözleşmenin taraflarının edimleri içinde özel kesim yüklenicisinin bir kamu hizmetini sunması sözkonusu olduğu için idarenin bu hizmetin kamu hizmetinin kriterlerine uygun şekilde sunulmasını denetim yetkisi sözleşmede yer alsa da almasa da var kabul edilmelidir. Hatta, kural olarak, bu yetkinin sözleşme ile kaldırılmasına da izin verilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmeler yapıldıktan sonra özelleştirme uygulamalarındaki İdare bünyesindeki özelleştirme sonrasında durumu takip eden ÖSTİG birimi benzeri bir birimin, sözleşmeci idareler ile koordineli çalışmak üzere, PFİ bünyesinde de bulundurulması zorunluluk durumundadır.

²⁸⁸ Üye Devletler bu bağlamda farklı terminolojiler ve sınıflandırmalar kullanmaktadır (örneğin, Kooperationsmodell, joint PPPs, Joint Ventures), Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 53; Public procurement: Commission issues guidance on setting up Institutionalised Public-Private Partnerships – Frequently Asked Questions, MEMO/08/95, Brussels 18.02.2008.

²⁸⁹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 20.

²⁹⁰ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 53.

3.1. PPP SÖZLEŞMELERİNİN KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ

PPP projelerinin hukuki rejimi bu konuda yapılacak sözleşmelerin niteliğinin de analizini gerektirmektedir. Aşağıda ayrıntıları ile incelendiği üzere, PPP sözleşmesi BK’da düzenlenmiş bulunan isimli bir sözleşme niteliğinde bulunmamakta, BK’da düzenlenmiş bulunan isimli sözleşmelerden bazılarının her proje için projenin gereklerine uygun şekilde bileşiminden oluşmaktadır. Bu nedenle, **tek bir tip PPP sözleşmesinden bahsedilmesi söz konusu olamamaktadır. Projenin gereklerine göre BK’nın akitler teorisine göre şekillendirilmiş “PPP sözleşmelerinden” bahsedilmesi söz konusudur.** Bu akitlerin en belirgin ortak hukuki kurumları ise aşağıda incelenmiştir. Burada bir hususun altını önemle çizmek istemekteyiz ki, akdin karma sözleşme niteliğinin gereği olarak tarafların borç ve yükümlülüklerinde farklılaşmalar görülmesi mümkündür. **Karma sözleşmenin yer aldığı edim tipinin düzenlendiği tipin sözleşme hükümlerine uygulanacak olan hükümleri, PPP sözleşmelerinin niteliğine ve özelliğine uygun olduğu ölçüde dolaylı olarak uygulanacaktır.**

Farklı idarelerin farklı ihtiyaçlarını cevaplayabilmek için geliştirilen her bir modeldeki her bir formül ayrı bir PPP yöntemi olmaktadır. PPP projelerinin dayandığı sözleşmeler bu unsurların bir araya getirildiği sözleşmelerdir. En basit tanımlama ile *sui generis* sözleşme, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden hiç birine uymayan düzenlemeler içeren sözleşmelerdir. Karma Sözleşme ise kanunda düzenlenmiş bulunan isimli sözleşmelerin çeşitli unsurlarının kanunda düzenlenmiş formül dışında bir şekilde bir araya getirilmesidir²⁹¹. Bu açıdan bakıldığında, PPP sözleşmesinin BK’da düzenlenen ana sözleşme türlerinden bir veya bazılarını “ana unsurları itibarıyla” içermesi nedeniyle kural olarak, *sui generis* sözleşme niteliğinde olmadığı karma sözleşme niteliğinde bulunduğu kanısındayız²⁹². Her bir unsura PPP projelerinin özellikleriyle uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanununun ilgili sözleşme tipine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Yapım unsuru eser sözleşmesi hükümlerine göre, kiralama kira sözleşmesi hükümlerine göre, işletme hakkının devri ise hasılat kirası sözleşmesi hükümlerine göre yorumlanacak ve tamamlanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken; her bir unsurun diğer(ler)inin bir tamamlayıcısı olduğu ve bu unsurların bileşiminden meydana gelen akdin bütününün ise PPP sözleşmesi olduğudur. Bu sözleşmenin ise her bir somut projede o PPP projesinin karakteristik özelliklerine göre hakkaniyetle yorumlanması ve tamamlanması gerekir.

²⁹¹ Ayrıntılar için bkz, **OKTAY ÖZDEMİR Saibe**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHF, Yıl 1995-1996, C: LV, S: 1-2, s. 274 vd; **EREN Fikret**, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut AKINTÜRK’e Armağan, Ankara 2008, s.91 (İsimli Sözleşmeler); **YAVUZ Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2008, s.11; **ZEVLİLER Aydın**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, Ankara 2008, s.41; **ARAL Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s.52.

²⁹² Aynı yönde, **Yargıtay 13.Hukuk Dairesi**, E: 98/4614, K: 98/5241, T: 09.06.1998, naklen, **ZEVLİLER**, a.g.e., s.42; Karşı yönde bkz, **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 110 vd.

PPP sözleşmesi, kural olarak, birleşik sözleşme niteliğinde değildir. Zira, birleşik sözleşmenin karakteristik iki özelliğinin “birlikte” bulunması gerekmektedir. Bunlardan *birincisi*, kendisini oluşturan sözleşmelerin ortak bir amaç etrafında toplanması, *ikincisi* ise bu sözleşmelerin *kendilerine özgü vasıflarının* değiştirilmeden birbirine bağlanmasıdır²⁹³. Bu akitlerin her birinin varlığı ve geçerliliğinin diğerine bağlı olacağı esasını açık veya zımni olarak ihtiva etmeyen akitler birleşik sayılmazlar²⁹⁴. PPP sözleşmesine bakıldığında, kural olarak, birleşik sözleşmelerin ikinci unsurunun bulunmadığı, bunun yerine, farklı sözleşme tiplerinin kanunda öngörülme-yen biçimde bir araya getirilmiş olduğu görülmektedir.

Yukarıda, kural olarak, PPP sözleşmelerinin karma sözleşme olduğuna değinilmiştir. Ancak, karma sözleşmelerin de çeşitlerinin bulunması karşısında PPP sözleşmelerinin bu açıdan da incelenmesi gerekmektedir. Konu bu yönüyle analiz edildiğinde, PPP Projelerinin hukuki rejimini oluşturan sözleşmeler ile ilgili olarak *tek bir tip PPP sözleşmesinden bahsedilmesinin söz konusu olamadığı, her projenin gereklerine göre BK’nın akitler teorisine göre şekillendirilmiş “PPP sözleşmelerinden” bahsedilmesinin söz konusu olduğuna* değinilmiştir. Dolayısıyla, projenin gereklerine göre karma sözleşme türlerinden farklı farklı türlerde sözleşme yapılması söz konusu olabilecektir. Bu anlamda, değişik sözleşme tiplerine ait edimlerin birbiri ile mübadele edilmesi anlamına gelen “*çifte tipli karma sözleşme*”²⁹⁵ modelinin uygulanabilmesi mümkündür. Zira, idare genellikle PPP sözleşmelerinde bir eserin meydana getirilmesi karşılığında yükleniciye işletme hakkını vermektedir ki, bu da hasılat kirası şeklinde kendini göstermektedir. Bununla birlikte, taraflardan birinin çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise tek bir edim yerine getirme borcu yüklendiği “*kombine sözleşme*”²⁹⁶ tiplerinin de uygulanması mümkündür. Yapım ve kiralama unsurlarını içeren bir PPP sözleşmesinde bir tarafta yapım ve kira yükümü varken, diğer taraf sadece bir ücret veya kira ödeme borcu altına girebilecektir. Buna ilave olarak, kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşme tipine başka bir sözleşme tipinden yan yükümlülük eklenmesi niteliğindeki *tipik sözleşmeye ikinci derecede başka edim eklenmesi şeklindeki karma sözleşmeler* de görülebilecektir²⁹⁷. Bu bağlamda, bakım kaydıyla kira sözleşmesi örneğindeki gibi, kiralayanın kiralananın bakımını yapma yükümlülüğü üstlenmesi türünde sözleşmeler görülebilecektir. Bunun dışında idarelerin ihtiyaçlarına göre farklı sözleşme tipleri oluşturulması mümkündür.

²⁹³ YAVUZ, a.g.e., s.11; ZEVLİLER, a.g.e., s.43; ARAL, a.g.e., s.54; EREN, İsim-siz Sözleşmeler, s.100.

²⁹⁴ KUNTALP Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 103.

²⁹⁵ YAVUZ, a.g.e., s.11; ZEVLİLER, a.g.e., s.42; ARAL, a.g.e., s.53.

²⁹⁶ YAVUZ, a.g.e., s.11; ZEVLİLER, a.g.e., s.42; ARAL, a.g.e., s.53.

²⁹⁷ YAVUZ, a.g.e., s.12; ARAL, a.g.e., s.54.

PPP sözleşmeleri, karakteristik özellikleri itibarıyla, kural olarak, birer karma sözleşme olmakla birlikte, öyle bir sözleşme yapılabilir ki, bir akdin tip tayin edici unsurları, yani tipik edim muhtevaları veya bunların yüklenilme biçimleri üzerinde yapılacak değişiklikler sonucunda ilgili tipik akdin dışına çıkılması sonucu doğmuşsa, bu unsurların tiple yakın ilgisi nedeniyle, bunların değişimi tipin de değişimine ve böylece *sui generis* bir akdin doğumuna neden olur²⁹⁸. Bu tür durumların vücuda gelmesi halinde akdin *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirilmesinden başka seçenek de bulunmayacaktır.

PPP sözleşmesinin, kural olarak, karma sözleşme olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi meselesidir. *Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşüne* göre karma sözleşmelere sadece genel hükümler uygulanabilecektir ki, bu görüşün, karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş bulunan isimli sözleşmelerin çeşitli unsurlarının kanunda düzenlenmiş formül dışında bir şekilde bir araya getirilmiş olması nedeniyle karma sözleşme teorisi ve PPP projeleri ile bağdaşır olmadığı kanısındayız. Bu görüş hukukun gayesi olan çatışan menfaatler dengesini kuramamaktadır²⁹⁹. *Soğurma (imtisas) görüşüne* göre, hangi tipe ait unsur daha önemli ise o tipe dair hükümler “*bütün sözleşmeye*” uygulanmalıdır. Bu görüşün de sözleşme içeriğinin farklı hükümlerin uygulanması iradesi içermesi nedeniyle, kural olarak, PPP hukuku ile bağdaşır olmadığı kanısındayız. *Birleştirme görüşünde* ise her edime, ait olduğu sözleşme tipine dair hükümler uygulanmalıdır. Bu görüşün, kural olarak, PPP projelerinin yapısına uygun olacağı durumların bulunacağı kanısındayız. Ancak, uygulanacak hükümlerin çatışması halinde ne olacağı bu görüşte izah edilememektedir³⁰⁰. Ayrıca, bu görüşün, karma sözleşmelerdeki yapısal bütünlüğü bozduğu da ifade edilmektedir³⁰¹. Burada bir hususun nazara alınması gerekmektedir; PPP sözleşmeleri bu edimlerin basit bir toplamından değil, bir sentezinden ibarettir³⁰², yani birden fazla akit tipinin özelliklerini ihtiva eden tek bir akit mevcuttur ve bu akdin kendine has bir anlam yapısı, yani, unsurlarını ihtiva ettiği tiplerden farklı bir niteliği bulunmaktadır³⁰³. Bu nedenle, yapılacak yorumların da bu muvacehede yapılması gerekmektedir. *Yaratma veya kıyas görüşü* ise karma sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş olmaması nedeniyle kanun hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu görüş MK m.1 hükmünün yapısına uygun düşmektedir ve Türk hukukunda da bu görüş benimsenmektedir³⁰⁴. Bununla birlikte, PPP sözleşmesinde tarafların akit yapma iradesi

²⁹⁸ KUNTALP, a.g.e., s.78.

²⁹⁹ KUNTALP, a.g.e., s.127.

³⁰⁰ KUNTALP, a.g.e., s.133.

³⁰¹ ARAL, a.g.e., s.57.

³⁰² YAVUZ, a.g.e., s.12.

³⁰³ KUNTALP, s.g.e., s. 62, 133.

³⁰⁴ YAVUZ, a.g.e., s.12; ZEVLİLER, a.g.e., s.43, dipnot 51’de anılan yazarlar.

birleştirme teorisinin uygulanmasına uygun ise birleştirme teorisinin terkin gerektirecek bir durum bulunmamaktadır. Bu teorisinin uygulanması halinde de boşlukların doldurulması, çelişen hükümlerin yorumlanması yine MK m.1 kapsamına girmektedir. Kanaatimizce, sözleşme hükümlerinin yorumunda ve boşluk doldurmada akdin niteliği ve menfaatler dengesi açısından, kullanılan ifadeler tek tek değil akdin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirilerek tarafların akit yapma iradesi esas alınarak³⁰⁵, benzer sözleşmelerdeki genel işlem şartları ve mahkeme içtihatları³⁰⁶, yerli ve yabancı doktrin de dikkate alınarak, borçlar hukukunun ilkeleri muvacehesinde, somut sorunu çözecek nitelikte ve tarafların farazi akit yapma iradesini akitten tesbit ederek, bu mümkün olmazsa işin mahiyetinden bu durumdaki iki kişinin nasıl bir akit yapacağını öngörerek, teamülleri de nazara alarak bir yorum yapılmalıdır³⁰⁷. Sözleşmede hüküm bulunmayan durumlarda boşluk doldurma için yukarıda zikredilen yorum yöntemlerinden hangisinin ne ölçüde benimseneceği belirlenmeli ve bu hususta da hakime esneklik tanınmalıdır.

3.2. PPP PROJE MODELLERİNDE KULLANILAN TEMEL HUKUKİ KURUMLAR

Türk hukukunda proje finansman alanının kilitlenmesinin en önemli nedeni kamu tarafı ile yapılacak sözleşmelerde modellerin sınırlandırılmış olmasıdır. 3996 sayılı kanun “*numerus clausus*” ilkesine tabi olduğu için 3996 kapsamında alternatif modeller üretilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Özelleştirme Kanunu Türk Hukukunda izin verilen modellerin çoğunu bünyesine almış ve 18/A maddesinde de, “*İşin Gereğine Uygun Sair Hukukî Tasarruflar*” ibaresine yer vermiş ise de uygulamada bu madde etkili şekilde kullanılmadığı için sistem zaafına neden olunmuştur. PPP yöntemlerine bakıldığında kendi içinde çok fazla çeşit bulunduğu görünmekle birlikte bunların sistematik olarak kategorize edilmesinde ortaya çıkan görüntü belirli ana kategorilere odaklanmaktadır. Bu ana unsurlar ise şunlardır; (1) *Yapım*, (2) *Kiralama*, (3) *İşletme Hakkının Verilmesi*, (4) *Ortaklık*, (5) *Menkul Kıymetleştirme*, (6) *Sınırlı Ayni Hakların Tesisi*. Bu unsurlardan en uygun olanını ve/veya olanlarını seçip birleştirerek modeller oluşturulacaktır.

Hukukî yapının oluşturulması, iktisadi geri dönüşüm modelinin oluşması ile de ilgilidir. İktisadi geridönüşüm modeli ile hukukî yapı birlikte şekillenmektedir. PPP projesinin iktisadi geridönüşüm modelinde pek çok öge birlikte veya ayrı ayrı kullanılabilir. Bu tür öğelerin PPP projesinin iktisadi geridönüşüm modelinde kullanılması, söz konusu

³⁰⁵ Bu unsurlar karma sözleşmelerin temel unsurudur. KUNTALP, a.g.e., s.135, 139.

³⁰⁶ KAPLAN İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007, s.113-114.

³⁰⁷ AKSOY DURSUN Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, s.95-96.

projenin karakteristik özelliklerine göre, özellikle de kamu sektörü ve özel sektör arasındaki arzu edilen risk dağılımına göre tayin edilir. Genellikle iktisadi geridönüşüm modelinde aşağıdaki muhtemel öğelerin bir veya daha fazlasına yer verilir³⁰⁸: (1) *Kullanıcı ücretleri - özel sektör ortağının altyapı veya hizmetin özel kullanıcılarından doğrudan aldığı ödemeler (yol geçiş parası), (2) Kullanım esaslı ödeme – kamu sektörünün, özel sektöre hizmet veya altyapının ne kadar kullanıldığına bağlı olarak yaptığı ödeme, (3) Kullanıma hazır bulundurma bazlı ödemeler- kamu sektörünün, özel sektör ortağına, altyapı veya hizmeti beli bir standartta kullanılabilir hale getirmesi karşılığında yapılan ödemeler*³⁰⁹, (4) *Performans bazlı ödemeler - hizmetin kalitesine bağlı olarak yapılan ödemeler. İndirimler, hizmetin sunulmamasının önemini yansıtacak şekilde yapılmalıdır ve buna göre hizmet verilmemesi durumunda ödeme yapılmamalı, ancak önemsiz nitelikteki hataların karşılığında küçük indirimler yapılmalıdır (sürekli hizmet sunulmaması halleri haricinde hariç)*³¹⁰.

Aşağıda örnekleri verilen hukuki modeller ile birlikte değerlendirmesi yapılacak olan iktisadi geridönüşüm modelinin işleyebilir olması ve bunun sonucu olarak da projenin iktisadi olarak “kredilendirilebilir/bankable” olması sağlanmadığı sürece proje fizibl olmayacaktır. Bu müzakerelerde göz önünde tutulan ana sorunlar şöyledir³¹¹: (1) *Verilecek hizmet, üretim şartnamesinde açıkça tanımlanmalı ve ölçülebilir olmalıdır (miktar ve kalite olarak). (2) Sözleşmeyi yapan kamu idaresi, belirlenen standartlardaki hizmetin tamamen sağlanmasından önce ödeme yapmaya başlamamalıdır. (3) İktisadi geridönüşüm modeli, bir hizmetin sunulması için gereken girdi gereksinimlerine göre değil verime göre (örneğin kullanıma, hazır bulunma ve performans) belirlenmelidir. (4) Kullanım ödemeleri öngörülebilir ölçülere göre belirlenmeli (örneğin bir yoldaki trafik hacmi), hazır bulundurma ödemeleri objektif ölçülere dayanmalı ve performans ödemeleri, sözleşme döneminde ölçülebilecek standartların elde edilmesine dayanmalıdır. (5) İktisadi geridönüşüm modelinde, yetersiz performansa göre indirimler yapılmalıdır. (6) Amaç sonuç karşılığı ödeme yapmak olduğu için, iktisadi geridönüşüm modeli genellikle kesin öğeler içermeyecektir. (7) İktisadi geridönüşüm modeli kredilendirilebilir (bankable) olmalıdır. Özel sektör teklif verenleri ve bunların finansörleri makul şartlar altında gelir-gider akışını biçimlendirmelidir ve kamu sektörü kendi maliyetlerini biçimlendirmeli ve sınırlandırmalıdır.*

³⁰⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 47-48.

³⁰⁹ **DARE Joss**, Roads, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: AVERY Nicholas, London 2006, s. 18.

³¹⁰ **DARE**, a.g.e., s. 19.

³¹¹ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 48-49.

Bir iktisadi geridönüşüm modeli geliştirildiğinde, ana amaçların başlangıçta belirlenmesi zorunludur. Her PPP modeli her projeye uygun değildir³¹², projeye uygun modelleme yapılması önem taşımaktadır. İktisadi geridönüşüm modeli projenin temel karakterine uygun olmalıdır. Örnek olarak bir iktisadi geridönüşüm modelinin neredeyse tamamen kullanım bazlı ödemeye dayalı olması, yüksek ve sabit talep profilli hizmetler için uygun olmaz çünkü kamu sektöründen ihale edilene aktarılan risk az olur. Böyle bir durumda performans bazlı ödeme daha uygun olacaktır ve diğer tarafın var olan hizmeti geliştirmesinde teşvik edici bir rol oynayacaktır³¹³. Dolayısıyla, işleyebilir bir sistem kurulması ve “kredilendirilebilir/bankable” bir model kurulması dikkatli bir çalışma yapılmasını gerektirmektedir. Özellikle, proje risklerinin iyi analiz edilmesi ve sözleşmeye de bunun yansıtılması gerekmektedir.

Projelerde kullanılacak hukuki modeller de projenin gerçekleşmesine ve iktisadi geridönüşüm modelinin işleyebilmesine doğrudan etkilidir. Modellerin aşağıdakiler ile sınırlı olmadığını, aşağıdaki sayımın sadece örnek kabilinden verilmiş olduğunu burada bir kez daha vurgulamamız gerekmektedir. Modellerden en yaygın olanları International PPP Platform tarafından hazırlanan kanun tasarısında aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir;

- a) **Yap-İşlet-Devret Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından gerekli hallerde tasarlandığı, finanse edilerek yapıldığı, işletildiği ve belirlenen süre sonunda idareye devredildiği modeldir.
- b) **Yap-İşlet Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından gerekli hallerde tasarlandığı, finanse edilerek yapıldığı, işletildiği ve eser mülkiyetinin özel sektörde kaldığı modeldir.
- c) **Yap-Kirala Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından tasarlandığı, finanse edilerek yapıldığı, belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hallerde yatırım kapsamındaki mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yapımcı tarafından işletildiği ve eserin mülkiyetinin kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir.
- d) **İşletme Hakkı Devri Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde İdarelerin aktifindeki mal veya hizmet üretim birimlerinin bir bütün olarak veya kısmen, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bir bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının özel sektöre verildiği modeldir.

³¹² ÜNÜVAR, a.g.s., s. 43.

³¹³ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 48-49.

- e) **İşletme - Bakım Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde; su temini ve atık su arıtma tesisi, kanalizasyon sistemleri, katı atık işleme üniteleri, yol bakımı, park ve oyun alanları peyzajı, bakımı ve benzeri hizmetlerin bir bedel karşılığında belli süre ve şartlarla yapımı, işletilmesi ve bakımı ile ilgili faaliyetlerin özel sektöre verildiği modeldir.
- f) **Tasarla-Yap Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde; yollar, otoyollar, hapishaneler³¹⁴, su ve atık su işleme istasyonları, kanalizasyon sistemleri ve benzeri tesislerin kamunun standart ve ihtiyaçlarına uygun olarak tasarlanması ve inşasının, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bir bedel karşılığında özel sektöre verildiği modeldir. Ayrıca bu modelin içinde tasarlama ve yapım unsurunun tamamlanmasından sonra bakımını yapma unsuru da uygulanabilmektedir. Bu durumda ‘tasarla-yap-bakımını yap’ modeli söz konusudur³¹⁵.
- g) **Geliştir-İşlet Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde; İdarelerin aktifindeki mal veya hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bir bütün olarak veya kısmen, modernizasyon veya genişletme yatırımı yaparak işletilmek üzere bir bedel karşılığında belli süre ve şartlarla yapımçı tarafından işletildiği ve eserin mülkiyetinin işletme dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir.
- h) **Ek Yatırım Yap - Tüm Tesisi İşlet - Ek Yatırıma Sahip Ol Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde; özel girişimcinin, mevcut bir kamu yatırımına ilave bir yatırımı yapması karşılığında, ilave yatırımın da dahil olduğu tüm tesisin belirli bir süre işletme hakkına sahip olduğu ve işletme dönemi sonunda, sözleşmede hüküm bulunması halinde ilave olarak yaptığı yatırıma sahip olma hakkını da elde edebilmesinin mümkün olduğu modeldir.
- i) **Yap-Devret-İşlet Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, uzun süreli işletme hakkının leasing³¹⁶ yolu ile yapımçı özel sektöre verilmek üzere, mülkiyetinin kamuya devredildiği modeldir.
- j) **Yap-İşlet-Sahip Ol-Devret Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde bir eser tasarlanması, finanse edilerek yapılması ve

³¹⁴ SMITH, a.g.e., s. 96.

³¹⁵ SMITH, a.g.e., s. 96.

³¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.; KOÇ Mehmet, Finansal Kiralama (Leasing), İstanbul 2004; ALTOP Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

işletilmesine ilişkin olarak bir franchising anlaşması yapılarak özel sektöre bazı imtiyazların verildiği, gerekli hallerde eserin özel sektöre yeniden tasarlandığı, finanse edildiği, yapıldığı ve eserin mülkiyetinin belli bir süre için özel sektöre devredildiği ve süre sonunda mülkiyetin kamuya iade edildiği modeldir.

- k) Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde bir eserin tasarlanması, finanse edilerek yapılması ve işletilmesinin özel sektöre verildiği, sözleşme süresince belirli performans standartlarında sunduğu hizmet karşılığında özel sektöre ödeme yapılan, eserin mülkiyetinin kamuda kaldığı modeldir.
- l) Tasarla-Yap-İşlet Modeli:** Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde eserin tasarlanması ve yapılması için gereken finansmanın kamu sektörü tarafından sağlandığı, ancak işletilmesinin yönetim ücreti ödenerek özel sektöre devredildiği modeldir.
- m) Menkul Kıymetleştirme:** Mevcut veya yapılacak bir varlığın kendisinin ve/veya bu varlığı aktifinde bulunduran şirketin menkul kıymetleştirilmesidir.
- n) Ortaklık:** bir projenin geliştirilmesi veya gerçekleştirilmesi ve/veya finansman katkısı sağlanması amacıyla kamu kuruluşları, özel sektör ile kamu nakdi ve/veya aynı sermaye karşılığı gelir ortaklığı ve/veya ortaklık kurulmasıdır. Ancak, ortaklık kurulması halinde kamu payı %49'u geçemez.

Özelleştirme tecrübelerinden bakıldığında; hukuki yöntemler, kamu ile özel sektörün ilişkisinin ne şekilde olacağını ve işletme biriminin veya varlığın ne şekilde özel sektöre devredileceğini belirler³¹⁷. İşin gereğine göre belirtilen yöntemlerden hangilerinin uygulanacağına ÖYK/KPYK tarafından karar verilir. Bununla birlikte uygulamada görülmektedir ki ÖYK kararlarında alternatifli olarak uygulanabilecek özelleştirme yöntemleri belirtilmekte ve bunlardan bir veya birkaçının uygulanması konusunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yetkilendirilmektedir³¹⁸. Yöntem belirlenirken, projenin özellikleri ve içinde bulunduğu şartlar dikkate alınarak³¹⁹ belirlenmesi süreci kolaylaştırıcı etki doğurur. Bazı hallerde bir proje için birden fazla yöntem birlikte kullanılabilir. Ancak sürecin sağlıklı yürütülebilmesi için, yöntemlerin analizi iyi yapılmalı ve gereksiz usullerden kaçınılmalıdır. Örneğin, bir mal ve hizmet biriminin, mülkiyeti kamu kuruluşunda saklı

³¹⁷ YAŞAR Süleyman, Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi, İstanbul 2007, s. 54.

³¹⁸ KARABABA Serdar, “Halka Arz Yoluyla Özelleştirme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 12, Ağustos 2007, s. 32.

³¹⁹ BAYTAN, a.g.e., s. 114.

kalmak kaydıyla, sadece işletme hakkı devrediliyorsa, “işletme hakkının verilmesi” yöntemi; eğer bir mal ve hizmet üretim birimi değil de, aktif varlıkların kullanım hakkı devrediliyorsa “kiralama” yönteminin uygulanması gerekir³²⁰. Genellikle eldeki *projenin gereklilikleri* yöntemi belirleyici olacaktır. Ancak, istisnai durumlarda yüklenici adaylarının teknik yaklaşımları, farklı bir teknik ile aynı veya daha iyi sonuca ulaşma imkanı bulunması da yöntemi belirleyici olacaktır. Yöntem belirleme sürecinde de yukarıda verilen ana unsurlardan bir veya birkaçı kullanılabileceği gibi bunların bileşiminden elde edilen çok değişik yöntemlere ulaşılması mümkündür. İşte bu bileşimler ile elde edilen isimsiz sözleşmeler PPP hukukunun belirleyici yanını oluşturmaktadır. İsimsiz sözleşme kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler demektir. Kendisine özgü yapısı olan sözleşme, karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler hepsi bu “isimsiz sözleşmeler” adı altında toplanır. Biz bunlara isimsiz sözleşme yada atipik sözleşme diyoruz. Kanunda düzenlenenlere de isimli sözleşme diyoruz bu anlamda “isimsiz sözleşme” demek daha doğru olur³²¹.

Bu nedenle PPP sözleşmelerinde düşünülen projelerin yöntemlerini belirlemek önemlidir. Bu yöntemi belirlerken de, projenin yapısı ve şartları dikkate alınarak bir analiz yapılmalıdır. Yöntem belirlemeye ilişkin kararda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, bu takdir yetkisi kanunda belirlenen yöntemler ile hesaplanan en avantajlı yöntemin bulunması amacına matuftur. Dolayısıyla, burada idarenin görevi en avantajlı yöntemin belirlenmesinden ibarettir. İdarenin takdir yetkisi de yerindelik denetimi sınırlarına varmamak kaydıyla hukuki denetime tabidir. *Burada yargısal denetim, Mahkemenin değer tesbit komisyonu görevi görmesi şeklinde işletilmemelidir.* İdare tarafından belirlenmiş bulunan yöntemin en avantajlı yöntem olmadığı dosya kapsamında isbatlanmadığı sürece işlemin hukukiliği esastır. Ancak, Mahkemenin bir yöntemin hukuka aykırı olduğuna hükmedebilmesi sadece en avantajlı olan yöntemin belirlenmemiş olmasına indirgenmek gerektir. Bu noktada, en avantajlı yöntemin belirlenmesinde sadece mali açıdan en yüksek rakama ulaşılması değil, *asıl amaçlanan devletin ekonomide “işletmeci” kimliğinden çekilmesinin en hızlı şekilde sağlanması*, serbest piyasa ve rekabet eşitliğinin sağlanması unsurları ana amaç olarak alınmalı, devletin rekabetçi olmayan istihdam sağlaması gibi bir amacı bulunmadığı da nazara alınmalıdır. Dışa açık serbest piyasa ekonomisi uygulamanın birinci gereği işletmelerin uluslararası rekabet edebilir güçte olmalarının sağlanmasıdır. Bunun da en önemli şartı, işletme verimliliğinin sağlanması, işletmelerin kaynaklara ve hedef pazara optimum uzaklıktaki üretim noktalarına kurulmasıdır. Dışa açık serbest piyasa ekonomisinde verimliliği olmayan işletmeleri ayakta tutmanın yolu, suni koruma

³²⁰ BAYTAN, a.g.e., s. 114.

³²¹ KOÇ Nevzat, PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim:154.08.2008

(teşvik/devlet yardımı), tarife ve tarife dışı engeller ve bunlara eş etkili tedbirler uygulamaktır. Bunların hepsi de verimli olmayan işletmeleri vatandaşın ödediği vergiler ile subvanse etmek anlamına gelmektedir ki bu sonucun, serbest piyasa ekonomisi kuralları ile bağdaşmadığı meydandadır. Bu nedenle PPP uygulamalarına yer verilerek devlet ivedilikle “tacir” kimliğinden çıkartılmalıdır.

DPT tarafında hazırlanan taslakta yöntemler sınırlı şekilde belirtilmiştir. Oysa yöntemlerin esneklik sağlayacak şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde uygulamada görülecek değişik ihtiyaçlara cevap verebilecek bir model oluşturulması mümkün bulunmamaktadır. Bu hususta yapılan müzakerelerde, yöntemlerin esnekliğinin sağlanmasının önemli olduğu benimsenmektedir³²². Hatta PPP projeleri için sözleşme hükümlerinin esneklik üzerine kurulması³²³ bir gerekliliktir. Yöntemlerde esneklik sağlanan modelin, yıllarca kullanılabilinecek çok açık bir yöntem olduğu, fakat bunu yapacak grup inisiyatif gösterip farklı şeyleri yapabilecek kapasitede olabilecek mi olamayacak mı bunu öngörmenin gerekli olduğu, buna karşılık, uygulamacıların kesinlikle bu kapasitede olacağı, bununla ilgili, alanında uzman idari yapı oluşturulacağı, yani bu Rekabet Kurulu rekabet hukukunu nasıl eline aldıysa SPK nasıl sermaye piyasalarını eline aldıysa burada da kamu projelendirmelerinde çalışan bu konuda uzman bir ekip oluşturulacağı, bu alanın bir Proje Finansman alanı olduğu ve Kamu alanında “**Project Finance**” uzmanı olan kişilerden olacağı belirtilmektedir. Bu yöntemin bu anlamda daha çok yaratıcı çalışmaya açık olduğu, DPT metninin sırlı sayı modelinin benimsenmesi halinde kilitlenme yaşanacağı, bu yöntemlerin sayıldığı ancak uygulamada, hiçbirine uymayan olaylar ile karşılaşıldığı vurgulanmaktadır³²⁴.

Aşağıda PPP sözleşmelerinde kullanılacak ana modeller verilmiştir, ancak, uygulamada bu modeller genelde yalın olarak kullanılmak yerine birleştirilmiş modeller şeklinde kullanılması gündeme gelecektir. Örneğin kiralamanın tek başına uygulanması değil yap-kirala modeli gibi bir modelde yapım bir unsur, kiralama bir diğer unsur olacaktır. Buna göre, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından tasarlandığı, finanse edilerek yapıldığı, belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hallerde yatırım kapsamındaki mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yapımçı tarafından işletildiği ve eserin mülkiyetinin kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir. Bunun dışında, kirala-

³²² PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008.

³²³ **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

³²⁴ **KEŞLİ Ahmet**, PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008.

rehabilite et- işlet-devret modelinde olduğu gibi, Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, kamuya ait bir eserin özel sektöre belirli bir süre için kiralandığı ve bu eserin özel sektör tarafından tasarlandığı, finanse edilerek yapıldığı veya rehabilite edildiği, işletildiği daha sonra da yatırım kapsamındaki mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yapımcı tarafından işletildiği ve eserde meydana getirilen ilavelerin mülkiyetinin kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir. Bunun gibi ihtiyaçların gerektirdiği sayıda modelin üretilmesinin mümkün olduğu PPP sistemi içinde kiracı veya kiralayanın da bazı durumlarda kamu veya bazı durumlarda özel sektör olabileceği sınırsız model geliştirilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle de PPP sözleşmelerinde kamu ile özel sektörün işbirliği ile bir hizmeti sunmasının önünü açması ve sistemin işleyebilirliğinin ön şartı olması sebebiyle modellerin esnek bırakılması olmazsa olmaz bir şart durumundadır. Modellerin esnek bırakılmasına ilişkin kanun maddesinin de uzun ve kendi içinde bir bütünlük arz edecek şekilde yapılması halinde komisyonlarda ve kurullarda görüşülmesi aşamasında bu bütünlüğün bozulmasının zorlaşacağı da belirtilmektedir³²⁵.

3.2.1. ESER MEYDANA GETİRME - YAPIM

PPP uygulamalarında benimsenen modellerin birçoğunda ana unsurlardan biri, hatta birincisi olarak bir eser meydana getirme – yapım unsuru yer alır. Hatta PPP’yi özelleştirmeden ayıran en önemli unsurlardan birisi de budur³²⁶. Gerçekten kamu mal ve hizmetlerinin kamu özel sektör işbirliği/ortaklığı ile sunulması, kamu kesiminin kendi üzerinde var olan sabit harcama yükünü azaltarak adeta özel sektörden kamu sektörüne yapılan bir finansman ile yaptırmasıdır. Bu kapsamda yüksek miktartlı yatırımlar gerektiren yapım işini de söz konusu projenin tamamlanması sonucu üretilcek mal veya hizmeti sunarak geridönüşümünü sağlayacak olan özel sektöre vermesidir. Dolayısıyla genellikle yapım unsurunun bulunduğu PPP projelerinde, bu unsurun hemen yanında finansman aracı

³²⁵ PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008. “Birinci yöntemi, ikinci yönteme aktarmak da mümkün olabilir. Önce genel kavramlar açıklanır sonra model örnekleri verilir görüşü tartışıldı ve kabul edildi. **Böylece sorunun çözülmüş olacağı, hatta bu madde uzun olur ve müdahale edilmesi zorlaşır.** Birinci modelle ikinci modelin birleştirilmesine karar verildi. Böylece bu kanunun yıllar boyu güncelliğini koruyacağı vurgulandı. Önce tanımlar, yani modeli oluşturan komponentler, sonra dünyada kullanılmakta olan modeller örnek olarak verilmesi sonra da bir torba hüküm ile bu modellerin her türlü bileşiminin kullanılabilceğinin belirtilmesi ile bu maddeye son halinin verilmesine karar verildi.”

³²⁶ Ülkemiz uygulamalarına bakıldığında, hem PPP hem de özelleştirme uygulamalarının birleştirilmiş olduğu veya sadece PPP modeli olan bazı ihalelerin sadece özelleştirme işlemiymiş gibi değerlendirildiği görülmektedir. Kamudan özel sektöre her türlü varlık/hak transferi özelleştirme olarak algılandığı için PPP ve özelleştirme farkı yerine oturtulamamaktadır.

olarak bir unsur bulunmaktadır. Bu unsur kiralama veya işletme olabileceği gibi diğer unsurlar da söz konusu olabilir.

3.2.1.1.Yapım Unsurunun Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümler

PPP projelerinde yapım unsuru çerçevesinde bir eserin meydana getirilmesi, onarılması, bakımı, rehabilite edilmesi, bir şeyin kurulumu, kaldırılması gibi bir sonucun meydana getirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla burada yüklenici tarafından bir eserin meydana getirilmesi üzerine kamu ile anlaşma söz konusudur. Bir eserin meydana getirilmesi borcu, taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile idare tarafından özel sektöre yükletilmektedir. Özel sektör ise anlaşma çerçevesinde bir karşılık ile bu eseri yapmayı üstlenmektedir. Burada Borçlar Kanunu kapsamında bir eser sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişkinin ortaya çıktığı görülmektedir. BK m.355 lafzında bu sözleşme; ‘*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey*³²⁷ imalini iltizam eder.’ olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi eser sözleşmesinin tarafları “yüklenici” ve “eser sahibidir”³²⁸. PPP projesi çerçevesinde yer alan yüklenici (özel sektör) ile eser sahibi (idare) arasındaki ilişki ile BK istisna akdindeki yapım unsuru önemli benzerlikler göstermektedir. En azından yüklenici unsuru önemli ölçüde benzerlik arz etmektedir.

Borçlar Kanunu’nun istisna sözleşmesi ile PPP sözleşmesindeki yapım unsurunun birbirine benzer yanları bulunmakla birlikte aralarında farklılıklar da bulunmaktadır. Bu durumda sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi de değerlendirmeye alınmalıdır. Yapılacak PPP kanununda bu konuda özel bir düzenleme yer almaması durumunda³²⁹ yapım unsuruna ilişkin çıkacak uyuşmazlıklarda, sözleşme hükümleri ışığında yorum yapılarak Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri ve istisna akdine dair hükümlerinin de sözleşmeye uygunluğu nisbetinde taraf menfaatleri ve akit yapma iradesi muvacehesinde uygulanması gerekmektedir. Zira kanaatimizce ortada bir karma sözleşme bulunduğu için

³²⁷ **KOÇ Nevzat**, PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim:154.08.2008, “‘Şey’ hukuki bir terimdir. “Şey” mal anlamında da kullanılabilir. “Şey “sözü Borçlar Kanunu Tasarısında da yer yer geçmiştir. Çok fazla olmamakla birlikte “şey” sözcüğü Borçlar Kanunu Tasarısında kullanılmıştır. Ama tabii mal demeniz gerekiyorsa mal demeyi tercih edebilirsiniz’.

³²⁸ **YAVUZ**, a.g.e., s. 318; **ŞENOCAK Zarife**, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 5; **KARATAŞ İzzet**, Eser –İnşaat Yapım- Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 22; **DUMAN İlker Hasan**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2005 s. 31.

³²⁹ Kanaatimizce bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmasına gerek de bulunmamaktadır. Zira, Borçlar Kanunu her türlü sözleşmeye ve isimsiz sözleşmelere uygulanmaya yetecek kadar geniş bir hukuki rejim kurmuştur. Bu konuda da Borçlar Kanunu’nun uygulanması meselenin sonuca ulaşmasını sağlayıcı olacaktır.

BK'nın özel hükümlerinin de uyarlanması mümkün bulunduğu kanısındayız³³⁰. Ancak, tek parametre ile bakılmasının yanlış sonuçlar verebileceği nazara alınarak, sözleşmedeki sair karakteristik edimler ile de uyumlu sonuçlara ulaşılabilecek yorum şekli benimsenmelidir.

PPP uygulamaları kapsamında yapımın, istisna akdinden farklı olarak sadece karşılıklı bir menfaat ilişkisi değil, sözleşme konusu olan bir kamu hizmetinin sunulması söz konusu olduğu için hizmetin sunulmasına ilişkin kamu yararının da korunması gerekmektedir. Bunun yanında özellikle Kurumsal PPP uygulamalarında SPV bünyesinde yer alan bütün menfaat sahiplerinin menfaatlerinin korunması da esas alınmalıdır. Bu bağlamda özellikle unutulmaması gereken husus SPV'nin varlık sebebi; yatırımcılarının kazanç elde etmesi fakat kamunun da bir kamu hizmetini sunmasıdır. PPP ile özelleştirmeyi ayıran en önemli unsurlardan birisi de bu noktada yatmaktadır. Özelleştirmeden farklı olarak PPP sözleşmelerinde bir kamu hizmetinin sunulması amacına matufen yapılan sözleşme sözkonusudur.

3.2.1.2. Yapım Unsurunun Özellikleri

Yapım unsurunun özellikleri analiz edilirken, sözleşmenin niteliği, tarafları ve konusu açısından analiz edilmesi gerekmektedir.

3.2.1.2.1. PPP Projelerinden Yapım Unsurunun Niteliği ve Tarafları

Yapım unsurunun yer aldığı projelere ilişkin sözleşmeler eser sözleşmeleri gibi tam iki tarafa borç yükleyen³³¹, rızai³³² ve ivazlı³³³ akitlerdir. Yüklenici eser meydana getirme borcu açısından bağımsız bir şekilde işini görmektedir³³⁴. Eser meydana getirme

³³⁰ Bu hususta ayrıca bkz “3.1.3.6.4.2. Kiralananın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Temliki” kısmındaki sui generis ve karma sözleşme tartışması ve sonuçları.

³³¹ **YALÇINDURAN Türker**, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 42; **ARAL**, a.g.e., s. 316; **YAVUZ**, a.g.e., s. 322; **EREN Fikret**, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 51 (**EREN**); **ŞENOCAK**, a.g.e., s. 27; **KARATAŞ**, a.g.e., s. 23; **GÜRPINAR Damla**, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 17; **KARAHASAN Mustafa Reşit**, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1996, s. 100; **OLGAÇ Senai**, İstisna Akdi, İstanbul 1966, s. 5 (İstisna).

³³² **YAVUZ**, a.g.e., s. 322; **ARAL**, a.g.e., s. 316.

³³³ **EREN**, a.g.e., s. 51; **DUMAN**, a.g.e., s. 29; **GÜRPINAR**, a.g.e., s. 17. Ancak, PPP konusunda bu ivaz meselesi istisna sözleşmeleri ile tam olarak örtüşmemektedir.

³³⁴ İş görme edimini içeren sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak yapılabilirliğinin BK. m. 386/2 açısından ayrıntılı incelemesi için bkz.; **KAYIHAN Şaban/ GÜNERGÖK Özcan**, Borçlar Kanunu M. 386/f.2

borcu, yüklenicinin belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifa sözkonusu olmadığı³³⁵ için ani edimli bir borç³³⁶ olarak kabul edilmektedir³³⁷. Bununla birlikte, uzun süreli yapım unsuru içeren sözleşmelerde yüklenicinin borçlandığı edim sürekli edimlere benzediği için doktrinde sürekli sözleşme³³⁸ benzeri olarak da nitelendirilmektedir. Bunun nedeni ise, teslim borcunun teslimden önce devam edegelen bir yapım faaliyetini de içermesidir³³⁹. Doktrinde bazı görüşler hem müteahhidin uzun zamana yayılmış iş görme ediminin mevcudiyetini hem de iş görmenin sonucunu içeren eser meydana getirme borcunun varlığını içeren bütüncül bir sözleşme olduğundan eser sözleşmesinin geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme olduğunu dile getirmiştir³⁴⁰. Buna benzer olarak PPP sözleşmeleri genel olarak yapım unsurunu içerse de sözleşmenin bütünü itibarıyla her zaman ani edimli sözleşme olması sözkonusu olmayacaktır, hatta çoğu zaman, sözleşmenin yapım unsuru ani edimli olsa da PPP sözleşmesinin kendisi sürekli borç ilişkisi niteliğinde olacaktır³⁴¹. Zira PPP sözleşmeleri, taraflar arasında edim ifası ilişkisinin yıllara sari olarak devam ettiği bir sözleşmedir. Ancak, burada sözleşmenin “yapım” unsuru ile sınırlı olarak yapılan analizinde klasik anlamda bir eser meydana getirmenin taahhüdü sözkonusudur. Bu yönüyle de akdin bu kısmına ilişkin edim ani bir edim niteliğindedir. Akdin sair kısımlarına ilişkin edimlerin devam edecek olması, akdin eser meydana getirmeye ilişkin kısmındaki edimi ani edim olmaktan çıkartmamaktadır, şu kadar ki, bakım onarım yükümlülüğü de varsa durum değişebilmektedir.

PPP Sözleşmesinin tarafları açısından ise bir tarafta her zaman idare (kamu) yer alırken diğer tarafında yüklenici (özel sektör) yer alacaktır. Yukarıda, ilkeler kısmında ve örnek modellerde de belirtildiği üzere “*kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde....*” Hukuki münasebetlerin tesisi sözkonusu olmaktadır. Ayrıca, ilkeler arasında da “*Başka Bir Kamu Biriminin Aday veya İstekli Olamaması*” kuralı gereğince akdin tarafları her zaman kamu ile özel sektördür. Aşağıda SPV modelleri içinde de

Karşısında İsimli İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı, C. II S. 1, 1998, s. 275 vd; **YAVUZ**, a.g.e., s. 322.

³³⁵ **ARAL**, a.g.e., s. 316.

³³⁶ **AYRANCI Hasan**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003, s. 90.

³³⁷ **YALÇINDURAN**, a.g.e., s.42; **YAVUZ**, a.g.e., s. 322; **EREN**, a.g.e., s. 52.

³³⁸ **AYRANCI**, a.g.e., s. 91.

³³⁹ **EREN**, a.g.e., s. 52.

³⁴⁰ **ŞENOCAK**, a.g.e., s. 12, Aynı yönde, **GÜRPINAR**, a.g.e.,s. 19.

³⁴¹ Aynı yönde, **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 113 vd.

belirtildiği üzere, yüklenicinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkün bulunmaktadır. İdare sözleşme konusu eserin teknik şartnamesini hazırlayan durumunda iken yüklenici her zaman özel sektör olmak zorundadır. Yapılan sözleşmenin PPP sözleşmesi olabilmesi için KİT, BİT, İDT gibi kamusal yönü bulunan işletmelerin veya sair kamu kurum ve kuruluşlarının sözleşmenin yüklenici tarafında yer alması mümkün bulunmamaktadır. Yukarıda “ilkeler” kısmında da belirtildiği üzere, “projelerde başka bir kamu biriminin aday ve/veya istekli olması” PPP Hukuku ile bağdaşır bulunmamaktadır.

PPP projelerinin eser meydana getirme unsuruna ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir³⁴². Ancak ispat açısından sözleşmenin yazılı olmasında pratik ve hukuki yararlar vardır. PPP uygulamalarında da çıkabilecek aksamaları önlemek amacıyla, yapım unsuru içeren sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Ortada bir yazılı sözleşme olmaması idarenin denetimi açısından da sorun olabilecek niteliktedir. Kaldı ki, ihale ile yapılan bir işin sonuçta bir yazılı sözleşmeye bağlanmamış olması ihtimali sadece teorik bir ihtimaldir.

3.2.1.2.2. Yapımın Konusu

Yapım unsurunun konusu bir eser meydana getirmektir. Eser ise yüklenicinin ortaya çıkartmayı veya meydana getirmeyi taahhüt ettiği “*sonuçtur*”, bu sonucun da “*bir eser meydana getirme*” şeklinde algılanması gerekmektedir³⁴³. Proje kapsamında ‘*eser*’ olarak nelerin yer alacağı bugün için genel olarak kabul edilen görüşe göre; insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşü sergileyen ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık maddi nitelikte olsun veya olmasın eser sayılır³⁴⁴. Borçlar Kanunda bir eser meydana getirip teslim etme “*eser sözleşmesi*” içinde düzenlenmiştir³⁴⁵. Sözleşmenin konusu bu sözleşmenin

³⁴² YAVUZ, a.g.e., s. 321.

³⁴³ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 305; DAYINLARLI Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1993, s. 6; YAVUZ, a.g.e., s. 319; EREN, a.g.e., s. 55; KARAHASAN M. Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, Ankara 1979, s. 61; OLGAC Senai, İstisna Akdi, İstanbul 1966, s. 446(İstisna); ERGEZEN Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 33; GÜRPINAR ,s. 18.

³⁴⁴ OLGAC, İstisna, s. 2; ARAL, a.g.e., s. 317; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 305; KARATAŞ, a.g.e., s. 23; ŞENOCAK, a.g.e., s. 12.

³⁴⁵ KOÇ Nevzat, PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim:154.08.2008; “Tabii ki borçlar kanunda bir eser meydana getirip teslim etme “*eser sözleşmesi*” içinde düzenlenmiştir. Borçlar kanununda da biz bir tipik sözleşme olarak eser sözleşmesi hükümlerine yer veririz. Ama uygulamada eser sözleşmesinin çok farklı şekillerde ortaya çıktığı bilinmektedir. Mesela kat karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Ama biz onu düzenlerken onun bir karma sözleşme olması nedeniyle borçlar kanunu

gerçekleşmesi için yapılan çalışmanın kendisinden çok, çalışmanın sonucu olarak meydana getirilen objektif olarak gözlenmesi kabil maddi veya maddi olmayan eserdir³⁴⁶. Bir insan emeği ürünü olarak hukuki bir bütün halinde mana ifade eden ve iktisadi değeri olan, objektif olarak saptanma imkanı bulunan her hukuki varlık maddi olsun olmasın eser sayılır³⁴⁷. PPP projeleri çerçevesinde yer alan yapım unsuru da dar yorumlanmamalı ve geniş manada esere tekabül etmelidir. Bu bağlamda, yazılım programı yapılması, web sitesi yapılması, motorlu araç yapılması, silah yapılması, askeri araç yapılması, gemi yapılması ve sair aklın sınırları içinde yer alan her türlü eserin meydana getirilmesi PPP Hukuku anlamında bir eser meydana getirme (yapım) olarak değerlendirilebilir. Örneğin, Belçika’da ulusal kültürel varlıkların elektronik olarak arşivlenmesi ve bu arşivin elektronik ortamda kullanıma sunulması projesi, üzerinde çalışılarak yatırımcı ilgisine açılmıştır. Bu proje kapsamında bakıldığında ortada bir bina inşası unsuru bulunmamakla birlikte bütün kültür varlıklarına, kitaplara, makalelere, gazetelere ve sair eserlere elektronik ortamda ulaşımı sağlayacak bir yazılım geliştirilmesi ve bu eserlerin tamamının elektronik olarak arşivlenmesi işinin yapılması bir yapım yükümlülüğüdür ancak proje kapsamında bir bina inşası unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenle yapım unsurunun “*eser meydana getirmek*” şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ülkemizde DPT tarafında yapılan PPP Kanunu Taslağında yapım unsurunun mutlaka bir inşaat faaliyeti olarak algılanması söz konusudur, oysa yukarıda da açıklandığı üzere, yapım unsuru kamunun bütün ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde geniş ifade edilmeli ve yapım yerine “*eser meydana getirme*” ifadesi kullanılmalıdır.

PPP projelerinde “*yapım*” edimi olarak bir eserin “*meydana getirilmesi*” geniş yorumlanmalıdır. Bunun içine sadece yeni bir eserin ortaya koyulması değil, var olan eserin değiştirilmesi veya onarımı³⁴⁸, ilave yapılması ve ortadan kaldırılması³⁴⁹ gibi her türlü “*sonucun meydana getirilmesinin*” taahhüt edildiği durum dahil edilmelidir.

tasarısında düzenlemedik onlar yine karma sözleşme olarak incelenecektir. Ama biz tipik sözleşmeleri İsviçre’de olduğu gibi tipik sözleşme olarak düzenlemeyi tercih ettik. Bu anlamda eser sözleşmesinin konusunu zaten maddi eserler oluşturabileceği gibi gayri maddi eserler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği tartışması yapılmaktadır. Ama bugün kabul edilen, benimde katıldığım, görüşe göre gayri maddi eser de olsa somut bir biçimde ortaya çıkıyorsa bunu “eser sözleşmesi” olarak görmek gerekir. Örneğin bir diş hekiminin hastanın ağızına protez yapması böyledir, bir sanatçının kaset doldurması gibi durumlar eser sözleşmesi olarak dikkate alınır. Almanya’da bunlar vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilir. Orada eser sözleşmesi diye ayrı bir düzenleme olmadığı için farklı bir durum var. Biz burada bütün bunları bir üst kavram olarak “eser sözleşmesi” adı altında ele alabiliriz.”

³⁴⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 319; ŞENOCAK, a.g.e., s. 17.

³⁴⁷ UÇAR Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 33, ayrıca, yazar eser kavramının maddi ve maddi olmayan varlıklara hasreden görüşlerin tartışmasını da incelemiştir.

³⁴⁸ ARAL, a.g.e., s. 321; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 305; YAVUZ, a.g.e. , s. 320.

PPP projelerinde gündeme gelmesi sözkonusu olacak önemli unsurlardan biri de yapım konusu eserde veya unsurlarında sözleşme süresi boyunca meydana gelecek olan teknolojik değişiminin ve gelişmenin sonuçlarının ne olacağıdır. Yapım konusu eserde yüklenicinin taahhüdü sözleşme anında meydana getirmeyi taahhüt ettiği eserden ibarettir. Bununla birlikte, özellikle hastane gibi teknolojinin sürekli değiştiği/geliştiği ve bu teknolojinin yenilenmemesinin riskli sonuçlar doğurduğu durumlarda yeni teknolojik gelişmeler riskinin kime ait olacağı sözleşmede mutlaka belirtilmelidir. Burada önemli olan hususlardan birisi, PPP projelerinde zaman zaman sözleşme bölgesinde tek bir hizmet merkezi bırakılması sözkonusu olmaktadır. Örneğin bölge hastaneleri yapılması ile il merkezinde tek bir hastane yapılmaktadır. Eğer bu hastane gelişen teknolojiye göre gerekli yatırımları yapmazsa ilkel şartlarda hizmet sunulması sözkonusu olacaktır ki, PPP ile hedeflenenin bu olmadığı son derece açıktır. Öte yandan yüklenicinin de gelişecek teknolojinin maliyetini öngörmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, teknolojik gelişme riskinin yüklenicide olduğunu söylemek de hakkaniyetli bulunmamaktadır. Bu nedenle, yapılacak projelerin finansal ve stratejik modelinin kurulması aşamasında teknolojik gelişmeler riskinin ne olacağı hususunun da müzakere edilmesi ve fakat bunun her zaman yükleniciye yüklenilmemesi gerekmektedir. Riskin riski en iyi yönetecek tarafa ait olması ilkesinin “*emredici*” şekilde mevzuatta düzenlenmesi gerektiği ve bu şekilde de uygulanmasının gerekli olduğu kanaatinde olduğumuz için, teknolojik gelişmeler ile ilgili hususun sözleşmelerde sınırlarının iyi belirlenmesi gerekmektedir. Öte yandan, kamu hizmetinin kusursuz sunulmasının da bu hususta birbirini dengeleyici bir unsur olduğu nazardan uzak tutulmamalıdır.

3.2.1.3. PPP Projelerinin Yapım Unsurunda Yüklenicinin Borçları

PPP projelerinin yapım unsuru ağırlıklı olarak istisna sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Bu nedenle unsurlar analiz edilirken istisna sözleşmelerinin sistematığı de nazara alınarak incelenmesinin bilimsel olacağı kanısındayız.

3.2.1.3.1.İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Borçlar Kanunu eser meydana getirmeyi taahhüt edenin yapacağı işi sadakat ve özen ile yapmasını öngörmektedir. TTK’da da özen yükümlülüğünün uygulama şekline ilişkin çerçevesi doktrince çizilmiş esaslar bulunmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde sadakat ve özen yükümlülüğünün BK kapsamındaki analizi yapıp, özen yükümlülüğünün TTK’daki uygulama şekline ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

³⁴⁹ EREN, a.g.e., s. 56.

3.2.1.3.1.1. Genel Olarak Sadakat ve Özen Borcu

PPP projelerinin eser meydana getirmeye ilişkin sözleşme hükümlerinde bir eser meydana getirme borcu, bu borcun ifasının da sadakat ve özenle yerine getirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu borç bir sonuç taahhüdüdür ve niteliği öncelikle sözleşmede belirlenmiştir. Sözleşmelerde sadakat borcunun iki görünümü söz konusudur. Birincisi; malzeme idare tarafından verildiği takdirde, yüklenicinin malzemenin kullanışı hakkında bilgi vermek ve artanı iade etmek yükümlülüğü vardır. İkinci görünüm ise yüklenicinin, proje devam ettiği sırada idarenin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplardan idareyi haberdar etme yükümlülüğü vardır³⁵⁰. En geniş anlamı ile sadakat borcu yapımın sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesinin dışında, idarenin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlülüklerini içerir³⁵¹. Yüklenici sözleşme konusu projeyi yaparken özen göstermekle de yükümlüdür. Bu borcun ifasında yüklenici, projeyi idarenin zararına olacak şekilde ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınarak yapmalıdır³⁵². Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır. Bu bağlamda öncelikle sözleşme hükümleri sonra da kanuni hükümlerin nazara alınması gerektir. Örneğin tacir sıfatını taşıyan müteahhit TTK m.20’de düzenlenen basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne de tabi olacaktır³⁵³. BK m.96 vd ve m.358/2 hükmü uyarınca; yüklenicinin özen borcunu yerine getirmemesi halinde, şartları varsa, kendisinden müsbet zarar istenebilir veya giderleri yükleniciye ait olmak üzere projedeki yapım işini başkasına yaptırılabilir yada akdin feshi cihetine gidilebilir³⁵⁴. Yüklenicinin projenin yapım unsuruna ilişkin kısmını taahhüt ederken sözleşme konusu sonucu meydana getirmeye yeterli bilgi ve beceri birikimi,

³⁵⁰ ARAL, a.g.e., s. 337; YAVUZ, a.g.e. , s. 326-327; KARATAŞ, a.g.e., s. 98; DUMAN, a.g.e., s. 43; Diğer bir görüş BK. m. 357’ de yer alan bu iki borcu özen borcu içinde değerlendirmiştir, bkz. ; ÖZ Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006, s. 106; ŞENOCAK, a.g.e., s. 27.

³⁵¹ ÖZ, a.g.e. s. 108.

³⁵² ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 312; ÖZ, a.g.e. s. 106; ŞENOCAK, a.g.e., s. 28; KARATAŞ, a.g.e., s. 100.

³⁵³ YAVUZ, a.g.e., s. 328; ÖZ, a.g.e., s. 107; KARATAŞ, a.g.e., s. 102; ERGEZEN, a.g.e., s. 42. PPP sözleşmelerinin karmaşık yapısı ve işlemlerin bir ihale ile yapılması nedeniyle ihaleye katılım şartları yüklenicinin tacir olmasını şart koşturmaktadır. Bu nedenle, PPP sözleşmelerinin tamamında yüklenicinin tacir olması sözkonusu olacaktır. Aşağıda basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün sonuçları incelenmiştir.

³⁵⁴ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 313; SELİÇİ Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 110 vd.; KARATAŞ, a.g.e., s. 100. ERMAN, a.g.e., s. 46.

malzeme, teknik ekipman, araç gereç tedarikini sağlaması ve işin sözleşmeye uygun şekilde ve sürede yapılmasını sağlamaya elverişli plan, proje ve sair teknik iş ve işlemlerin tamamlanmış olup olmadığını da analiz yükümlülüğü de bulunmaktadır³⁵⁵. Yüklenicinin gerekli teknik uzmanlığa sahip olmadığı halde projenin yapım unsurunu alması ve projenin yapım unsurunu sözleşmeye uygun şekilde yerine getirebilmek için gerekli uzmanlığa sahip kişi ve kurumlardan danışmanlık almaması halinde özen borcunu ihlal etmiş sayılacaktır³⁵⁶. Yüklenici projenin yapım unsurunu taahhüt ederken bu unsurun gereği olan her türlü bilgiye sahip olmalıdır ve her türlü bilgiye sahip kabul edilmelidir. Hatta, yüklenicinin işi idareden daha iyi bildiği kabul edilerek kendisine ihale yapılmaktadır. Projenin yüklenicinin taahhüt ettiği sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığının analizi de yüklenicinin sorumluluğundadır. Özellikle rekabetçi diyalog yönteminde yüklenicinin sorumluluğu, idarenin doğru yönlendirilerek/bilgilendirilerek şartnamenin doğru şekilde yapılmasını sağlama yükümlülüğünü de içermektedir. Bununla birlikte idarenin, yükleniciye bu imkanı vermediği durumlarda anılan sorumluluk daha esnektir.

PPP sözleşmelerinde idare, projenin yapımı aşamasında yükleniciyi sözleşmeye uygun şekilde ifade bulunup bulunmadığı hususunda denetleyebilir. BK m.358/2 uyarınca yüklenicinin projeyi sözleşmeye aykırı şekilde yaptığı veya yüklenicinin kusuru nedeniyle ayıplı şekilde yaptığı kesin olarak tahmin edilebiliyorsa projenin *yükleniciye düzeltilmesi* veya *başkasına yaptırılması* imkanı bulunmaktadır³⁵⁷. Bu hükmün uygulanması PPP projelerinde önem arz etmektedir. Zira, projenin sözleşmeye uygun şekilde düzeltilmesini yükleniciden istemek akdi bir edimin ifasını sözleşme ve kanun uyarınca talep etmek niteliğindedir. Ancak, projenin başkasına yaptırılması hususunun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekmektedir. BK m.358/2 hükmünün uygulanmasında *ilk şart*, ayıplı veya akde aykırı bir eser meydana getirmenin projenin yapımı aşamasında tahmin edilmesi ve bu tahminin de kesin bir tahmin olmasıdır. Normal bir istisna sözleşmesinde eserin tamamlanmasından sonra ayıplı olması halinde bu hüküm uygulanmayacaktır³⁵⁸. Ancak, PPP projelerinde, bazı durumlarda, eserin tamamlanması ile eser idareye teslim edilmediği için kanaatimizce PPP projelerinde, projenin niteliği ile uyumlu olduğu ve bu talebin yöneltmesinde hizmete yönelik bir fayda sağlanmasının mümkün bulunduğu durumlarda, eserin idareye devri aşamasına kadar, bunun dışındaki durumlarda her aşamada bu hüküm

³⁵⁵ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 313; DAYINLARLI, a.g.e., s. 30-31; KARATAŞ, a.g.e., s. 102; ŞENOCAK, a.g.e., s. 28.

³⁵⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 328; KARATAŞ, a.g.e., s. 100.

³⁵⁷ ŞENOCAK, a.g.e., s. 31, ERGEZEN, a.g.e., s. 59; ARAL, a.g.e., s. 346.

³⁵⁸ YAVUZ, a.g.e., s. 328.

uygulanabilecektir. Hatta mümkün olduğunca bu hüküm uygulanarak, kamu hizmetlerinin de aksamadan yürütülmesinin sağlanması gerekmektedir. BK m.358/2 hükmünün uygulanmasında *ikinci şart*, sözkonusu ayıp veya akde eser meydana gelmesinde yüklenicinin veya alt yükleniciler dahil yardımcı kişilerin kusurunun bulunması gerekmektedir. Kusursuz imkansızlık halinde bu kusursuz imkansızlığın yüklenici veya alt yüklenicide olmasına bakılmaksızın sorumluluktan kurtulması sözkonusu olacaktır. BK m.358/2 hükmünün uygulanmasında *üçüncü şart* ise, müteahhide düzeltme için bir mehil verilmesidir. İdare tarafından yükleniciye makul bir mehil verilmesi ve bu süre zarfında gerekli düzeltmelerin yapılmaması halinde düzeltmelerin başkasına yaptırılacağı ihtar edilmesi gerekmektedir. Yüklenici, kendisine verilen sürenin yeterli olmadığı kanısında ise ek süre talebini ve sürenin yetersiz olduğunu derhal idareye bildirmekle yükümlüdür, aksi halde süreyi kabul etmiş sayılır ve daha sonra sürenin yetersiz olduğunu iddia edemez. İdarenin, projenin yapım unsurunu başkasına yaptırılması/düzeltilmesi yetkisini kullanabilmek için bir hakim iznine gerek bulunmamaktadır. Ancak, özellikle sürenin yeterli olup olmadığı konusunda ileride bir tereddüt yaşanmaması için bir hakim izni alınmasında yarar vardır³⁵⁹. İdare, süre vermenin beyhude olacağı durumlarda süre vermeksizin dahi işlemlere devam edebilir. Ancak, süre verilmesi halinde düzeltilmesi mümkün bulunan durumlarda gerekli süreyi vermek zorundadır, ancak süre sonunda gerekli düzeltmelerin yapılmaması halinde mutlaka işi başkasına yaptırmak zorunda değildir, gerekirse ek bir süre vermeye gerek olmaksızın, BK m.106 vd hükümlerini uygulayarak seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. İdare, akdin yapım unsurunun konusu olan işi bir başkasına düzelttirdiği takdirde uğradığı zararı yükleniciden tazmin etme yetkisine sahiptir. BK’da süre vermenin beyhude olacağı veya verilen süreye rağmen gereken düzeltmenin yapılmaması durumunda akdin feshedilebileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel olarak istisna sözleşmesinde akdin feshi hakkı tanınması mümkün bulunmakla birlikte, PPP projelerinde her zaman bu yola gidilmesi hakkaniyetli sonuçlar vermeyebilir. Zira, eğer yüklenicinin ayıplı veya akde aykırı ifası taahhüt ettiği projenin bir kısmına ilişkin ise ve bu kısma ilişkin düzeltmeler üçüncü kişilere yaptırıldığı takdirde yüklenicinin teknik-mali-lojistik-vs yeterliliği projeye devam etmesine ve proje konusu kamu hizmetlerinin kusursuz işlemesine imkan sağlayacak düzeyde ise “sadece bu kısa ilişkin” düzeltmeler üçüncü kişiye yaptırılarak projeye devam edilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak, yüklenicinin ayıplı veya kusurlu ifası projenin tamamına veya tamamını etkileyen edimlere veya kamu hizmetinin sunulmasına yönelik bir sakınca doğurabilecek nitelikte ise ve özellikle de yüklenicinin teknik-mali-lojistik-vs yeterliliği projeye devam etmesine imkan vermeyecek durumda ise, projenin selameti için ve

³⁵⁹ YAVUZ, a.g.e., s. 329.

dolayısıyla kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülebilmesi için, yüklenicinin sözleşmesinin feshi cihetine gidilmek gerektir. Bu durumda idarenin yetkisi takdir yetkisi değil, bağlı yetki durumundadır. İdarenin görevi, önce yüklenicinin yeterli olup olmadığını tesbit etmek, sonra da çıkan sonuca göre işlem yapmaktan ibarettir. Bu noktada bir hususa daha dikkat çekmek icap etmektedir şöyle ki, BK’da işin başkasına yaptırılmasına izin verilmiş olmakla birlikte PPP projelerinde projenin “*tamamı*” açısından bakıldığında bu hükmün eski yüklenici ile akit feshedilmeden uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Projenin tamamı açısından izlenecek yöntem, eski yüklenici ile akdin feshedilmesi ve “yeniden ihaleye çıkılarak” yeni yüklenici ile bu sefer kalan yatırımın tamamlanması üzere bir PPP sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Eğer akdin sadece “yapım unsuru” açısından bir sorun yaşanmakta ise ve yüklenici akdin kalan kısmına ilişkin gerekli yeterliliğe sahipse, sadece bu kısma ilişkin işin bir başkasına yaptırılması mümkündür.

PPP uygulamaları kamu kesimi ile özel sektörün menfaatleri arasında denge kurulması zorunlu olan bir ilişki oluşturduğundan, idarenin sözleşme çerçevesinde verdiği talimatlar işin zamanında başlamasını, proje çerçevesinde yapılan plana uyulmasını engelleyecek tarzda olması ve yatırımcının bu talimatlara uymaması sadakat borcunu ihlal ettiği anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte idare tarafından verilen bu tarz talimatlar karşısında idareye gerekli uyarıyı yapmayan yüklenici sadakat borcunu ihlal etmiş olacaktır. İstisna akdinde sadakat borcunun ağır surette ihlali³⁶⁰ durumunda iş sahibinin, BK m 358/2 veya BK m 369 ile birlikte, BK m 106’ya dayanarak sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir. Sinallagmatik (tam iki tarafa borç yükleyen) bir sözleşme olması itibarıyla PPP sözleşmelerine de bu hükümlerin uygulanabileceği muhakkaktır. Zira kamu yatırımlarına ilişkin düzenlemelerde de idareye tanınan denetim yetkisi, bu amaca yönelik olup, işin, her aşamada izlenmesi suretiyle zamanında müdahale ve gerektiğinde sözleşmenin feshi cihetine gidilmesi arzu edilmiştir³⁶¹. Yüklenicinin yapım faaliyetini sözleşmeye uygun şekilde sürdürmesi ve sözleşme konusu kamu hizmetinin en uygun şekilde sunulmasını sağlayacak hazırlıkların yapılması, kamu hizmetinin hiç sunulamaması, geç sunulması veya kusurlu sunulması sonucunu doğuracak durumları fark ettiğinde durumu idareye bildirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, idarenin sağlıklı bir proje hazırlamış olduğu varsayılmalıdır. Yüklenicinin sorumluluğu projeye uygun bir eser meydana getirmektir. Eğer idarenin hazırladığı projeden kaynaklanan bir sorun varsa ve yüklenici de projeye uygun bir eser meydana getirmişse yüklenicinin sadakat yükümlülüğünün ihlali ancak, ağır

³⁶⁰ Ağır ihmal; hukuka aykırı sonucun bilinmemesine ve istenmemesine rağmen, bu sonucun anlayışlı ve normal dikkatte bir insanın aynı şartlar altında alacağı en iptidai tedbirlerin alınması ve en basit özenin gösterilmesi ile önlenmesi mümkün idi ise ağır ihmal vardır, **AKMAN**, a.g.e., s.54.

³⁶¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 156.

kusuru halinde sözkonusu olabilecektir. Şu kadar ki, rekabetçi diyalog yöntemi uygulanarak projenin teknik şartnamesi de yüklenici firmanın önerileri doğrultusunda şekillendirilmişse bu durumda yüklenici firmanın projesinde hatalı olduğu bir durum sözkonusu olacaktır ki, bu durumda kusur ağırlığı hatta kusurun tamamı yükleniciye ait olacaktır. Zira, rekabetçi diyalog yöntemi idarenin işin teknik kısmına ilişkin özel sektörden destek aldığı bir süreçtir. Bu nedenle, bu süreçte aşağıda incelenen TTK m.20 hükmünün ilkelerinin uygulanması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, her halükarda, yüklenici hizmet kusuru oluşturabilecek durumları fark eder etmez idareye durumu bildirmekle yükümlüdür. Örneğin, ülkemizde *Kamu İhale Kanunu* kapsamında yapılan ihalelerde projesinde hata bulunduğu halde proje hak edişlerinin ödendiği ancak proje hatası olduğu için işletilemeyen yatırımların çokça bulunduğu bir gerçektir. Oysa, PPP modeli ile yapılan uygulamalarda yüklenicinin projenin uygulanamaz olduğunu fark ettiği veya fark etmesi gerektiği anda durumu idareye bildirmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde kendisinin de sorumlu olacağı kuralı, uygulama kabiliyeti bulunmayan yatırımlara para israfını da önleyecektir. Bu hükmün titizlikle uygulanması kaynak israfını ve hizmetlerin aksamasını da önleyecektir.

Yapım unsurlu PPP modellerinde *maliyet artışı ve gecikme zararları* gibi riskler de yüklenici üzerindedir. Bu noktada yüklenici, projeye göre verdiği teklifi ile bağlıdır. Proje değişikliği olmadığı takdirde projede öngörülen sonucun meydana getirilmesine ilişkin her türlü edimi ifa yükümlülüğü devam etmektedir. Ancak, idarenin bir proje değişikliği talep etmesi halinde durum farklıdır. İdarenin yüklenici tarafından hayata geçirilecek olan projede işin esasına yönelik bir değişiklik talep etmesine bağlı maliyet artışı proje için öngörülen yaklaşık maliyeti etkileyecektir. Bu durumda ya sözleşmenin feshi veya sözleşmenin revizyonu gündeme gelecektir. PPP projelerinde kamu ile özel sektör arasında karşı akidin zarara uğramasını önleme anlamında ciddi bir işbirliği bulunmak zorundadır. Bu nedenle revizyon yapılması makul bir yaklaşım olacaktır. Bununla birlikte, uygulamada bu durumun çokça suistimal edilmesi riski bulunmaktadır, şöyle ki, şartname yapıldığında daha farklı bir finansal tablo ile çıkılması ve ihaleye katılanların da bu şartlara göre ihaleye teklif vermesi sözkonusu olacaktır. Ancak, ihaleden sonra proje tadilatı ve/veya projenin mali yapısının değişmesi nedeniyle projenin finansal döngüsünün değiştirilmesi durumunda ihaleye katılıp da değişen şartları bilseydi teklifini daha farklı verip ihaleyi kazanabilecek durumda olan adayların hakkaniyetsiz bir şekilde elenmesi gündeme gelmiş olacaktır. Hatta bu uygulama o boyutlara varabilir ki, örneğin bir yol projesinde dağlardan geçen tüneller ve ırmak ve denizden geçen çelik konstrüksiyon köprüler yapılması gibi ihale şartnamesi çok ağır şartlar ihtiva ettiği için ihale adaylarının çok yüksek mali teklif vermesi veya ağır teknik şartlar nedeniyle ihaleye katılmamaları sözkonusu olabilir. İhale sonrasında ise projenin belirtilen şartlarla yapılmasının mümkün olmadığı veya kamu hizmetinin işlemlerini kusurlu kılacağı için değiştirilmesi, örneğimizdeki köprü ve tünellerin kaldırılması ile projenin uygulanabilir olmasının mümkün olduğu işin başında veya işe başladıktan sonra tesbit edilebilir. Bu durumda da yüklenicinin önemli rakipleri yüksek maliyetler veya teknik şartlar nedeni ile elenmiş olacaktır. Bu gibi durumların özellikle müfettişlerce dikkatle analizi gerekmekte ve akdin feshi ve revizyon uygulamalarının ihale katılımcılarının durumlarında hakkaniyetsiz

sonuçlar doğurması önlenmelidir. Bu bağlamda, Meydana gelen maliyet artışının çok yüksek olması yatırımcıya sözleşmeyi feshetme hakkı verdiği de gözden kaçırılmamalıdır. Ancak, uygulanan ihale yönteminin rekabetçi diyalog olması ve yüklenicinin tavsiyeleri ile şartnamenin şekillenmesi durumunda sorumluluk dağılımı farklılaşmaktadır. Uygulamada inşaat aşamasında projeye uygunluğun sağlanması için idareye denetim imkânı verilip buna paralel olarak da yükleniciye belli dönemlerde idareye proje kapsamında faaliyet raporu sunması da öngörülebilmektedir. Bununla birlikte genellikle, toplam yatırım tutarına ve tarife işletme dönemine kadar eskalasyon³⁶² uygulanmaması esası benimsenmekte ve dolayısıyla inşaat sözleşmesinde de eskalasyon imkanı kalmamaktadır³⁶³. Kural maliyet riskinin yükleniciye ait olması olmakla birlikte projeye yönelik gecikme ve/veya maliyet artışından kaynaklanan zararların yükleniciden kaynaklanmadığı hallerde maliyet artışlarının paylaşımı kabul edilmektedir. Bu noktada sadakat yükümlülüğünün de suistimal edilmemesi gerekmektedir.

3.2.1.3.1.2. Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü

Basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü, özen borcunun Türk Ticaret Kanunu açısından uygulaması niteliğindedir. Yapılan PPP sözleşmelerinde kusurun belirlenmesi ve bu kusurdan doğan sorumluluk ile doğmuş bulunan zararın tazmininde ihale yüklenicilerinin tacir sıfatına sahip oldukları nazara alındığında tacir sıfatı ve bu sıfatın PPP Hukukunda doğuracağı sonuçlar da önem kazanmaktadır. PPP Projelerinde ya gerçek kişi tacir veya tüzel kişi tacir durumunda bulunan bir yüklenici söz konusudur. Mevzuatımızda ticari işletmeyi en iyi tanımlayan hüküm Ticaret Sicil Tüzüğü³⁶⁴ m.14 hükmüdür. Buna göre, “Türk Ticaret Kanununun 12 nci maddesinin tarif edilen ticarethane veya fabrikalar ile 13 maddesinde tarif edilen ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletmelerdir. Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz.” Proje yüklenicileri TTK m.11/1’deki “ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır” ve m.12’deki “aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır”, özellikle de maddenin 3.fıkrasındaki “her çeşit imal ve inşaa” hükümleri gereği

³⁶² Eskalasyon, İhalelerde sözleşme fiyatının enflasyon veya sair nedenlerden kaynaklanan maliyetlerdeki artışa göre güncellenmesidir.

³⁶³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 49.

³⁶⁴ Resmi Gazete, 28.08.1998, S: 23447.

yükleniciler bu çapta işleri ticari işletme³⁶⁵ olmaksızın yapmaları mümkün görünmediği için TTK'ya tabi olacaklardır. Bunun sonucunda da TTK m.3'teki; *“Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir”* kuralı ve m.21/2'de yer alan *“ taraflardan biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır”* hükmü gereği, kural olarak, PPP hukukundaki bütün sözleşmeler *“ticari iş”* sayılacaktır. Dolayısıyla da bu ilişkilerde TTK m.1 gereği sırasıyla önce emredici hükümler, sonra sözleşme hükümleri, sonra emredici hükümlere aykırı olmayan ticari hükümler, sonra ticari örf-adet ve sonra da genel hükümler uygulanacaktır³⁶⁶. Dolayısıyla, TTK m.20/2 *“Her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır”* hükmünü koymaktadır. Yani, bir kimse tacir olmakla, sübjektif özen ölçülerinden çıkar, objektif özen ölçülerine tabi olur³⁶⁷. Tacirin ticareti ile ilgili konularda kendi yetenek ve imkanlarına göre kendisinden beklenilebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyette bulunan tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeli göstermesi gerekmektedir³⁶⁸. TTK m.20/2'deki basiretli bir iş adamı gibi davranma mükellefiyeti, tacire, objektif bir ölçüye kıyasla belirli bir durumda *evvelden taahhüt etmemiş olduğu bazı edimler yüklenmesi* veya daha geniş olarak kendisinin sorumluluk altına sokulması şeklinde, külfet niteliği taşıyan bir hükümdür³⁶⁹, sözleşmede kararlaştırılan dışında bazı yan yükümlülüklerin de doğumuna neden olur³⁷⁰. Yani tacir, aksini kararlaştırmanın *geçerli olduğu durumlarda*³⁷¹, aksini yazılı bir sözleşme ile

³⁶⁵ Ticari işletme sayılmak için ticari muhasebeyi gerektirecek hacimde olmak şartı da belirtilmiştir, **DOMANIÇ Hayri**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988, s124 vd. TTK m.13/1 ve m.13/son uyarınca m.12'deki işlerin de ticari muhasebeyi gerektirecek çapta olmalarının esas alındığı görülmektedir. PPP projelerinin yüklenicisi olan işletmeler bu şartı da sağlamış olacaktır. Bu şartı sağlamamış olması teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratikte pek mümkün değildir.

³⁶⁶ **POROY Reha / YASAMAN Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2007, s. 94; **ÜLGEN Hüseyin/ TEOMAN Ömer/ HELVACI Mehmet/ KENDİGELEN Abuzer/ KAYA Arslan/ NOMER ERTAN N. Füsün**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009, s. 100.

³⁶⁷ **DOMANIÇ**, age, s.171; **DOĞANAY İsmail**, Ticari Alım- Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 1993, s. 22; **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI / KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, a.g.e., s. 235.

³⁶⁸ **ARKAN Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009, s.137.

³⁶⁹ **POROY/YASAMAN**, age., s. 141.

³⁷⁰ **ARKAN**, a.g.e., s.138.

³⁷¹ BK m.99/1 gereği *“sadece hafif kusurdan”* sorumluluğun kaldırılması sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bunu aşan kusurun sözleşmeyle kaldırılmasına ilişkin *“her şart batıldır”* ve kusurun hafif kusur olduğunu kusurlu olan taraf isbatla mükelleftir. **AKMAN**, a.g.e., s. 56-57.

kararlaştırmadığı takdirde neticede ortaya çıkan zarardan kanun gereği otomatik olarak sorumlu tutulmaktadır. Zira akdi bir surette borlı olan kimse umumiyetle bütün kusurlarından mesuldr³⁷². Tacir olan yüklenicinin tecrbesizliđini³⁷³, yetenek ve imknlarındaki bazı yetersizlikleri ve eksiklikleri sözleşme yapıldığında iş sahibinin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu deđildir³⁷⁴. Bu doğrultuda uygulamada tacir yüklenicinin herhangi bir suretle borcunu ihlal eden davranışı durumunda bunlara mücbir sebeplerin veya iş sahibinin tutumunun yol açması dıřında³⁷⁵, kendisinden beklenebilecek bütün özeni gösterdiğini ileri sürüp kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulmasına pek rastlanmamaktadır³⁷⁶. Ayrıca TTK m.20, gereği tacirin basiretli davranma yükümlüğü de BK m.99 ile birlikte değerlendirilir^{377 378}.

Ayrıca idare ile yapılan sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki yüklenicinin çok iyi danışmanlar ile hazırlandığı ve fakat kamunun yeterli danışmanlık hizmeti almadığı sözleşmeler ile yapılmaktadır. Söz konusu sözleşmeler, idarenin haklı taleplerini zorlaştırmakta ve mümkün olduğu kadar yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaktadır. Bununla birlikte, idare de sözleşme hükümlerini müzakere etme imkanı vermeksizin adeta genel işlem şartları şeklinde bir dayatmaya dönüştürmektedir. Oysa bu tür hükümler Borçlar Hukukunda hakim olan irade serbestisi prensibinin gereği olan, akdin hükümlerinin taraflarca müzakere edilerek birlikte serbestçe tayin edilmesi şartını sağlamamaktadır. Bunun yerine yapılacak akdin hükümlerini taraflardan biri önceden tesbit etmekte diğer tarafa sadece bu akdi kabul edip etmeme serbestisi kalmaktadır³⁷⁹. Sözleşme zgrlğ yüklenici aleyhine bozulmuş bulunmaktadır³⁸⁰. Ayrıca TTK m.20’de düzenlenen tacirin

³⁷² von TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku, eviren EDEGE Cevat, Ankara 1983, s. 581.

³⁷³ DERYAL Yahya, Ticaret Hukuku, Trabzon 2004, s. 49.

³⁷⁴ Z, a.g.e. , s. 107.

³⁷⁵ DOĞANAY, a.g.e., s. 25.

³⁷⁶ Z, a.g.e. , s. 107.

³⁷⁷ Yargıtay TD. 20.12.1963, E.2626, K.4855, DOMANIÇ, age, s. 172, AKMAN, a.g.e., s.54-55.

³⁷⁸ KEşLİ Ahmet, Vize Alınamaması Sebebiyle Uluslararası Turların Gerçekleştirilememesinden Doğan Hukuki Sorumluluk (Sorumluluk), Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ’e Armağan 2001, s. 939 vd.

³⁷⁹ OĞUZMAN, a.g.e., s. 17, 292.

³⁸⁰ Genel işlem şartları kanunun emredici kurallarına, ahlaka, şahsiyet haklarına ve kamu düzenine aykırı ise zaten geçersizdir. Türk Hukukunda zellikle BK m.19, m.20, m.99, MK m.2 referans kurallar olarak kullanılabilir. Ancak, PPP sözleşmelerinin genel işlem şartları niteliğindeki hükümlerinin taraflardan birisinin

basiretli davranma yükümlülüğü önem arzeden bir sorumluluktur, bu hüküm PPP Hukukunda aşağıdaki şekilde kendisini göstermektedir.

3.2.1.3.1.2.1. İş ile İlgili Konularda Her Türlü Riski Öngörme

Tacirin basiretli davranma zorunluluğu konusunda hiç taviz verilmemekte ve *ticari hayatta kusura müsaade edilmemektedir*. Bu konuda o kadar tavizsiz davranılmaktadır ki; bir olayda; “nakliyecilik yapan davalı, deposunda yangına karşı her türlü tedbiri almış ve deposunu harabeden yangın da yandaki keresteci dükkanından çıkmış olsa bile, *deposunu her zaman yangın çıkması muhtemel bir keresteci dükkanı yanında kurmuş olması basiretli bir tacir gibi davranma ilkesine aykırı düşer*³⁸¹ denilerek tacirin *muhtemel her türlü riski öngörmek zorunda* olduğu benimsenmiştir. Ancak bu yükümlülük tahmin edilebilecek durumlardan sorumlu olmak olarak algılanır, yoksa kimsenin kestiremeyeceği ve vukuu en uzak ihtimaller dahilinde bulunan olayları da kapsamaz³⁸². Ancak, *normal olarak tahmin edilebilecek hususları tahmin edememek bir basiretsizliktir*³⁸³. Yargıtay, uygulamasında; *idare tarafından hazırlanan ihale şartnamesinde ve tacirin imzaladığı sözleşmede, enflasyonist olaylar ve Hükümetçe alınacak ekonomik tedbirler zorlayıcı sebepler arasında sayılmamışsa, ilke olarak basiretli bir tacir olarak davranmakla yükümlü olan tacirin, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük olarak ileri sürüp ifadan kaçınamayacağı benimsenmiştir*³⁸⁴.

3.2.1.3.1.2.2. Uzmanlık Alanlarında Normal Tacirden Daha Fazla Özen Gösterme

Basiretli tacirin, uzmanlık gerektiren konularda normal bir tacirden daha fazla özen gösterme zorunluluğu bulunmaktadır. PPP ihalesine katılarak ihaleye teklif vererek işi taahhüt eden tacir konusunda tecrübeli bir uzmandır ve projenin amacına uygun sorunsuz geçkeleşebilmesi için lazım olan her şeyi bildiği farz edilmektedir. Yüklenicinin işi taahhüt

tacir olacağı nazara alındığında geçersizliğine hükmedilmesinin bugünkü pozitif hukukumuzda geçerli olması mümkün bulunmamaktadır.

³⁸¹ Yargıtay TD. 12.2.1968 T., E.66/1669, K.68/581; **MOROĞLU Erdoğan / KENDİGELEN Abuzer**, Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2007, m.20 içtihatları.

³⁸² Yargıtay TD. 14.1.1946, K.90, **DOMANIÇ**, age, s. 171.

³⁸³ Yargıtay 13.HD. 14.5.1981 T., E.2749. K.3288, **KARAHAN Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2007, s. 92.

³⁸⁴ **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**, E: 1996/3653, K: 1996/3920, T: 16.04.1996, www.kazanci.com, 21.01.2008.

ederken sözleşme konusu sonucu meydana getirmeye yeterli bilgi ve beceri birikimi, malzeme, teknik ekipman, araç gereç tedarikini sağlaması ve işin sözleşmeye uygun şekilde ve sürede yapılmasını sağlamaya elverişli plan, proje ve sair teknik iş ve işlemlerin tamamlanmış olup olmadığını da analiz yükümlülüğü de bulunmaktadır³⁸⁵. Yüklenicinin gerekli teknik uzmanlığa sahip olmadığı halde projeyi alması ve/veya projenin yapım işini kendisi yapmaya kalkması ve işin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirebilmek için gerekli uzmanlığa sahip kişi ve kurumlardan danışmanlık almaması halinde özen borcunu ihlal etmiş sayılacaktır³⁸⁶. İhale yapan idare de yüklenicinin uzmanlığına güvenmektedir. Kaldı ki, PPP projeleri bir ihtisas ihalesi olduğu için konusunda uzman olan işletmeler yüklenici tarafında yer almaktadırlar. Bu bağlamda, ihalelerde tek kriterin fiyat olmaması, fiyat dışı kriterler nazara alınırken kurumsal tecrübenin de esas alınacağı nazardan uzak tutulamamalıdır. PPP Projelerinde yüklenici firmaların *normal bir ticari işletmeden daha fazla nitelikler taşıması* işin doğal bir gereğidir. Bu nedenle, proje konusunda, TTK m.20/2'deki basiretli işadama gibi davranma zorunluluğunu karşılamakla kalmayıp, özel bilgi ve deneyim gerektiren PPP projelerinde normal bir tacirden daha da fazla dikkatli olmak zorundadır. *Uzmanlık gerektiren alanlarda*, kendi konusunda kusursuz bir öngörü aranmaktadır³⁸⁷. Yani burada *bonus pater familias* veya *reasonable man* kriteri uygulanarak ortalama bir dikkat ödevi yüklenimi sözkonusu değildir. İhtisas sözkonusu olduğu için *ihlisanın gereği olan ekstra dikkatin gösterilmesi şarttır*³⁸⁸. Ayrıca yüklenicinin projeyi gerçekleştirirken muhakkak surette bilmesi gereken hususları ve riskleri öngörmesi ve kusurun önüne geçmek için lüzumlu tedbirleri önceden alması ve sonra işine devam etmesi gereğini ihmal etmesi yüzünden doğan zarardan kendisi sorumlu olacaktır^{389 390}.

³⁸⁵ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 313; DAYINLARLI, a.g.e., s. 30-31; KARATAŞ, a.g.e., s. 102; ŞENOCAK, a.g.e., s. 28.

³⁸⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 328; KARATAŞ, a.g.e., s. 100.

³⁸⁷ TEKİL Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 135; ARSLANLI Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Prensipler, İstanbul 1960, s. 62. Bu yaklaşıma ilişkin bir örnek olayda; özellikle bir güven ve uzmanlığı gerektiren bankaların paraya ilişkin uğraşlarında TTK m.20 uyarınca özenli bir işadama gibi davranmaları zorunludur hükmü ile özel ihtisas alanlarında kusura hiç müsaade edilmeyeceği sonucuna varılmıştır. Yargıtay HGK. 11.8.1982 T.; TEKİL, a.g.e., s. 139.

³⁸⁸ Borçlu özenle hareket zorundadır. Borçlunun hareketi ancak “kendisi ile aynı grupta yer alan” dikkatli ve dirayetli bir kimsenin aynı durumda yapacağı hareketlere uygunsa, dikkatli ve özenli sayılır. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 809.

³⁸⁹ Yargıtay 13.HD. 14.10.1970 T., 2637/2492, TUNÇOMAĞ, a.g.e., s. 810.

³⁹⁰ KEŞLİ, Sorumluluk, s. 942.

3.2.1.3.1.2.3. Projeyi Gerçekleştirecek ve Zararı Önleyecek Şekilde İşe Girişme

Projenin gerçekleşmesini sağlayacak ve zarar doğmasını önleyecek bir şekilde işe girişme borcu da bu kapsama dahildir. PPP projelerinin genel işleyişi gereği, yüklenicinin, projenin başlaması ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlamasını sağlama borcu vardır. Projenin sözleşmeye uygun ve eksiksiz olarak yerine getirilmesini sağlayan asli ve yan edim yükümlülükleri, bir bütün olarak yüklenicinin borcunun muhtevasını oluşturur. Yani yüklenici, projenin gerçekleşmesini garanti eden durumundadır. Bu garanti *öncelikle projenin sağlıklı olarak yapılacağını*, sonra da bu projenin sağlıklı olarak uygulamaya konulacağını taahhüt etmiş olmayı içermektedir. Akdi vazife, borçlu bulunulan edanın yerine getirilmesi için icabeden her şeyi yapmaya ve ifaya mani olacak her şeyi bertaraf etmeye borçluyu mecbur kılar³⁹¹.³⁹²

Tacirin mutlak surette basiretli olması ve bu basireti işe başlamadan önce de göstermesi gerekmektedir³⁹³. Yüklenici bir tacir olarak, basiretli bir tacirin yapması gereken hazırlıkları yapmakla yükümlüdür. Yani tacir, daha işe *başlamadan zarar doğmasını önleyecek bir şekilde işe girişmelidir*. Eğer buna aykırı davranırsa bunun da neticesine katlanması gerekir. Tacirin TTK m.20/2 gereğince müdebbir bir tacir olarak taahhüdünün ifası için taahhüde girmeden önce gerekli tedbirleri alması ve bu cümleden olarak (projenin gereklerini) önceden sağlamış olması lazımdır³⁹⁴. Bunu yapmaksızın işe girişen tacir ilerde doğacak aksaklıkların neticelerini kabul etmiş sayılır³⁹⁵. Ayrıca önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmayan hususları tacirin öngörmesi ve gerekli tedbiri alması gerekmektedir³⁹⁶.³⁹⁷

Yükleniciler her konuda “öngörülemezlik” savunmasında da bulunamazlar çünkü, öngörülemezlik hali yüklenicinin hakimiyet çevresi dışında gerçekleşen bir sebebi ve *her türlü dikkat ve özen gösterilse bile* ortaya çıkan zararın önlenmesinin mümkün olmaması halini ifade eder ve bu *öngörülemezliğin de sözleşme yapılırken var olmaması* gerekir,

³⁹¹ von TUHR, age, s. 581.

³⁹² KEŞLİ, Sorumluluk, s. 943.

³⁹³ Yargıtay 19.HD. 15.4.1993 T., E.992/7025, K.993/2843.

³⁹⁴ Yargıtay HGK. 17.10.1980 T., TEKİL, a.g.e., s. 147.

³⁹⁵ Yargıtay TD. 12.12.1957 T., 7173/7373 TEKİNAY S.S., Borçlar Hukuku 3.Baskı, İstanbul 1974, s. 761.

³⁹⁶ Yargıtay 11.HD. 16.12.1976 T., E.976/5406, K.976/5406.

³⁹⁷ KEŞLİ, Sorumluluk, s. 943.

sözleşme yapılırken “görülebilir” nitelikteki olaylar için bu savunma dinlenmez³⁹⁸. Oysa bazı durumlarda sözleşme yapılırken bile uyumsuzluk konusu olan aksamaların gerek bu tür projelerde ve gerekse sektörde yoğun olarak yaşandığı bilinmektedir. Bu tür durumları tacirin öngörüp gereken tedbirleri alması gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda *akdin karşı tarafını gözetme ve ona zarar vermeyecek şekilde davranma borcuna* (sadakat yükümlülüğüne) da aykırılık teşkil eder. Bu sebeplerle de bu tür kusurlardan doğan zarar yüklenicinin sorumluluğundadır. Bununla birlikte, idarenin de yükleniciye karşı açık olması ve gerekli işbirliğini bilgi ve belgelere ulaşımı sağlamış olması şarttır. “*Projeyi Gerçekleştirecek ve Zararı Önleyecek Şekilde İşe Girişme*” yükümlülüğü, kişiye imkansız borç olarak yüklemek şeklinde de işletilmemelidir.³⁹⁹

3.2.1.3.1.2.4. Risk Taşıyan Konuda Karşı Akide Açıkça Uyarıda Bulunma

PPP Hukukunda yüklenicinin idareyi *bilgilendirme borcu* vardır, zira sektörün gereklerini ve risklerini bilen ve bilmesi kanunen zorunlu olan yüklenicidir. Bu borç ihale aşamasında yapılan görüşmelerde dahi mevcuttur. İdareye göre uzman konumda olan özel sektör idarenin ihaleyi kendisine vermesine ilişkin kararı etkileyecek yanlış bilgi vermemeli, gerekli açıklamalarda bulunmalı, idarenin bilmesi gereken hususları bildirmelidir⁴⁰⁰. Aksi halde bundan doğan zararı tazmin etme durumu söz konusu olacaktır⁴⁰¹.

Basiretli tacirin, riski baştan öngörmesi gerekir. Basiretli bir tacirin akit tarihinde projenin gerektirdiği riskleri bilmesi ve bu konularda idareyi uyarması gerekir. *Risk taşıyan konularda idareye uyarılarda bulunmak yüklenicinin TTK m.20/2’den kaynaklanan bir borcudur* ve buna aykırı davranıştan doğan zarardan da yüklenici kendisi sorumludur. İhale öncesinde şartnameye itiraz yolu ile şartname revizyonu talebi, ihale sonrasında da sözleşmenin düzenlenmesi ve gerekli durumlarda da proje tadilatı yolu ile idareyi uyararak projenin sağlıklı yapılmasını sağlamalıdır. Oysa uygulamada yükleniciler projeyi ve doğal olarak şartnameyi de yeterli derecede müzakere edememektedir/etmemektedir.⁴⁰²

Burada önemli bir konunun altı çizilmelidir; idare gerçekleştirilmesi çok zor veya

³⁹⁸ REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s. 285; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977, s. 221.; TEKİNAY, a.g.e. İstanbul 1985, s. 1340-1341.

³⁹⁹ KEŞLİ, a.g.m., s. 943-944.

⁴⁰⁰ YALMAN Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 47.

⁴⁰¹ YALMAN, s. 47.

⁴⁰² KEŞLİ, a.g.m., s. 945.

imkansız bir sonucun taahhüdünü⁴⁰³ veya projenin bu yönde revizyonunu istiyorsa, bu durumda mutlaka, isteğin başarısızlıkla sonuçlanması halinde ne olacağının da “açıkça” idareye ihbarı gerekir, buna rağmen sözleşmeye bağlanması halinde, bu ihbarın varlığını isbat da yüklenicinin borcudur. *Böyle açık bir bildirim olmadan mücerret “başarısızlıktan sorumlu olunmayacaktır” kaydı idareyi sorumlu kılmaz.*⁴⁰⁴

Ayrıca yüklenicinin bilgilendirme ödevi TTK m.20/2’den de kaynaklanan bir ödev olduğu için projenin sıhhatine etki edecek temel konularda idareyi bilgilendirmek PPP sözleşmelerinde yüklenicinin *asli borçlarındandır*⁴⁰⁵. *Bilgilendirme borcu böyle açık bir şekilde yerine getirilmeden yapılan sorumluluğu kaldırma anlaşmaları (sorumluluk kayıtları) TTK m.20/2 ve BK m.99/1 gereği batıldır*^{406 407}.

3.2.1.3.1.2.5. Zarar Riski Taşıyan Konuda Karşı Tarafın Talimatına Göre Hareket Etme

Tacirin basiretli bir tacir gibi hareket etmiş sayılması için *zarar riski taşıyan konuda karşı tarafın talimatına göre hareket etmiş olması şarttır*⁴⁰⁸. Yani yüklenici projenin uygulamasına yönelik bir risk gördüğü takdirde bunu yazılı olarak idareye bildirmekle mükelleftir. BK m.357/3 hükmü de bunu öngörmektedir. Buna rağmen idare işlemlere devam edilmesini istiyorsa yüklenici bu hususu karşı tarafa yazılı olarak bildirdiğini ve talimatını talep ettiğini isbatlayabilecek durumda bulunmalıdır. Buna uymadan yaptığı işleminden doğan sorumluluk da yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi ve TTK m.20 gereği kendisine ait olacaktır.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Başlangıçtan itibaren imkansızlığın sözleşmenin kısmi butlanı açısından değerlendirilmesi için bkz.; **BAŞPINAR Veyse**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 110 vd.

⁴⁰⁴ **KEŞLİ**, a.g.m., s. 945.

⁴⁰⁵ Bu borca aykırılık teşkil edecek sözleşme kayıtları da BK m.99/1 hükümlerine tabidir.

⁴⁰⁶ Yargıtay TD. 20.12.1963, E.2626, K.4855, **DOMANİÇ**, a.g.e., s. 172, **AKMAN**, a.g.e., s.47 vd..

⁴⁰⁷ **KEŞLİ**, a.g.m., s. 946.

⁴⁰⁸ Yargıtay 11. HD. 20.12.1994 T., E.94/4651, K.94/7229, **TEKİL**, age, s. 143.

⁴⁰⁹ **KEŞLİ**, a.g.m., s. 946.

3.2.1.3.2.Şahsen İfa Borcu

Yüklenicinin projeyi şahsen yapma veya kendi gözetimi altında yaptırma borcu bulunmaktadır⁴¹⁰. Ancak, proje niteliği gereği kişisel beceri gerektirmiyorsa, yüklenici bu işi başkasına da yaptırabilir⁴¹¹. Bu hüküm emredici değildir, aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir⁴¹². Yüklenicinin projeyi şahsen yapması gerekliliği karine olarak kabul edilmiştir, eserin meydana getirilmesinde kişisel niteliğin önemi olmadığını iddia ediyorsa bunu isbatlamak durumundadır⁴¹³. Bu borcun yüklenicinin bizatihi kendi şahsının ifası şeklinde anlaşılmaması gerekir. Yüklenicinin, işi şahsının yapmasının önem arz ettiği durumlar hariç, kendi ekibi ile işi yaptığı takdirde de işi şahsen yapmış kabul edilmektedir⁴¹⁴. Yüklenicinin bir tüzel kişilik olması halinde, projenin tüzel kişinin yetkili organlarının seçim, gözetim ve talimatları doğrultusunda çalışan kişilerce yapılması sözkonusu olacaktır⁴¹⁵. Yüklenicinin ifa yardımcıları çalıştırması halinde bu kişilerin seçiminde, gözetiminde, talimatlandırılmasında gereken özeni göstermek durumundadır. Buna aykırılıktan doğan zararlar yüklenicinin sorumluluğundadır⁴¹⁶. Projenin yüklenici tarafından yapılması veya kendi gözetimi altında yaptırılması gereken durumlarda, işin başkasına yaptırılması veya kendi gözetimi altında olmayanlara yaptırılması halinde sözleşmeye aykırılık sözkonusu olmakta ve idarenin bu sebeple uğradığı zararların tazminini isteme ve borçlu temerrüdü hükümlerince sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır (BK m.106)⁴¹⁷.

Birden fazla yüklenicinin bir araya gelerek projeyi birlikte taahhüt etmeleri işin şahsen ifası borcuna aykırılık oluşturmaz⁴¹⁸. Bu durumda, ortada bir konsorsiyum varsa işin belirli bölümlerinin belirli yüklenicilerce taahhüt edilmesi sözkonusu iken⁴¹⁹, ortada bir Joint Venture var ise işin tamamının bütün yüklenicilerce birlikte taahhüt edilmesi

⁴¹⁰ ŞENOCAK, a.g.e., s. 19; KOSTAKOĞLU Cengiz,İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 438; ARAL, a.g.e., s. 325.

⁴¹¹ İNAL Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004, s. 192; OLGAC, İstisna, s. 10.

⁴¹² EREN, a.g.e., s. 64; YAVUZ, a.g.e., s. 330, KARATAŞ, a.g.e., s. 84.

⁴¹³ ARAL, a.g.e., s. 326; YAVUZ, a.g.e., s. 330.

⁴¹⁴ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 314; YAVUZ, a.g.e., s. 330.

⁴¹⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 330.

⁴¹⁶ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 314.

⁴¹⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 330; EREN, a.g.e., s. 64, ÖZ, a.g.e., s. 111.

⁴¹⁸ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 315.

⁴¹⁹ ÖZ, a.g.e., s. 48.

sözkonusudur⁴²⁰. Adi ortaklık temeline dayanan bu tür ilişkiler BK m.520 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu durumda da, aksi kararlaştırılmamışsa, BK m.534 hükmü uyarınca ortaklıkta yer alan bütün yüklenicilerin her biri müteselsilen⁴²¹ sorumlu bulunmaktadır⁴²². Adi ortaklık, ortaklardan birinin ölümü, iflası, kısıtlanması, ortaklıktan ayrılması, tüzel kişiliğinin sona ermesi gibi durumlarda BK m.371 kıyasen uygulanarak sözleşmen işe devam edemeyen ortağın şahsı nazara alınarak yapılmış ise idare açıkça diğer ortaklarla devam etmeye rıza göstermedikçe sözleşme sona ermiş sayılmalıdır⁴²³.

Asıl yüklenici, alt yükleniciler çalıştırabilir. Bu durumda asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki bir eser sözleşmesidir ve bu yükleniciye de alt yüklenici denilir⁴²⁴. Akitlerin nisbiliği gereğince, alt yüklenici ile PPP projelerinde idare arasında, karşılıklı olarak, bir akit bulunmamaktadır. Dolayısıyla idare ve alt yüklenici birbirlerine karşı asıl yüklenici ile olan sözleşmelerine dayalı olarak bir talepte bulunamaz⁴²⁵. Ancak, projenin niteliği uygun olduğu takdirde MK m.892/3 ve m.895'te yer alan kanuni ipotek talep hakkı bulunmaktadır⁴²⁶ ki, bu da gayrimenkulün bir kamu malı olması halinde kamu mallarının cebri icraya konu edilememesi gereğince ipotek edilmesi de söz konusu olamayacaktır⁴²⁷. Asıl yüklenici, eğer taraflarca kabul edilmişse veya işin niteliği elveriyorsa işin tamamını veya bir bölümünü bir alt yükleniciye yaptırabilir. Buna karşılık asıl yüklenicinin kişiliği önemliyse veya idare rıza göstermezse işi alt yükleniciye yaptırtamaz⁴²⁸. Asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi varsa, asıl yüklenici, alt yüklenici seçmede ve talimatta gereken özeni göstermelidir⁴²⁹. Bu borcuna aykırılık halinde, alt yüklenicinin akde

⁴²⁰ ÖZ, a.g.e., s. 48.

⁴²¹ Ayrıntılı bilgi için; **CANYÜREK Murat**, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003, s. 11 vd.

⁴²² **TEOMAN Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, İstanbul 2000, s. 28; **ÖZ**, a.g.e., s. 48.

⁴²³ **ÖZ**, a.g.e., s. 48.

⁴²⁴ **YALÇINDURAN**, a.g.e., s. 24; **YAVUZ**, a.g.e., s. 332; **ZEVLİLER**, a.g.e., s. 314.

⁴²⁵ **ARAL**, a.g.e., s. 329; **ÖZ**, a.g.e., s. 50, **AKKANAT Halil**, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000, s. 10.

⁴²⁶ **YAVUZ**, a.g.e., s. 333,334; **ZEVLİLER**; a.g.e., s. 314; **ÖZ**, a.g.e., s. 52.

⁴²⁷ **EREN**, a.g.e., s. 67.

⁴²⁸ **ZEVLİLER**, a.g.e., s. 314.

⁴²⁹ **ERMAN**, a.g.e., s. 39.

aykırılığından doğan zararlardan da sorumlu olur⁴³⁰. İstisna sözleşmelerinde asıl yüklenici, kendi yaptığı ve alt yükleniciye yaptırdığı işler için iş sahibinden ücret isteme hakkına sahiptir. Bu hükmün PPP projelerindeki görünümü sadece işin yapılmış sayılması olabilecektir. Yine istisna akdinde iş sahibinin alt yüklenicinin yaptığı işler için doğrudan alt yükleniciye ödeme yapması, aksine bir anlaşma hükmü bulunmadıkça asıl yüklenicinin ücret hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, alt yüklenicinin iş sahibinden aldığı ücret asıl yüklenicinin kendisine yaptığı ödeme gibi değerlendirilerek borcundan düşülür⁴³¹. Bu hükmün PPP alanında uygulanması sorunlara neden olabilecektir. Zira PPP sözleşmesinde ücret istisna akdindeki gibi belirlenmemektedir. İdarenin ücret ödemesi değil, yüklenicinin projeyi işleterek kazanç elde etmesi sözkonusudur. Asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi bulunmadığı halde alt yüklenici çalıştırmış ve alt yüklenici de akde aykırı iş ve işlemlerde bulunmuşsa asıl yüklenici, BK m.96 uyarınca iş sahibine karşı akde aykırılık nedeniyle sorumludur⁴³².

PPP Projelerinin ve SPV'nin karmaşık yapısı gereği işin alt yüklenicilere yaptırılması sözkonusu olacaktır. Zaten ülkemiz uygulamasında, yatırımcının yapmayı taahhüt ettiği yatırımı gerçekleştirirken işin her aşamasını bizzat yapması kendisinden beklenmediği için bir müteahhit firma ile anlaşması kabul edilmekte ve fakat işin tamamlanması riskinin, yüklenici üzerinde kalmasını sağlamak amacıyla, belirli bir tarihte eserin tamamlanması taahhüdü de sözleşmede yer almakta, yüklenici firma da, bu riski diğer müteahhit firmalar ile imzaladığı sözleşmelerde, anahtar teslimi ve götürü usul hükümleriyle müteahhide yansıtmaktadır⁴³³. Bununla birlikte, uygulamada bazı kurumlarca yapılan sözleşmelere sözleşme tarihinde alt yüklenicilerin bildirilmesi uygulaması yapılmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme aşamasında bildirilmemiş alt yüklenici ile çalışılması yasaklanmaya çalışılmaktadır. Kanaatimizce, öncelikle bu uygulamanın sözleşme aşamasında alt yüklenici çalıştırılıp çalıştırılmayacağını bildirilmesi şeklinde yürütülmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, mevcut uygulamada bile sözleşme aşamasında alt yüklenici listesi bildirimi yapılmamış olsa veya bir alt yüklenici bildirildiği halde onun yerine başkasının çalıştırılması planlanmakta ise dahi, projenin gereği olarak alt yüklenici değişimine izin verilmesi

⁴³⁰ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 314; ancak bu durumda asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi bulunduğu ve aralarında bir bağımlı yardımcılık ilişkisi bulunmadığı için asıl yüklenicinin alt yükleniciyi denetim ve gözetim borcu bulunmamaktadır. Seçme ve talimatta kusuru bulunmadığını isbatlayarak sorumluluktan kurtulur, YAVUZ, a.g.e., s. 333; EREN, a.g.e., s. 65; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 186–194.

⁴³¹ YAVUZ, a.g.e., s. 332, PPP projelerinde, kural olarak, yükleniciye ücret ödenmeyeceği hususu nazardan uzak tutulmalıdır.

⁴³² YAVUZ, a.g.e., s. 333.

⁴³³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 169.

gerekmektedir⁴³⁴. Bu durumda idarenin en fazla yapacağı alt yüklenicilere bir standart getirmekten ibaret olabilir. Ancak hiçbir objektif nedene dayanmaksızın alt yüklenici yasağı veya değiştirme yasağı getirilmesinin işin niteliği ile bağdaşır olmadığı kanısındayız. Bununla birlikte alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilmesi halinde idarenin asıl yüklenici yanında alt yüklenicinin denetimini de yapması ve bu yüklenici nedeniyle asıl yüklenicinin sorumluluğunun azalması sözkonusu olabilmektedir. Zira Asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi varsa, asıl yüklenici, alt yüklenici *seçmede* ve *talimatta* gereken özeni yeterli olmakta⁴³⁵ gözetim sorumluluğu bulunmamaktadır.

Akitlerin nisbiliği ilkesi uyarınca yüklenici ile alt yüklenici arasındaki akit, kural olarak, idareye alt yükleniciden hak talep etme yetkisi tanımayacaktır⁴³⁶. Ancak, bunun aksine olarak bir sözleşme düzenlenmesi teorik olarak mümkündür⁴³⁷. Buna ek olarak, yüklenici firma, idareye bir neticeyi meydana getirmeye ilişkin taahhütte bulunduğu için alt yüklenicinin neticenin meydana gelmesini aksatacak her türlü eylem ve işleminden idareye karşı bizzat sorumludur. Alt müteahhitler ile yapılan sözleşmelere rizikonun taşeron müteahhide ait oluşuna dair hükümler koyulsa dahi bu husus sadece rücu imkânı tanıyacak olup yatırımcının yapım sorumluluğunu kaldırmayacaktır⁴³⁸. Ancak, yüklenici o işi kendisi yapmış olsaydı dahi kendisine sorumluluk yüklenemeyecek durumda olduğunu ispatlarsa, o zaman yükleniciye atfı kabil bir kusur olmadığı için sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir. Bununla birlikte, yükleniciden ayrı bir kişi olan alt yüklenicinin seçiminde, gözetiminde talimatlandırılmasında kusursuz olduğunu ispat eden yüklenicinin sorumluluktan kurtulabileceği iddia edilmiş⁴³⁹ olmakla birlikte PPP projelerinde bazı durumlarda alt

⁴³⁴ PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/> erişim: 15.05.2008. “Proje şirketi büyük ihtimalle AŞ olarak kurulacak. Pay devri sınırlanmamışsa taşeronu pay devri şeklinde olabilir görüşü sunuldu ve ilave edildi, GYO’larda ve AYO (altyapı yatırım ortaklığı) menkul kıymetleştirme noktasında, bu ortaklık işletmeyi yapamaz deniyor. O sadece yatırımdan sorumludur deniyor. GYOlarda bu noktada sorunlarla karşılaşmakta.”

⁴³⁵ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 314; ancak bu durumda asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi bulunduğu ve aralarında bir bağımlı yardımcılık ilişkisi bulunmadığı için asıl yüklenicinin alt yükleniciyi denetim ve gözetim borcu bulunmamaktadır. Seçme ve talimatta kusuru bulunmadığını isbatlayarak sorumluluktan kurtulur, YAVUZ, a.g.e., s. 333; EREN, a.g.e., s. 65; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 186–194.

⁴³⁶ Şartları gerçekleştiği takdirde BK m.41 uyarınca haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilecektir, EREN, a.g.e., s. 66; YAVUZ, a.g.e., s. 333.

⁴³⁷ AKKANAT, a.g.e., s. 229.

⁴³⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 48.

⁴³⁹ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 314; ancak bu durumda asıl yüklenicinin alt yüklenici çalıştırma yetkisi bulunduğu ve aralarında bir bağımlı yardımcılık ilişkisi bulunmadığı için asıl yüklenicinin alt yükleniciyi denetim ve

yüklenici çalıştırılmasına izin verilmesi, alt yüklenicinin ediminin nihai olarak ortaya çıkan kamu hizmeti şeklinde olmaması veya ayrıştırılabilir bir unsur olmaması halinde projeyi akım bırakabilecek duruma gelmekte ise, bu durumda sonuç olarak kamu hizmeti sunulmasını taahhüt etmiş bulunan asıl yüklenicinin ediminin (kusursuz) ifası imkansız hale gelebilecektir. Bu durumda, alt yüklenici çalıştırılması konusu sadece, alt yüklenicinin faaliyetinden dolayı asıl yüklenicinin tazminat sorumluluğunun bulunup bulunmaması hususuna indirgenmiş olarak varlığını sürdürecektir. Bunun yanında asıl yüklenicinin bir hizmeti kusursuz olarak sunma taahhüdü baki bulunmaktadır. Dolayısıyla, PPP sözleşmelerinde alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilmiş olsa bile bazı durumlarda, alt yüklenicinin kusurundan asıl yüklenici sorumlu olmasa dahi, bu kusurun projeyi kamu hizmetinin kusursuz sunulmasına elverişli olmaktan çıkartması halinde asıl yüklenicinin edimi kusurlu hale geleceği için, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişkinin kendi aralarında çözümlenmesi ve asıl yüklenicinin taahhüt ettiği neticeyi ifa etmesinin talep edilmesi mümkündür.

Asıl yüklenici ile alt yüklenicinin edimleri açısından konu analiz edilirken, projenin ihale yeterliliği alarak ihale katılımcısı durumunda bulunmayan bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kısmen dahi olsa yürütülmesi sonucunu doğuracak, yani, asıl yüklenicinin paravan haline dönüşmesi sonucunu doğuracak nitelikteki kısımlarının alt yükleniciye verilmemesi gerekmektedir. Kanaatimizce, bu sonucun doğuracak bir uygulama yapmaya idarenin de yetkisi bulunmamaktadır. İstisna sözleşmesinde yüklenicinin sözleşme konusu işi bütün olarak bir başkasına devri mümkündür⁴⁴⁰ ve bu uygulama alt yüklenici çalıştırmaktan farklı bir durumdur ve bu durumda BK m.356/2 değil m.38-39 hükümleri uygulanır, bunun sonucu olarak, iş sahibi icazet verirse bu akit ile borçlu ve alacaklı hale gelir⁴⁴¹. PPP projelerinde sözleşmenin devrine de izin verilmemek gerektir. Hatta sözleşmenin devri alt yükleniciden çok daha sınırlı şekilde ele alınmalıdır. Zira, ihaleye katılmamış bir firmanın ihale konusu hizmeti yürütmesi sonucu doğmaktadır ki, bu da PPP ihale sisteminin ruhuna aykırıdır. Bununla birlikte, SPV içinde veya yüklenici ortak girişim içinde hisse devralma yolu ile işin devri söz konusu olabilecektir. Bu durumda yapılacak ihale şartnamelerine ve sözleşmelere açıkça şirket hisse devirlerinin, birleşme ve devralmalarının, idareye bildirilmesinin zorunlu olduğu ve idarece kabul edilmemesi halinde de ne olacağı açıkça hükme bağlanmalıdır. Özellikle, stratejik konularda bu hususta daha katı davranılması gerekmektedir. Ancak, menkul kıymetleştirmenin yapıldığı durumlarda

gözetim borcu bulunmamaktadır. Seçme ve talimatta kusuru bulunmadığını isbatlayarak sorumluluktan kurtulur, **YAVUZ**, a.g.e., s. 333; **EREN**, a.g.e., s. 65; **YALÇINDURAN**, a.g.e., s. 186–194.

⁴⁴⁰ **EREN**, a.g.e., s. 68.

⁴⁴¹ **YAVUZ**, a.g.e., s. 334.

kaydi olarak el değiştiren menkul kıymetlerin (varakasız kıymetli evrak⁴⁴²) devri halinde devrin kontrolünün zorluk arzedeceği izahtan varestedir. Bu nedenle, projeye dahil olanların idare tarafından bilinmesinin ve kontrol edilmesinin arzu edildiği projelerde gerek projenin kendisinin ve gerekse de yüklenici şirketin hisselerinin menkul kıymetleştirilmesi hususunda yapılması istenilen izahname hükümleri veya halka arz yasağı açıkça şartnameye ve sözleşmeye koyulmalıdır.

3.2.1.3.3.Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

BK aksine bir sözleşme yada gelenek yoksa, yüklenicinin eseri meydana getirmek için gerekli araç, gereç ve malzemeyi bedelini kendisi ödemek suretiyle kendisinin sağlayacağını hükme bağlamıştır (BK m.356/3). Malzeme işin yapılması için gerekli malları, hammaddeleri ve eşyayı ifade eder, işin yapılması için gerekli çizim-plan-proje gibi unsurlar malzeme değildir⁴⁴³. Yüklenicinin üzerine bina yapılacak arsayı da getirmesi halinde arsa malzemeden sayılmaz. Bu durumda istisna sözleşmesi ile birlikte bir taşınmaz satışı sözkonusudur ve arsanın ayıpları hakkında taşınmaz satışı hükümleri uygulanacaktır⁴⁴⁴. Kullanılan malzemenin kalitesinden de yüklenici sorumludur. BK m.357/1 uyarınca yüklenicinin kullanması gereken iyi cins malzeme sözleşmede kararlaştırılan eseri sözleşmeye uygun şekilde meydana getirmeye elverişli malzemedir⁴⁴⁵. Yüklenici malzemede ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu altındadır⁴⁴⁶. Ayıba karşı tekeffülde istisna akdi, zapta karşı tekeffülde satım sözleşmesi hükümleri uygulanır⁴⁴⁷. PPP projelerinde bir kamu hizmeti sunulması söz konusu olacağı için, bu durumlarda hizmetin gerektirdiği kalite standartlarının şartnamede belirlenmesi ve bu kalite standardının altında olmayacak şekilde malzeme seçimi yapılması gerekmektedir. BK m.357/2 ve BK. m.357/3 uyarınca malzeme idare tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanını da geri vermekle yükümlüdür. Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu

⁴⁴² Ayrıntılar için bkz.; **TURANBOY Asuman**, Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998.

⁴⁴³ **ARAL**, a.g.e., s. 333; **EREN**, a.g.e., s. 69.

⁴⁴⁴ **YAVUZ**, a.g.e., s. 335.

⁴⁴⁵ **EREN**, a.g.e., s. 70.

⁴⁴⁶ **OLGAÇ**, İstisna, s. 17.

⁴⁴⁷ **YAVUZ**, a.g.e., s. 335; **EREN**, a.g.e., s. 70.

hemen iş sahibine bildirmek zorundadır. Zira bildirmezse bu nedenle uğranılacak zararlardan sorumlu olur. Yine BK. m.361 uyarınca da eserin ayıplı olması idarenin talimatlarından kaynaklanıyorsa yüklenici sorumluluktan kurtulur. İdare, yüklenicinin uyarılarına rağmen açıkça ısrar ederse yüklenici buna uymakla mükelleftir bununla birlikte meydana gelecek ayıptan sorumluluğu olmayacağı da muhakkaktır. Ama daha önce de değinildiği gibi PPP sözleşmelerinde yatırım konusu projenin yapımı hem idarenin hem de yüklenicinin menfaatine hizmet ettiği için idarenin talimatlarına mutlak suretle uyması yükleniciden beklenemeyecektir⁴⁴⁸. Yüklenici sorumluluğu kendisine ait olmak üzere idarenin talimatına uymama hakkına sahip bulunmaktadır. Bu hususta taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, yüklenici işe devam ederek taraflardan herhangi biri Mahkemeden talimata uyulup uyulmama konusunda karar alarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilir. Uyuşmazlık süresi boyunca idarenin işin yapılmasına engel olması ve yüklenicinin de işi durdurması sözkonusu olmayacaktır. Bu durumda Mahkemeye gidilmesi halinde Mahkemeden öncelikle işin devam edip etmemesi konusunda bir ihtiyati tedbir talep edilmeli ve Mahkeme de bu tedbiri öncelikle karara bağlamalıdır. Mahkeme bilirkişi görüşüne başvurmaya gerek duyduğu takdirde mutlaka “*PPP konusunda uzman*” bir bilirkişi heyetinin görüşüne de başvurarak yargılamaya devam etmelidir. Bununla birlikte, PPP projelerinde genellikle malzeme yüklenici tarafından temin edileceği için bu hususta daha az sorun çıkması beklenmelidir.

İnşaat döneminde, önem arz eden bir husus inşaat kalitesidir. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen standartlarda bir kalite tutturacak şekilde eser meydana getirme borcunun ifası zımında, idarenin denetim yapmak hakkı bulunmaktadır. Aynı şekilde asıl yüklenicinin alt yükleniciyle imzaladığı sözleşmede de, bu nitelikte hükümler yer almaktadır. Ayrıca işletme dönemine geçildiğinde de, tesisin yapım projesinde öngörülen işletme kapasitesini tutturamamasının inşaat hatasından kaynaklandığı hallerde, yükleniciye verilmiş bir alım taahhüdü var ise⁴⁴⁹, alım taahhüdü dâhilinde ödenen kapasite bedelinden

⁴⁴⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 154.

⁴⁴⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 138 “İşletme riskleri arasında en önemlisi beklide, üretilecek mal veya hizmet için yeter miktarda alıcı bulunamaması olmaktadır. Piyasa riski olarak da adlandırılabilir olan bu tehlikeye karşı genellikle, belli bir miktar üretim için alım taahhüdü veya sunulacak hizmet için belli bir miktar talebin sağlanması garantisi verilmektedir....3996 sayılı kanun m.3/a’daki tanıma bakıldığında da “...şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya yararlananlarca satın alınması suretiyle...” ifadesi ve garantiler başlıklı m.11’deki “...kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının satın alacakları mal ve hizmet bedelleri...” ifadesi de, kamu yatırımları açısından, YİD modelinin idarenin alım taahhüdüne dayalı bir sistem olarak düşünüldüğünü göstermektedir.”

indirim yapılmakta, buna bağılı olarak, taşeron şirket için de, eksik üretim nedeniyle doğacak tazminat borcunun yanında, cezai şart⁴⁵⁰ ödemek borcu hükme bağlanabilmektedir⁴⁵¹.

3.2.1.3.4. İdareyi Bilgilendirme ve İhbar Borcu

Proje yüklenicisi projeyi gerçekleştirme konusunda uzman bir kişidir. Bu nedenle, projenin gerçekleştirilmesini sağlayabilmek için idareyi aydınlatma, tavsiyede bulunma ve özellikle de akdin mevzuunun meydana gelmesi konusunda önemli olan her konu, durum ve olay hakkında bilgi verme borcu vardır⁴⁵². Yüklenici ortaya çıkan önemli hususları idareye gecikmeksizin ihbar borcu altındadır. İdarenin zaten durumdan haberdar olduğu ve bu durumun meydana getireceği riskleri göze aldığı dolayısıyla ihbarda bulunmanın beyhude olacağı yüklenici tarafından isbatlanırsa yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır. Özellikle idarenin kendi eylemleri nedeniyle meydana gelen aksamalar halinde ihbara gerek bulunmamaktadır⁴⁵³. Borçlar Kanunu'nun 357/3 maddesine göre iş yapıldığı sırada iş sahibi tarafından verilen arsanın ya da malzemenin kusurlu olduğu anlaşılırsa ya da yapımın gerektiğinde ve düzenli bir biçimde yürümesini engelleyecek bir durum ortaya çıkarsa müteahhit gecikmeksizin bunları iş sahibine bildirecektir⁴⁵⁴. İhbar borcu, inceleme (muayene) borcunu da içermektedir, bu nedenle, yüklenici malzemeyi tetkik ederek işe girişmelidir⁴⁵⁵ malzemeye ilişkin kusurlar BK m.207 hükümlerine tabidir. Ancak, her iki tarafı da tacir olmayan bu durumda TTK m.25/4 hükümlerinin idare ile olan ilişkilere uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

PPP projeleri kapsamındaki yapım işlerinde malzeme sağlama ve işin devamını sağlama sorumluluğu tamamen yüklenici üzerindedir⁴⁵⁶. Dolayısıyla işin aksamasından kaynaklanacak sorumluluk da proje yüklenicisinin “sonuç” taahhüdü nedeniyle yükleniciye

⁴⁵⁰ Doktrinde cezai şartın hukuki mahiyeti ve çeşitli görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **GÖKÇEOĞLU Kamil Haluk**, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s. 34 vd.; **EKİNCİ Hüseyin**, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s. 39 vd.

⁴⁵¹ **EKİNCİ**, a.g.e., s. 91; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 50

⁴⁵² **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 312, **EREN**, a.g.e., s. 72; **UÇAR**, a.g.e., s. 89; **ÖZ**, a.g.e., s. 125.

⁴⁵³ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 178.

⁴⁵⁴ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 315.

⁴⁵⁵ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 179; **KARAHASAN Mustafa Reşit**, İnşaat İmar İhale Hukuku, C.I, Ankara 1997, s. 229.

⁴⁵⁶ Ender bazı durumlarda ve özellikle Kurumsal PPP modelinin uygulandığı durumlarda idarenin de malzeme veya arazi sağlama söz konusu olabilecektir.

aittir. Bu gibi durumlarda ihbar yükümlülüğü gündeme gelmez. Ancak, sözleşme kapsamında öngörülen teknik şartnamenin projenin yapılmasına uygun nitelikte olmaması nedeniyle projenin şartnameye uygun yapılamaması halinde sorun çıkacaktır. Örneğin, zemin etütleri yapılmaksızın bir inşaat faaliyeti proje kapsamında yer almışsa ve fakat sözleşme konusu inşaatın yapılacağı aşamada zemin etüdü yapıldığında projede öngörülen inşaatın yapılması mümkün bulunmamakta ise bu durumda yüklenici hemen durumu idareye ihbar etmek zorundadır. Ayrıca, sözleşmede kararlaştırılan mücbir sebeplerin gerçekleşmesi durumunda ihbar yükümlülüğü doğacaktır.

Yatırım projesinin mühendislik projesi hazır olmadan ihale ilanı ve bazı teknik etüdler yapılmadan ihale ilanı yapılmasının ve ihalede de yatırım teslim süresinin sözleşmeden başlatılmasının bu durumda yatırımcının sözleşme risklerini ve süresini öngörmesinin mümkün olmadığı, projelerin uygulanabilirliğinin sağlanması gerektiği, farklı ülkelerdeki uygulama ve tecrübelerden istifade edilerek doğru bir sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir⁴⁵⁷.

İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde de idare, projeye yatırım yapmış ve bu yatırımını sözleşme hükümlerinin uygulanması yolu ile geri almayı ve bir kazanç elde etmeyi planlayan yüklenicinin zararına olacak şekilde ve/veya projenin akim kalması sonucunu doğuracak şekilde işe devam edilmesi talimatı vermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, ihbara konu hususta kendisi kusurlu olmamak kaydıyla, yüklenici, idarenin talimatına uymama hakkına sahip olduğu gibi BK m.365/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle haklı nedenle akdi feshetme imkanına sahiptir, bu durumda yatırımcı kendi bilgi ve deneyimi ile talimatı değerlendirip karar vermelidir, talimata uyduğu için sözleşme konusunun akim kalmasından doğan zararın tazminini yüklenicinin istemeye hakkı bulunmamaktadır. Ancak, bu durumda idarenin de kusurlu davranışı ile sadakat ve özen borcuna aykırılığı nedeniyle BK m.368/3'in kıyasen uygulanması veya BK m.96'nın doğrudan uygulanması ile yüklenicinin mahrum kaldığı karı tazminat olarak istemesi ve fakat bu hesaplamada talimata uyan yüklenicinin müterafık kusuru nedeniyle BK m.44'ün de uygulanması sözkonusu olacaktır⁴⁵⁸. Zira yüklenicinin bilgilendirme ve ihbar borcu gerekli her türlü bilgiyi vermeyi içerdiği gibi idareyi verdiği talimatlar yanlış veya tutarsız ise bunlar hakkında da aydınlatma yükümlülüğünü içerir⁴⁵⁹. Bunun yanında yüklenicinin bu nitelikteki talimatlara uymama hakkı da bulunmaktadır.

⁴⁵⁷ PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/1/>, erişim:21.06.2008.

⁴⁵⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 180.

⁴⁵⁹ EREN, a.g.e., s. 76.

3.2.1.3.5. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

PPP projelerinde yüklenici, işe zamanında başlamak ve düzenli sürdürerek bitirmekle yükümlüdür. İşe ne zaman başlanılacağı sözleşmede kararlaştırılmış olabilir, bu yönde bir düzenleme bulunmaması halinde; işin mahiyetine göre belirlenecek tarihte, projenin iktisadi geri dönüşüm modelinin uygulanmasının başlayacağı tarih belliyse⁴⁶⁰ bu tarihten makul bir yapım süresi öncesindeki belirli bir tarihte, bu dahi bulunmadığı halde BK m.74 hükmüne göre akdin inikadından itibaren derhal işe başlanması gerekmektedir⁴⁶¹. PPP projelerinde bu yükümlülük öncelikle yapım faaliyetine zamanında başlanması ve bu faaliyet zamanında tamamlanarak kamu hizmetinin sunulmasına da öngörülen sürede başlanması şeklinde anlaşılmak gerektir. PPP projelerinin bir parçası olan eser meydana getirme hükümlerinde de belirli bir süre içinde kamu hizmetinin belirli bir kalitede sunulabilmesi amaçtır ve yapım işinin belirli sürede ortaya konulması üzerinde anlaşma vardır. BK m.358/1’de sadece sözleşmenin neticesinin tesliminin taahhüdü değil, aynı zamanda bunun yapım aşamasının da borca dahil olması sözkonusudur; eserin tesliminden önceki yapım aşamasındaki temerrüt de fıkra kapsamında yer almaktadır⁴⁶². PPP projelerinde sözleşme konusu yapım işinin gecikilmeksizin bitirilerek en geç sözleşmede öngörülen tarihte hizmetin sunulmaya başlanması konusunda bir kamu yararı vardır. Dolayısıyla, sözleşmenin hükümlerinde bir açıklık bulunmaması halinde, yüklenicinin iktisadi geri dönüş süresinin azalması yönünde bir kaybı bulunmasına rağmen, idarenin de süresinde faaliyete geçememiş PPP konusu proje nedeniyle bir kaybı vardır, bu kayıp maddi bir kayıp olabileceği gibi hizmetin geç sunulması, istihdam sağlanamaması, kaynak verimliliğinin sağlanamaması, kamunun vergi kaybına uğraması gibi pek çok neden olabilir ve bu durum da haklı menfaat sayılmak gerektir. Gecikme durumunda eser sözleşmelerine dair hükümler kıyasen uygulanır. Bu noktada BK m.358/1 hükmünün de uygulanması mümkün bulunmaktadır. Bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için yüklenicinin işe zamanında başlamamış olması veya sözleşmeye aykırı şekilde işe başlamayı ertelemesi veya yüklenicinin işi zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde bitiremeyeceğinin anlaşılmış

⁴⁶⁰ Borçlar Hukukunda istisna akdinde “işin teslim tarihi belli ise” bu tarihten makul bir yapım süresi öncesindeki belirli bir tarihte işe başlanması öngörülmektedir. Bu kuralın PPP projelerinde uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bunun yerine bu kuralın işin mahiyetine de uygun olarak yukarıda şekilde uygulanması gerektiği kanısındayız. Zira, PPP projelerinde kanaatimizce teslim iktisadi geri dönüşüm modelinin de bitip özel sektör yüklenicisinin proje konusunu idareye devrinin öngörüldüğü modellerde, bu devrin yapıldığı tarihte fiili zilyedlik idareye geçtiği için teslim de bu tarihte yapılmış olacaktır. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz aşağıda “3.1.1.3.7. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” kısmındaki tartışmalar.

⁴⁶¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 181.

⁴⁶² YAVUZ, a.g.e., s. 336.

olması şarttır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde de teslim süresini beklemeden idarenin akdi fesih hakkı bulunmaktadır. Bu hükmün uygulanmasında da teslimden anlaşılması gereken yine PPP projelerinin işleyişine uygun olarak, projenin işletmeye açılmasını, yani, iktisadi geridönüşüm modelinin başlaması anıdır.

Yüklenicinin işe zamanında başlama yükümlülüğüne uymaması durumunda, iş sahibi, sözleşme ile kararlaştırılan teslim zamanını beklemezsizin sözleşmeden dönebilir⁴⁶³ ve müteahhitten olumsuz zararını isteyebilir⁴⁶⁴. Yüklenicinin yükümlülüğüne objektif olarak aykırı hareket ederek eserin yapımında gecikmiş olması ve iş sahibinin de yükleniciye ihtarda bulunarak işin süresinde ifasını talep etmesi ve mehil vermesi gerekir⁴⁶⁵. BK m.358/1'in uygulanabilmesi için; yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi, işin yapımını sürüncemede bırakması, yavaş ilerletmesi ve erteleme, eserin öngörülen tarihte tamamlanmayacağına anlaşılması ve eser tamamlandığında ayıplı veya akde aykırı olacağına belli olmasına rağmen üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün olmaması şartları gereklidir⁴⁶⁶. Ayrıca işin geç teslimi dolayısıyla iş sahibi BK m.106–108 hükümlerine göre müteahhitten gecikme zararını isteme hakkını ve eğer sözleşmede cezai şart belirlenmişse bunu talep edebilir⁴⁶⁷. İdare, yükleniciden projenin geç başlamasında ifaya eklenen akdi cezai şartı⁴⁶⁸ da isteyebilir. Ancak, projenin zamanında yapılmaması nedeniyle akdin feshi halinde ifaya eklenen cezai şart istenemez⁴⁶⁹.

3.2.1.3.6. Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu

PPP modellerinin tamamında sözleşme konusu eserin idareye teslim edilmesi yükümlülüğünün yer almaması mümkün bulunmaktadır. Özellikle sahip olma modellerinin çoğunda devretme (teslim) borcu bulunmamakta, yüklenici bir eseri meydana getirerek bu

⁴⁶³ ARAL, a.g.e., s. 342; OLGAÇ, İstisna, s. 24; ZEVLİLER, a.g.e., s. 316; ÖZ, a.g.e., 114; ŞENOCAK, a.g.e., s. 24-25.

⁴⁶⁴ ZEVLİLER, a.g.e., s. 316.

⁴⁶⁵ BK m.107 gereği; borçlunun hal ve vaziyetinden mehil verilmesinin tesirsiz olacağı anlaşılırsa, borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmışsa, akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa bir mehil verilmesine gerek bulunmaksızın derhal fesih cihetine gidilmesi de mümkün bulunmaktadır, bkz.; İNAL, a.g.e., s. 190 vd.

⁴⁶⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 336-337.

⁴⁶⁷ EKİNCİ, a.g.e., s. 91; ZEVLİLER, a.g.e., s. 316.

⁴⁶⁸ 'İfaya eklenen cezai şart' hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; EKİNCİ, a.g.e., s. 150 vd.

⁴⁶⁹ ZEVLİLER, a.g.e., s. 316.

esere sahip olmakta ve işletmektedir. Ancak, kanaatimizce eserin teslimi borcunun, teslim zamanı gibi bazı hükümleri, sahip olma unsurlu PPP modellerinde de kıyasen uygulanması mümkün bulunan hükümler niteliğindedir. PPP konusunda teslim, projenin yapım aşamasının tamamlanarak, işletme süresinin varlığı halinde, bu sürenin sonunda eserin idarenin fiili zilyedliğine bırakıldığı anda yapılmış olması nedeniyle, teslim unsuru içermeyen, sahip olma unsuru içeren PPP modellerinde de işletmenin başlaması ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken hükümlerdir. Zira, teslim etme/alma eserin tamamlanmış olmasını ve fiilen de idarenin zilyedliğine geçmesini gerektirir. Henüz tamamlanmamış bir çalışmayı yüklenici ‘eser’ olarak teslim edemez, iş sahibi de bunu kabul etmek zorunda değildir⁴⁷⁰. İdareye teslimin yapılmayacağı durumlarda da yapılan işin projeye uygun olup olmadığı tetkik edilerek kabulünün yapılması gerekmektedir⁴⁷¹.

İdarenin kiracı olduğu, yüklenicinin de eser meydana getirip idareye kiraya verdiği ve sonrasında devrettiği veya sahip olduğu modeller gibi eserin meydana getirilmesinden sonra idareye teslim edildiği modellerde teslim borcu da doğrudan önem kazanmaktadır.

PPP sözleşmelerinde yüklenici sözleşme konusu eseri meydana getirerek idareye iş sahibine teslim borcu altındadır. Sözleşme konusu eser tümüyle sözleşmeye uygun şekilde tamamlanıp idarenin “*zilyedliğine ve tasarruf alanına geçirilmekle*” teslim edilmiş sayılır⁴⁷². Bunun dışındaki hallerde kabul yapılabilir ancak, teslim fiilen idarenin tasarrufuna geçirilmiş olmayı gerekli kıldığı için bu şartın gerçekleşmediği iş ve işlemlerin hiç birinin teslim olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak, taşınmazlarda tapu tescil işlemlerinin hükmen teslim niteliğinde olduğu kanısındayız⁴⁷³. BK’nın istisna akdine ilişkin hükümlerinde eserin teslimi borcu “açıkça” düzenlenmiş bulunmamaktadır⁴⁷⁴. Yüklenicinin teslim etme borcunun karşılığında iş sahibinin eseri teslim alma borcu bulunmaktadır, aksi halde alacaklı temerrüdü söz konusu olacaktır, ‘teslim alma’ borcunu ‘kabul’ ile karıştırmamak gerekir, kabul bir irade beyanıdır⁴⁷⁵. Eserin fiili zilyedliğinin iş sahibine geçirilmesi teslimdir. Buna karşılık, kabul ise “*teslim edilen*” eserin muayenesinin yapılp

⁴⁷⁰ ARAL, a.g.e., s. 345; EREN, a.g.e., s. 72.

⁴⁷¹ Bu durumda, sözleşme süresi boyunca sözleşme konusu eserin sözleşmeye uygun şekilde işletilmeye salih olarak bulundurulması zımında eserde görülecek ayıpların sözleşme hükümleri uyarınca izale edilmesini talep hakkı bulunduğu kanısındayız.

⁴⁷² ZEVKLİLER, a.g.e., s. 312, EREN, a.g.e., s.72; ÖZ, a.g.e., s. 125.

⁴⁷³ Taşınmazlarda tapu tescilinin teslimden önce yapılacağına ilişkin, EREN, a.g.e., s. 72.

⁴⁷⁴ İNAL, a.g.e., s. 195.

⁴⁷⁵ EREN, a.g.e., s. 72; UÇAR, a.g.e., s. 90.

eserin sözleşmeye uygun olduğunun idare tarafından beyan edilmesidir⁴⁷⁶. PPP projelerinde ise teslim özellik arz etmektedir, şöyle ki, hiç teslim yapılmayan sahiplenme modelleri bulunmaktadır. Bu durumlarda teslim değil kabul yapılması gerekmektedir.

BK m.73 gereği, eserin teslim yerine ilişkin bir sözleşme bulunmaması halinde, eser taşınmaz veya taşınmazın mütemmimini veya teferruatını oluşturan⁴⁷⁷ nitelikteyse teslim yeri eserin bulunduğu yer, eser malzemeyi yüklenicinin verdiği taşınır niteliğindeyse aranacak borç niteliğindeki eserin teslim yeri yüklenicinin bulunduğu yerdir⁴⁷⁸. Malzemesini yüklenicinin sağladığı durumda ise borç götürülecek borçlardan olduğu için eseri götürmesi veya masrafı ve hasarı kendisine ait olmak üzere göndermesi gerekmektedir⁴⁷⁹. Teslim zamanı sözleşmede belirlenebileceği gibi, tarafların farazi akit yapma iradesi ve işin gerektirdiği süreye göre belirlenmelidir. Ancak, BK m.74 hükmünün uygulanması mümkün bulunmamakta, yükleniciye işi yapması için makul bir süre verilmesi gerekmektedir⁴⁸⁰. İş sahibinin eseri teslim almayı bekleyebileceği an, teslim zamanı olarak değerlendirilebilir⁴⁸¹. Eserin meydana getirilme süresinin tahlilinde de; deneyimli bir uzmanın, işe zamanında başlayıp, sürekli çalışarak, işin gereği olan çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak, gerekli finansmanı da kendisi sağlayarak ne kadar sürede tamamlaması makul ise o kadar sürede tamamlanabileceği kabul edilmelidir⁴⁸². Teslim ile hasar ve nefi idareye geçer ve idarenin de eseri tecrübe ve muayene külfeti doğar⁴⁸³. Yüklenici işi yapıp tamamladığı halde teslimde temerrüde düşerse BK m.96 vd hükümleri ve özellikle de m.106-108 hükümleri uygulanacaktır. Eserin meydana getirilmemesi halinde ise BK m.358 hükmü uygulanacaktır, bu hükmün teslim borcuna doğrudan veya kıyasen uygulanması mümkün bulunmamaktadır⁴⁸⁴. Borçlunun temerrüdü için BK m.101/2'deki haller dışında BK m.101/1 uyarınca temerrüt ihtarında bulunulması gerekmektedir⁴⁸⁵. Teslimde temerrüd

⁴⁷⁶ UÇAR, a.g.e., s. 90; İNAL, a.g.e., s. 200.

⁴⁷⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁷⁸ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 312; YAVUZ, a.g.e., s. 338.

⁴⁷⁹ YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁸⁰ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 312; YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁸¹ EREN, a.g.e., s. 73.

⁴⁸² YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁸³ EREN, a.g.e., s. 72.

⁴⁸⁴ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 312, YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁸⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 337.

veya gecikmiş ifa hallerinde akdi cezai şartın talep edilmesi de mümkündür⁴⁸⁶. Yüklenici kusursuz olduğunu isbatlayarak tazminat sorumluluğundan kurtulma imkanına da sahiptir⁴⁸⁷.

3.2.1.3.7. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Sözleşme konusu eser idareye teslim edildikten sonra, sözleşme ile üzerinde anlaşılan, yüklenicinin esere ilişkin olarak zikir veya vaad ettiği⁴⁸⁸ veya dürüstlük kuralına⁴⁸⁹ göre⁴⁹⁰ eserin lüzumlu vasıflarına⁴⁹¹ ilişkin özelliklerin bulunmaması durumunda ayıba karşı tekeffül hükümleri cari olacaktır. Eserde sözleşme veya dürüstlük kuralı gereği⁴⁹² ‘bulunması gerekli’ nitelikler ile ‘fiilen var olan’ nitelikler arasındaki olumsuz farka ayıp denir⁴⁹³. BK m.359-363 hükümlerinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü satım sözleşmesindekine benzer şekilde düzenlenerek, yüklenicinin sonuç sorumluluğu yerine, eserin teslimi borcuna bağlı ayıba karşı tekeffül sorumluluğu benimsenmiştir⁴⁹⁴. Hemen belirtilmelidir ki satım sözleşmesi ile istisna sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri benzer olmakla birlikte aynı değildir; farklı hükümlere tabidir⁴⁹⁵. Tacirler arası satımlarda BK. m. 194 ve TK. 25/b.3-4 uygulanacak iken, tacirler arası olsun

⁴⁸⁶ ARAL, a.g.e., s. 350; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 312; YAVUZ, a.g.e., s. 337.

⁴⁸⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 338.

⁴⁸⁸ ŞENOCAK, a.g.e., s. 102; İNAL, a.g.e., s. 198; Vasıf vaadini doktrinde ‘sözleşme’, ‘tek taraflı hukuki işlem’ ve ‘tasavvur açıklaması’ olarak değerlendiren çeşitli görüşler için bkz.; ŞAHİNİZ Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 53-54. Vasıf vaadi ile garanti taahhüdünün farklı olduğu konusunda ayrıntı bilgi için bkz.; ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 55-54. Almanya Borçlar Kanunu Reformu ile vaad edilen vasfın ‘garanti’ kavramı olarak ele alındığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; MEUB Michael H., Borçlar Hukuku Reformu: Yeni İstisna Sözleşmesi Hukuku, Çev. DEMİR Mehmet, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI S. 4, 2002, s. 32,40 vd.

⁴⁸⁹ AKKANAT, a.g.e., s. 134; Dürüstlük kuralından doğan yan edimlerin incelemesi için bkz., İNAL, a.g.e., s. 158 vd.

⁴⁹⁰ EREN, a.g.e., s. 78; ÖZ, a.g.e., s. 165.

⁴⁹¹ YAVUZ, a.g.e., s. 341.

⁴⁹² ŞENOCAK, a.g.e., s. 94, 97.

⁴⁹³ EREN, a.g.e., s. 79; ARAL, a.g.e., s. 352.

⁴⁹⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 339.

⁴⁹⁵ Almanya Borçlar Hukuku mevzuatında yapılan reform kapsamında istisna sözleşmesinin incelenmesi ve ayıba ve zapta karşı tekeffül açısından satım kurallarına en geniş ölçüde benzetilmiş olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; MEUB Michael H., a.g.e., s. 29 vd.

olmasın yüklenicinin ayıplı ifası durumunda BK. 359 vd. hükümleri uygulanacaktır⁴⁹⁶. Ayıba karşı tekeffül borcu teslimle doğar⁴⁹⁷. Teslim yüklenicinin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde onun doğrudan zilyetliğini sağlamasıdır⁴⁹⁸. Teslim niteliği taşımayan durumların teslimden ayrıştırılması gerekmektedir. Teslim de işin tamamlanması ile sözkonusu olacaktır⁴⁹⁹. PPP projelerinde yap-kirala-devret gibi teslim öngörülen modellerde burada belirtilen şekilde uygulama yapılması mümkün olmakla birlikte, yapımı müteakip işletmenin de bulunduğu ve bundan sonra devrin sözkonusu olduğu durumlarda gizli ayıplardan idarenin, işletme süresi bittikten ve dolayısıyla zamanaşımı süresi dolduktan sonra haberdar olması durumu da sözkonusu olacaktır. Kanaatimizce, bu durumda eserin işletilmesine başlandığı tarih değil, devrinin yapıldığı tarih teslim tarihi kabul edilmek gerektir. Zira bu ayıpların yüklenici tarafından fark edilerek giderilmiş olması gerektiği halde yapılmaması, kasten⁵⁰⁰ gizlendiği anlamına da gelmektedir⁵⁰¹. Kaldı ki, teslim tamamlanmış eserin zilyedliğinin devrinin yapılması olarak tanımlandığı için, idarenin fiili zilyedliğinde bulunmamış bir eser yüklenicinin idareye “devretme anında” idarenin fiili zilyedliğine geçmiş olacaktır. Bu nedenle de ihbar yükümlülüğünün ve zamanaşımının da o tarihte başlamasının işin doğasına uygun olacağı kanısındayız. İstisna sözleşmelerindeki gibi eserin yapılıp tamamlanması ile teslimin de yapıldığı yap-kirala-devret gibi modeller de bulunmaktadır. Ancak, yüklenicinin kendisine ait mamul veya gayrimenkul üzerinde kendisine ait malzemeler ve finans ile yapım borcunu yerine getirdiği ve sonrasında da (işletme, kiralama vs gibi) finansal geri dönüşüm modelinin uygulamaya koyulduğu ve nihayetinde de sözleşme süresi dolunca bu eseri idareye devrettiği durumlarda, kanaatimizce, ‘*teslim*’ eserin fiili zilyedliğinin idareye devredildiği anda gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Dolayısıyla teslimle bağlanan ayıba karşı tekeffül ve sair yükümlülüklerle ilişkin

⁴⁹⁶ ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 26.

⁴⁹⁷ UÇAR, a.g.e., s. 89; OLGAC, İstisna, s. 31; YAVUZ, a.g.e., s. 339; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 312; EREN, a.g.e., s. 79; İNAL, a.g.e., s. 197.

⁴⁹⁸ UÇAR, a.g.e., s. 90.

⁴⁹⁹ OLGAC, İstisna, s. 31; Teslim sayılmayan durumların örnekleri için bkz YAVUZ, a.g.e., s.342; Aksi yönde bkz; ŞENOCAK, a.g.e. s. 87 vd.

⁵⁰⁰ Kast, borçlunun iradesinin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi ve bu sonucun bilinmesi ve istenmesi ve göze alınmasıdır, AKMAN, a.g.e., s.54 dipnot 27 ve orada geçen yazarlar.

⁵⁰¹ Aynı yönde, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 216.

süreler de bu tarihten itibaren hesaplanmalıdır⁵⁰², kaldı ki *kabul* ve *teslim* ayıp dolayısıyla iş sahibinin haklarına etkisi bakımından farklı kavramlardır⁵⁰³. Teslim, kabul gibi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşürmeyip, tersine, bu hakların doğumu koşulunu oluşturmaktadır. Oysa kabul, eserin muayenesinin yapıldığı, akde uygun olduğunun beyan edilmiş olduğu beyanı olduğu için yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun düşmesine neden olmaktadır⁵⁰⁴. Bu durumda eser yapılıp finansal geri dönüşüm modeline geçilmeden önce idare tarafından kabulünün yapılması bu eserin ayıplardan ari olduğunun ikrar edilmesi sonucunu doğurmamaktadır⁵⁰⁵. Oysa bu aşamada, sadece işin sözleşmeye uygun yapılıp yapılmadığı yani, projenin yapım unsurlarının sözleşmede belirtilen standartlarda, sadakat ve özen yükümlülüğüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığının denetimi sözkonusudur⁵⁰⁶. Öte yandan, teslim, fiili kullanımı da başlattığı için gizli ayıplar yönünden projenin sözleşmeye uygun olup olmadığının fiili olarak test edilmesi imkanı da ancak teslimden sonra mümkün olmaktadır. Kaldı ki, *bakım onarım yükümlülüğü, akde uygun olarak yapılmış bir eserin olağan kullanımından doğan yıpranmasının giderilmesi niteliğinde bir borçtur. Oysa burada sözkonusu olan husus akde aykırı olarak yapılan bir eserin ayıba karşı tekeffül hükümleri ile akde uygun hale getirilmesinin* sözleşme hükümleri çerçevesinde sağlanmasından ibarettir. Kaldı ki, bakım onarım borcu yüklenicinin işletme dönemi boyunca devam eden bir borçtur⁵⁰⁷ ve bu borç PPP sözleşmesinin zorunlu unsurlarından da değildir, sadece iradi bir sözleşme yükümlülüğü olarak sözleşmeye dahil edilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bu borç, yap-işlet-devret modelindeki bir PPP’de bile sözleşmenin sona erip de eserin idareye tesliminden sonra, kural olarak, devam etmeyen bir borçtur.

⁵⁰² Farklı yönde bkz **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 231 vd, yazar işletme dönemi başlamadan kabulün yapılmasını ve gerekirse ayıp ihbarında bulunulmasını öngörmekte, idareye devrin yapılması aşamasında da bakım onarım yükümlülüğü içinde meselenin mülahaza edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁰³ **ERMAN Hasan**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s. 3; **EREN**, a.g.e., s. 72; **UÇAR**, a.g.e., s. 90, 94, yazar her iki kavramı da detaylı şekilde analiz etmiştir.

⁵⁰⁴ **UÇAR**, a.g.e., s. 90, 96. Bu durumda bile gizli ve gizlenmiş ayıplardan sorumluluk devam etmektedir. Ancak, bu durumda da PPP sözleşmelerindeki sürelerin uzun olduğu nazara alınırsa, zamanaşımı meselesi gündeme gelecektir.

⁵⁰⁵ Uygulamada tereddüt yaşanmaması için idareler işletme süresinin başlaması için bir kabul tutanağı düzenleyip, bu kabul tutanağına açıkça; ayıba karşı tekeffül hükümlerinin teslimden itibaren başlayacağını da yazmaları pratik açıdan faydalı olacaktır.

⁵⁰⁶ **ERMAN**, a.g.e., s. 31 vd.

⁵⁰⁷ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 234.

Yapım unsuru içermekle birlikte devir unsuru içermeyen yap-sahip ol gibi PPP modellerinde ise eserin idareye teslimi sözkonusu olmadığı için, ayıba karşı tekeffül borcunun başlaması sorunu gündeme gelmektedir. Ayrıca karşı tekeffül için, zilyedliğin devrinin şart olduğu görüşünde olduğumuz için, bu tür projelerde teslim yerine kabul yapılması gereklidir, ancak, yüklenicinin sözleşme süresi boyunca eseri sözleşmede öngörülen vasıflarda bir hizmet sunma borcu da bulunduğu için, yapılan bu kabule rağmen eserde meydana gelen açık/gizli ayıpların hizmete tesirinin giderilmesinin istenilmesi akdi yükümlülüğün icrası zımında yapılabilmelidir. Ayrıca, uygulamada sorun yaşanmaması için, bu durumlarda yapılacak kabul tutanağına, kabulün mahiyeti ve teslimi içermediği, bu nedenle, eserden kaynaklanan aksaklıkların da giderilmesi borcunun devam ettiği hususu dercedilmelidir.

İdare eseri teslim aldıktan sonra işlerin mutad akışı içindeki ilk fırsatta eseri yoklamalı ve ayıpları derhal yükleniciye bildirmelidir⁵⁰⁸. Muayene ve ihbar⁵⁰⁹ süresinin önceden sözleşme ile belirlenmesi daha doğru bir yöntem olmakla birlikte taraflarca kararlaştırılmamışsa, özenle yapılacak bir muayeneye yeterli olamayacak kadar kısa bir süre verilmemesi gerekmektedir⁵¹⁰. Özellikle PPP projeleri gibi karmaşık projelerin muayenesinde, konusunda uzman bir ekip ile muayene yapılacağı için muayene süresinin de yeterli uzunlukta olması sağlanmalıdır⁵¹¹. Ayıp ihbarı şekle bağlı değildir⁵¹², ancak ihbarın içeriğinin ayıp ihbarı olduğunun anlaşılmasını sağlayacak netlikte olması gereklidir⁵¹³. Eserdeki ayıp gizli⁵¹⁴ değilse ve iş sahibi de eseri teslim aldığı anda ihtirazi kayıt dermeyeran etmeden teslim almış ve dolayısıyla ayıp ihbarında da bulunmadan teslim almışsa ayıplı ifayı kabul etmiş sayılır (BK m.362/1, c.1, 362/2). Ayıp gizli veya kasten saklanmış ise bunların sonradan öğrenilir öğrenilmez⁵¹⁵ ve her halükarda BK m.126'daki zamanaşımı

⁵⁰⁸ ÖZ, a.g.e., s. 171; ŞENOCAK, a.g.e., 79, 110; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 316; OLGAÇ, İstisna, s. 32.

⁵⁰⁹ Bahsedilen 'ihbar'ın bir yenilik doğurucu hak niteliğinde olup olmadığı konusunda inceleme ve yenilik doğuran hak olmadığı hakkında görüş için bkz.; BUZ Vedat, Medeni Hukuk'ta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 170 vd.(Yenilik Doğuran Haklar)

⁵¹⁰ YAVUZ, a.g.e., s. 342.

⁵¹¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 214.

⁵¹² ŞENOCAK, a.g.e., s. 125.

⁵¹³ ÖZ, a.g.e., s. 174; ŞENOCAK, a.g.e., s. 126.

⁵¹⁴ ŞENOCAK, a.g.e., s. 104. Usulü ve vechile muayenesinde anlaşılan ayıplar açık, anlaşılamayan ayıplar gizli ayıp niteliğindedir.

⁵¹⁵ ŞENOCAK, a.g.e., s. 123.

süreleri içinde yükleniciye ihbar edilmesi şarttır, aksi halde ayıplı ifa kabul edilmiş sayılır⁵¹⁶ (BK m.362/son). Eserdeki ayıp idarenin o işten beklediği olağan faydayı sağlayamayacağı, eseri kullanamayacağı, hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede büyükse BK m. 360/1 uyarınca kabulden imtina edebilir, ancak, ayıp bu derece büyük değilse ücretten indirim yapılması veya gideri fazla değilse tamirini veya iyileştirilmesini isteyebilir⁵¹⁷. Ancak, yüklenicinin kusuru varsa BK m.360/2 uyarınca idare zararının tazminini de isteyebilir⁵¹⁸. Eser, sözleşmenin kamu tarafının arsası üzerine yapılmışsa ve mahiyeti itibarıyla sökülüp götürülemeyecek nitelikteyse yada çok yüksek zarar doğuracaksa, BK m.360/2 uyarınca idarenin kabulden kaçınma hakkı bulunmamaktadır, sadece ücretten indirim veya eserin tamir ve iyileştirilmesi imkanı bulunmaktadır⁵¹⁹. BK m.362 gereği, eserde bulunan ayıplar açık veya örtülü şekilde kabul edildiğinde yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır. Daha sonra ortaya çıkan gizli ayıplardan da derhal bildirildiği durumda yüklenici sorumlu olabilecektir. Eserde bulunan ayıp idarenin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede büyükse, kabulden kaçınılabileceği gibi müteahhidin kusuru oranında doğan zararını da isteyebilir⁵²⁰. BK m.126 uyarınca, teslimden itibaren hile ve ağır kusur halinde 10 yıl, bunun dışındaki hallerde 5 yıl geçmekle ayıba karşı tekeffül borcu zamanaşımına uğrar⁵²¹. Alt yüklenici kullanılması halinde her iki tarafı da tacir olan bir taşeronluk sözleşmesi sözkonusu olacağı için alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişkide TTK m.25/4 uyarınca zamanaşımı 6 ay olarak hesaplanacaktır(BK m.363/1). Ayrıca, TTK m.20’de belirtilen ihbarların da maddede öngörülen şekilde yapılması şarttır⁵²². Fakat, bu yükümlülükler akitlerin nisbiligi kuralı gereği idare ile yüklenici arasındaki ilişkiye teşmil edilemez.

3.2.1.4. PPP Projelerinin Yapım Unsurunda İdarenin Borçları

PPP projelerinde idarenin borçları ile istisna akdindeki yüklenicinin borçları kıyaslandığında önemli farklar olduğu görülmektedir. Yüklenicinin borçları açısından benzerlikler görülse de iş sahibinin borçları açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

⁵¹⁶ ŞENOCAK, a.g.e., s. 127.

⁵¹⁷ ÖZ, a.g.e., s. 176.

⁵¹⁸ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 317.

⁵¹⁹ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 317.

⁵²⁰ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 317.

⁵²¹ TUTUMLU Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Ankara 2001, s. 41-42.

⁵²² Ayıp ihbarı TTK m.20’de sayılmamış olduğu için şekle tabi değildir.

3.2.1.4.1. Ücret Borcu

PPP projelerinin kapsamında yapım unsurunun yer aldığı sözleşmelerin, eser sözleşmeleri gibi tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı sözleşmeler olduğuna yukarıda değinmiştik. Eser sözleşmelerinde eser sahibinin ücret ödeme borcu vardır ve ücret belirlenmemişse karma sözleşme kabul edilecektir⁵²³. Ücret eserin meydana getirilip tamamlanarak teslimi karşılığında ödenen bedel olarak karşımıza çıkmaktadır. PPP projeleri içinde ise yapım unsuru, diğer unsurlar ile finanse edilen bir işleyişe sahiptir. Yapımın gerçekleşmesi sonucu kamu tarafından çeşitli finansman yolları için izinler veya haklar tanınmaktadır. Yapım yani “*eser meydana getirme*” unsurunu içeren yap-işlet-devret, yap-kirala, yap-işlet, yap-devret-işlet, yap-işlet-sahip ol-devret gibi PPP uygulamaları projenin kendi kendisini finanse etmesinin esas alındığı modellerdir ve amacı, inşa edilen eserin işletilmesi veya kiralanması suretiyle bu inşaatın finansmanının sağlanması yani inşaatın kendi kendini finanse etmesidir⁵²⁴. Yani bu modeller çerçevesinde yapımına ihtiyaç duyulan bir projenin varlığı ve maddi sonuç olarak da bu proje çerçevesinde kendi kendini finanse edecek veya gölge ücretle finansmanı sağlanacak bir eserin meydana getirilmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi bu finansman imkanı ve gölge ücret ödenmesi PPP projeleri kapsamında yer alan yapım unsurlu sözleşmelerde eserin inşa edilmesinin karşılığında gerçekleşmektedir ve eser sözleşmelerinde ücret borcunun ifasına tekabül etmektedir. Herbir finansman imkânı eser sahibi konumunda yer alan idarenin eserin tamamlanması karşılığında yükleniciye sağladığı ücret mahiyetindedir. Kaldı ki eser sözleşmelerinde ücretin para ile tayini de gerekli değildir⁵²⁵. Eserin eser sözleşmesinin karakteristik edimlerinden olmayan bir edimle değiştirilmesi çift tipli bir karma sözleşme teşkil eder⁵²⁶.

Ücret borcu idare tarafından kiralama veya işletme hakkının devri gibi finansman araçları ile ifa edildiği gibi çeşitli ödeme yollarıyla da yerine getirilebilmektedir. Bunlar⁵²⁷; (1) *Kullanıcı Ücretleri - özel sektör ortağının altyapı veya hizmetin özel kullanıcılarından doğrudan aldığı ödemeler (yol geçiş parası)*, (2) *Kullanım Esaslı Ödeme - kamu sektörünün, özel sektöre hizmet veya altyapının ne kadar kullanıldığına bağlı olarak yaptığı ödeme*, (3) *Kullanıma Hazır Bulundurma Bazlı Ödemeler- kamu sektörünün, özel sektör*

⁵²³ EREN, a.g.e., s. 52; ARAL, a.g.e., s. 322.

⁵²⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 47, KAPLAN İbrahim, Yap İşlet Devret ve Yap İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIX, S.4, 1998, s. 9.

⁵²⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 321.

⁵²⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 321.

⁵²⁷ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 47-48.

ortağına, altyapı veya hizmeti beli bir standartta kullanılabilir hale getirmesi karşılığında yapılan ödemeler, (4) Performans Bazlı Ödemeler - hizmetin kalitesine bağlı olarak yapılan ödemeler. İndirimler, hizmetin sunulmamasının önemini yansıtacak şekilde yapılmalıdır ve buna göre hizmet verilmemesi durumunda ödeme yapılmamalı, ancak önemsiz nitelikteki hataların karşılığında küçük indirimler yapılmalıdır (sürekli hizmet sunulmaması halleri hariç).

Görüldüğü gibi PPP projesin bir tarafı konumunda olan kamu kesimi belirli yollardan yapım işinin finanse edilmesinin altyapısını sağlamaktadır. Yani tam iki tarafa borç yükleyen yapı mevcuttur fakat ivazda eser sözleşmesinden farklılıklar vardır. Karakteristik eser sözleşmesinde yer alan ücret edimi farklılaşmaktadır. Ücret finansman araçlarının sağlanması veya projenin özelliklerine göre yapılan ödemeler ile yerine getirilmektedir. Belirtilmelidir ki idarenin tam olarak yapımın tamamlanması için ihtiyaç duyulan finansmanı karşılayan yükleniciye bu finansmanı iade ve kar etmesini sağlama sonucunu doğuracak bir borcu yoktur. PPP modellerinde eser meydana getirme edimi yüklenicide iken, idare, yükleniciye sadece yatırımın finansmanını geri alabilmesi ve kazanç sağlayabilmesi için işletme veya kira ücreti hakkı veya bir başka finansal geri dönüşüm modelini ve bu hakkın kullanılabilmesi için de gerekli olması durumunda yatırım zeminin (bir gayrimenkulün sözkonusu olduğu durumlarda araziyi) teslim etmekte ve gelir elde edebilme yetkisini de vermektedir. Burada aynı zamanda PPP projesin bir tarafı (ortağı) konumunda olan kamu kesimi belirli yollardan yapım işinin finanse edilmesinin altyapısını sağlamaktadır. Yapımın yüklenici tarafından işletilmesi veya kiralanması süreci finansmanın geri ödenmesine yani ücrete hizmet etmektedir. Fakat bu süreçte tüm rizikonun idarenin değil yüklenicinin üzerinde olduğu unutulmamalıdır. Yani yapım inşası ve/veya işletme aşamasında meydana gelebilecek herhangi bir nedenle inşaat maliyetinin artması, gecikme nedeniyle uğranılan zararlar kural olarak yüklenicinin üzerindedir ve bunu idareye yansıtamayacaktır⁵²⁸. PPP projelerinde ücrete tekabül eden finansal geri dönüşüm araçları aynı zamanda rizikoların özel sektöre üstlenildiği bir alan özelliğindedir. PPP projelerinde talep riski yüklenici üzerindedir. Yani, yüklenici kendisinin öngördüğü bir gelir tahmini oluşturacak talebe göre işe girişmektedir. Bununla birlikte, idarenin, finansal geri dönüşüm modelinin işlemlerini sağlayıcı tedbirleri alma ve/veya modelin işlemlerine engel olmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük finansal geri dönüşüm modeline ilişkin unsurdan doğduğu gibi, akdin karşı tarafının gözetme borcundan da doğmaktadır. Bu

⁵²⁸ **Danıştay 1.Dairesi 16.12.1998 Tarih, 267E./481K. :** ‘..3996 sayılı Kanunun 6. 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 İstanbul boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır.’

bağlamda, finansal öngörüsünde belirli bir bölgede belirli bir sayıda talep öngörüsü ile başlanılan bir projede, bu parojenin finansal geri dönüşüm modelinin işletildiği dönem içinde projenin talep öngörülerini bozacak veya engelleyecek ikame bir arz mecrası oluşturulmasından kaçınılması da idarenin yükümlülükleri arasındadır. Bu anlamda, yükleniciler de ihale tekliflerinde talep öngörüsünü belirtmek suretiyle bu hususa açıklık getirmeleri gereklidir, aksi halde ölçümlenebilir bir veri kalmayacaktır. Bununla birlikte, projenin talep öngörülerini bozmayacak, fazla arzın karşılanmasına yönelik ikame arz mecrası oluşturulmasına engel bulunmamakla birlikte, performansı artırıcı etki doğurabilme kapasitesinin de engellenmemesi anlamında, fazla arzın, sözleşmede yüklenicinin yüklenmek zorunda olmadığı yatırımlar dahil olmak üzere, yüklenici performansı ile karşılanmasının mümkün bulunduğu durumlarda yüklenici performansının artırılması cihetinin teşvik edilmesi ve alternatif arz mecrası oluşturulmasından kaçınılması verimlilik sağlayıcı olacaktır.

Bu nedenle proje konusu yatırımı gerçekleştirmek isteyen ve fakat yeterli maddi kaynağı bulunmayan ya da maddi kaynağı bulunmakla birlikte bunu başka bir şekilde değerlendirmek isteyen idare, kamu ihale kanununa göre karakteristik istisna akdi yerine PPP modeli çerçevesinde yapım sözleşmesini tercih etmektedir. Bunun sonucu olarak, idarenin tabi olduğu kanun da farklılaşmaktadır. İdare tam olarak istisna akdine konu bir ihale yaptığı zaman Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen imkanları kullanacaktır ve yükleniciye ihale konusu hakedişini ödeyecektir. Oysa aynı işi PPP modeli ile yaptırdığı takdirde yükleniciye ücret farklı bir yöntem ile ödenecek, yüklenici kira veya işletme gelirleri ile hem yatırım maliyetini hem de karını elde edecektir. Yani eser sözleşmelerinde olduğu gibi eser sahibi konumunda olan kamu kesimi açısından ücret olarak ivazın ifası farklılaşmaktadır. Doğrudan bir ücret ödemesi sözkonusu olmamakla birlikte, dolaylı bir ücret ödemesi yapılmaktadır. PPP projelerinin, kamunun 30-40 yıllık bütçesini başlayıcı taahhütler olması nedeniyle çok önemli projeler olması hususu da bu noktadan kaynaklanmaktadır.

PPP sözleşmelerinde, istisna sözleşmesinde olduğu gibi doğrudan bir ücretin söz konusu olmadığı açıktır ancak, bir ücretin geleceğe yönelik olarak elde edilebileceği imkanların yükleniciye sunulması ile ifa söz konusudur. Yüklenici yapımın maliyetini⁵²⁹ ve yüklenicilik ücretinden⁵³⁰ oluşan maliyet bedelini idare tarafından sunulan bu imkanlar ile sağlamaktadır ve böylece idare ücret borcunu ifa etmiş olmaktadır. Yüklenici bu imkanların sunulmasını ücret mahiyetinde olduğu için idareden sözleşmeye dayanarak talep edebilir.

⁵²⁹ ÖZ, a.g.e., s. 57.

⁵³⁰ ÖZ, a.g.e., s. 56.

Dolayısıyla ücretini idareden talep etmiş olmaktadır⁵³¹. Ancak, yüklenicinin idareden bir ödeme talep etme hakkı bulunmamaktadır. Yüklenici, idareden finansal geri dönüşüm modelini işletmesine imkan tanıma hakkını talep edebilir. Finansal geri dönüşüm modelinin işlemesi sonucunda kar/zarar etmesi ise idarenin sorumluluğunda değildir. Bu husus PPP sözleşmelerinin karakteristik özelliklerinden birisidir.

3.2.1.4.2. Diğer Borçlar

Genel olarak eser sözleşmeleri çerçevesinde iş sahibinin malzeme sağlama borcu, malzemenin veya tamir edilecek şeyin kendisince bilinen ve müteahhidin gözüne çarpmayacak tehlikeli veya işi etkileyecek diğer niteliklerinden yükleniciyi haberdar etme borcu ve borç değil fakat külfet olarak nitelenebilecek ayıpları ihbar etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵³². Böylece yüklenicinin neyi taahhüt ettiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. PPP projeleri kapsamında yapım sözleşmelerinde ise malzeme sağlama borcu bulunmamakla birlikte diğer borçlar cari olacaktır.

3.2.1.5. PPP Projelerinin Yapım Hükümlerinin Sona Ermesi

Yapım unsuru PPP projesinin dayandığı sözleşmenin bir parçasıdır. Yapım sözleşmesi elbette yapımın tamamlanması veya eğer teslim söz konusu ise teslimi ile sona erecektir. Fakat PPP projesinin esnek sözleşme yapısı cari olmaya devam etmektedir. *Sözleşmenin yapım ile ilgili hükümleri gereğince bu hükümlere ilişkin sözleşmenin bitimi ile parçası olduğu sözleşmenin bitimi birbirinden bağımsızdır.* BK Kapsamında eser sözleşmesinin; keşif bedelinin tecavüzü halinde sözleşmenin feshi, iş sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshi⁵³³, yapılan eserin telefı halinde sona erme, yüklenicinin aciz halinde sona erme ve tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri yoluyla sona erme gibi fesih ve sona erme nedenleri düzenlenmiştir⁵³⁴. Son olarak, sözleşmenin feshi halinde yerine geçme hakkının (step-in right) da kanunda veya PPP sözleşmesinde düzenlenmiş olmasında yarar bulunmaktadır. Ancak, ihale sisteminin gerekleri ve ruhu itibarıyla kanunla düzenlenmemiş bir yerine geçme hakkının hukuki dayanak sorunu yaşayacağı da nazardan

⁵³¹ Aksi yönde finansman imkanını ücret olarak kabul etmeyen görüş için bkz.; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 74.

⁵³² **YAVUZ**, a.g.e., s. 348.

⁵³³ Ayrıntılı bilgi için bkz., **BUZ Vedat**, İş Sahibinin BK. m. 369'a Göre Eser Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 21 S. 2, 2001, s. 209 vd.(Makale).

⁵³⁴ **YAVUZ**, a.g.e., s. 357.

uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle, kanuna bu konuda bir hüküm eklenmesinde yarar bulunmaktadır⁵³⁵.

3.2.2. KİRALAMA

PPP uygulamalarının birçok unsurdan oluşan karışık yapıli sözleşmelerden oluştuğu belirtilmişti. Kabul gören ve sık uygulanan birçok PPP modelinde bir unsurun da kiralama olarak yer aldığı görölmektedir. PPP projelerinin kiralama unsuruna ilişkin olarak, emredici hükümler önce uygulanacaktır. Düzenleyici hükümler, aksine sözleşme yapılabilen hükümler niteliğinde olduğu için, bu tür hükümlerde sözleşmede belirlenen düzenlemeler esas alınacak, kalan hususlarda da düzenleyici hükümlere gidilecektir. Dolayısıyla, kiralama unsuruna ilişkin olarak BK'nın kiraya ilişkin hükümlerinin karma sözleşme teorisi içinde PPP sözleşmelerinde de uygulanması mümkün olacaktır. Yap-kirala, yap-kirala-devret, yap-kirala-devret-bakımını yap, kirala-yenile-işlet-devret gibi modellerde olduğu gibi kiralama unsuru farklı PPP seçeneklerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı 5396 Sayılı Kanun eklenen 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 7 nci maddesi⁵³⁶ uyarınca yürürlüğe giren “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik⁵³⁷” ile ana yapısı yap-kirala-devret/sahip ol esaslı üzerine kurulu olan bir PPP modelini⁵³⁸ mevzuatına koymuştur⁵³⁹.

Kiralayanın (kiraya veren) bir malını ücret karşılığında kiracıya sözleşme süresince kullandırma ve yararlandırma amacıyla bırakma borcu altına girdiği sözleşmeler kira sözleşmesidir. Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin belirli bir süre için kiralanması kira ilişkisini kurmaktadır. PPP projelerinin amacı kamu altyapı ve hizmetlerinin tasarlanması, finanse edilmesi, inşa edilmesi işletilmesi ve bakımının sağlanması için en iyi finansal kaynağın en uygun finansman imkanı ile temin

⁵³⁵ Tartışmalar için bkz., **KEŞLİ Ahmet**, Kamu Projelerinin Özel Sektör Tarafından Finanse Edilmesinin Hukuki Rejimi, İstanbul Barosu Proje Finansman Paneli Sunumu, 26.05.2009 İstanbul.

⁵³⁶ **Resmi Gazete**, 15.07.2005, S: 25876.

⁵³⁷ **Resmi Gazete**, 22.07.2006, S: 26236.

⁵³⁸ Ayrıca Yunanistan’da sağlık hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulması ve bu sektörde PPP uygulamalarının değerlendirme için bkz., **ANGELIKI Liarigovinou**, The New Role of The Private Health Sector In the Welfare State In Greece, 2nd LSE PhD Symposium on Modern Greece, London 2005.

⁵³⁹ Uygulamada görölen hatalar nedeniyle, bu mevzuatın tesisler ile sınırlı olduğu danışmanlık hizmetlerini kapsamadığı hususu nazardan uzak tutulmamalıdır. ÖİB ise danışmanlık hizmetleri ile ilgili olarak ayrı bir yönetmelik çıkartmıştır.

edilmesidir⁵⁴⁰. Projelerde kira unsuru genellikle projenin finanse edilmesi (yatırımın geri dönüşümü) aracı olarak var olmaktadır. Bu kapsamda kira sözleşmesinin bir bütünün parçası olduğu unutulmamalı ve bu bağlamda incelenmelidir. Kira sözleşmesinin ortaya çıkışı ve sona ermesi, bu bütünün ortaya çıkışı ve sona ermesi hukuki rejimi içinde değerlendirilecektir. Yorum yapılırken de PPP sözleşmesinin unsurlarını oluşturan bütün parçalar nazara alınarak sistemin bütünlüğünü muhafaza edecek şekilde yorum yapılmalıdır.

3.2.2.1. PPP Projelerinin Kira Unsurunun Tarafları

Ülkemizde kiralama unsurunun kamu-özel sektör ilişkisi ile bağlantılı örneğini oluşturan 4046 sayılı Özelleştirme Kanununda, Kanunun temel felsefesi devletin özel sektör faaliyetlerinden el çekmesi, bu faaliyetlerin özel sektöre devri olduğu için kiralama ilişkisi tek yönlüdür. Kiralama; kuruluşların aktiflerindeki varlıkların kısmen veya tamamen bir bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesi olarak ele alınmıştır. Görüldüğü gibi kiralayan idare ve kiracı özel kişi olarak yer almaktadır. PPP uygulamalarında kamu ile özel sektörün işbirliğiyle bir hizmetin sunulması söz konusudur. Bu ilişkide kamu kesimi varlığının özel sektöre kullanılması söz konusu olabileceği gibi, özel sektörün kiralayan konumuna geçtiği ve idarenin kiracı olduğu yöntemler de mevcuttur. Böylece PPP uygulamalarında kira ilişkisi iki yönlüdür. Kısaca, özelleştirmede kiraya veren her zaman ÖİB iken, PPP uygulamalarında idare kiracı da kiraya veren de olabilecektir.

Kira sözleşmesinde kiralayanın malik olması gerekli değildir⁵⁴¹. Kira konusu şey üzerinde intifa hakkı bulunan kimse de çıplak kuru mülkiyet sahibinin izin veya onayına bağlı olmaksızın intifa konusu şeyi kiralamaya MK m.806 uyarınca yetkilidir, ancak üzerinde intifa hakkı bulunan yerde çıplak mülkiyet hakkı sahibi kiralama yetkisine sahip değildir⁵⁴². Aynı şekilde sükna hakkı sahibinin de kiralama yetkisi bulunmamaktadır. Zira, sükna hakkının hak sahibinin şahsı ile sınırlı kalmadığı hallerde bile sadece ailesiyle birlikte oturma imkanı tanımaktadır⁵⁴³. Devremülk sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, devre mülk hakkı sahibi de kullanma devresinde taşınmazı bir başkasına kiralayabilir⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ SARISU, Yaklaşım-I, s. 200.

⁵⁴¹ **OLGAÇ Senai**, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Açıklanması ve Uygulaması, Ankara 1978, s. 43, (Kira); **TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, C. ½, İstanbul 2008, s. 104; **FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, İstanbul 1980, s. 421.

⁵⁴² **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 160.

⁵⁴³ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 161.

⁵⁴⁴ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 161, yaşlılar için bu sistem ile bir PPP modeli kurulması mümkün olabilecektir.

Kiralanan, üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir kişi de başkasının malını kiraya verebilir. Kira sözleşmesi şahsi nitelikte borç doğuran⁵⁴⁵ rızai bir akittir⁵⁴⁶. Ancak, bu durumda akdi yükümlülüğünü ifa edemeyen kiralayan kiracının müsbet zararını tazmin etmek zorundadır⁵⁴⁷. Kira sözleşmesi açık veya zımni rıza ile verilen temsil yetkisi ile de yapılabilir yetkisiz temsil halinde de yetkisiz temsilci sorumlu olur⁵⁴⁸.

Müşterek mülkiyete ilişkin Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararında⁵⁴⁹ kiraya verme işlemi önemli işlerden olduğu için pay ve paydaş çoğunluğu sağlanması gerekmektedir. Birden fazla kiraya verenin bulunduğu müşterek mülkiyette MK m.691/1 gereği pay ve paydaş çoğunluğu gereklidir, iştirak halinde mülkiyette ise bütün maliklerin birlikte hareket etmesi şarttır⁵⁵⁰.

Kiralama hususunda PPP idaresinin idari teşkilat içinde duracağı yere göre farklılaşması mümkün bulunan bir durum da karşımıza çıkabilmektedir. Buna göre, Özelleştirme İdaresi başkanlığı, bir işletmeyi satacağı veya bir imtiyaza ilişkin işletme hakkı vereceği zaman devrin kapsamına almak istemediği ancak bu malvarlığı olmaksızın işletmenin devamında kısa sürede zorluklar bulunduğu durumlarda satış ve kiralama yetkilerini birlikte kullanmaktadır. Eğer PPP uygulamaları ÖİB tarafından yürütülürse tek bir idari yapı içinde işlemler yürütüleceği için bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak, ayrı bir PPP idaresi içinde bu işlemlerin yapılması durumunda özellikle yeni yatırımların da öngörüldüğü işletme hakkı devrine ilişkin özelleştirmelerde kiraya verilen unsurların bulunması halinde sorun doğacaktır. Zira, bu durumda her iki idare de işin ayrı ayrı yönleri ile ilgili görevli ve yetkili durumda bulunacaktır. Bu durumda bir yetki karmaşası gündeme gelecektir. Bu nedenle, işin bu tür yetki keşişimi doğurmaya müsait kısımları da nazara alınarak, ya tek bir idarede her ikisinin birlikte toplanması veya kanunda açıkça bir düzenleme yapılması lazımdır. Aksi halde, sözleşme yapma yetkisi yönünden hukuka aykırılıklar tartışması gündeme gelecektir.

⁵⁴⁵ **TARAKÇIOĞLU Nurettin**, Adi Kira Hukuku Adi Kirada Sözleşme Serbestisine Getirilen Sınırlamalar, İstanbul 1976, s. 18.

⁵⁴⁶ **OLGAÇ**, Kira, s. 43; **TARAKÇIOĞLU**, a.g.e., s. 14; **FEYZİOĞLU**, a.g.e., s. 413; **TUNABOYLU Müslim**, Açıklamalı- İctihatlı Kira Hukuku Tahliye Uyarlama Tesbit Alacak Davaları, C. 1, Ankara 1999, s. 100; **ARAL**, a.g.e., s. 207; **ERDOĞAN Hasan**, Tahliye Davaları, Ankara 2002, s. 1-2.

⁵⁴⁷ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 161.

⁵⁴⁸ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 161.

⁵⁴⁹ Yargıtay İBK, E: 28, K:15, 27.11.1946 T., **Resmi Gazete**: 21.04.1947, S:6588).

⁵⁵⁰ **ZEVKLİLER**, a.g.e., s. 161.

3.2.2.2. PPP Projelerinin Kira Unsuruna Uygulanacak Hükümler

Kira unsurunun yer aldığı PPP sözleşmelerinde taraflar kira sözleşmesi çerçevesinde hak ve yükümlülükler üstlenirler. Kira sözleşmesi ile kiralayan-kiraya veren bir bedel karşılığında bir şeyin kullanılmasını veya kullanılmakla beraber ondan yararlanılmasını belli bir süre için başka bir kimseye bırakmayı yüklenir⁵⁵¹. Anlaşıldığı gibi kira sözleşmesi aynı sözleşme değil, rızai sözleşmedir ve her iki tarafın borç altına girdiği karşılıklı⁵⁵² bir sözleşmedir⁵⁵³. Kira sözleşmesi bir şeyin kullanılmasını içeriyorsa adi kira sözleşmesi söz konusudur. Ayrıca sözleşmede bir şeyin kullanıma tahsisi yanında ikincil nitelikli edimler de belirlenmiş olabilir; bu sözleşme ağır basan yönünün adi kiralama olması durumunda yine adi kira sözleşmesi niteliği taşıyacaktır⁵⁵⁴. Çalışmamızın bu kısmında PPP sözleşmeleri kapsamında adi kira sözleşmesi temel alınacaktır.

Adi kira sözleşmesine kullanımındaki yaygınlığı da göz önüne alınarak Borçlar Kanunu 249-269 maddeleri arasındaki hükümleri uygulanacaktır. Fakat Borçlar Kanunu dışında, 1955 tarih ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun⁵⁵⁵ belediye teşkilatı olan yerlerde, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin kiralamaalarında, kiralayanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde uygulanacaktır. Hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri cari olacaktır. Kiralama unsuru bulunan PPP uygulamaları çerçevesinde yapılacak kira sözleşmelerinde BK ile 6570 sayılı Kanunun ilgili hükümleri birlikte uygulanacaktır⁵⁵⁶. Ancak bu kanunlardaki kiraya ilişkin düzenlemeler PPP gibi teknik bir konunun gereklerini karşılayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu nedenle PPP sözleşmelerinin kiraya ilişkin hükümlerinin bu teknik konuları açıklığa kavuşturacak şekilde ayrıntılarıyla düzenlenmiş olması da taraflara uygulama kolaylığı sağlayacaktır. Buna ilave olarak, sözleşmelerin niteliği gereği çok unsurlu olabileceği de nazara alınarak yorum yapılırken, sadece kira unsuru değil, kira dışındaki yapım, işletme,

⁵⁵¹ AKINTÜRK Turgut, Borçlar Hukuku, İstanbul 2007, s. 243.

⁵⁵² ARAL, a.g.e., s. 207; TUNABOYLU, a.g.e., s. 100; OLGAC, Kira, s. 43.

⁵⁵³ YAVUZ, a.g.e., s. 148-149.

⁵⁵⁴ TEOMAN Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1 Hukuki Mütalaalar Kitap 8, Ankara 1997, s. 224-225.

⁵⁵⁵ Resmi Gazete, 27.05.1955, S:9013; Borçlar Kanunu'nun kira hükümlerini sınırlayan bir kanun olduğu ve bu sınırlamaların tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; OLGAC, Kira, s. 17 vd.; TARAKÇIOĞLU, a.g.e., s. 50 vd; ARAL, a.g.e., s. 211 vd.; TANDOĞAN, a.g.e., s. 18 vd; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 398 vd. Ayrıca 6570 sayılı kanunun belirli bir sınırlayıcı hükmünün değerlendirmesi için bkz.; ERİŞGİN Nuri, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a Eklenen Geçici Madde 7 Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20 S. 4, 2000, s. 169 vd.

⁵⁵⁶ OLGAC, Kira, s. 27.

ortaklık vs modeller de nazara alınarak bütün unsurlar birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Sadece kira unsuru tek başına inceleme konusu yapılarak kira ile sınırlı bir sonuca ulaşılması doğru değildir.

PPP sözleşmelerinin kiraya ilişkin hükümleri bütün olarak incelenirken 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununun aşağıda değinilen bazı hükümlerinin de uygulanabilirliğinin söz konusu olacağı kanısındayız.

3.2.2.3. Kiranın Konusu ve Çeşitleri

PPP projelerine ilişkin sözleşmeler kapsamındaki kira hükümlerinin konusu taşınır veya taşınmaz bir şeydir. Bu şey maddi olabileceği gibi maddi olmayan bir şey de olabilir. Kira sözleşmesinin türleri de bu konunun niteliğine göre ayrılabilir.

3.2.2.3.1 Kira Konusu Eşyanın Taşınır ya da Taşınmaz Olmasına Göre

Kira konusu eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasına göre taşınır kirası veya taşınmaz kirası sözleşmesi meydana gelir. Sözleşmenin konusu bir maddi varlık olabileceği gibi, gayrimaddi (intangible) bir mülkiyet hakkı da olabilir. Soyut bir hakkın kullanımının kiralanması da taşınır kirası kapsamında değerlendirilir⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 163.

3.2.2.3.2.Kira Konusu Eşyanın Hâsılat Getiren Bir Şey Olup Olmamasına Göre

Kira konusu eşyanın hâsılat getirmeyen bir şey olması veya hasılat getiren şeyin hasılat verme özelliğinden bağımsız olarak kiralanması halinde⁵⁵⁸ adi kira sözkonusudur⁵⁵⁹, ancak kira konusu hâsılat da getiren bir eşya olduğu⁵⁶⁰ ve bu hasılat da nazara alınarak sözleşme yapıldığı takdirde hâsılat kirası sözkonusudur. Hâsılat kirasının bulunduğu durumlarda kira bedeli olarak ödenecek ücretin niteliğine göre de hâsılat kirası ikiye ayrılmaktadır. Kira bedeli olarak bir para kararlaştırılmışsa BK m.27/1’de düzenlenen alelade hâsılat kirası sözkonusudur. Ancak kira bedeli olarak kiralanın şeyin hâsılatının bir kısmının kiralayana verilmesi kararlaştırılmışsa BK m.270/2’deki iştirakli kira sözkonusudur⁵⁶¹.

3.2.2.4. Adi Kira ve Hasılat Kirası Sözleşmeleri Bakımından PPP Projeleri

PPP uygulamalarında kira sözleşmesi adi kira niteliğinde olabileceği gibi hasılat kirası şeklinde de olabilir. Borçlar Kanunu’na göre *hasılat kirası sözleşmesi, kiracıya kiralanı kullanma ve işletme karşılığı olarak kira parası ödeme ya da kiralanı işletmeden elde ettiği gelirden pay verme borcu altına girdiği iki taraflı rızai bir sözleşmedir*. Hasılat kirasının konusunu, hasılat getiren taşınır ve taşınmaz yahut ticari bir işletme veya hak teşkil etmesi, onu adi kiradan ayıran en temel özelliğidir⁵⁶². Kanunen, gelir getiren taşınır veya taşınmazların bedel karşılığında kiralanmak suretiyle PPP sözleşmesine konu edilmesine bir engel yoktur. Ancak işletmelerin hâsılat kirası yöntemiyle kiralanması, PPP alanındaki “*işletme hakkının devri*” usulüyle benzerlik göstermektedir. Ancak hâsılat kirası ile işletme hakkının devrini ayıran en temel özellik bu iki işlemin konusudur. Çünkü *arazi, arsa gibi mevcut haliyle üretim faaliyetinde bulunmayan unsurlar işletme hakkının devrine konu olamazken hâsılat kirasına konu olabilirler*. PPP projelerinde hâsılat kirası uygulaması çokça görülmektedir. Bu husus önemine binaen ve ayrı bir yöntem olması nedeniyle aşağıda “*İşletme Hakkının Verilmesi*” başlığı altında ayrıca incelenmiştir.

⁵⁵⁸ TANDOĞAN, a.g.e., s. 7; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 412.

⁵⁵⁹ ARAL, a.g.e., s. 208.

⁵⁶⁰ TARAKÇIOĞLU, a.g.e., s. 11; TUNABOYLU, a.g.e., s. 100.

⁵⁶¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 408.

⁵⁶² TANDOĞAN, a.g.e., s. 3; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 410.

3.2.2.5. PPP Projelerinin Kira Unsurunda Şekil ve Süre

Hukuken kira sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekil şartına bağlı olmamakla⁵⁶³ birlikte taraflar bunun aksini sözleşme ile kararlaştırabilirler⁵⁶⁴. Uygulamada ispat açısından sorun yaşanmaması için genellikle yazılı sözleşme yapılmaktadır; ancak kamu tüzel kişilerine ait olup ihale yoluyla kiraya verilen taşınmazlarla ilgili olanlar⁵⁶⁵ ile hava taşıtlarının kiralanmasına ilişkin kira sözleşmelerinin⁵⁶⁶, fikir ve sanat eserlerinin ücret karşılığı lisans sözleşmesine konu edilmesi⁵⁶⁷, Patent lisans sözleşmesi⁵⁶⁸ yazılı olması geçerlilik şartıdır. PPP uygulamalarında da çıkabilecek aksamaları önlemek amacıyla, kira sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Zira ortada bir yazılı sözleşme olmaması idarenin denetimi açısından da sorun olabilecek niteliktedir. Sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşması yeterlidir, kiralandan malın kiracıya verilmesi sözleşmenin kurulması için şart değildir⁵⁶⁹.

BK veya 6570 sayılı Kanuna göre kira sözleşmeleri süre belirtilerek yapılabileceği gibi belirsiz süreli de yapılabilir⁵⁷⁰. Belirli süreli kira sözleşmesinin daha sonra belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüştürülmesi de mümkündür⁵⁷¹. Kaynakların etkili ve verimli kullanımının söz konusu olduğu PPP projeleri kiralama ilişkilerinde ise sözleşmede bir süre öngörülmesi söz konusu olacaktır. Hatta ortada bir ihale olacağı için kira unsuru bulunan PPP projelerinde süre mutlaka yer almak zorundadır. PPP alanında belirsiz süreli sözleşme yapılmasının, kural olarak, mümkün bulunmadığı kanısındayız.

Özelleştirme uygulamalarını düzenleyen 4046 sayılı kanun hükümleri, yapılacak kira sözleşmesinde mutlaka süreye ilişkin bir hüküm bulunması gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresinin 49 yılı geçemeyeceğine hükmedilmiştir. Buna göre; genel ve katma bütçeli kuruluşlar ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve KİT'lerden Kamu İktisadi

⁵⁶³ ARAL, a.g.e., 238; TANDOĞAN, a.g.e., s. 92; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 423.

⁵⁶⁴ TUĞ Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 10.

⁵⁶⁵ 2886 Sayılı Kanun m.57.

⁵⁶⁶ 2920 Sayılı Türk Sivil Hacılık Kanunu m.119; AKINTÜRK, a.g.e., s. 245.

⁵⁶⁷ FSEK m.52.

⁵⁶⁸ 551 Sayılı KHK m. 86.

⁵⁶⁹ YAVUZ, a.g.e., s.149.

⁵⁷⁰ ARAL, a.g.e., s. 238; TANDOĞAN, a.g.e., s. 97.

⁵⁷¹ YAVUZ, a.g.e., s. 160; TANDOĞAN, a.g.e., s. 97, 99.

Kuruluşlarının kiralanabilir unsurlarının kullanım hakkı devir süresi en çok 49 yıldır. Bu azami sürenin diğer kuruluşlar için de uygulanabileceği yönünde görüşler de vardır⁵⁷². Yine idarenin taraf olduğu kira sözleşmelerinden Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan taşınır ve taşınmaz kiralamaları için de 10 yıllık bir azami süre öngörülmüş; istisnai olarak turistik tesis kurulacak yerlerin ve turistik tesislerin on yıldan fazla süreyle kiralanması mümkün kılınmıştır⁵⁷³. Yapılacak PPP düzenlemeleri ile ilgili DPT taslağında ve International PPP Platform taslağında da *“Bu Kanun kapsamında yapılan sözleşme sürelerinin belirlenmesinde yatırımın geri dönüş süresi de dikkate alınarak sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz”* genel hükmü bulunmaktadır. Kira sözleşmeleri süresi için üst limit olarak 49 yıl benimsenmiştir. Ancak, Türk hukukunda ve taslak metinlerde, kiralamaya ilişkin yetkinin belirli bir süre ile sabitlenmesi öngörülmemiştir. Sözleşmede sürenin belirlenmiş olması şartıyla kiralama süresinin ne kadar olacağı konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Mevcut taslaklarda kira süresinin belirlenmesine ilişkin bir kriter getirilerek *“yatırımın geri dönüş süresi de dikkate alınarak”* belirlenmesi şartı öngörülmüştür. Bu durumda bu hükmün niteliğinin analizi gerekmektedir. Eğer bu hüküm bir emredici hüküm olarak alınırsa, makul olmayan kira süreleri karşılığı yatırım yapılması gibi uygulamalarda kira süresinin tenzili veya tezyidi talepleri ve davaları gündeme gelebilecektir. Ancak, bu hükmün düzenleyici bir hüküm olduğu kabul edilmesi halinde, idarenin geniş bir takdir yetkisi doğmakta ve bu yönde bir talebin dermeyanı mümkün bulunmamaktadır. Kanaatimizce, ortada bir ihale söz konusu olduğuna göre idarenin de ihale dokümanında (şartnamede) yapılacak işi tanımladığına ve ihale katılımcısının da teklifinde bu şartları belirterek teklif verdiğine göre bu hükmün, idare açısından işlem yapılırken esas alacağı bir kriter olması ve fakat ihale alıcısı ile yapılacak sözleşmelere ilişkin bir emredici hüküm niteliğinde olmadığı kanısındayız. Kaldı ki, ihale şartnamesine aykırı sözleşme hükmü getirilmesinin de yasaklanmış olması karşısında şartnamede bu hususlarda veya bu hususun belirlenmesinde kullanılacak kriterlerde açıklık bulunması gerekmektedir. Bu düzenlemeye aykırı sözleşme yapılamayacağı için de bu hususun bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.2.6. PPP Projelerinde Kiralayanın Borç ve Yükümlülükleri

Kira sözleşmelerindeki klasik borçların kira unsuru içeren PPP sözleşmelerinde de kıyasen uygulanması mümkün bulunmaktadır. Kiralayan bazı durumlarda kamu olabileceği gibi bazı durumda özel sektör olabilmektedir.

⁵⁷² BAYTAN, a.g.e., s. 317.

⁵⁷³ ARAL, a.g.e., s. 239.

3.2.2.6.1. Kullanmaya Elverişli Durumda Bulundurma Borcu

Kiralananı sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli durumda teslim ve sözleşme süresince sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli halde bulundurma borcu kiralayanın birinci borcudur. PPP uygulamaları kamu-özel sektör işbirliği ile kamu hizmetinin sunulmasıdır. Kira sözleşmesi kamu hizmetinin sunulmasının bir aracı olmaktadır. Kira konusu taşınmaz ise bu durumda kamu hizmetinin bir parçasıdır. BK m.73/2 gereğince taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, teslim akdin inikadı anında kira konusu eşyanın bulunduğu yerde yapılır⁵⁷⁴. Kira sözleşmesinin özelliği gereği kiralayan, idare veya özel sektör, sözleşmeye konu olan şeyi sözleşmede belirtilen şekilde teslim ve sözleşme süresince kira sözleşmesinin amacına uygun ve kullanılır şekilde bulundurmakla yükümlüdür. Kira sözleşmesinde kiralayanın teslim borcu sadece kira konusu şeyin teslim edilmiş olmasını değil, bu şeyin sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli bir durumda teslimi gereklidir⁵⁷⁵. Bu bağlamda, kiralayanın teslim borcunun kapsamına, kiracının taşınmaz kiralarda çamaşırhane, kurutma yeri, asansör, bahçe, akarsu yoksa bahçedeki kuyu gibi ortaklaşa kullanılacak yerlerden ve araçlardan yararlanmasını sağlama⁵⁷⁶, kiracıya bu yerlere girmesini sağlayacak anahtarları verme, kiracının misafirlerini veya müşterilerinin kiralanan yere girmesine engel olmama gibi hususlar da dahildir⁵⁷⁷. PPP projelerinde bu amaç kamu hizmetinin sunulması olarak genelleştirilebilir ve kesin manada ne olduğu sözleşme münderecatında yer alır. Ancak sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile sözleşmenin amacını gerçekleştirebilmek için zorunlu ve gerekli olan unsurlar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece kiracıya teslim edilmek veya ortak kullanıma açılmak zorundadır. Bu yükümlülükler PPP açısından daha da önem arz etmektedir. Zira kamu hizmetlerine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesinin söz konusu olduğu bu tür durumlarda sözleşme konusu olan varlığın kiralama amacına elverişli şekilde kullanıma hazır bulundurulmaması kamu hizmetinin de aksaması sonucunu doğuracaktır. Kiralayan tarafından kiralanan şeyin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi veya sözleşme süresince akitte belirlenen amaca uygun olarak kullanılır halde bulundurulmaması halinde BK m.249/2 uyarınca ayıba karşı tekeffül hükümleri cari olacaktır⁵⁷⁸. Teslim borcunun hiç

⁵⁷⁴ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 517; YAVUZ, a.g.e., s. 161; ZEVLİLER, a.g.e., s. 194.

⁵⁷⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 162; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 516.

⁵⁷⁶ ARAL, a.g.e., s. 241.

⁵⁷⁷ TANDOĞAN, a.g.e., s. 110; YAVUZ, a.g.e., s. 162; ZEVLİLER, a.g.e., s. 194.

⁵⁷⁸ ARAL, a.g.e., s. 242.

yerine getirilmemesi halinde ise ek süre verilerek⁵⁷⁹ BK m.106 vd hükümlerine göre seçimlik haklardan biri talep edilebilir. Teslim borcunun gecikmiş ifası halinde ise BK m.96 uyarınca tazminat talebi mümkündür.

Kiralayanın akit süresince kiralama amacına elverişli şekilde bulundurma borcu nedeniyle kira akdi sürekli borç içeren bir sözleşmedir (BK m.250). Kira konusu eşyanın kiralama amacına uygun şekilde bulundurulması borcu kiracının mecuru kira amacına uygun şekilde kullanmasına engel olacak arızaların giderilmesini ve bu arızalara sebebiyet verilmemesini de içermektedir. Örneğin, kiracının o yerde icra ettiği hizmetin gerektirdiği saygınlığı gölgeleyecek veya kamu hizmetinin güven içinde sunulmasını engelleyecek aksaklıklara sebebiyet verilmemesi bu kapsamdaki borca dahildir. PPP projelerinde kiracının kamu olduğu durumlarda kamu tarafı kolluk güçlerini kullanarak bu aksamaları önleme imkanına sahip olabilecektir ancak, örneğin rehabilite (restore) et-kirala-işlet-devret gibi modellerde kiracının özel sektör olduğu durumlarda kamu tarafının özel sektör kiracısının bu yeri sözleşme amacına uygun şekilde ve güvenle kullanmasını sağlama borcu da bulunmaktadır. Bunun yanında, kiralayana atfı kabil bir kusur bulunmadığı halde kiralananın mahiyetinde değişiklik yapılması gerektiği takdirde, mecurun nihai hali kiralama amacına elverişli olmayan bir hal almış bulunursa kiracının akdi fesih hakkının doğması söz konusu olabilecektir⁵⁸⁰. Ancak PPP projelerinde her zaman tek unsur bulunmadığı için kira dışı unsurlar da nazara alınarak bu akde aykırılığın projeye etkisi de nazara alınarak, karşı akidi gözetme ve dolayısıyla da kamu hizmetinin kesintisiz sunulmasına yönelik kamu yararını gözetme borcu zımında, PPP sözleşmesinin ayakta tutulmasına gayret gösterilmeli, PPP sözleşmesinin feshi en son çözüm olarak değerlendirilmelidir.

3.2.2.6.2.Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Kiralanan, sözleşmede öngörülen kullanmaya elverişli bir durumda teslim edilmezse veya sözleşme süresince amaca uygun olarak kullanmaya elverişli olarak bulundurulmazsa bir ayıp söz konusu olacak ve bu ayıptan doğan zararların giderilmesi gerekecektir⁵⁸¹. Ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için Borçlar Hukukunda; 1)Kiralananın sözleşme amacına uygun kullanılmasına mani şartlar bulunması, 2)Kiralananın ayıp nedeniyle sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli olmaması, 3)Kiralananındaki ayıbın gizli olması, 4)Kiralayanın tekeffül borcunun sözleşme ile sınırlandırılmamış veya kaldırılmamış olması, 5)Kiracının mecuru muayene ederek ayıp ihbarında bulunması şartları

⁵⁷⁹ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 194.

⁵⁸⁰ TARAKÇIOĞLU, a.g.e., s. 20.

⁵⁸¹ ARAL, a.g.e., s. 242.

bulunmaktadır. Unutulmamalıdır ki PPP projesinin hukuki temeli dayandığı PPP sözleşmesidir. Emredici hükümlerden sonra, bu sözleşmede belirlenen koşullar ve şartlar öncelikli uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanında dikkat edilmesi gereken, PPP projelerinde kiralanan şeyin kamu hizmetinin bir parçası olmasıdır. Bu durum sözleşmenin içeriğine ve kiralanan şeyin bu içerikteki önemine göre ayıba karşı sorumluluklar belirlenecektir. Sözleşmede kiralayan tarafından kiralanan şeyin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi halinde kiracı, sözleşmeyi feshedebileceği gibi, kira bedelinden uygun bir miktarın indirilmesini de isteyebilir. Yine, kiracı, kiraladığı malı ne şekilde teslim almışsa, kira süresi sonunda kiralayana aynen geri vermekle yükümlüdür. Bu nedenle kiralanan şeyin değerinde meydana gelebilecek azalmaları kiracı tazmin etmekle sorumludur.

PPP projelerinde sunulan bir kamu hizmeti olacağı için, ayıbın ihbar edilmemesi halinde, açıkça kamu hizmetinin ayıplı ifasına izin verilmiş olması gibi bir sonuç doğmaktadır ki, bu her ne kadar BK sistematığı içinde hukuka uygun bir sonuç olarak görülse de kamu hizmetlerinin sürekli olarak kusurlu ifasına izin veren bir sözleşmenin idare tarafındaki akit yapma iradesinin olmazsa olmaz unsuru olan kamu yararına hizmet sunma ve kamu hizmetlerinin kusursuz görülmesi ilkeleri ile bağdaşmadığı için PPP sözleşmelerine açıkça bu hususta hüküm koyulması gerektiği kanısındayız. Sözleşmede bu konuda açık bir düzenleme olmaması halinde de bu husus nazara alınarak bir çözüme ulaşılması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, yapılacak PPP Kanununa açıkça *“PPP sözleşmesine, sair kanunlardaki, kamu hizmetinin kusurlu işlemesi sonucunu doğuracak ve kusurlu olarak işlemeye devam edilmesini zorunlu kılacak hükümler uygulanmaz”* şeklinde bir hüküm koyulması veya BK m.250 ve BKT m.300 hükmünün bu sonucu doğuracak şekilde yorumlanması gerektiği kanısındayız. Yine *“sözleşme süresince kullanıma elverişli durumda bulundurma yükümlülüğü”* kapsamında da hizmetin kusursuz ifasının sağlanması mümkündür.

PPP projelerinde kiralama unsuru zaman zaman yapım unsuru ile birlikte görünmektedir. Bazı projelerde “yap-kirala” unsurlarının birlikte bulunması da sözkonusu olabilmektedir. Yapım unsuru ile kiralamanın birlikte bulunması halinde kanaatimizce birden fazla talep hakkının birlikte bulunması veya aynı talebin hem yapım, hem de kiralama açısından gündeme gelmesi sözkonusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda taraflara yüklenilen hakların ve borçların her iki unsur açısından da aynı olması halinde sorun bulunmamaktadır. Ancak, ayıba karşı tekeffülde olduğu gibi, farklı şartlara tabi olması halinde, öncelikle ayrıştırılabilir ve dolayısıyla da bağımsız olarak dermeyeran edilebilir nitelikte olup olmadığına bakılır. Örneğin, kira ve yapım unsurunu birlikte ilgilendirmekle birlikte talebin niteliği itibarıyla sadece bunlardan birine indirgenmesi mümkün ise bu durumda sadece o çerçevede analiz edilmelidir. Mesela, kiralama amacına uygun kullanılmamanın sebebi, eser projeye uygun şekilde tamamlandığı için eserin bizatihi kendisinden kaynaklanmamış da kiralayanın kiracının kullanımını imkansız kılacak şekilde bitişik yapıda gürültü yapması gibi çevresel bir etkiden kaynaklanmışsa o takdirde sadece kira akdine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır. Ancak, eser kiralama amacına

uygun yapılmamış ise her iki unsura (yapım-kiralama) göre de değerlendirme yapılması gerekir. Bu durumda, kümülasyon teorisinin uygulanması gerektiği kanısındayız.

3.2.2.6.2.1. Kiralananın Sözleşme Amacına Uygun Kullanılmasına Mani Şartlar Bulunması

Kiralanda teslim anında var olan ayıplar ile kira süresi boyunca sonradan meydana gelen ayıplar bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁸². Kiracının, kira süresi boyunca sözleşmede öngörülen amaca uygun kullanmayı talep etme hakkı bulunduğu gibi, kiralayan da bu borcu yüklenmektedir. Ancak, ayıba karşı tekeffül kiracının kusuru dışında meydana gelen zararlar için sözkonusudur, kiracının kusuruyla meydana gelen haller bu kapsamın dışındadır⁵⁸³.

Satım sözleşmesinde olduğu gibi kiralandaki ayıplar, maddi, ekonomik veya hukuki ayıp niteliğinde olabileceği gibi, manevi ayıp (rahatsız edici haller) şeklinde de olabilir⁵⁸⁴. Kiralandaki maddi ayıplar bu kapsamda değerlendirildiği gibi kiracının mecuru kiralama amacına elverişli şekilde kullanmasına engel olacak şekilde çevresel faktörler meydana getirilmesi, bu bağlamda, rahatsız edilmesi, mecura normal kira amacına uygun şekilde dışarıdan gelmesi beklenenlerin veya mecuru üçüncü kişilerin kullanmasının doğrudan veya dolaylı olarak önlenmesi gibi durumlar olabilir.

3.2.2.6.2.2. Kiralandaki Ayıbın Sözleşmede Öngörülen Kullanıma Elverişli Olmaması

Kiralandaki ayıp, niteliği itibarıyla, sözleşmede öngörülen amacın gerçekleşmesine mani olarak, kira amacına uygun kullanıma elverişliliği ortadan kaldıracak nitelikte bulunmalıdır. Bu konuda sözleşmede açıklık bulunmaması halinde, sözleşmedeki sair edim yükümlülüklerinden, halin icabından projenin niteliğinden, projede aranan kalite standartlarından, emsal projelerdeki uygulamalarda oluşmuş örf adetten, proje finansman camiasındaki uluslararası standartlardan, PPP sektörünün gereklerinden ve sair çevreleyen unsurlardan projeye uygulanacak nitelikler belirlenerek değerlendirme yapılır. Ancak, sonradan olağan kullanımla meydana gelecek durumlar ve özellikle de değişen şartlar

⁵⁸² ARAL, a.g.e., s. 243.

⁵⁸³ AYDINLIYIM Suat, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, Ankara 1972, s. 43; ; ARAL, a.g.e., s. 243; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 520.

⁵⁸⁴ TARAKÇIOĞLU, a.g.e., s. 20; TANDOĞAN, a.g.e., s. 112; ZEVLİLER, a.g.e., s. 195; YAVUZ, a.g.e., s. 164.

karşısında o hali ile amacın elde edilmesinin mümkün olmaması gibi durumlar bahsimizden hariçtir.

3.2.2.6.2.3. Kiralanandaki Ayıbın Gizli Olması

Borçlar Hukuku uyarınca; kiracı, kira akdinin yapıldığı esnada var olan veya karşı akidin bildiği bir ayıptan dolayı sorumlu bulunmamaktadır (BK m.249/3⁵⁸⁵). Bu husus maddenin mefhumu muhalifinden çıkmaktadır⁵⁸⁶. Maddede getirilen sınırlama nedeniyle, bu maddenin, mecuru kullananların sağlıkları açısından tehlike meydana getiren durumlar dışındaki gizli ayıpları akdin inikadı anında bildiği takdirde sorumluluğu bulunmamaktadır⁵⁸⁷. Buradaki sağlık engeline yönelik hüküm emredicidir. Maddedeki sağlık engeli ibaresinin PPP projelerinde sağlık risklerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.

Kiracı mecurdaki ayıbı gördüğü halde açık veya zımni olarak kabul etmiş ise bu ayıbı kabul etmiş sayılır. Bunu bildirdiği halde kiralayan kendisini oyalamışsa sorumluluk kiralayana geçmiş sayılır. Hatta bu durumda ayıbı ihbar etmemişse bu ayıptan kendisi sorumlu hale gelebilir⁵⁸⁸. Bununla birlikte, sözkonusu ayıp PPP projesinin yapılmasını, işletilmesini ve dolayısıyla da kamu hizmetinin sağlıklı şekilde sunulmasını engelleyecek nitelikteyse, bu tür ayıpların kabulünün sözkonusu olmayacağı kanısındayız. Bu nedenle, PPP projelerinde bu maddenin uygulamasında esneklik sağlanması gerekmektedir.

3.2.2.6.2.4. Tekeffül Borcunun Sözleşme ile Sınırlandırılması veya Kaldırılması

Kiralayanın tekeffül borcunun sözleşme ile sınırlandırılmamış veya kaldırılmamış olması açısından bakıldığında; Borçlar Kanunu m.249/3 hükmünün mefhumu muhalifinden mecurun ayıplarına ilişkin sorumluluğun sözleşme ile sınırlandırılması veya kaldırılmasının sözkonusu olabileceği anlaşılmaktadır⁵⁸⁹. Bu durumda, mecurun ayıplı şekilde kullanılması sözkonusu olabilecek demektir. Oysa PPP projelerinde kamu hizmetinin sunulması sözkonusu olduğu ve hizmetinde kusursuz sunulması zorunlu bulunduğu için yapılacak PPP

⁵⁸⁵ BK m.249/3: “Eğer ayıp, kiracının yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise; kiralayan(kiracı), bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir.”

⁵⁸⁶ ARAL, a.g.e., s. 244.

⁵⁸⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 165.

⁵⁸⁸ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 197.

⁵⁸⁹ ARAL, a.g.e., s. 244; TANDOĞAN, a.g.e., 123.

sözleşmelerine bu hususta açık hükümler konulması gerekmekte veya bu hususun kanuna eklenerek çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Burada bir kere daha belirtmekte yarar gördüğümüz husus da; PPP projelerinde risk paylaşımı projenin selameti açısından çok önemlidir ve “*riskin riski en iyi yönetecek tarafa ait olması*” kuralı emredici niteliktedir. Dolayısıyla emredici hükümlere aykırı olarak yapılan sözleşme hükümlerinin de geçersiz olacağı nazara alınarak sözleşmelerin düzenlenmesi gerekmektedir.

Ayıbın sağlık ile ilgili olduğu veya hile ile gizlenmiş olduğu durumlarda yapılan sözleşme geçerli olmayacaktır. Buna ilave olarak, yukarıdaki BK m.250 ve BKT m.300 hükmü ile ilgili açıklamalarımızın burada da uygulanması gerektiği kanısındayız.

3.2.2.6.2.5. Kiracının Mecuru Muayene Ederek Ayıp İhbarında Bulunması

BK hükümlerinde kiracının ayıbı ihbar yükümlülüğü açıkça yer almamıştır. Kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak da kira akdi devam ettiği müddetçe ayıbı ihbar mümkün bulunmaktadır. Bununla birlikte, dürüstlük kuralı gereğince, kiracı ayıplı ifayı uzunca bir süre kabul ettiğinde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından feragat etmiş sayılmalı⁵⁹⁰, sonradan ayıplı ifa nedeniyle tazminat davası da açamamalıdır⁵⁹¹. Kira sözleşmelerinde ayıbın ihbar edilmesi gerekliliği bulunmakla birlikte, satımdan farklı olarak, ayıbın ihbar edilmemesi sonradan ileri sürülmesine de engel değildir⁵⁹². PPP projelerinde bu husus hayati öneme sahiptir, aksi halde, idare sürekli olarak kusurlu ifayı kabul etmek ve bunun sonucu olarak da kamu hizmetini kusurlu şekilde ifa etmek zorunda kalacaktır. Ancak, kiralananı iade anındaki kiracının sorumluluğunu bertaraf etmesi ve kiralananın vaktinde tamir edilmemesi nedeniyle kiralayanın uğradığı zarar konusunda da ihbar önem arz etmektedir.

3.2.2.6.3. Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Kiralayanın sözleşmeye konu olan kiralananı sözleşme süresince kiracının kullanmasına elverişli halde bulundurma borcunun bir uzantısı olarak, üçüncü bir kişinin, kiralanan üzerinde sözleşmenin kurulduğu anda sahip olduğu veya sonradan kazandığı ve kiracının sözleşmede belirlenen kullanma hakkıyla bağdaşmayan bir hak iddia edildiği durumda kiralayanın zapta karşı tekeffül borcu söz konusu olacaktır. PPP projelerinde ayıba karşı tekeffül borcunda olduğu gibi kiralayan özel sektör tarafı da olsa, kamu kesimi de olsa

⁵⁹⁰ ARAL, a.g.e., s. 245.

⁵⁹¹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 115.

⁵⁹² YAVUZ, a.g.e., s. 166; TANDOĞAN, a.g.e., s. 115-116; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 197.

zapta karşı tekeffül borcu altındadır. Özellikle kiralayanın özel sektör olduğu durumlarda yapılan yatırımlar yine olağan finansman kaynaklarından sağlanmakta olduğundan sözleşme öncesi kiralanan üzerinde bazı haklar tesis edilmiş olabilir. PPP projelerinde kiralanan üzerinden kamu hizmetleri sunulduğu için bu ihtimallere karşı sözleşmeye hükümler konulabilir. Uygun düştüğü ölçüde BK zapta karşı tekeffül hükümleri cari olacaktır.

3.2.2.6.3.1. Üçüncü Kişilerin Hakları Dolayısıyla Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Kiralayanın sözleşmenin kurulduğu anda üçüncü kişilerin var olan hakları dolayısıyla zapta karşı tekeffül borcu kapsamında BK m.253 hükmü uyarınca, kira sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü bir şahsın kiralanan üzerinde kiracının kullanma hakkıyla bağdaşmayan bir hak iddia ettiği durumda kiralayan husumeti üstlenmeye ve kiracının sözleşme gereğince kiralananı kullanma hakkına hâlel gelmişse bundan doğan müsbet zararı tazmin etmeye mecburdur. Bu borçların doğumu için kiracının durumu kiralayana BK m.256/3'e göre ihbar etmesi gereklidir; aksi takdirde doğan zarardan sorumlu olur⁵⁹³.

Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması anında var olan hakkı aynı bir hak olabileceği gibi tapu siciline şerh edilmiş şahsi bir hak da olabilir⁵⁹⁴. Hak iddiasının dava ile ileri sürülmüş ise, kiralayan, kiracının ihbarı üzerine davayı üstlenmeye mecburdur. Hak iddiasının dava dışında ileri sürülmesi halinde ise kiracı sadece bunu m.256/3 gereğince ihbar etmekle mükelleftir.

Kanunda kira sözleşmelerinde zapta karşı tekeffül hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmediğinden satım sözleşmesine dair m.189 vd. kıyasen uygulanabilir⁵⁹⁵. Kiracı sözleşme kurulurken üçüncü kişinin hakkından haberdar ise kiralayan sadece kefelet olarak belirlenen bedel kadar sorumlu olacaktır. Eğer kiralayan üçüncü kişinin hakkını bilerek saklamış ise kiralayanın sözleşmede zapta karşı tekeffül borcunu sınırlayan hükümler hükümsüz olacaktır. Fakat üçüncü kişinin hakkını kullanması sonucu kiracının bir zarara uğraması halinde, kiralayandan tazminat talep edilebilir; kiralayan kusursuzluğunu isbat suretiyle tazminat ödeme borcundan kurtulacaktır⁵⁹⁶. Bu konuda BK. m.192 ve m.193 kıyasen uygulanmayacaktır.

⁵⁹³ TANDOĞAN, a.g.e., s. 125.

⁵⁹⁴ ARAL, a.g.e., s. 252; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 202.

⁵⁹⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 168 ; ARAL, a.g.e., s. 252; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 203.

⁵⁹⁶ ARAL, a.g.e., s. 252.

3.2.2.6.3.2.Kiralananın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Temlik

PPP projeleri kapsamında yapılan kira sözleşmeleri ile kiracı kiralanan üzerinde nispi bir hak kazanır. Kiralayan BK'nun kiraya ilişkin hükümlerine göre kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralayan, malik olarak kiralananı üçüncü kişilere devredebilir veya onun üzerinde kiracının sözleşmede belirlenen amaca uygun bir şekilde kullanma hakkıyla bağdaşmayan sınırlı aynı hak kurabilir. Bu durumda kiralananı kullanma hakkının ihlalinin sonuçları BK m.254'te düzenlenmiştir. Bu madde kiralayanın kira konusunu temlik etmesi veya cebri icra yoluyla kiralananın elinden alınması hallerini düzenlenmekle birlikte sınırlı aynı hak tesisi de bu madde kapsamındadır⁵⁹⁷. Bu durumda yeni malik kiranın devamını iradi olarak üstlenebilir ve kiracı eski malikin borçtan kurtulmasını açık veya zımni olarak kabul eder ve eski malik borçtan kurtulur. Kiracının eski malikin borçtan kurtulmasına razı olmaması halinde, eski malik ve yeni malik kira döneminin sonuna kadar yeni malikle müteselsilen sorumlu olur⁵⁹⁸. Kira sözleşmesi yeni malik tarafından üstlenilmediği halde kira konusu bir taşınmaz ise, yeni malik sözleşmenin daha erken feshi imkanını öngörmedikçe, kanunen feshi ihbar caiz olan tarihe kadar kira sözleşmesine uymak zorundadır. Feshi ihbar sürelerine uymazsa kira ilişkisini bütün hak ve borçlarıyla devralmış sayılır. Ancak, PPP projelerinin iktisadi geri dönüşüm modeli olarak kira unsurunun kullanılması halinde, anılan şekilde sözleşme sona erecek olursa, projeden beklenen gelirin elde edilmesi mümkün olmayacağı için proje akim kalacaktır. Taşınmaz kiralalarında bir diğer imkan ise kira sözleşmesinin tarafların muvafakatiyle tapu siciline şerh edilmesidir. Tapu siciline şerh BK m.255 hükmüne göre yeni malikleri veya şerhten sonra tesis edilen aynı hak sahiplerini kira sözleşmesine riayete mecbur eder. PPP sözleşmesinin, kural olarak, karma sözleşme vasfında olduğu bunun sonucu olarak da; PPP projelerinin kira unsuruna ilişkin hükümlere uygun şekilde sözleşmenin tapuya şerh edilmesinin mümkün olduğu kanısındayız.

Miras yoluyla intikal veya şirketlerin veya işletmelerin birleşmesi, bir mamelek veya işletmenin alacak ve borçları ile temlik gibi külli halefiyet hallerinde, mirasçılar veya diğer halefler, kiralananın mülkiyeti ile beraber kiralayanın hak ve borçlarını kendiliğinden üzerine alırlar⁵⁹⁹. Bu kural PPP projelerinde kiralayanın özel sektör olduğu durumlara uygulanabilir.

⁵⁹⁷ ARAL, a.g.e., s. 253.

⁵⁹⁸ ARAL, a.g.e., s. 255.

⁵⁹⁹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 127.

Kiralayan idare olduğu durumda kiralama sözleşmesine konu olan taşınmazın kira süresi içinde sözleşmeci idare tarafından satışının yapılabileceğı kanısındayız. Bu kural, borçlar kanunundan doğan ve taraflara ait bulunan kanuni bir hak/görev niteliğindedir. Ancak, kiraya konu bir taşınmaz üzerinde önemli yatırımlar yapılarak yeni bir eser meydana getirilmesi halinde bu yatırımlar ile ilgili ciddi kayıpların gündeme geleceğı de bir gerçektir. İşte bu durumlarda kira akdinin tapuya şerhi cihetine gidilmesi gerekmektedir. Zira, akitlerin nisbiliğı ilkesi gereğince sözleşmeci idare ile yüklenici arasında yapılan sözleşmeye koyulacak “devir yasağı hükmü” üçüncü kişilere karşı dermeyanı mümkün bulunmayan bir hüküm durumundadır.

Kiralayan özel sektör tarafı olduğunda kiralanan PPP projesi kapsamında her zaman özel sektörün mülkiyetinde olmayacaktır. Hatırlanmalıdır ki kiralama PPP uygulamalarının kendi kendini finanse eden özelliğı doğrultusunda bir finansman aracı olarak yer almaktadır. Özel sektörün kiralananın devri aynı zamanda ihale ile elde edilen hakların ve borçların devri anlamına geleceğinden sözleşme ile devir yasağı konulabilir. Aynı zamanda bu durum yapılan sözleşmeye aykırılık olacağından bu yöneme uygun olarak devir yapılmalıdır.

6570 Sayılı Kanun kapsamında yapılan kira sözleşmelerinde ise ancak bazı şartların varlığı halinde, yeni malik iktisap tarihinden itibaren 1 ay içinde keyfiyeti kiracıya 1 ay içinde ihtarname ile haber vermek şartıyla 6 ay sonra tahliye davası açabilir. Aksi halde kira sözleşmesinde eski malikin yerini alır⁶⁰⁰. Fakat bu şartların gerçekleşmesi PPP projeleri tarafları açısından mümkün değildir. Ayrıca yapılan işlemin projenin devri sonucunu doğuracak şekilde gerçekleştirilmesi de, kural olarak, mümkün bulunmamaktadır.

3.2.2.6.4. Vergi ve Masrafları Ödeme Borcu

Kiralananana ait vergi ve mükellefiyetler kural olarak kiralayana aittir⁶⁰¹. Bunun yanında kiralanan şeyin devamı için zaruri giderler, diğeri bir anlatımla “esaslı giderler” de kiralayana; kiralanan şeyin normal kullanımının gerektirdiğı masraflarsa kiracıya aittir⁶⁰². Ancak Borçlar Kanununun emredici nitelikli olmayan bu hükmü sözleşmeyle değiştirilebilir. PPP projelerinde proje gerektirdiğı ölçüde farklı düzenlemeler getirilebilecektir. Esaslı masrafların sözleşmede kiracı tarafından ödeneceğı kararlaştırılmış olması, onları kira ücretinin bir parçası haline getirmez ve bunların ödenmemesi yüzünden kiracının kira

⁶⁰⁰ ARAL, a.g.e., s. 256.

⁶⁰¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 588; ARAL, a.g.e., s. 256.

⁶⁰² ARAL, a.g.e., s. 256; TANDOĞAN, a.g.e., s. 140; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 588.

parasını ödemede temerrüdü nedeniyle fesih hakkı doğmaz, ancak genel hükümlere göre talebi mümkündür⁶⁰³.

3.2.2.7. PPP Projelerinde Kiracının Borçları ve Yükümlülükleri

PPP projelerinde tarafların durumunun sözleşme ile belirlenmiş olması ve yapılacak sözleşmelerin konusunda uzman hukukçular tarafından, kanunun emredici hükümleri de nazara alınarak düzenlenmesi, düzenleyici hükümler içinden de projenin amacıyla uyumlu olmayanlar incelenerek bunların da sözleşme ile hüküm altına alınması yolu ile hukuki sistematığı kanuna uygun bir sözleşme meydana getirilmesi gerekmektedir.

3.2.2.7.1. Genel Olarak

PPP projeleri kapsamında kira sözleşmeleri projenin dayandığı PPP sözleşmesinin bir parçasıdır. Bu kapsamda kiracının borçları da sözleşme bütünü içinde değerlendirilmektedir. Kira bedeli her zaman para olarak belirlenmeyebilir yahut kiracının kiralananı geri verme borcu doğmayabilir. Sözleşmelerde PPP projelerinin sağlıklı işlemlerini sağlayacak hukuki bir rejimin oluşturulması gerekmektedir.

3.2.2.7.2. Kira Bedeli Borcu

Kira sözleşmesi kiralayanın kullanımını kiracıya bıraktığı kiralanan, kiracının kiralananın kullanımı karşılığında ödediği kira parası ve kiralananın kullanılması ile kira parasının mübadelesini konu edinen karşılıklı anlaşma unsurlarından oluşur⁶⁰⁴. Bu unsurlardan her birinin içeriği kira sözleşmesinin PPP projesinin bütünü içinde bir parça olarak yorumlanmalıdır. Bu kapsamda kira bedelinin projenin finansal geridönüşüm aracı veya araçlarından biri olduğu durumda bunun gereklerine göre konu ele alınmalıdır. Kira ilişkisi içinde idare veya özel sektör kiralayan olabilir. PPP projesinde finansal geridönüşüm mekanizması olarak kira unsurunun (da) kullanıldığı hallerde doğrudan kira parası ödemesi söz konusu olabilecektir. Kiralayanın özel sektör olduğu hallerde idare tarafından sunulan hizmetin alımı da söz konusu olabilecektir. Kiralayanın idare olduğu hallerde ise bu kiralama karşılığında bir hizmetin sunumu, rehabilitasyon, yenileme yahut bir hizmetin sunumu kiralanan karşılığında bir bedel olabilir. Yani PPP uygulamalarında kiralanan şeyin kullanımı karşılığında bir bedel ödeneceği öngörülmüş olsa da bedelin mutlaka para şeklinde ve fiilen ödenmesi şart değildir. Finansal geridönüşümde kira konusu unsurun bir kısmının

⁶⁰³ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 206.

⁶⁰⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 149.

veya tamamının işletilmesi şeklinde hasılat kirası yolu ile de finansal geridönüşüm gerçekleştirilebilecektir. Hatta hem kira bedeli ödemesi hem de tesisin belirli bölümlerinin işletmesinden elde edilen hasılat da sözleşmeye birlikte konu olabilecektir. Uygulamada Sağlık Bakanlığının yapmakta olduğu PPP modeli hastane projeleri bu zemine oturmaktadır⁶⁰⁵. Bir rehabilitasyon, bir eser meydana getirme gibi edimler de bu işlerin eserde meydana getirdiği değer artışı nedeniyle bedel kapsamı içinde değerlendirilebilecek durumdadır. Ancak, sözleşmede bu husus açıkça kararlaştırılmış olmalıdır. Hasılat kirası unsuru aşağıda ayrıca incelenmiştir. Ancak, kira için bir para ödenmesi öngörülmüşse, ödemenin kira parasının Türk Lirası olarak ödenmesi kararlaştırılabileceği gibi döviz cinsinden ödeme de yapılabilecektir⁶⁰⁶. Kural olarak kira parasının ödenmemesi halinde kira parasında temerrüt söz konusu olacaktır ve sözleşmenin feshi ve/veya ödenmeyen kira bedelleri için cebri icra yoluna başvurulması gündeme gelebilecektir⁶⁰⁷. PPP projelerinde kira parasının ödenmemesi halinde, elbette ki bu hüküm cari olacaktır fakat söz konusu kamu hizmetlerinin sunumu olduğu için sözleşmede kira parasının ödenmemesi halinde hizmetin aksamamasını sağlayacak bir sistem sözleşme içinde kurulmalıdır. Kaldı ki, kiracının kamu olması halinde cebri icra ile tahsilat yapılması da kamu mallarının haczedilmezliği ilkesi gereğince mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte, icra ödeme emrini alan idarenin ita amiri ödeme emri kesinleştiği halde ödemede bulunmazsa TCK anlamında sorumlu olacaktır.

3.2.2.7.3. Kiracının Kiralananı Özenle ve Tahsis Gayesine Uygun Kullanma Borcu

Kiracı alışılmış kullanma dışında kiralanan şeyin özünü etkileyecek veya ona zarar verecek yahut değerini düşürecek veya varlığını tehlikeye sokacak şekilde hareket edemez; kiralanda kira süresinden sonra da etkisi kalacak şekilde değişiklikler yapamaz⁶⁰⁸. Kiracı kendi malını kullanırken gösterdiği özeni, kiralayanın malına da göstermelidir⁶⁰⁹. Kiracı eğer kiralanan malı özenle ve tahsis gayesine uygun olarak kullanma yükümlülüğüne aykırı hareket ederse kiralayan, kendisine bir ihtar gönderir ve belirli bir süre içinde yükümlülüklerine uymasını ister. Kiracının yükümlülüklerine verilen süre içinde uymaması

⁶⁰⁵ Bakanlığın Kanunda yer almayan hususların yönetmelik ile düzenlemesinin hukukiliği ayrı bir tartışma konusudur.

⁶⁰⁶ BAYTAN, a.g.e., s. 316.

⁶⁰⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 181.

⁶⁰⁸ TANDOĞAN, a.g.e., s. 141-142; YAVUZ, a.g.e., s. 172; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 574-575.

⁶⁰⁹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 575; ZEVLİLER, a.g.e., s. 215.

halinde kiralayan sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olur⁶¹⁰. Bu hükmün uygulanmasında, “*tahsis gayesine uygun olarak kullanma*” borcu, projenin konusu olan kamu hizmetinin sunulması nedeniyle yapılması gerekli “*olağan*” değişiklikleri de yapma veya bunların yapılmasına katlanma yükümlülüğünü de içermektedir. Ancak, bu katlanma hususu daha çok eser meydana getirme unsuru ile ilintili bulunmaktadır. Özel sektörün kiracı olduğu projelerde kamu hizmetinde aksamaya neden olan hallerde ihtar çekerek PPP sözleşmesinin feshi mümkündür. Aynı şekilde kamunun kiracı olduğu durumlarda da gerekli sebepler varsa ihtarlı fesih mümkün bulunmaktadır. Ancak, kiracının ağır kusuru ve açıktan kötüye kullanması hallerinde sözleşmenin ihtarsız feshi de mümkündür. PPP projelerinde hizmetin bilerek ve isteyerek ağır şekilde aksatılması bu kapsamda değerlendirilebilecek fiillere örnek gösterilebilir.

3.2.2.7.4. Muhafaza İçin Özen Gösterme ve İhbarları Yapma Yükümlülüğü

Kiracının kiralananı özenle ve tahsis gayesine uygun olarak kullanma borcunun bir uzantısı olarak kiracının kiralananın iyi bir durumda muhafazası için özen gösterme ve gereken ihbarları yapma borcu vardır⁶¹¹. Ayıba ve zapta karşı tekeffül borcunun kiralayan üzerinde doğabilmesi için de bahsedilen ihbarların yapılması gerekir⁶¹². Kiracı kiralanda icrası kiralayana düşen lüzumlu tamirat gerektiren bir durum olduğu yahut üçüncü kişilerin kiralanan üzerinde bir üstün hak iddia etmeleri durumunda bu durumu kiralayana ihbar borcu altındadır⁶¹³. İhbar borcuna uymama durumunda kiralayan sözleşmeyi feshedemez sadece bu durumdan uğradığı zararların tazminini isteyebilir⁶¹⁴. PPP projelerinde kiracının aynı zamanda eseri meydana getiren kişi olması da mümkün olduğu için eserin yapımından kaynaklanan ayıplar ile ilgili ihbarların yapılmaması durumu sözkonusu olabilecektir. Zira bu ihbar yüklenici kiracının kendi kusurunu idareye ihbarı anlamına gelecektir. Bu gibi durumlarda, ihbar borcunun yerine getirilmemesinin anlamı, kamu hizmetlerinin kusurlu olarak sunulması ve bunun da idareden gizlenmesi demektir. Dolayısıyla, bu durumu tesbit eden idare PPP sözleşmesinin istisna akdine ilişkin hükümlerine dayalı olarak talepte bulunabilecektir.

⁶¹⁰ TARAKÇIOĞLU, a.g.e., s. 36; ZEVLİLER, a.g.e., s. 215.

⁶¹¹ ARAL, a.g.e., s. 261.

⁶¹² YAVUZ, a.g.e., s. 173.

⁶¹³ ZEVLİLER, a.g.e., s. 217.

⁶¹⁴ ZEVLİLER, a.g.e., s. 217

3.2.2.7.5.Alt Kira Sözleşmeleri Sorunu

Bir kişi bir malı kural olarak kendisi kullanmak amacıyla kiralar fakat kiralayanın mutlaka malın maliki olması gerekmediğinden⁶¹⁵, kiracının başkasından kiraladığı bir eşyayı bir üçüncü kişiye kiralaması mümkündür. Bu durumda malike karşı kiracı, üçüncü kişiye karşı kiralayan konumunda olacaktır⁶¹⁶. Bu durumda malik ile ilk kiracı arasındaki ilişki asıl kira sözleşmesi olarak yer alırken, kiracının üçüncü kişiyle kurduğu kira sözleşmesi alt kira sözleşmesi olarak anılır. PPP sürecinde de kiralama yönteminde önem arz eden diğer konu “*alt kira sözleşmesi*” dir. Acaba kiracı, alt kira sözleşmesi yapmak suretiyle kiralananı üçüncü kişilere kiralayabilir mi? Borçlar Kanunu kapsamında yer alan kira sözleşmelerinde, aksi akitte belirtilmedikçe kural olarak alt kira sözleşmesi yapılması mümkündür (BK m.259). Bunun aksine olarak 6570 sayılı kanuna göre ise kiralayanın muvafakati olmadıkça kiracı alt kira sözleşmesi yapamaz⁶¹⁷. Ancak kira sözleşmesinin esas amacı itibarıyla başkalarına kiralınması lazım ve mutat olan gayrimenkuller, bütün gayrimenkulün devri veya kiralınması müstesna olmak üzere kiraya verilebilir. Fakat bu taşınmazın tamamı alt kira sözleşmesine konu olamaz. Bununla birlikte PPP uygulamaları açısından alt kira ilişkisi bir takım sakıncalar doğurabilir. Şöyle ki, alt kiraya doğrudan izin verilirse ihaleye katılma hak ve yetkisini haiz olmayan, ihale yeterliliği bulunmayan girişimcilerin bu yolla proje içine çekilmesi mümkün olabilecektir⁶¹⁸. Ayrıca, bir kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin ihalelerde güvenlik nedeniyle de devir yasağı işin doğası gereğince zorunlu olabilir. Bu nedenle devir edilebilirlik konusunun PPP sözleşmelerinde açıkça hükme bağlanması, açıkça hükme bağlanmamış bulunan durumlarda da vakıa adaleti uygulanarak işin gereğine uygun şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte aksine bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olmadığı durumlarda ise; kiralayanın muvafakati olmadıkça kiracı alt kira sözleşmesi yapamaz. Ancak projenin esas amacı itibarıyla başkalarına kiralınması lazım ve mutat olan durumlarda, projenin devri sonucunu doğrumayacak devri veya komple alt-kiralınması müstesna olmak üzere kiraya verilebilir. Fakat bu taşınmazın tamamı alt kira sözleşmesine konu edilerek asıl yüklenici durumunda olması mümkün olmayan birinin fiili yüklenici olarak çalışması mümkün bulunmamaktadır. Bunun dışındaki alt-kiralamalara ilişkin olarak PPP ihale şartnamesine ve sözleşmesine hüküm koyularak idarenin de onayının gerektiği durumlarda onay alarak alt kira sözleşmeleri yapılması mümkündür.

⁶¹⁵ ARAL, a.g.e., s. 208.

⁶¹⁶ ZEVLİLER, a.g.e., s. 220.

⁶¹⁷ OLGAC, Kira, s. 221; ZEVLİLER, a.g.e., s. 221.

⁶¹⁸ YASİN, a.g.e., s. 118.

3.2.2.7.6. Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu

Kira sözleşmesi sona erdiğinde kiracı kiralananı teslim aldığı haliyle kiralayana iade etme borcu altındadır⁶¹⁹. Bunu talep etmede kiralayanın malik olduğu hallerde, onun mülkiyet hakkına dayanan aynı istihkak talebi ile kira akdine dayanan şahsi nitelikteki iade talebi birbiriyle yarıştığı için kiralayan bu haklardan istediğine başvurabilir⁶²⁰. Kiracı kiralananın sözleşmede belirlenen kullanımına uygun yıpranmalardan sorumlu olmayacaktır⁶²¹. Kiracının kiralananı iyi bir halde teslim ettiği asıldır⁶²². Kiracı kiralananı ayıpsız bir halde teslim etmekle mükelleftir. Kiracı ayıplardan sorumlu olmak istemiyorsa ya kusurluluğunu ya da ayıbın normal kullanımdan meydana geldiğini kanıtlamalıdır⁶²³. Bununla birlikte PPP projelerinde proje konusu eserin de yüklenici kiracı tarafından meydana getirildiği durumlarda geri verme anında yapım konusu işin amaca uygun ve doğru şekilde yapılıp yapılmadığı veya ne şekilde yapıldığı daha iyi anlaşılabilir olmaktadır. dolayısıyla, yapım ile ilgili yükümlülüklerinin ihlali halinde öncelikle, yapım unsuruna ilişkin kusuru nedeniyle sorumlu bulunmaktadır. Yapım unsuru açısından kusuru bulunmamakta ise olağan olmayan yıpranmalardan sorumluluğu devam etmektedir.

3.2.2.8. PPP Projelerinde Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları

PPP projelerinde kira sözleşmesinin sona ermesi Borçlar Hukuku'ndakinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin sona ermesinin kamu hukuku ile özel hukukun birlikte yorumlanması ile çözümlenmesi mümkündür.

3.2.2.8.1. Genel

PPP projelerinin dayandığı sözleşmenin bir parçası olarak kira sözleşmesinin sona ermesi hususunda genel olarak kira hukukundan farklı yapısal durumlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle kiralama, bir eserin *özel sektör tarafından idareye kiralanması* şeklinde olabilir. Bu durumda iki ihtimal vardır. PPP sözleşmesinin sonunda kira konusu olan eser *idareye tamamen devredilecektir* ya da sözleşme süresinin sonunda eser *özel sektörün sahipliğine*

⁶¹⁹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 594.

⁶²⁰ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 218; TANDOĞAN, a.g.e., s. 183.

⁶²¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 594.

⁶²² FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 596.

⁶²³ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 218.

tamamen tevdi edilecektir. Birinci durumda sözleşmenin sona ermesi ile kiracının eseri terk etmesi sorunu çıkmayacaktır. İkinci durumda ise sözleşmenin bitmesi ile idarenin söz konusu kiralananı terk etmesi gerekecektir. Diğer bir kira ilişkisi ise *idarenin kiralayan ve özel sektörün kiracı* olduğu sözleşmelerle kurulmaktadır. Bu tür sözleşmelerde *özel sektör kiracı* olmakta ve bunun karşılığında kiralananı yenileme, rehabilite etme, kiralananın amacına amade olduğu kamu hizmetini sunma gibi görevleri yerine getirmektedir. Süre sonunda da mülkiyeti idareye devrederek mecuru tahliye etmektedir. Teorik olarak, yapım-kiralama-mülkiyet devri unsurlarının PPP ve Özelleştirme kesişiminde pek çok türevinin oluşturulması mümkündür. Önemli olan tarafların bir özel hukuk sözleşmesi ile modelde anlaşması ve bu model ile hizmeti sunmayı kabul etmesidir. Dolayısıyla, modelleri belirli sınırlar içine hasretmek söz konusu değildir. Örneğin yap-devret-kirala-işlet-sahip ol modeli gibi daha pek çok modelin üretilmesi mümkündür. Önemli olan, bu sözleşmenin fayda üretmeye elverişli olmasıdır.

Kira sözleşmesinin sona ermesi hallerine ve sonuçlarına uygulanacak hükümleri tespit ederken kiralayan ile kiracı konumunda idarenin veya özel sektörün olması fark yaratacaktır. Bunun için tahliye hükümleri yönünden konunun '*kiralayanın idare olduğu kira sözleşmeleri*' ve '*Kiralayanın özel sektör olduğu kira sözleşmeleri*' olarak ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

3.2.2.8.2.Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi Halleri

PPP sözleşmeleri kapsamında kira sözleşmelerinin sona ermesi ile PPP projesinin dayandığı sözleşmede yer alan kira unsurunun içeriğinde yer alan kira ilişkisinin sona ermesi anlaşılmalıdır. Bu kira ilişkisinin sona ermesi her zaman için kapsamında yer aldığı PPP sözleşmesinin sona ermesini de gerektirmemektedir. PPP sözleşmesi gereği kira ilişkisi sona ererken PPP sözleşmesi devam edebilir. Örneğin yap-kirala modelinde kira sözleşmesi ile birlikte asıl sözleşme de sona ermektedir. Oysa yap-kirala-devret-bakımını yap modelinde kira sözleşmesi bir aşamadan sonra sona ermekte PPP sözleşmesi süreci ise devam etmektedir.

3.2.2.8.2.1. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi ve Yenilenmesi Sorunu

Kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi ve PPP projesi kapsamındaki sözleşmelerde yenilenme sorunu olarak da anılması mümkün olan durumun da incelenmesi gerekmektedir. Genel anlamda kira sözleşmeleri belirli süreli ve belirsiz süreli olarak yapılmaktadır. Kira sözleşmesinde süre belirtilmesi bir geçerlilik şartı olmadığından süre

belirtilmeyebilir ve bu durumda belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusudur⁶²⁴. Belirli süreli sözleşme sona erdiğinde kira ilişkisi de sona erecektir. Belirli süreli kira sözleşmesi yapılıp akit süre sona ermesine rağmen tarafların muvafakati ile devam ettiğinde belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşmesi mümkündür⁶²⁵. PPP projeleri kapsamında süre belirtilmesi gerektiğine ve süre sınırlamalarına değinilmişti. Bu durumda sözleşme süresi bittiğinde ne olacağı hususunun da PPP sözleşmesinin niteliğine uygun şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Kira ilişkisinin dayanağı PPP sözleşmesini oluşturan idari yetki olduğu için kira süresinin bitimi, kiranın dayanağı olan PPP sözleşmesi iradesinin de bitimi anlamına gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, kira süresi bitiminde idare, yeniden kira sözleşmesi veya kira sözleşmesinin yenilenmesi şeklinde işlem yapamaz. Yeniden kanundaki prosedürü tamamlayarak ihale yapması gerekmektedir⁶²⁶. Zira, sözleşme konusu iş ihale ile yükleniciye verilmiş bulunan bir iştir. Bu nedenle, sözleşme süresi tamamlandığında yeniden ihale yapılmadan sözleşmenin aynı şartlarla yenilenmiş sayılması mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda, uygulamaya yönelik olarak mesele incelendiğinde; kira süresi bitmeden de yeni ihalenin yapılabilmesi gerekmektedir. Zira, bu durumda aynı kiracının ihaleyi kazanması halinde kiracı kaldığı yerden devam edecek, yeni bir kiracının ihaleyi kazanması halinde mevcut kiracının tahliye işlemleri gerçekleştirilecektir. Ayrıca görüldüğü gibi belirli süreli kira sözleşmesinin belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşmesi imkanı yoktur. Duruma uygun bir PPP modeli ile veya projenin uygun olması halinde Özelleştirme yöntemi ile yeniden ihale yapılarak ihale sonucuna göre işlem yapılması gerekmektedir⁶²⁷. Bunun aksine işlem yapan idare ve yetkilileri de disiplin ve ceza hukuku anlamında sorumlu olacaktır.

Kiracının özel sektör olduğu ve kiraya vereninde kamu olduğu sözleşmelerde kira süresinin sona ermesi ile ilgili olarak birinci referans noktası Borçlar Kanunu ve/veya 6570 Sayılı Kanun değil, 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunudur. Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun PPP hukuku ile uyumlu olduğu ölçüde kıyasen uygulanacaktır.

3.2.2.8.2.2. Kira Sözleşmesinin Diğer Sebeplerle Sona Ermesi

⁶²⁴ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 499; YAVUZ, a.g.e., s. 160.

⁶²⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 160.

⁶²⁶ Aynı yönde, YASİN, a.g.e., s. 135.

⁶²⁷ Yapılan bu ihalelerde “çantacılık” mesleğinin doğmaması için ihale yöntemlerinin, ihale yeterlilik kriterlerinin, ihale şartnamesinin ve ihale sürecinin iyi belirlenmesi gerekmektedir.

PPP sözleşmesinin bir unsuru olarak kira ilişkisi de PPP sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde son bulacaktır. Bu halde sözleşmede belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kamu hizmetinin sunulmasında sözleşmeye aykırılıklar bulunması, sözleşmede sona erme halleri olarak belirtilen hususların gerçekleşmesi, özel sektör ortağının gerçek veya tüzel kişiliğinin sona ermesi kira sözleşmesinin sona ermesi halleri olarak karşımıza çıkacaktır.

3.2.2.8.3. Kiracının Tahliyesi Durumu ve Tabi Olacağı Hükümler

Projenin tamamlanması veya sair şartların gerçekleşmesi durumunda tahliye hükümleri de devreye girecektir. Tahliye konusunda da PPP projelerinin gerekleri ile uyumlu bir yol izlenmesi icap etmektedir.

3.2.2.8.3.1. Genel Olarak

PPP projelerinde kira ilişkisinin kendisine has bir yapısı olduğunu, bu ilişkiye uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı kanunun uygulanması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. Bu kanun hükümleri akdin feshi ve kiracının tahliyesini düzenlemiştir. Kira sözleşmesinin sona erdirilmesi halinin oluşması durumunda kiracının kiralananı terk ettirilmesi tahliye olarak ifade edilir. PPP sözleşmesinde kiralayan idare olduğu durumlarda özel sektör kiracısının tahliyesi farklı hükümlere tabi olacaktır. Bunun yanında kiracının idare kiralayanın ise özel sektör olduğu durumlarda ise genellikle kiralama sonrası kiralanan idareye devredildiği için tahliye söz konusu olamayacaktır fakat aksi hallerde tahliye durumu oluşabilecektir.

Şu halde kiracının tahliyesi kurumunun PPP sözleşmesi çerçevesinde incelenmesi temel olarak iki farklı başlık altında yapılabilir.

3.2.2.8.3.2. Kiralayanın İdare Kiracının Özel Kişi Olduğu Durum

PPP ile benzerlikleri bulunan ve kiralama unsurunun düzenlendiği 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da kira süresi dolduktan sonra, kiracının gayrimenkulü tahliye etmemesi halinde füzuli işgale ve ecrimisile ilişkin hükümlerin de uygulanıp uygulanmaması hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kira süresi biten kiracının kiralanan taşınmazdan hangi kanun hükümlerine dayanılarak çıkartılacağı hususunda, konumuz açısından birincil referans noktalarından biri olan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmaması nedeni ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun mu yoksa 2886 sayılı Devlet İhale

Kanununun ecrimisil ve fuzuli işgale ilişkin m.74 vd. hükümleri ile bu kanunun ilgili maddesine dayanılarak çıkartılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik⁶²⁸ hükümlerinin mi uygulanacağı konusu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak PPP sözleşmesine konu olan taşınmazın kira süresinin bitimi ile kira ilişkisinin sona ereceği ve kendiliğinden yenilenemeyeceği düşünüldüğünde 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun uygulanması PPP ve özelleştirmenin ruhuna aykırı olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin ilgili kararında belirtildiği üzere *anılan Kanunun hükümleri değerlendirildiğinde Devletin Özel Mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin sona ermesi konusunda özel bir düzenleme getirilmiş olduğunun kabulü ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir*⁶²⁹. PPP konusunda da 2886 Sayılı Kanundaki şekilde bir uygulama yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla PPP kapsamında kiralanmış taşınmazlarda kira süresinin bitmesi ile işgale devam eden fuzuli şagil hakkında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanması PPP uygulamalarının amacına uygun düşecektir.

3.2.2.8.3.2.1 Tahliyenin Hukuki Rejimi

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75.maddesi, devletin mülkiyetinde veya tasarrufu altında bulunan gayrimenkullerin kiralanması konusunda özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların, gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, aynı Kanunun 9.maddesinde belirtilmiş olan işin özelliğine göre bedel veya bedelin hesabında kullanılacak fiyatlar belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden sorulmak suretiyle, 13.maddesinde gösterilen komisyonca takdir ve tespit edilecek ecrimisil istenecektir. Ecrimisil talep edilebilmesi için herhangi bir zarara sebep olunması veya fuzuli şagilin kusurlu olması gerekmez⁶³⁰. Haksız işgal eden kiracı ecrimisili rızaen ödemez ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacaktır⁶³¹. Bu maddenin 3.fıkrasına göre kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde diğer bir deyişle *kira sözleşmesinin bitim tarihinden sonra kiralananın kiracı tarafından tahliye edilmemesi halinde kira sözleşmesinde hüküm var ise*

⁶²⁸ Resmi Gazete, 16.12.1984, S:18607.

⁶²⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 1994/1127, K: 1994/3196, T: 31.3.1994 .

⁶³⁰ KARAKOÇ Mustafa, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Ankara 2005, s. 48,52; DÜZCEER Ali Rıza, Ecrimisil Davaları, Ankara 1997, s. 22.

⁶³¹ ERDOĞAN, a.g.e., s. 1241; DÜZCEER, a.g.e., s. 22.

sözleşme hükümlerine göre hareket edilecektir⁶³². Kira sözleşmesinde böyle bir hüküm yok ise kira sözleşmesinin süresinin bitimi ile kiracının kiracılığı sona erecek ve fuzuli şagil durumuna düşen kiracının artık kullanma karşılığı olarak kira bedelini değil ecrimisil ödemesi gerekecektir⁶³³. Görüldüğü gibi ecimisil kiralananın kira ilişkisine dayanılmaksızın kullanılmasından doğan tazminat talebini ifade etmektedir⁶³⁴.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75.maddesinin 4.fıkrasına göre, işgal edilen taşınmaz mal idarenin talebi üzerine bulunduğu yerin mülki amirince en geç on beş gün içinde tahliye ettirilerek⁶³⁵, İdarece görevlendirilecek memurlara boş olarak teslim edilir. Bu özel düzenleme ile devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz kira sözleşmelerinin süre bitiminde aynı koşullarla bir yıl daha uzatılmış sayılacağına ilişkin 6570 sayılı yasanın 11. maddesi hükmünün uygulanabilirliği PPP işlemlerinde ortadan kalkmıştır. Bu nitelikteki taşınmazlara ait kira sözleşmeleri kira süresinin bitimi ile sona erer. Taraflar da sona eren sözleşme ile bağlı kalmaz. Kiracının kiralanda bulunması da haksız işgal sayılır.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 74.maddesi ile tarihi ve bedii değeri olanlar hariç Hazinenin özel mülkiyetindeki yerlerin satışı, kiraya verilmesi, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi esasları Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu 74. maddeye dayanılarak çıkartılan 16/12/1984 tarihli ve 18607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Aynî Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nin 1/7/2007 tarihli ve 26557 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 89.maddesiyle de ayni esas ve ilkeler benimsenmiş; üzerinde sabit tesis bulunan taşınmazların tahliyesinden ve teslim alınmasından sonra, eski kiracısı veya fuzuli şagiline bu tesisler kendilerine ait ise yıktırılıp enkazının en geç otuz gün içinde götürülmesi, aksi hâlde masrafları kendisinden tahsil edilmek üzere yıkım ve enkaz götürme işinin İdarece yapılacağı tebliğ olunacağı, verilen bu süre sonunda tesis yıktırılıp enkaz götürülmediği takdirde masrafları bilahare eski kiracı veya fuzuli şagilden alınmak üzere bu işlem İdarece yapılacağı, men'i müdahale ve kal ile ilgili yargı kararlarının icra dairelerince, vali veya kaymakam tarafından verilen tecavüzün önlenmesi ile ilgili kararların infaz memurlarınca uygulanması sırasında gerekli olan araç,

⁶³² KARAKOÇ, a.g.e., s. 40.

⁶³³ YAVUZ Nihat, Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, Ankara 2005, s. 312.

⁶³⁴ DÜZCEER, a.g.e., s. 35; KARAKOÇ, a.g.e., s. 41.

⁶³⁵ ERDOĞAN, a.g.e., s. 1242.

gereç ve personel kamu idarelerinden sağlanacağı, bunun mümkün olmaması durumunda yıkım işlemi, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edileceği düzenlenmiştir.

2886 Sayılı Devlet İhale Kanununun 75.maddesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce sadece devletin mülkiyetinde veya tasarrufu altında bulunan gayrimenkuller için uygulanabilmekteydi; özel idare ve belediyelere ait gayrimenkullerin kiralanmasında bu madde hükmünün uygulanması söz konusu değildi. Belediye Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Devlet İhale Kanununa göre ihale ile kiraya verilen yerin tahliyesinde 2886 sayılı Kanunun 75.maddesinin mi yoksa 6570 sayılı kanun hükümlerinin mi uygulanacağı sorusuna çeşitli cevaplar verilmekteydi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ilgili kararında⁶³⁶ Belediyelerin kiraya vermesinde 6570 sayılı Kanunun uygulanması gerektiğini, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75.maddesinin ancak taşınmazın hazine tarafından kiraya verilmesinde uygulama alanı bulacağını belirtmiş iken karşı oy yazısında 6570 sayılı Kanunun taşınmaz kiralari bakımından “genel kanun” niteliğinde olduğunu, 2886 sayılı Kanun ile belli kurum ve kuruluşların taşınmazlara yönelik düzenleme getirmiş olmasından ötürü “özel kanun” niteliğinde olduğunu bu nedenle 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Sayıştay Genel Kurulu ise *belediye tarafından 2886 sayılı Kanuna göre kiraya verilen taşınmazlara ait kira sözleşmelerinin yenilenmesi ve sona erdirilmesinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği* yönünde karar verirken⁶³⁷, Danıştay 10.Dairesi ise ilgili kararında Sayıştay Genel Kurulu'nun görüşüne paralel hüküm kurmuştur⁶³⁸. 13 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanununun 15.maddesi ile görüş karmaşası giderilerek belediye mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş sayılmış ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75.maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle Belediyelerin birkısım taşınmazlarının kiraya vermesi konusunda da 2886 sayılı Kanununun 75.maddesi uygulanacağı açıkça düzenlenmekle bu konudaki tartışmalar sona ermiştir.

Kiralanın taşınmazın kiralama sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması nedeni ile musakkaflar açısından 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinin de göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmasında fayda olacaktır ancak; öncelikle kiraya verilen taşınmazlar hakkında sözleşme hükümlerine göre hareket edilmelidir. Kiralanın taşınmazların kira süresi dolmadan ve tahliye isteğine ilişkin hukuki şartlar oluşmadan mülki idare amirinden tahliye talebinde

⁶³⁶ Yargıtay HGK, E: 1997/1-863, K: 1997/1090, T: 24.12.2007.

⁶³⁷ Sayıştay GKK, K: 4761/1, T: 21.1.1993.

⁶³⁸ Danıştay 10.Daire, E: 1989/2736, K: 1991/3850, T:19.12.1991.

bulunulamayacaktır. 6570 sayılı Kanun kapsamından bulunan taşınmazlar için, tahliye şartlarının kanuni olarak doğmuş olması ve bunun idare tarafından belgelendirilmesi halinde tahliye talebinde bulunulabilecektir. Mahkemelerde tahliye davasına konu olmuş bir taşınmazın tahliyesi için 2886 sayılı Kanunun 75.maddesine göre tahliye talebinde bulunulamayacaktır. Devletin taşınmazlarının fuzuli işgali durumunda tahliye sağlanana kadar 2886 sayılı Kanunda düzenlenen hükümler çerçevesinde ecrimisil tahsili de zorunlu bulunmaktadır.

Kiralama usulüyle PPP uygulamalarının ülkemizde yaygın bir PPP yöntemi olacağı değerlendirildiğinde de yapılacak yeni hukuki düzenlemelerin bu hususta açık düzenleme getirmesi halinde kanuna tek bir fıkra eklenerek *“bu hususta 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanır”* denilmesi yeterli olabilecektir. Hiç düzenleme getirilmeyip, doktriner olarak da aynı sonuca ulaşılması mümkündür. PPP Kanununa kira süresinin sonunda mecurun tahliye edilmemesi halinde 2886 Sayılı Kanun m.75’in uygulanacağına ilişkin hüküm koyulması ve bu değişiklik yapılana kadar da PPP şeklinde ve kiralama yöntemiyle yapılacak özelleştirmeler dahil PPP projelerine ilişkin şartnamelere bu hususun açıkça dercedilmesinin yararlı olacağı kanısındayız.

3.2.2.8.3.2.2. Tahliyenin Zorunlu Sonucu

2886 sayılı Kanunda düzenlenen hükümler çerçevesinde tahliyesi yapılan yer ile ilgili olarak ecrimisil tahsili de zorunlu bulunmaktadır. Ecrimisil talep edilebilmesi için kamuya ait bir taşınmazın işgal edilmiş olması, işgal eden gerçek veya tüzel kişinin geçerli bir hakkı bulunmaması gerekmektedir. Ecrimisil talep edilmesi için idarenin zarar etmesi şart değildir; taşınmaz mal idarenin fiilen kullanmayıp atıl bıraktığı bir taşınmaz dahi olsa diğer şartlar mevcut ise ecrimisil talep edilebilir. Ayrıca ecrimisil talep edilebilmesi için işgal edeninin kusuru aranmamaktadır. (2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md.75/1). Fuzuli işgalin taşınmazı kullanmalarında haklarının olmadığını bilmemeleri önemli değildir. Ecrimisil, fuzuli işgal nedeni ile tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim şekli olması nedeni ile en azı kira geliri karşılığı olarak kabul edilmektedir. Fuzuli işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki olumlu zarar, kullanmadan doğan olumlu zarar ve malik veya zilyedin yoksun kaldığı olumsuz zarar ecrimisilin kapsamını belirlemektedir.

Ecrimisil bedeli veya bu bedelin hesabında kullanılacak fiyatlar 2886 sayılı Kanunun 9.maddesi gereğince belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulduktan ve dayanakları da eklenerek hesap tutanağı tanzim edildikten sonra 13.maddedeki kuruluş şekli gösterilen komisyonca ecrimisil bedeli belirlenecektir. Danıştay, işgalin devam etmesi durumunda idarenin yeniden ecrimisil

istenmesinin yasal bir zorunluluk olduğunu belirtmiş⁶³⁹, işgalin devamı nedeniyle ecrimisil alınması yetkililerce kamu malının boşaltılmasına yönelik yasal işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca işgal edilen taşınmazın 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre kiraya verilmesi halinde anılan işlemlerin tamamlanmasına kadar geçen süre için geriye yönelik olarak ecrimisil istenilmesi de mümkündür⁶⁴⁰.

Ecrimisil bedelinin tahsil edilmesi için tespit ve takdir edilen ecrimisil bedeli fuzuli şağile, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde ödenmesi veya yine aynı bir aylık süre içerisinde idareye bir dilekçe ile müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunması gerektiğini bildiren bir ihbarname tebliğ edilmelidir. Süresi içerisinde yapılan düzeltme talepleri en geç bir ay içerisinde incelenerek sonuç karar tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde düzenlenerek Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesi ile ilgililere tebliğ edilir. Fuzuli şağil süresi içinde düzeltme talebinde bulunur ve düzeltme talebi reddedilirse adli yargıda kiracı olduğunun tespit edilmesine ilişkin bir dava veya menfi tespit davası açamaz, ancak bu işlemin iptali için idari yargıda dava açma hakkı mevcuttur. Ecrimisil; Ecrimisil İhbarnamesinin düzeltme talebinde bulunulmuş ise Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesinin ilgisine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde muhasebe birimlerine ödenir. Ecrimisil borçlusunun ödeme güçlüğü nedeniyle yazılı olarak talep etmesi hâlinde ecrimisil, en az yüzde yirmibeşi peşin kalan kısmı ise İdarenin uygun göreceği taksit zamanlarında ve en fazla bir yıl içinde taksitler hâlinde ödenebilir. Alacağın kalan kısmına kanunî faiz uygulanır. Ecrimisil İhbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunulmuş ise ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde rızaen ödenmeyen ecrimisil, millî emlak birimlerin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir. Vergi daireleri veya gelir servisleri, kendilerine intikal ettirilen ecrimisil alacaklarını anılan Kanunun kapsamına giren amme alacakları gibi takip ve tahsil ederek sonuçlarını millî emlak birimlerine bildirirler. Ecrimisil taksitlerinden birinin vadesinde ödenmemesi durumunda, kalan ecrimisil alacağının tamamı muaccel hâle gelir ve Ecrimisil İhbarnamesinin muhatabına tebliğ tarihini takip eden otuzuncu günün bitiminden itibaren gecikme zammı uygulanmak suretiyle tahsil edilmek üzere ikinci fıkra gereğince vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir. Fuzuli şağil tarafından idari yargıda dava açmış olması ecrimisilin takip ve tahsilini durdurmaz. Ecrimisil alacaklarında zamanaşımı olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2886 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirten 92.madde gereğince Borçlar Kanununa göre zamanaşımının 10 yıl olacağı görüşünü savunurken⁶⁴¹, Yargıtay Hukuk

⁶³⁹ Danıştay 10.Daire, E: 2001/4103, K:2003/3912, T:13.10.2003.

⁶⁴⁰ Danıştay 6.Daire, E:1997/3062, K:1998/1683, T: 19.3.1998.

⁶⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 1997/ 169 E., K: 1998/633, T: 11.12.1998

Genel Kurulu ise 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmiştir⁶⁴². Bununla birlikte, PPP uygulaması sonucunda süresi dolduğu halde mecuru tahliye etmeyen kişinin akde aykırı davranmakta olduğu da nazara alınmalıdır. Fuzuli şağilin işgal veya tasarruf ettiği taşınmazdan tahliyesinin herhangi bir nedenle sağlanamamış olması, aynı taşınmazdan ikinci ve müteakip defa ecrimisil istenmesine engel teşkil etmez. Ecrimisilin talep ve/veya tahsil edilmesi, taşınmazdaki kullanımın devamı hakkını vermez.

Belirtmek gerekir ki; İdare seçimlik hakkını kullanarak 2886 sayılı Kanunun 75.maddesi ile kendisine ayrıcalık olarak tanınmış hakkını kullanmadan yani söz konusu madde atıf yapılan komisyonu oluşturmada, fuzuli şağile ihbarname veya ihtarname göndermeden bir başka deyişle idari bir işlem yapmadan genel hükümlere göre el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil talebine ilişkin dava açabilir.

Özetlemek gerekirse 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre, devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlara ilişkin olarak yapılan kira sözleşmelerinde, kira süresinin bitiminde sözleşmede aksine bir kayıt yok ise, kiracı kiralananı elde tutması durumunda fuzuli şağil sayılır ve ecrimisil ödemesi gerekir.

3.2.2.8.3.3.Kiralayanın Özel Sektör Kiracının İdare Olduğu Durum

Bu durumda PPP sözleşmesi özel hukuk hükümlerine tabi olacağı için tahliyeye ilişkin Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı kanun hükümleri cari olacaktır⁶⁴³. Ancak, hiçbir ihtara veya ihbara gerek kalmaksızın sözleşme süresinin dolmuş olması tahliye için gerekli ve yeterli şart niteliği taşıyacaktır.

3.2.3. İŞLETME HAKKININ VERİLMESİ

PPP sözleşmelerinin belki de en önemli unsuru işletme hakkının verilmesi hususudur. Projelerin niteliği gereği, çoğunlukla özel sektörün işletmeciliği ile elde ettiği gelir, projenin finansal geridönüşüm modelini oluşturmaktadır. Bu nedenle de işletme hakkının özel sektöre verilmesi ve bu işletme ile elde edilecek gelirden projenin kendi kendini amorti etmesi ve yatırımcının da kazanç sağlaması PPP projelerinin en önemli unsurlarından biridir. Bununla birlikte, projenin finansal geridönüşüm modelinin her zaman işletme hakkının devri yolu ile olması zorunlu bulunmamaktadır. Yukarıdaki kiralama

⁶⁴² Yargıtay HGK, E: 1984/3-154, K: 1985/913, T: 15.11.1985

⁶⁴³ Kira sözleşmesinin 6570 Sayılı Kanun'a göre sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **KÖKTEN Erinç Özlem**, 6570 Sayılı Kanuna Göre Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); **OCAK Tuğba**, Kira Sözleşmesinin 6570 Sayılı Kanuna Göre Sona Ermesi, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

unsuru da bu amaca hizmet edebileceği gibi, bunların ikisinin birlikte kullanılması da mümkündür. Buna ilave olarak her iki unsurun birlikte veya ayrı ayrı kullanılması mümkün olduğu gibi, projeye “gölge ücret”⁶⁴⁴ uygulanmak suretiyle kamusal fon transferi yapılarak finansal geridönüşüm modelinin oluşturulması da mümkündür⁶⁴⁵.

3.2.3.1. Tanımı

PPP projeleri çerçevesinde işletme hakkının verilmesi; kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, mevcut veya yapılacak mal veya hizmetin veya bunların üretim birimlerinin bir bütün olarak veya kısmen özel sektör tarafından işletilmesidir. Diğer unsurlarda değinildiği gibi işletme hakkının verilmesi unsuru da PPP projesinin dayandığı sözleşme bütününe bir parçasını oluşturur. PPP projesinin kendi kendini finanse eden yapısı gereği, işletme hakkı çoğu zaman yatırımcı özel sektörün finansman kaynağı olarak gündeme gelmektedir. Bir kamu mal ve hizmetlerinin üretimi birçok yönüyle bir işletmecilik gerektirmektedir. Proje kapsamında işletme hakkını alan yatırımcı özel şirket, üretilen kamu mal ve hizmetleri karşılığında aldıkları ile yatırımını finanse etmektedir. PPP alanında en çok kullanılacak unsurlardan birisi de işletme hakkının verilmesi olacaktır, bu nedenle de kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu bölümde üzerinde durulmasında fayda gördüğümüz diğer bir husus da işletme hakkının devri sözleşmesinin hukuki niteliğidir. Yani bu sözleşme, idari bir sözleşme midir, yoksa özel hukuk hükümlerine mi tabidir? Bunun bir sonucu olarak, yapılan işlemin bir özelleştirme mi, yoksa PPP sözleşmesi mi olduğu belirlenecektir. Konuyu açıklığa kavuşturmak için idari sözleşmenin üç unsurunu ortaya koymamız gerekmektedir. Bunlar; 1- *Taraflardan birinin idare olması*; 2- *Sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin görülmesinin oluşturması*; 3- *Bu sözleşme kapsamında, özel hukuk sözleşmelerindekileri aşar nitelikte bazı üstün ayrıcalıklar verilmiş olması*⁶⁴⁶. Ancak bu nitelikleri haiz olan bir

⁶⁴⁴ Gölge ücret terimi ve tanımı Türk Hukuku’nda DPT tarafından hazırlanan taslak çalışmada yapılmıştır. Buna göre; “Görevli şirketin işletme süresinde ürettiği mal veya hizmetlerin bedelinin, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından ödenmesi çeşitli nedenlerle mümkün olmayan yatırımlarda, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarlarına göre belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete ödenen ücrete gölge ücret (denir).” Ayrıca gölge ücretler ilgili, bkz, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim:15.08.2008. Bununla birlikte 3996 Sayılı Kanuna eklenen “katkı payı” da gölge ücret niteliğindedir; **PEHLİVAN Özgür**, Kamu Özel Sektör İşbirliği - Hazine Müsteşarlığı’nın Perspektifi, Rail Turkey 2009, International PPP Platform Turkey, Pre-Conference Workshop, İstanbul 2009.

⁶⁴⁵ **DARE**, a.g.e., s. 16.

⁶⁴⁶ **GÜNDAY**, a.g.e., s. 167.

sözleşme, idari sözleşme sayılabilir⁶⁴⁷. Konumuz açısından önem arz eden durum, idarenin, yaptığı işletme hakkının devri sözleşmesinin konusunu teşkil eden faaliyetin gerçek anlamda bir kamu hizmeti teşkil edip etmediğidir. Örneğin, idareye ait bir otelin işletme hakkının özel teşebbüse devredilmesi durumunda buna ilişkin devir sözleşmesinin idari sözleşme olmadığı açıktır. Zira devletin otel işletmesi bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sayılamaz. Bu nedenle yapılan işlem bir özelleştirmedir, bununla birlikte bu işlemde çalışmamızda belirttiğimiz unsurlar ve bileşimleri kullanılarak yapılması halinde bunun da geniş anlamda bir PPP olarak anılması söz konusu olabilecektir. Ancak kamu hizmeti niteliğindeki mal ve hizmetlerin devrine ilişkin olarak yapılan sözleşmelerin idari nitelikli olduğu kabul edilir. Örneğin altyapı hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla yapılan elektrik dağıtımına ilişkin işletme hakkının devri sözleşmesi idari bir sözleşmedir. Zira burada idarenin kamu hizmetini özel teşebbüslere gördürmesi, onlardan destek alması söz konusudur. İşte bu noktada salt kamusal mal ve hizmet niteliğinde bulunmayan mal ve hizmetlere ilişkin yapılan sözleşmelerin de PPP modeli ile yapılması mümkün bulunmaktadır. Ancak, kesin olan şudur ki, salt özel mal ve hizmetlere ilişkin olan sözleşmeler PPP sözleşmesi değil, özelleştirme sözleşmesidir. Bunların geniş anlamda PPP tanımı içine sokulması düşünülebilecektir.

3.2.3.2.Hukuki Niteliği ve Tabi Olacağı Hükümler

Esasen işletme hakkının verilmesi bir tür hasılat kirası sözleşmesi niteliğindedir⁶⁴⁸. Konusu ne olursa olsun hasılat kirasında mal veya hakkın işlenerek semere elde edilmesi söz konusu olduğundan işletme hakkının devredilmediği bir sözleşme hasılat kirası sözleşmesi olamaz⁶⁴⁹. Hasılat kirası kiralayanın ücret karşılığında kiracıya hasılat veren bir malın ya da hakkın kullanılmasını ve bunun yanında hasılatın elde edilmesi hakkını verdiği tam iki tarafa borç yükleyen⁶⁵⁰ ve rızai bir akitir⁶⁵¹. İşletme hakkının devrini içeren PPP projelerinde de işletmenin mamul-yarı mamul-hammadde unsurları genellikle kiracı özel sektöre ait olmakla

⁶⁴⁷ 13/8/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla, Kanunun 1.maddesi ile Anayasanın 47. maddesinde değişiklik yapılarak, Devlet, Kamu Kurum ve Kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden *hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı* kanunla düzenleneceği hükmünü getirmiştir.

⁶⁴⁸ Aynı yönde bkz **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 255 vd.; **ÖZCAN Tahir**, Yap İşlet Devret Modelleri ve Vergisel Problemleri, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/yid_vrg_prob.doc, Erişim: 20.04.2008.

⁶⁴⁹ **ALTAŞ Hüseyin**, Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara 2009, s. 74.

⁶⁵⁰ **TANDOĞAN**, a.g.e., s. 14.

⁶⁵¹ **YAVUZ**, a.g.e., s. 204.

birlikte, bazen işletmenin menkul ve gayrimenkul işletme tesisatı kamuya ait bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise işletmenin menkul ve gayrimenkulleri bu hakkın verildiği süre içinde özel sektör tarafından oluşturulup elde edilen semereler özel sektör kiracıya kalmakta ve süre sonunda işletme kamuya terk edilmektedir. *Yani, işletme hakkının devri, kiralayanın kamu kesimi, kiracının ise özel sektör olduğu bir hasılat kirası niteliğindedir.* İşletmenin veya sözleşmeye konu edilen hakkın maddi veya maddi olmayan kullanım araçlarının özel sektör tarafından meydana getirildiği durumlarda her ne kadar kamu kesimi kiralayan gibi görünmese de, özel sektörün borç ve hakları hasılat kirasındaki borç ve haklar ile örtüşmektedir. Zira, burada da işletme hakkı kendisine ait olan bir konuda özel sektöre bir imtiyaz, işletme hakkı vermektedir. Daha önce açıkladığımız gibi PPP projelerinde unsurlar kendisine özgü hukuki özellikler göstermektedirler fakat Borçlar Kanunu hükümleri kamu ile özel sektör arasındaki ilişkiye uygun düştüğü ölçüde cari olacaktır. İşletme hakkının devrinde de hasılat kirası sözleşmesine hakim olan hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Biz de bu kapsamda hasılat kirasını temel alarak işletme hakkının devrini açıklayacağız.

Hasılat kirası sözleşmesinde olduğu gibi işletme hakkının devri sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen ve rızai⁶⁵² bir sözleşmedir. Hasılat kirası sözleşmesinde kiracının kiralananı kullanma hakkı kişisel nitelikte bir haktır⁶⁵³ ve bunun sonucu olarak kiracı kiralanan üzerinde herhangi bir ayni hak ya da talep kazanamaz⁶⁵⁴. PPP projesinin bir parçası olan işletme hakkının devri sözleşmelerinde ise bunun tespiti için sözleşmenin içeriğine bakılmalıdır. Bazı projelerin kapsamında işletme hakkı kapsamında birtakım haklar tanınmış olabilir.

3.2.3.3. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Süre

Hasılat kirası sözleşmelerinde süre belirtilebilir, fakat sürenin belirtilmesi bir geçerlilik şartı değildir⁶⁵⁵. Belirli süreli hasılat kirası sözleşmeleri belirlenen sürenin dolması ile BK m.287’de yer alan şartlar içinde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmez fakat sözleşme seneden seneye yenilenmiş sayılır⁶⁵⁶. PPP projelerinde, işletme hakkının devrinde de kiralama unsurunda olduğu gibi süre unsuru sözleşmede açıkça yer almalıdır. Zira, bu husus

⁶⁵² YAVUZ, a.g.e., s. 204.

⁶⁵³ TANDOĞAN, a.g.e., s. 12.

⁶⁵⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 205.

⁶⁵⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 207.

⁶⁵⁶ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 507; YAVUZ, a.g.e., s. 207.

gerek ihalenin ve gerekse de sözleşmenin en önemli unsurlarından biri olacaktır. Burada da asgari bir süre düzenlenmemiş ancak azami süre olarak mevzuatımızda genel olarak 49 yıl öngörülmüştür. Özelleştirme mevzuatında genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ile; KİT’lerden kamu iktisadi kuruluşları ile bunlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, işletme hakkının verilmesi suretiyle kullanma hakkının devir süresinin 49 yılı geçemeyeceği 4046 Sayılı Kanunda açıkça hükme bağlanmıştır, aynı şekilde PPP Kanunu Taslaklarında da bu düzenlemeye yer verilmiştir. Devir sürenin bu denli uzun tutulmasının altında yatan düşünce, ticari faaliyetlerin başarılı ve verimli olmasının istikrarlı bir sürekliliğe bağlı olmasıdır⁶⁵⁷. “Kiralama” yönteminde olduğu gibi burada da, süre düzenlemesini sadece genel ve katma bütçeli kuruluşlar ve KİT’lerle sınırlamamak, bu nitelikte bulunmayan kuruluşlara da teşmil etmek doğru olacaktır. Nitekim uygulamada da bu yönde kararlar alınmış; bu statüde bulunmayan Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.’ye ait limanların işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmede 49 yıllık üst sınır dikkate alınmış ve limanların işletme hakkı 30 yıllığına devredilmiştir. Bunun yanında sözleşme süresinin bitmesiyle birlikte hasılat kirasında olduğu gibi tarafların muvafakati ile sürenin uzaması söz konusu olmayacaktır. İdare işletme hakkının verilmesi sözleşmesini yenilemek istiyorsa tekrar gerekli işlemleri yerine getirerek ihale yapacaktır.

3.2.3.4. İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Unsurları

İşletme Hakkının devri sözleşmesi de PPP sözleşmesinin bir unsuru niteliğinde bulunmaktadır. Yapılan PPP sözleşmesinin finansal geridönüşüm modeli olarak devreye girmektedir. Hatta en önemli finansal geridönüşüm modeli olduğu söylenilebilir.

3.2.3.4.1. Kullanımın ve İşletilmenin Özel Sektöre Bırakılması

PPP projesi kapsamında, genellikle, özel sektör tarafından yapımı gerçekleştirilmiş unsurun işletilmesi sözkonusu olmaktadır. Bununla birlikte kamuya ait varlıkların özel sektör tarafından ya aynen işletilmesi veya ilave yatırım yapılarak tesisin bütününe işletilmesi şeklinde uygulanması da mümkün bulunmaktadır. Tasarlama işinin özel sektöre bırakılması PPP projelerinde riskin dengeli dağılımı ve sunulan hizmetin fiyatlandırılması konusu ile yakından ilgilidir. Gerçekte özel sektör tasarımı kendi yapmadığı bir projenin performans riskini üzerine almayacaktır ve performans bazlı ödeme öngörülen projelerde yer almayacaktır⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ BAYTAN, a.g.e., s. 323.

⁶⁵⁸ FOX/ TOTT, s. 18-19.

İşletme hakkının devri sözleşmesinin konusu kullanılması ve işletilmesi kiracıya bırakılan kiralananıdır. Kiralanan semere getiren mallar veya taşınır ve taşınmazları ile bir işletme olabileceği gibi bir hak da olabilir⁶⁵⁹. İşletme hakkının devri sözleşmesinin konusu da sözleşmede açıkça belirlenmiş bulunan ve sözleşme tarihi itibarıyla mevcut veya yapılacak mal veya hizmetin veya bunların üretim birimlerinin bir bütün olarak veya kısmen işletilmesidir. Bu sözleşmede sayılan unsurların bir “*bütün halinde*” ya da bir işletmenin “*aktiflerindeki mal ve hizmet üretimine özgülenmiş birimlerinin*” işletme hakkının devri mümkündür. Ancak burada önem arz eden husus, sözleşme kapsamında kamuya ait bulunan bir kuruluşun da bulunması halinde, bu kuruluşdaki kamu payı oranının ne olduğudur. Zira devre konu unsurların bir bütün halinde ya da bünyelerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin, işletme hakkı verilmesi uygulamasına konu teşkil edebilmeleri, bunlardaki kamu payının %50’nin üzerinde olması halinde, özelleştirme sonucunu da doğurmaktadır. %50’nin altında kamu payı bulunan kuruluşlar esasen özel hukuk hükümlerine tabi oldukları için bunlar hakkında, PPP ve bunun doğal sonucu olarak da işletme hakkının devrine ilişkin hükümler uygulanmaz⁶⁶⁰. Zira artık bu işletmeler özel hukuka tabi işletmeler olduğu için bu durumda PPP sözleşmesine uygun bir yapı oluşturabilecek kamu ortağı kalmamaktadır. Bu durumda yapılacak işletme hakkının devrine ilişkin sözleşme tamamen özel hukuk temelinde ve BK hükümlerine tabi olan bir sözleşmedir. Bu ilişkiye PPP hukukunda geçerli olan ilkelerin uygulanması hukuki bir zorunluluk değildir, ancak taraflar açıkça sözleşmelerine bu yönde hüküm koyarlarsa PPP Hukuku alanındaki kuralların sözleşme ile atıf yapılan hüküm niteliğinde olarak uygulanması mümkün bulunmaktadır. Bununla birlikte, bölünme yoluyla bu unsurların bazıları yine kamuya transfer edilip de %50’den fazla kamu payı oluşturulmadığı sürece bu unsurlara yönelik PPP sözleşmesi yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bundan sonra yapılacak bütün iş ve işlemler özel taraflar arasında yapılacak ve özel hukuka tabi olacak düzenlemeler niteliğindedir.

Mevcut veya yapılacak tesisin bir bütün olarak işletme hakkının verilmesi mümkün olduğu gibi, kuruluşların aktifindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin işletme hakkının verilmesi de mümkündür. Ancak burada, tüzel kişiliğin bütün olarak kullandırılmasından değil, tüzel kişiliğin menkul ve gayrimenkul işletme tesisatının kullandırılmasından bahsedildiğinin kabulü gereklidir. Aksi halde, kamuya ait bir tüzel kişiliğin, tüzel kişilik olarak kullandırılması, yönetim ve denetiminin işletmeciyeye kullandırılması anlamına gelecektir. Bunun sonucunda da işletmeci tüzel kişilik adına borçlandırıci işlemler yapma yetkisine sahip olacaktır. Bu da işletmecinin kamu adına borçlanması sonucunu doğuracaktır. Yani, bu yola gidildiğinde işletmeciyeye kendisine ait bir tüzel kişilik olarak

⁶⁵⁹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 3; YAVUZ, a.g.e., s. 206.

⁶⁶⁰ BAYTAN, a.g.e., s. 320.

işletmecilik yapması şartı koşulacaktır. Yoksa kamuya ait tüzel kişiliği devam ettirmeyecektir.

İşletme hakkının verilmesi mülkiyet hakkının devredilmesi anlamına gelmemektedir. İşletme hakkı devredilen sözleşme konusu varlığın mülkiyet hakları işletme hakkını devredende kalmaktadır. Burada devrin konusu sadece, sözleşmede belirtilen sürelerle ilgili mal ve hizmet üretim birimlerinin ticari olarak da “*kullanılması*” hakkıdır. Zira işletme hakkının devredilmesinde amaç, PPP felsefesi ve ilkeleri çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen mal ve hizmet üretimi ve kamuya sunumu faaliyetlerinin *etkinlik ve verimlilik artışı* gibi gayelerle, özel girişimcilere devredilmesidir.

3.2.3.4.2. Kullanma ve İşletme Karşılığı Ödenen Bedel

İşletme hakkının devri sözleşmelerinde kullanma ve işletme karşılığı olarak genellikle bir miktar para veya elde edilen ürünün bir kısmı veya belirli bir payı kararlaştırılabilir⁶⁶¹. PPP projeleri kapsamında işletme hakkının devrinde özel sektör her zaman bir ödeme yapma borcu altında değildir. İşletme sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetlerin sonucu olarak ortaya çıkan bedel projenin finansmanı için bir araç olarak görünmektedir⁶⁶². Bu bedel sözleşmede belirlenen esaslar dairesinde bizzat kamu kesimi tarafından yahut yararlananların bizzat kendisi tarafından veya her ikisi birlikte karşılanabilir. Fakat bazı PPP projelerinde işletme hakkı bir bedel karşılığında da devredilebilir. Bu bedel TL olabileceği gibi yabancı para cinsinden de ödenebilir. Belirtelim ki, yabancı para birimi ile yapılan ödemeler döviz cinsinden olabileceği gibi ödeme tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz kuru baz alınarak yabancı paranın TL karşılığı da ödenebilir. Bu bedel, kiralamada da olduğu gibi, işletme hakkı sahibinin de faaliyetine ve elde ettiği gelire uygun olarak yıllık ödemeler halinde tahsil edilir. Ancak, ihale şartnamesinde belirtilmiş olmak kaydıyla sözleşmede bundan farklı bir ödeme şeklinin öngörülmesi de mümkündür.

Bedele ilişkin olarak, kullanıcılardan yapılacak tahsilatların kimin eli ile yapılacağı meselesi de gündeme gelebilmektedir. Bu anlamda, mevzuatta bir yasaklama bulunmadığı sürece proje işletmesinden elde edilecek gelirin doğrudan doğruya yüklenici tarafından tahsil edilmesi de sözleşme ile hüküm altına alınabilmelidir. Aksi halde, kamu kesimi tarafından yapılan tahsilattan yüklenicinin para talep etmesi yüklenicinin ödemelere ulaşamaması veya geç ulaşması sonucunu doğurmakta ve bunun sonucu olarak da projenin

⁶⁶¹ YAVUZ, a.g.e., s. 206.

⁶⁶² Aynı yönde, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 255.

nakit akışı bozulmaktadır. Oysa, yüklenicinin bu projeye girmesindeki sebeplerden birisi, hatta birincisi, nakit akışını sağlayarak finansal geridönüşüm mekanizmasını işletmektir.

3.2.3.5. PPP Projelerinde ve Özelleştirme Uygulamalarında İşletme Hakkının Devri

Kamu ile özel sektörün işbirliğine ilişkin mevzuatımızda “işletme hakkının devri” kavramı, 1910 tarihli imtiyazlar hakkında kanundan sonra, sistematik olarak ilk kez 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun’da geçmiştir. Ancak bu kanunda işletme hakkı sadece kamu iktisadi teşebbüslerine ait işletmeler için öngörülmüştür ve daha dar bir kapsamla tanımlanmıştır: işletme hakkı; kamu iktisadi teşebbüslerine ait müessese, bağlı ortaklık, işletme ve benzerlerinin belirli süre ve şartlar dahilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması hakkının devredilmesidir. 2983 sayılı Kanun sadece KİT’lere ilişkin özelleştirme düzenlemeleri getirmiştir. Daha sonra 3996 sayılı Kanun ile işletme hakkının devrine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Nihayet, 4046 sayılı Kanun’da da bu kavrama yer verilmiştir. 4046 Sayılı Kanun tüm özelleştirmeler hakkında yasal çerçeveyi çizdiği için doğal olarak işletme hakkının devri konusunda da daha kapsamlı bir tanım yapmıştır. Buna göre; “kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir.”

İşletme hakkı verilmesi yönteminin mantığı bir yargı kararında şöyle açıklamıştır:

“Kanun koyucunun, sermayesinin tamamı Devlete ait kuruluşlar tarafından tekel niteliğinde, kamu yararı gözetilerek yapılan, üretimi kamu hizmeti saydığı ve bu nedenle bu hizmetlerin kamu gözetiminde sürdürülmesi amacıyla bu yasa çerçevesinde mülkiyetlerinin devrine olanak tanımayarak, işletme haklarının devrine izin verdiği görülmektedir.

Bu itibarla, işletme hakkının devrinde, Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, kuruluşun, üretimini, yatırımını gözetken şartların, İdarece belirlenmesi, kuruluşun devamlılığını sağlamak yönünden bir zorunluluk ise de, mülkiyetin devri konu olduğunda, özelleştirilecek kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları göz önüne alınarak aynı nitelikte şartlar getirilmesine engel bulunmamakla beraber, mülkiyet hakkının tasarruf imkanını bünyesinde taşıması karşısında aynı zorunluluktan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki özelleştirilen bir kuruluşun hisselerinin blok satış yerine halka arz veya çalışanlara satış suretiyle yapıldığı durumlarda bu şartların belirlenmesine de olanak bulunmadığı kuşkusuzdur⁶⁶³.”

⁶⁶³ Danıştay 13.Daire, E: 2005/8007, K: 2006/1971, T: 26.04.2006.

Bazı durumlarda PPP ve Özelleştirme uygulamaları içice geçmek zorundadır ki, onlardan biri de işletme hakkının devrinin, satış yöntemiyle birlikte uygulanmasıdır. Tabii kaynak olması dolayısıyla mülkiyetin devri yollarından biriyle özelleştirilmesi mümkün olmayan kamu kuruluşlarının işletme hakkının tabii kaynak kapsamı dışında kalan malvarlıklarının (arsa, bina vs) satış yoluyla özelleştirilebileceği karar altına alınmıştır⁶⁶⁴.

Tabii kaynaklara ilişkin olarak özelleştirme yolu ile mülkiyet devri yapılması kamu düzenine aykırı olduğu için, somut olayda olduğu gibi işlemin iç içe geçmiş bir şekilde yarı özelleştirme, yarı PPP modeli şeklinde yapılması gerekmektedir. Tabii kaynaklara ilişkin kısmında PPP modeli uygulanacakken, “*doğrudan dağıtım faaliyeti içinde tanımlanmayacak olan duran varlıklar*” gibi diğer unsurlara yönelik olarak da Özelleştirme modeli uygulanabilecektir. Buna alternatif olarak da işletmenin bütün menkul ve gayrimenkul işletme tesisatı birlikte ve bütün olarak PPP yolu ile işletme hakkı devrine konu edilebilecektir. Ancak aynı bütünlüğün özelleştirmeye konu edilmesi Anayasaya aykırı bulunmaktadır. Burada özelleştirme ve işletme hakkı verilecek unsurların sözleşmede çok doğru şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Zira, işletme hakkı süresinin bitiminden itibaren özelleştirme yolu ile devralınan varlıklar yatırımcıda kalmasına rağmen, işletme hakkı devrine konu olan unsurlar kamuya iade edilecektir. İşte bu devir sonrasında kamunun işletmeciliğini engelleyecek veya zorlaştıracak unsurların da PPP kapsamına alınması, bu niteliği bulunmayan varlıkların özelleştirme kapsamına alınması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi dar anlamda özelleştirme kapsamında işletme hakkının verilmesi işleminin konusu sadece mevcut olan mal ve hizmetler ile kuruluşlar yönünden mümkündür. Oysa, PPP projelerinde ise hem mevcut hem de yeni ortaya koyulacak kurum ile mal ve hizmetlerin işletme hakkının devri söz konusu olabilir. Burada *özelleştirmenin tek yönlü olarak kamu kesimi elindeki mal ve hizmetlerin özel sektöre devri düşüncesi ile yapıldığı, PPP kapsamında ise kamu ile özel sektörün işbirliği ile mevcut yada yeni yatırımlar yapılarak ortaya çıkacak mal ve hizmetlerin işletme hakkını verilmesinin amaçlandığı hatırlatılmalıdır*. Bu fark özelleştirme uygulamaları kapsamında işletme hakkı devri ile PPP kapsamında işletme hakkı devrinin farklı olan yönünü oluşturmaktadır. Bu farkın yanında geniş anlamda özelleştirme kapsamında PPP uygulamaları ile özelleştirme birlikte yer almakta, iç içe geçmektedir. Ülkemizde mevcut özelleştirme uygulamaları yap-işlet-devret, yap-işlet gibi PPP modellerini de içermektedir. Örneğin Yasal mevzuatımızda limanların işletme hakkının devri 4046 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilmektedir. Adı geçen kanunun 15. maddesinin B bendine göre limanlar, “*Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi olan işletme haklarının*

⁶⁶⁴ Danıştay 1.Daire, E: 2004/444, K: 2004/409, T: 26.11.2004.

verilmesi veya kiralanması mülkiyetin devri dışındaki benzer diğer yöntemlerle özelleştirilebilir". Anılan Kanunun 37. maddenin A bendi uyarınca limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılması yasaklanmıştır. Bu yasal düzenlemelerden yola çıkarak ülkemizdeki önemli Limaların özelleştirilmesi gerçekleştirilmiştir. Bunlara örnek olarak Türkiye Denizcilik İşletmeleri A. Ş. Genel Müdürlüğü tarafından, Tekirdağ, Rize, Ordu, Sinop, Giresun ve Hopa limanlarının 1997 yılında; Antalya Limanının 1998'de; Marmaris Limanının 2001'de; Çeşme, Kuşadası, Trabzon limanlarının 2003 yılında işletme hakkının devri suretiyle özel sektöre devredilmesi gösterilebilir.

Bunların yanında, T. C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait Mersin Limanı 2007'de özelleştirme süreci tamamlanmıştır; İzmir ve Derince limanlarının özelleştirilmesi, İskenderun Limanının özelleştirilmesi örneklerinde de görüldüğü üzere limanlara ilişkin işlemler birer işletme hakkı devri yolu ile PPP uygulaması niteliğindedir. Hatta limanların bazılarında ÖİB, ek yatırım yapılarak tüm tesisi işletilmesini de sözleşme kapsamına almıştır. Böylece PPP kapsamında işletme hakkı devri ülkemiz uygulamalarında görülmektedir. Ayrıca, 5335 sayılı Kanun⁶⁶⁵ m.33 kapsamında T.C. Devlet Hava Meydanlarına ilişkin işletme hakkı devirleri düzenlenmiştir. Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMİ), işletiminde bulunan hava alanları ile işletme dönemlerinin sonundan itibaren Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırarak, işletimini özel sektöre verdiği terminalleri ve/veya hizmetin bütünlüğü yönünden gerek gördüğü diğer tesisleri; 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18 inci maddesinin (A) fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebilir hükmü getirilmiştir. İdareye işin özelliğine göre belirtilen yöntemler birlikte veya ayrı ayrı kullanabilme imkanı da tanınmıştır.

Bu madde kapsamında yapılacak uygulamalarda; yüklenicide aranacak kriterler de belirlenmiştir; yönetim, sorumluluk ve yetki üstlenebilecek işleticinin ve/veya kullanıcının temini, işletmede süreklilik ile uluslararası norm ve standartların sağlanması ve işletim ve/veya kullanım süresi boyunca işletmenin DHMİ tarafından denetlenmesi ilkeleri esas alınmıştır (m.33).

Ülkemizin en önemli varlıkları arasında yer alan elektrik üretim tesislerinin özelleştirilmesinde de PPP modelinin uygulanması zorunlu bulunmaktadır. EÜAŞ, özelleştirmeleri önümüzdeki dönemin en önemli PPP modeli ile özelleştirme uygulamalarını oluşturacaktır. Ancak, tesislerin bazı unsurları ve/veya bazılarının doğrudan özelleştirilmesi de mümkündür. Arz güvenliği ise bu sözleşmelerde ana unsur olacaktır.

⁶⁶⁵ Resmi Gazete, 27.04.2005, S. 25798.

3.2.3.6. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Kamu Kesiminin Borçları

İşletme hakkının devrinde özel sektör işletmeciliği yapmaktadır. Ancak, kamu kesimi de sözleşmeye uygun şekilde bazı yükümlülükler üstlenmektedir.

3.2.3.6.1. Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Şekilde Teslim Borcu

İşletme hakkının devrinde kamu kesiminin aynı adi kira sözleşmesinde olduğu gibi sözleşme konusunu kullanmaya ve işletmeye elverişli bir şekilde teslim borcu vardır⁶⁶⁶. PPP projeleri kapsamında mevcut “*tesislerin*” veya “*hakların*” işletme hakkı özel sektöre devrediliyorsa aynı hükümler paralelinde kullanmaya ve işletmeye elverişli bir şekilde teslim borcu var olacaktır. Aksi halde kamu kesiminin ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır⁶⁶⁷. Fakat PPP projeleri kapsamında her zaman işletilerek gelir elde edilecek tesislerin kamu tarafından teslimi söz konusu değildir; bu tesislerin bizzat özel sektör tarafından inşa edilmesi ve işletilmesi de söz konusudur. Eserin tamamının özel sektör tarafından yapıldığı, durumlarda tesislerin sözleşmeye uygun şekilde teslimi özel sektör tarafından sözleşmeye uygun şekilde kendisi tarafından inşası ile kendiliğinden yerine getirilmiş olacaktır⁶⁶⁸. Ancak, projenin ilave yatırım yap-tüm tesisi işlet(-ilave yatırıma) sahip ol veya rehabilite et-işlet(-devret) gibi kamunun da özel sektöre kullanmaya ve işletmeye elverişli teslim borcunun bulunduğu durumlarda, kamunun anılan borcu bulunmaktadır. Yoksa bütün PPP modellerinde kamunun kullanmaya ve işletmeye elverişli bir “*tesis*” teslim borcunun bulunmadığını iddia etmek PPP hukukunun gerekleri ile bağdaşır değildir. Fakat her halükarda sözleşmede işletme hakkının en iyi şekilde kullanılabilmesi için gerekli şartların temin edilmesi ve özel sektörün işletme hakkını engelleyecek davranışlardan kaçınması⁶⁶⁹ kamunun bir yükümlülüğü niteliğindedir.

⁶⁶⁶ TANDOĞAN, a.g.e., s. 109; YAVUZ, a.g.e., s. 207.

⁶⁶⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 208.

⁶⁶⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 259.

⁶⁶⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 260.

3.2.3.6.2. Sözleşme Süresince Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Durumda Bulundurma Borcu

Açıklanan teslim borcunda olduğu gibi kamu kesimi devrettiği işletme hakkını yahut işletme hakkının konusu olan tesisleri sözleşme süresince kullanmaya ve işletmeye elverişli durumda bulundurmalıdır. Bu borcunun yerine getirilmemesi halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğacaktır.

3.2.3.6.3. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

İşletme hakkının devrinde kamunun, sözleşme konusu unsurları sözleşmede belirlenen kullanmaya ve işletmeye elverişli şekilde teslim ve sözleşme süresince elverişli durumda bulundurma borcunun yerine getirilmemesi halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri cari olacaktır⁶⁷⁰. Bu konuda adi kira sözleşmesine ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. İşletme hakkının devri sözleşmesinde de aynı durum söz konusudur. Fakat hasılat kirasında adi kiradan farklı olarak, sözleşmenin konusu olan malın veya hakkın kullanımı ve işletimi ile elde edilecek hasılatın türü ve miktarına engel olacak şeyler de ayıp addedilir⁶⁷¹. İşletme hakkının PPP projeleri kapsamında devredilmesi halinde işletmeden elde edilecek kar ve zarar ve buna ilişkin riskler işletme hakkını devralan özel sektörün üzerindedir. Kamu kesimi yatırımın kendi kendini işletme hakkının verilmesi yoluyla tam olarak finanse edeceğini yahut kar edileceğini taahhüt etmemektedir. Bu riskler tamamen proje tarafı özel sektör kesimi üzerindedir. Fakat sözleşmenin kurulduğunda var olmayan bir engel işletme hakkından elde edilecek verimliliği azaltıyorsa ve bu azalma kamu kesiminin kusurundan kaynaklanıyorsa yine hasılatın türü ve miktarına engel olduğu için ayıp addedilecektir⁶⁷². Hasılat kirası sözleşmesine kiralanan şeyin özgülendiği işletmeyi yerine getirebilmesi için zaruri tamirat gerekmesi durumunda esaslı bir onarım söz konusudur ve bunun kiracı tarafından ihbarı halinde derhal masrafları kendine ait olmak üzere gerçekleştirmelidir.

3.2.3.6.4. Zapta Karşı Tekeffül Borcu

⁶⁷⁰ TANDOĞAN, a.g.e., s. 111.

⁶⁷¹ ALTAŞ, a.g.e., s. 104.

⁶⁷² Kiralananın işletilmesinin söz konusu olduğu bazı PPP projelerinde, özel sektörün bizzat kendisi tarafından eserin de meydana getirildiği durumlarda, kamu kesiminin meydana getirilen eserden dolayı ayıba karşı tekeffül borcu söz konusu olamayacaktır. Fakat bu durumda hasılat kirasına maddi eser konu olmamakla birlikte işletme hakkının kendisi kiralanan durumundadır. İşletme hakkını engelleyen koşullar, sözleşmenin konusuna bağlı ayıp kapsamındadır. Dolayısıyla kamu kesiminin bu durumda ayıba karşı tekeffül borcu asli edim olarak anlaşılmalıdır. Aksi yönde; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 260.

İşletme hakkının verilmesi sözleşmesine konu olan kiralananın kamu kesimi tarafından sözleşmede belirlenen kullanmaya ve işletmeye elverişli şekilde bulundurma borcunun uzantısı olarak, üçüncü kişinin sözleşme kurulduğu anda sahip olduğu veya sonradan kazandığı, özel sektörün sözleşmede belirlenen kullanma ve işletme hakkıyla bağdaşmayan bir hak iddia ettiği durumda kamu kesimi zapta karşı tekeffül borcu altında olacaktır.

3.2.3.6.4.1. Üçüncü Kişilerin Hakları Dolayısıyla Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Hasılat kirası sözleşmesinde kiralayanın zapta karşı tekeffül borcu adi kirayı düzenleyen hükümlere tabi tutulmuştur. Fakat kiralayan adi kiradan farklı olarak, kiralananın kullanması yanında işletilmesini engelleyecek hak iddialarına karşı da zapta karşı tekeffül borcu altındadır. Bu durumda aynı adi kira sözleşmelerinde olduğu gibi özel sektörün kullanma veya işletme hakkıyla bağdaşmayan bir hak iddia edildiği durumda kiralayan husumeti üstlenmeye ve kiracının sözleşme gereğince kiralananı kullanma hakkına hâlel gelmişse bundan doğan zararı tazmin etmeye mecburdur⁶⁷³. Bu borçların doğumu için özel sektörün durumu idareye BK m.256/3'e göre ihbar etmesi gereklidir; aksi takdirde doğan zarardan sorumlu olur⁶⁷⁴. Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması anında var olan hakkı aynı bir hak olabileceği gibi tapu siciline şerh edilmiş şahsi bir hak da olabilir⁶⁷⁵.

3.2.3.6.4.2. Sözleşme Konusunun Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Temlik

İşletme hakkının devri sözleşmesinin yapılmasından sonra kamunun kiralananı üçüncü kişiye temlik halinde veya kiralananın sözleşmeci idarenin elinden çıkması durumunda BK 276. maddesine göre kiracı, ancak kiralananın yeni malikinin kabulü şartıyla kiranın devamını ve kiralayandan akdi icra veya tazminat ita etmesini isteyebilir. Görüldüğü gibi kira yeni malikin kira sözleşmesinden sorumlu olmayı kabul etmesi şartına bağlanmıştır. Aksi halde kiracı, sadece sözleşme yaptığı kiralayandan sözleşmenin ifasını ve sözleşmeye aykırı hareket etmesinden doğan zararı tazmin etmesini isteyebilecektir⁶⁷⁶. Bunun yanında akit daha önce fesih edilebilir olmadığı müddetçe yeni malik kanunen zorunlu olan feshi ihbardan itibaren 6 aylık mehile uymak zorundadır. Feshi ihbarda bulunmadığı zaman akdi üzerine almış olacaktır (BK m.276). İşletme hakkının devri

⁶⁷³ ZEVKLİLER, a.g.e., s. 202.

⁶⁷⁴ TANDOĞAN, a.g.e., s. 125.

⁶⁷⁵ ARAL, a.g.e., s. 252.

⁶⁷⁶ YAVUZ, a.g.e., s. 210; ZEVKLİLER, a.g.e., s. 202.

sözleşmesi çerçevesinde kiralanan maddi şey veya hakkın kamu kesimince üçüncü kişiye devredilmesi halinde hasılat kirası hakkında cari olan hükümler uygulanacaktır⁶⁷⁷.

Bu hükümler karşısında özel sektörü yeni malik karşısında koruyan hükümlere yer verilmiştir. İşletme hakkının devrine konu olan proje üst hakkı tesisine müsait bulunduğu durumda üzerinde üst hakkı tesisi mümkün bulunmaktadır⁶⁷⁸. İşletme hakkı devri sözleşmesinin konusu bir gayrimenkul ise sözleşme adi kira hakkında cari olan BK hükümlerine göre tapu siciline şerh verilebilir. Bu durumda tapu siciline şerh BK m.255 hükmü uyarınca yeni malikleri veya şerhten sonra tesis edilen aynı hak sahiplerini kira sözleşmesine riayete mecbur eder. Kanaatimizce PPP sözleşmesi, kural olarak, BK'da düzenlenmiş bulunan isimli sözleşmelerin yapım, kira, hasılat kirası gibi unsurlarını içeren bir sözleşme olduğu için, PPP projelerinin BK'da belirtilen isimli sözleşmelere uyan işleyiş kuran hükümler ile kurulan kısımlarında anılan isimli sözleşmelerin hükümlerinin bahsettiği haklar ve borçların, sözleşmenin niteliğine ve taraf menfaatlerine uygunluğu nisbetinde, tabi olması gerekmektedir. Kaldı ki, PPP sözleşmesi, kural olarak, bir *sui generis* sözleşme değil, karma sözleşme niteliğinde bulunduğu⁶⁷⁹ hasılat kirası esası üzerine kurulu bulunan işletme hakkının devri unsurunu içeren PPP projelerinde hasılat kirası hükümlerinin de uygulanabilir olduğu⁶⁸⁰ ve bunun sonucu olarak da BK m.277 uyarınca tapuya şerh verilmesinin mümkün olduğu kanısındayız⁶⁸¹. PPP sözleşmesinin *sui generis* sözleşme olarak nitelendirilmesi halinde, bu sözleşmeye BK özel hükümlerin uygulanması mümkün bulunmayıp, sadece genel hükümlerin uygulanması sözkonusu olacaktır⁶⁸², dolayısıyla tapuya şerh edilmesi de mümkün bulunmayacaktır.

Miras yoluyla intikal veya şirketlerin veya işletmelerin birleşmesi, bir mamelek veya işletmenin alacak ve borçları ile temlik gibi külli halefiyet hallerinde, mirasçılar veya

⁶⁷⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 261-262.

⁶⁷⁸ Ayrıntıları için bkz, GÜRZUMAR Osman Berat, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı Kamu Mali Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil (Uygulamadan Sözleşme Örnekleri ile Birlikte), İstanbul 1998 (Üst Hakkı); PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 262.

⁶⁷⁹ Aynı yönde, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E: 98/4614, K: 98/5241, T: 09.06.1998, naklen, ZEVLİLER, a.g.e., s.42; Karşı yönde bkz, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 110 vd. Ayrıntılar için bakınız, yukarıda “3.1. PPP SÖZLEŞMELERİNİN KARMA SÖZLEŞME NİTELİĞİ” başlıklı kısım.

⁶⁸⁰ OKTAY ÖZDEMİR, a.g.m., s. 276.

⁶⁸¹ Karşı yönde, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 262.

⁶⁸² OKTAY ÖZDEMİR, a.g.m., s. 275-276.

diğer halefler, kiralananın mülkiyeti ile beraber kiralayanın hak ve borçlarını kendiliğinden üzerine alırlar⁶⁸³.

3.2.3.6.5. Vergi ve Mükellefiyetleri Ödeme Borcu

Hasılat kirasında kiralananana ait vergi ve mükellefiyetler kural olarak kiralayana aittir⁶⁸⁴. Bunun yanında kiralanan şeyin devamı için zaruri giderler, diğer bir anlatımla “esaslı giderler” de kiralayana; kiralanan şeyin normal kullanımının gerektirdiği masraflarsa kiracıya aittir⁶⁸⁵. Ancak Borçlar Kanununun emredici nitelikli olmayan bu hükmü sözleşmeyle değiştirilebilir. Esaslı masrafların sözleşmede kiracı tarafından ödeneceği kararlaştırılmış olması, onları kira ücretinin bir parçası haline getirmez ve bunların ödenmemesi yüzünden kiracının kira parasını ödemede temerrüdü nedeniyle fesih hakkı doğmaz, ancak genel hükümlere göre talebi mümkündür⁶⁸⁶. İşletme hakkının devri sözleşmelerine de aynı hükümler cari olacaktır⁶⁸⁷. Bunun yanında PPP projelerinde projeyi gereksiz vergi yükü altına sokmamak için vergi mevzuatında da PPP projelerinin vergilendirilmesine ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılmasında yarar vardır.

3.2.3.7. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde Özel Sektörün Borçları

İşletme hakkının devri sözleşmesi akdin her iki tarafına da borçlar yüklemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, işletme hakkını devralan özel sektör de birtakım yükümlülükler altına girmektedir.

3.2.3.7.1. İyi İşletme Borcu

İşletme hakkının devri sözleşmesi çerçevesinde işletici işletmeyi tahsis edildiği gayeye uygun olarak işletmekle ve özellikle hasılat verecek şekilde bulundurmakla mükelleftir⁶⁸⁸. Bu husus özellikle PPP projelerinde çok önemli bir durumdur. Zira, tesisin işletilmesi ile hizmetin sunulması PPP sözleşmesinin ana amaçlarından birisidir. Ayrıca

⁶⁸³ YAVUZ, a.g.e., s. 209; TANDOĞAN, a.g.e., s. 127; ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 205.

⁶⁸⁴ ARAL, a.g.e., s. 256.

⁶⁸⁵ ARAL, a.g.e., s. 256; TANDOĞAN, a.g.e., s. 140.

⁶⁸⁶ ZEVLİLİLER, a.g.e., s. 206.

⁶⁸⁷ Aynı yönde; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 264.

⁶⁸⁸ TANDOĞAN, a.g.e., s. 145; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 411; ERDOĞAN, a.g.e., s. 3; YAVUZ, a.g.e., s. 210.

işletmeci, idarenin rızası olmaksızın işletme süresinin bitimi sonrasında tesis üzerinde etkileri görülecek şekilde işletmenin tarzını değiştiremez⁶⁸⁹; fakat asıl amacı etkilemeyen işletme değişiklikleri tesise veya sunulacak hizmete ve idareye zarar vermediği müddetçe yapılabilir⁶⁹⁰. PPP projeleri kapsamında işletme hakkının devri sonucunda bir kamu hizmetinin sunulması veya kamuya ait bir varlığın işletilmesi sözkonusu olduğu için bu kurallar daha büyük önem arz etmektedir. Burada değinilmesi gereken nokta işletme hakkının devri sözleşmelerinde mal veya hizmetin iyi işletilmemesinden doğan zararlardan mesuliyet meselesidir. Anayasada 13.08.1999’da yapılan değişikliklerle idarenin yaptığı sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının çerçevesi çizilmiştir. Bu değişikliklere ilişkin 4446 sayılı kanunun 1. maddesi ile anayasanın devletleştirme ve özelleştirmeyi düzenleyen 47. maddesine eklenen son fıkrayla, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceğinin kanunla düzenleneceği esası benimsenmiştir. Yine anayasanın idarenin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğunu düzenleyen 125. maddeye eklenen 2. fıkra ile de; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükmü kabul edilmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde idarenin yaptığı tüm sözleşmelerin, idari sözleşme niteliğinde olsun veya olmasın, özel hukuk hükümlerine tabi olmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak kanaatimizce, idarenin, gerçek anlamda bir kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler sonucu bu hizmetlerin özel hukuk kişilerince görülmesi sırasında üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan idarenin sorumluluğu devam etmektedir⁶⁹¹. Zira ilgili faaliyet her ne kadar özel sektör tarafından görülüyorsa da aslolan, onun bir kamu hizmetinin ifası olduğu ve idarenin sadece bu hizmetin görülmesinde özel teşebbüsten destek almasının, yani, salt hizmetin ifasının devrinin, onun bu konudaki asıl sorumluluk sahibi taraf olduğu gerçeğini değiştirmedir. Bununla birlikte idarenin ilgili özel girişimciye rücu hakkı saklıdır. Ancak konusu kamu hizmeti olmayan faaliyetlerden doğan zararlardan özel kişi bizzat sorumlu olacaktır⁶⁹². Zira bu durumda özel bir mal veya hizmet sözkonusudur ve bu durumda da yapılan işlem PPP değil, özelleştirme işlemi olmak gerektir. PPP sözleşmeleri ile dar anlamda özelleştirmeyi ayıran ana unsurlardan birisi de bu noktadadır. Dar anlamda özelleştirmede ihale alıcısı özelleştirilen

⁶⁸⁹ YAVUZ, a.g.e., s. 210.

⁶⁹⁰ ALTAS, a.g.e., s. 114.

⁶⁹¹ Danıştay 8.Daire, E: 1985/211, K: 1985/313, T: 08.07.1987.

⁶⁹² Aynı yönde; YASİN, a.g.e., s. 141.

varlık ile ilgili her türlü sorumluluğu da üstlenmekte ve idarenin sorumluluğu kalkmaktadır. Ancak, PPP sözleşmelerinde mal veya hizmet özel kesim tarafından sunulmakla birlikte idarenin sorumluluğu halen devam etmektedir. Ancak, rücu yolu her zaman açıktır. Bu nedenle PPP sözleşmelerine kusur ve rücu konusunda açık hüküm koyulması gerekmektedir.

3.2.3.7.2. İşletme Konusunun İyi Bir Halde Muhafazası İçin Özen Gösterme Borcu

PPP projesi kapsamında sözleşmenin kamu tarafı özel sektöre işletme hakkı devri yapmışsa veya işletme konusu tesis özel sektör tarafından yapılmış ise bunların iyi bir halde muhafazası borcu doğar⁶⁹³. Söz konusu işletme faaliyeti sonucunda kamu hizmeti sunulduğundan bu yükümlülük ayrı bir öneme sahiptir. Tesisin devralındığı gündeki fiziki hizmet sunma kalitesinin altında olmayan bir kalitede hizmet sunması için gerekli özenin gösterilmesi ve gerekli giderlerinin yüklenici tarafından yapılması gerekmektedir.

Bu yükümlülük, tesisin devralındığı zamandaki halinin muhafazası amacına matuf bir yükümlülük durumundadır. Ancak, tesisin gelişen teknolojiye uyarlanması “İşletmenin Gerektirdiği Olağan Giderleri Yapma Borcu” kapsamında değerlendirilmesi gereken bir yükümlülüktür.

3.2.3.7.3. İşletmenin Gerektirdiği Olağan Giderleri Yapma Borcu

Hasılat kirası sözleşmesi gereğince kiracı ufak tefek tamirâtı yapmak, işletme konusunun yapısını muhafazasını yerel adete göre sağlamak ve eskilikten yahut kullanmaktan telef olan edevatın yerine başkasını koymakla mükelleftir⁶⁹⁴. Hasılat kiracısının ufak tefek onarımları yapma yükümlülüğü, hasılat kiracısının genellikle buna ehil olmasından dolayı daha geniş yorumlanır⁶⁹⁵. PPP projeleri kapsamında işletme hakkı ile beraber bunun gerektirdiği giderler de özel sektöre ait olacağından bu borç daha geniş yorumlanmalıdır.

İşletme hakkının devri sözleşmesinde, devralana verimliliği, kapasiteyi ve etkinliği artırmak amacıyla işletmeye belli sürelerle belli yatırımları yapması şart koşulabilir, işte bu durumda salt işletme hakkının devri olmaktan çıkıp karma bir sözleşme vasfına kavuşması gündeme gelmektedir ki, çoğunlukla da PPP projelerinde bu yöntem izlenmektedir. Ancak bu hususta, devam eden yatırımların tamamlanması yenilerinin nasıl ve ne sürelerde

⁶⁹³ TANDOĞAN, a.g.e., s. 149.

⁶⁹⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 210-211.

⁶⁹⁵ TANDOĞAN, a.g.e., s. 150; FEYZİOĞLU, a.g.e. s. 589.

yapılacağı sözleşmede ayrıntılarıyla kararlaştırılmalıdır. Bu hususun önemi, işletme kullanım hakkı süresinin sonunda ya da herhangi bir sebeple sözleşmenin feshedilmesi halinde işletmenin idareye iadesi halinde önem arz eder. Zira süre sonunda işletmeci, kural olarak, işletmeyi teslim aldığı tarihteki haliyle aynen veya ihale şartnamesi⁶⁹⁶ veya sözleşmede kararlaştırılan ve yapmayı taahhüt ettiği yatırımlarla birlikte iade etmek zorundadır.

PPP projelerinde bu yükümlülük kapsamında tesislerin değişen teknolojiye göre yenilenmesi yükümlülüğü de sözleşmeye eklenmelidir. PPP projelerinde yapılan sözleşmelerin 49 yıla kadar varan uzun süreli sözleşmeler olduğu da nazara alındığında bu kadar uzun süre tesisin ilk yatırım maliyeti ile yapılan teknolojiyle muhafaza edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte yükleniciye “gelişen teknolojiye göre tesisin her türlü yenilenmesinin yapılması”nın taahhüt ettirilmesi de belirsizin taahhüdü niteliğindedir. Ancak, gelişen teknolojiye uyum gösterilmesi de bir zorunluluktur. Örneğin, sağlık sektöründe yapılan bir PPP projesinde, bir süre sonra hastanenin 30 yıl önceki cihazlar ile hizmet veriyor durumda kalması makul olmayan bir hizmet sunumudur. Bununla birlikte, yüklenicinin de yarınlarda teknolojinin ne şekilde gelişeceğini ve ne kadar ilave yatırım gerektireceğini kestirmesi mümkün değildir. Yüklenicinin nakit akışını da projenin finansal geridönüşümünü sağlayacak şekilde planlayarak ihalede teklif verdiği gerçeği nazara alındığında; yükleniciye de ilave yatırımı zorunlu tutmak işin yapılabilirliği ve finansal fizibilitesi açısından imkansızdır. Ayrıca, özel sektörün işleterek gelirini saldıği bir işletmeye kamu kesiminin yatırım yaparak kendi yatırımının karını da özel sektörün işletme karına dahil etmesine imkan verecek bir yaklaşımdan da kaçınılması lazımdır. Kamu kesimi yeni yatırımları kendisi yaptığı takdirde özel sektör işletmecisinin tesisin tamamından veya kamunun yatırım yaptığı kısmından çıkartılması da projenin işleyebilirliğini imkansız

⁶⁹⁶ Bu hususta Danıştay’ın bazı kararlarında, idareyle yapılan sözleşmelerde yatırım koşulunun olmamasından dolayı özelleştirme işleminin iptal edildiği, bazı kararlarında ise yatırım koşulunun olmaması nedeniyle açılan iptal davalarını reddettiği görülmektedir. Bkz: **Danıştay 13.Daire**, E: 2005/7997, K: 2006/4380, T: 20.11.2006; TÜPRAŞ’ın %51 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle blok olarak özelleştirilmesine ilişkin ihale şartnamesinin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararına karşı yapılan itiraz üzerine, Tüpraş’ın faaliyetinin devamını sağlayacak üretim ve yatırıma ilişkin taahhütlerin ihale şartnamesinde yer almaması hukuka aykırı bulunarak dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Daha sonra yapılan yargılama sonucunda Danıştay 13. Dairesi tarafından, “...işletme hakkı devrinde, Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, kuruluşun, üretimini, yatırımını gözetken şartların İdarece belirlenmesi, kuruluşun devamlılığını sağlamak yönünden bir zorunluluk ise de, mülkiyetin devri konu olduğunda, özelleştirilecek kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları gözönüne alınarak aynı nitelikte şartlar getirilmesine engel bulunmamakla beraber, mülkiyet hakkının tasarruf imkanını bünyesinde taşıması karşısında aynı zorunluluktan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.” şeklindeki gerekçelerle ihale şartnamesinde ve satış sözleşmesinde üretim ve yatırım taahhütlerinin bulunup bulunmamasının İdarenin ihtiyarında olduğuna hükmedilerek, davanın reddine karar verilmiştir. **Danıştay 13.Daire**, E: 2005/8007, K:2006/1971, T:24.04.2006.

kılacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce, işletme bütçesi ve nakit akışları öngörüsü belirlenince, teklif ile birlikte yüklenicinin ne kadar yenileme, yeni yatırım yapma bütçesi ayırması gerektiğinin de ihale şartnamesinde, tekliflerde ve sözleşmede belirlenmesi lazımdır. Ancak, bu teklifin örneğin yıllık cironun % X'i oranında teknolojik gelişme, ilave yatırım, yenileme, geliştirme vs harcamalarına ayrılması şartname ve sözleşmeye eklenirken, bu harcamaların yıllara sari olarak bütçelenebilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Bu yolla, bir yıldan daha fazla sürede ödenmesi mümkün olan büyüklükte yatırımların yapılması da mümkün hale gelebilmelidir. Bu anlamda, bu fasıldaki ödeneğin biriktirilerek birkaç yıllık ödeneğin yatırıma dönüştürülmesine de imkan tanınmalıdır. Gerekirse kamu bütçesinden de yatırıma mali destek verilmesi değerlendirilmelidir⁶⁹⁷. İşleyişin bu yönü tam anlamı ile kamu ile özel sektör arasında bir “işbirliği” yapmayı gerektirmektedir. Kamu kesimi özel sektör işletmecisinin amaçlarına uygun davranırken, özel sektör yüklenicisi de kamunun hassasiyetlerine mümkün mertebe cevap verebilen işletme modeli sergilemelidir. Bir PPP projesinin başarısı da bu işbirliğinin gerçekleştirilebilmesinden geçmektedir.

3.2.3.7.4. İhbar Borcu

“Ayıba ve Zapta Karşı Tekeffülden Sorumluluğu Gerektiren Bir Halin Varlığı Durumunda İhbar Borcu” olarak da anılan bu borç kapsamında, hasılat kirası sözleşmesi çerçevesinde kiracı tamirata lüzum olduğu vakit yahut üçüncü bir kişi üstün bir hak iddia ettiği takdirde derhal durumu kiralayana ihbar etmekle yükümlüdür⁶⁹⁸. İhtar etmezse zarardan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde PPP projesi kapsamında işletme hakkının devri söz konusu olduğunda özel sektör bu durumlarda kamu kesimine ihbar sorumluluğunu taşır. Aksi halde doğacak zararlardan yüklenici sorumlu olacaktır. Buna ilave olarak, kamu hizmetinin aksaması da söz konusu olacaktır.

3.2.3.7.5. İşletme Hakkının Başkasına Devri

İşletme hakkının devri sözleşmesi kapsamında işletme hakkının başkasına devri açısından bakıldığında hasılat kirası sözleşmelerinde işletmenin oturulabilir mahallerin adi kiraya tabi olarak kiraya verilmesi dışında kiracı kiralayanın muvafakati olmaksızın kiralananı başkasına devredemez⁶⁹⁹. Kamuya ait işi özel sektörün alıp, yaptıktan sonra

⁶⁹⁷ Kamunun ita amirinin sorumluluğunun da doğmaması için; bu durumda yenileme işlemlerine Kamu İhale Kanunu ve/veya PPP Hukuku ihale usullerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu her bir somut olaya göre değerlendirilmelidir.

⁶⁹⁸ YAVUZ, a.g.e., s. 211.

⁶⁹⁹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 160.

işletmeyip başka firmaya işletmesini devri konusunda ana sözleşmede buna izin varsa, işletmesini başkasına devredebilir, yoksa veremez⁷⁰⁰. Bu tür uygulamalar, ihalesiz devir anlamına geleceği için, kanunda açık bir düzenleme olmaksızın, PPP Hukuku'nun ruhuna aykırıdır. Yani bir devir yasağı söz konusudur⁷⁰¹. Bununla birlikte projenin selameti için step-in right (yerine geçme hakkı) da düzenlenmelidir. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi işletme hakkının devri sözleşmeleri genellikle uzun süreçleri içerir. Bunun sonucu olarak da bu süreçte sektördeki değişiklikler, işletmecinin mali durumundaki bozulmalar işletmenin kısmen ya da tamamen üçüncü kişilere devrini zorunlu kılabilir. Bu nedenle, kiralamada da olduğu gibi kural olarak, işletme hakkının verilmesinde de işletmeci işletmeyi kısmen ya da tamamen üçüncü kişilere devredebilmelidir⁷⁰² görüşü bulunmakla birlikte, bu devre izin verilse bile, devrin her halükarda idarenin onayına tabi tutulması, PPP ihale sürecine katılması mümkün bulunmayan bir alıcıya devir yapılmaması gereklidir. Bununla birlikte, taraflar sözleşme ile bu hakkın kapsamını açıkça belirlemelidir. Sözleşme devir yapılmasına izin vermeyebileceği gibi devir yapılmasını şarta bağlayabilir veya devir yapılmasını daraltabilir. Ayrıca, proje kapsamında devredilmesi gerekli olan ve mutaden bu tür projelerde devri de yapılan bazı unsurlar varsa idarenin de bu unsurlara yönelik olarak devre izin vermesi gerekmektedir. Örneğin, bir hava alanı projesinde yüklenici hava alanını işletirken hava alanındaki free shop ve sair ticari alanların veya bir hastane projesinde hastaneyi işletirken hastane bünyesindeki kantin, kafeterya ve sair ticari alanların devredilememesi sonucunu doğuran yorumlardan kaçınılmalıdır. Projenin gereklilikleri ve projenin nakit akım öngörülerinin sağlıklı işlemesine mani olacak yorumlardan kaçınılmalı, hatta tam tersine, kamu tarafı özel sektör ile işbirliği yaparak projenin verimliliğini sağlamalıdır. Özel sektör tarafı da kamu ile işbirliği içinde güvenlik ve ihale yeterliliği gibi kriterleri nazara alarak, idare açısından kabulü mümkün olmayacak yollara gitmekten uzak durmalıdır.

Devir konusunda işletmenin devrine ilişkin yukarıdaki açıklamaların yanında, işletmeci şirketin hisselerinin devri ve/veya hisselerinin halka arzı konusu da bir tür işletmenin kontrol ve yönetim hak ve yetkilerinin devri anlamına gelmektedir. Bu durumda, yüklenici değişmemekte ve fakat yüklenici tüzel kişinin yönetim haklarını temsil eden payları el değiştirmektedir. Prensip olarak, halka arzı teşvik edilmesi ve halka arz yapan yüklenicinin daha kurumsal bir yapıya dönüşeceği de nazara alınarak halka arz teşvik edilmelidir. Bunun dışındaki gerçek/tüzel kişilere yapılacak hisse devirlerinde ise idarenin onayının yine aranması ancak, idare bu gibi durumlarda gerçekten devredilmesine mani bur

⁷⁰⁰ PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.05.2008.

⁷⁰¹ YAVUZ, a.g.e., s. 211.

⁷⁰² BAYTAN, a.g.e., s. 326.

durum bulunmadığı sürece devre izin vermelidir. Özellikle devredenin yeni ortak ile finansal, teknik, stratejik vs açılardan daha da güçleneceği durumlarda idare mümkün olduğunca meseleye olumlu yaklaşmalıdır.

3.2.3.7.6. İşletme Hakkını Devralmanın ve Kullanmanın Bedeli

Bu konuya ilişkin açıklamalar ‘3.2.3.4.2.Kullanma ve İşletme Karşılığı Ödenen Bedel’ başlığı altında yukarıda yapılmıştır.

3.2.3.7.7. İşletmenin Geri Verilmesi Borcu

Hasılat kirası sözleşmesi kapsamında sözleşme sonunda kiracı kiralananı kira sözleşmesinin sona ermesi durumunda kiralananın defterinde yer alan bütün eşya ile beraber bulundukları hal üzere kiralayana teslim etmekle mükelleftir⁷⁰³. İşletme hakkının devri sözleşmesinin bağlı bulunduğu PPP projesinin dayandığı sözleşmede devir öngörülüyorsa devir yükümlülüğü özel sektörün üzerindedir. Devrin içeriği sözleşmeye dercedilmelidir. Yap-işlet gibi PPP projelerinde devir söz konusu olmayacaktır.

3.2.3.8. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinin Sona Ermesi

Hasılat kirası sözleşmesi belirli süreli sözleşmelerde sürenin hitamı, belirsiz süreli sözleşmelerde feshi bildirme halinde ve yukarıda tek tek değindiğimiz borçların yerine getirilmemesi veya tarafların anlaşması halinde sona erdirilebilir⁷⁰⁴. Bilindiği gibi PPP projeleri kapsamında işletme hakkı devri sözleşmeleri süresiz olarak yapılmamaktadır. Dolayısıyla belirlenen süre sonunda sözleşme sona erecektir. Ayrıca yukarıda belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin sona ermesi söz konusu olabilir.

Devir sonunda tahliye işlemleri de yukarıda kira ile ilgili yaptığımız açıklamalardaki esaslara tabi olacaktır.

3.2.4. ORTAKLIK

PPP yapısı içinde SPV’nin kompozisyonuna göre PPP’nin de niteliği farklı adlarla anılmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme sonrasında oluşturulan SPV modeli içinde sözleşmecii idarenin de temsilcisinin bulunması halinde, ortada bir kurumsal PPP modelinin varlığından,

⁷⁰³ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 595; YAVUZ, a.g.e., s. 214.

⁷⁰⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 215.

SPV içinde sözleşmecı idare bulunmayıp da sadece özel hukuk tarafları ile bir sözleşme yapılmakta ise bu durumda ortada bir akdi PPP modelinin varlığından söz edilmektedir.

3.2.4.1. Akdi PPP - Kurumsal PPP

Proje yapılarına göre akdi ve kurumsal PPP belirlemesi yapılmaktadır. Akdi PPP’lerde, kamu ile özel sektör arasındaki işbirliği (ortaklık) tamamen **akdi temellere** dayanır⁷⁰⁵. Tarafların bir araya gelmesini sağlayan bağ sadece bir sözleşmeden ibarettir. Avrupa Birliği’nde çoğu zaman projenin içeriğinin özel sektör ortağı tarafından oluşturulduğu “*imtiyaz*” verilmesi yoluyla yapılan PPP uygulamaları ve “*kamu eser*” ve “*kamu hizmet*” sözleşmeleri “*saf akdi*” ortaklıklar olarak adlandırılmıştır⁷⁰⁶. Bu şekilde oluşturulan PPP projelerinde imtiyazların ve kamu sözleşmelerinin ihalesi için sözleşmenin her maddesinin tartışılması olanağını sağlayacağı düşünülen, diğer ihale yöntemlerinden daha esnek yapıya sahip rekabetçi diyalog ihale usulü düzenlenmiştir⁷⁰⁷. Ancak, diğer yöntemlerin de kullanılmasına mani bir durum bulunmamaktadır. Kamu ve özel sektör kesimi arasında kurulan geleceğe yönelik işbirliği karmaşık yapıli sözleşmeye dayandığından PPP uygulamasının başarısı akdi çerçevenin geniş çaplı olmasına ve içereceği öğelerin en iyi şekilde belirlenmesine bağlıdır⁷⁰⁸. Esasen PPP Hukuku çok büyük ölçüde akitler teorisi içine oturmakta ve projenin başarısı da projenin hukuk danışmanının başarısına bağlı olmaktadır. Hukuku ticari yaşamın gerekleri ve kamunun talepleri ile birleştirebilecek ustalıkta yorumlaması, “niçin olmaz”ı değil, “nasıl olur”u başarı ile bulabilmesi ve PPP Sözleşmeleri konusundaki uzmanlığını sözleşmeye yansıtabilmesine bağlı olmaktadır. Uzun süreçli akdi PPP’lerde bu husus nisbeten daha fazla önem taşıyacaktır.

⁷⁰⁵ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 20; **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

⁷⁰⁶ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 21 vd.

⁷⁰⁷ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 26; **HALL Matthew**, EU Procurement, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006, s. 164.

⁷⁰⁸ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 45.

Kurumsal PPP’lerde ise, kamu ve özel sektör arasındaki işbirliğinin *ayrı bir tüzel kişilik* altında gerçekleşmesi⁷⁰⁹ sözkonusudur⁷¹⁰. Tarafları bir araya getiren “*affectio societatis*” bir PPP projesinin gerçekleştirilmesidir. Kurumsal PPP, özel kuruluş ile kamu kuruluşu arasındaki işbirliğinin karışık sermayeli bir tüzel kişilikte görünümüdür⁷¹¹. Kamu kesimi ile özel sektör belirtilen “*affectio societatis*” çerçevesinde bir araya gelerek projeyi gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Komisyonun nakit akışının kaynağına göre (imtiyazda son kullanıcı ve hibrit ve PFI türü modellerde hükümet) ayırtırdığı akdi PPP’ler daha çok imtiyaz ve PFI-türü modellerde geçerli iken, kurumsal PPP’ler taraflarca kurulmuş ayrı bir hukuki yapıdır⁷¹². Bu yapının işleyişinde de ortaklarından bağımsız ve fakat ortakları ile yürüyen bir işbirliği olma özelliği bulunmaktadır.

PPP Hukuku’nun en önemli konularından bir tanesi de Special Purpose Vehicle (SPV)⁷¹³ olarak anılan ve tam çevirisinde Özel Amaçlı Araç olarak çevirilebilecek olan ve uygulamada Özel Amaçlı Kurum, Özel Amaçlı Şirket, Görevli Şirket gibi çok değişik adlarla anılan fakat Proje Şirketi olarak da adlandırılması mümkün bulunan projeyi gerçekleştirmek için kurulan şirketi ifade etmektedir. Biz bu ifadelerden “*Proje Şirketi*” ifadesinin amaca uygun olduğu kanısındayız⁷¹⁴. Uygulamada, bu şirket bir sermaye şirketi olarak faaliyette bulunsun bile başta bir adi şirket olarak faaliyete başladığı için Joint Venture (JV) olarak da anıldığı olmaktadır. Gerçekte SPV yapısı gelişmiş hukuki sistemlerde tüzel kişiliği olmayan ve esnekliğe sahip bir JV görünümündedir⁷¹⁵. Bununla birlikte Türk Hukuk terminolojisinde JV yapısının bir adi şirketi ifade etmesi nedeniyle JV olarak

⁷⁰⁹ Üye Devletler bu bağlamda farklı terminolojiler ve sınıflandırmalar kullanmaktadır (örneğin, Kooperationsmodell, joint PPPs, Joint Ventures), Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 53.

⁷¹⁰ **BUTTON**, a.g.e., s. 3; Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 20.

⁷¹¹ Commission of the European Communities, Commission Interpretative Communication, on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), Brussels, 05.02.2008, C(2007)6661, s. 2.

⁷¹² **BUTTON**, a.g.e., s. 3.

⁷¹³ **Special Purpose Vehicle (Özel Amaçlı Kurum)**: Özel bir amacı gerçekleştirmek için kurulan bir şirket.

⁷¹⁴ Aynı terim için bkz.; **HICKMAN David**, PFI and Construction Contracts, Oxford 2000, s. 2-3; **FOX / TOTT**, a.g.e., s. 106; **ATHANAKIS Dimitrios**, Effective Dispute Regimes For Large Infrastructure Projects In Greece, 3rd Hellenic Observatory PhD Symposium Paper, LSE, 14 & 15 June 2007, s. 3; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 74.

⁷¹⁵ **ATHANAKIS**, a.g.m., s. 3.

başlayan ilişkilerin daha sonra sermaye şirketine dönüşmesi durumunda hala JV olarak anılmasının doğru olmayacağı bu nedenle de bu şirketin kavramı en iyi ifade eden şekli ile “*Proje Şirketi*” olarak ifade edilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

AB uygulamasında PPP ile ilgili en önemli topluluk metni olan Yeşil Kitapta ortaklar arasındaki ilişkinin sadece bir akdi niteliğinin bulunduğu PPP uygulamaları ile ortaklar arasındaki işbirliğinin farklı bir tüzel kişilik ile yürütüldüğü kurumsal PPP’ler arasındaki ayrıma işaret edilmiştir⁷¹⁶. Akdi PPP’de, farklı katılımcılar arasındaki ilişkinin sadece bir akdi ilişkiye dayanmakla sınırlı olması sözkonusudur. Akdi PPP’de bir veya birden fazla, az veya çok kapsamlı görevler yükleniciye devredilerek, bunlar arasında tasarım, finansman, uygulama, yenileme, bir işin işletilmesi ve bir hizmetin sağlanması gibi hususlar sözkonusudur. Bu bağlamda en tanınmış modellerden biri olan “İmtiyaz Modeli”nin⁷¹⁷ karakteristik özelliklerinden biri, yüklenici ile son kullanıcı arasında doğrudan bağlantı olmasıdır. Yüklenici, kamuya, kamu sektörünün yerine fakat onun gözetimi altında bir hizmet sağlamaktadır. Bir diğer özellik ise hizmet alanların verdiği ücretler ve gerektiğinde kamu otoritesinin yaptığı ek ödemeler ile yükleniciye sağlanan mükâfat metodudur⁷¹⁸.

Kurumsal PPP’de, idare ile yüklenicinin birlikte yeni bir tüzel kişilik kurmasını ifade eden⁷¹⁹ bu ortaklığın amacı, yapım unsuru olması halinde bunu da içerecek şekilde, bir kamu hizmetinin sunulmasının sağlanmasıdır. İdareler kamu hizmetlerinin yönetilmesi için bu tür yapılara başvurmaktadır. Kurumsal PPP’nin kurulması kamu ve özel sektörün birlikte işletilecek yeni bir ekonomik varlığı kurması şeklinde olabileceği gibi var olan bir kamu iktisadi kuruluşunun özel sektöre devri ile de mümkün olabilir⁷²⁰. Bu durumlarda PPP ve

⁷¹⁶ HALL, a.g.e., s. 160.

⁷¹⁷ Ulusal hukukta yapılan açıklamaların Topluluk hukukunun kamu sözleşmelerine ve imtiyazlarına ilişkin uygulamalarında değişiklik meydana getirmediği dikkate alınmalıdır.

⁷¹⁸ Komisyon, Yeşil Kitap istişaresi sonucunda kurumsal PPP’ler konusunda açıklama getirilmesi ihtiyacına yönelik 5 Şubat 2008 tarihinde kurumsal PPP’lere uygulanan Kamu Alım ve İmtiyazlar hakkındaki Topluluk Hukukuna ilişkin bir Yorumlayıcı Tebliğ yayımlamıştır. AB komisyonu, Kurumsal PPP’lere uygulanan Kamu Alım ve İmtiyazlar hakkındaki Topluluk Hukukuna ilişkin Yorumlayıcı Tebliğ, 05.02.2008, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf, erişim: 10.08.2009.

⁷¹⁹ Üye Devletler bu bağlamda farklı terminolojiler ve sınıflandırmalar kullanmaktadır (örneğin, Kooperationsmodell, joint PPPs, Joint Ventures).

⁷²⁰ Commission of the European Communities, 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, Brussels,

özelleştirmenin yine iç içe geçmesi sözkonusu olmaktadır. Ülkemizde görülen özelleştirmelerin bir kısmının PPP modeli olmasının da bu şekilde açıklanması mümkündür. PPP projelerini yürütmek amacıyla yeni bir ad-hoc işletmenin kurulması durumunda, yapılacak düzenlemelere göre varlık, ihalenin gerçekleşmesi ile birlikte veya ihale aşamasından sonra gerçekleşen sözleşme ile tüzel kişilik kazanabilir⁷²¹.

Bir konsorsiyum içerisindeki, idare (kamu ortağı) ile yüklenici (özel ortak) arasındaki işbirliği sayesinde idareye, yükleniciye desteğiyle birlikte söz konusu hizmet üzerinde kendi deneyimlerini geliştirmesine imkân sağlanmaktadır⁷²². Bu yolla özel sektörün iş deneyimi ve, bilgisi, tecrübesi ve verimliliği kamu ortağı ile de paylaşılmaktadır. Ayrıca tüzel kişilik çerçevesinde kamu ortağının hissedar olarak yer alması PPP sürecinin işleyişinde idareye daha güçlü kontrol sağlamakta ve zaman içinde gelişecek PPP uygulamasındaki değişen koşullara uyum sağlamasına imkan vermektedir⁷²³. Bu yolla kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve yüksek kalitede sunulması ile bunun sonucunda oluşan maliyet avantajları sayesinde kamu işle özel sektörün işbirliği her iki taraf için de fayda sağlayan bir birlikteliğe dönüşmektedir.

Tipik olarak PPP düzenlemesi bir SPV kurulmasını gerektirir ve en az aşağıdaki maddeleri içeren anlaşmaların görüşülüp yapılması gerekir⁷²⁴; (1) Sözleşmeyi yapan idare ile taraf olan arasında proje/imtiyaz anlaşması, (2) Hissedarlar anlaşması, (3) Yapım ve/veya işletme anlaşması, (4) Finansörlerle anlaşmalar (finansör, ilgili sözleşme tarafları ve idare ile yapılan ücret anlaşması, güvenlik önlemleri ve dolaysız anlaşmalar).

Kurumsal PPP'leri gerçekleştirmek için kurulan yeni oluşumlara "Special Purpose Vehicle" "SPV" denmektedir. İdarenin her zaman SPV içinde yer alması zorunlu değildir. Ancak, *akdi PPP ile kurumsal PPP modelini birbirinden ayıran ana unsur SPV içinde idarenin yer alıp almamasıdır*. İdarenin de, SPV yapısı içinde yer aldığı kurumsal PPP yapısının amacına ulaşabilmesi için, amacı bir kamu projesini gerçekleştirmek olan SPV'de faaliyetlerin yerine getirilmesi genellikle başka katılımcıların projeye dahil olmasını

15.11.2005 COM(2005) 569 final, Başlık 4.2, s. 10; **AVERY Nicholas**, Introduction, Public-Private Partnerships: A Practical Analysis, London 2006, s. 7.

⁷²¹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 60.

⁷²² Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 54.

⁷²³ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 54.

⁷²⁴ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 45.

gerektirmektedir. Zira, proje çok farklı gruplardan çok farklı mal/hizmet temininin sağlanması ile gerçekleştirilebilmektedir. Projeye dahil olacak diğer bazı katılımcılar şunlardır; (1) Sözleşmenin idare tarafı (her türlü kamu kurum ve kuruluşu), (2) Özsermaye yatırımcısı olarak bir SPV kurarak bunun üzerinden idare ve ana yükleniciler ile sözleşme yapan yatırımcılar, (3) Finansörler, (4) Alt yükleniciler, (5) Hukuk, finans ve teknik danışmanlar, (6) Sigortacılar, derecelendirme kuruluşları, aracı kurumlar vs⁷²⁵.

Yukarıda ana yapısı itibarıyla bir projenin önemli operatörleri verilmiştir. Bu operatörlerin projeden projeye başka unsurların eklenmesi ve/veya bazı unsurların çıkartılması, birleştirilmesi gibi bir modelle işletilmesi mümkündür. Burada önemli olan SPV yapısının projenin gerçekleşmesini sağlamaya yeterli olması ve esnek yapılanma imkanının bulunduğu vurgulanmasıdır. SPV, kısaca idare ile yüklenici arasındaki sözleşmede tanımlanan PPP projesini yüklenmek ve yürütmek amacıyla kurulan ayrı bir hukuki varlığı, genelde bir şirketi, ifade etmektedir. Dolayısıyla, SPV kurulması PPP'lerin olmazsa olmaz unsuru niteliğinde değildir. İhale yüklenicisi firma kendisi de tek başına projeyi gerçekleştirebilir. Bu durumda diğer sponsorlar projeye finansman dışında başka şekillerde katılabilirler (örneğin, yapım müteahhidi olarak katılıp bu şekilde kar elde edebilirler)⁷²⁶. SPV belirli bir amaca tahsislidir, bu *amaç da idare ve SPV arasında akdedilen sözleşmede belirlenen faaliyeti üstlenmektir*. SPV'nin konusunu oluşturan faaliyetlerin yerine getirilmesi genellikle projeye başka katılımcıların da dahil olmasını gerektirdiği için SPV bu amaçla başka kuruluşlarla taşeronluk sözleşmeleri de yapmaktadır. SPV'ler PPP'lerde şu amaçla kullanılmaktadır; (1) SPV'nin sınırlı sorumlu yapısından dolayı projeye yatırımda bulunan yatırımcılara rücu edilememesi⁷²⁷, (2) Yatırımcıların hiçbirinin SPV'nin %50'sinden fazlasına sahip olmaması ve grup hesaplarının hazırlanmasında normal konsolidasyon prensiplerinin uygulanması nedeniyle proje malvarlıklarının ve sorumluluklarının yüklenicinin bilançosunda görünmemesi, (3) Projeyi kredilendirenlerin menfaati için yüklenicilerin herhangi birinin iflası ihtimaline karşı projenin korunmaya alınması⁷²⁸.

SPV'nin yukarıdaki üç özelliğinden birinci ve üçüncü özelliği ancak sermaye şirketlerinde mümkün olabilecektir. Bu nedenle, idarelerin SPV kalkanından yararlanmak istemesi durumunda ihale alıcısına yeni bir şirket kurmayı şart koşması gerekmektedir.

⁷²⁵ GRIMSEY Darrin / LEWIS K. Meryn, Public Private Partnerships, UK 2004, s. 108.

⁷²⁶ VINTER, a.g.e., s. 57.

⁷²⁷ Adi ortaklık olarak faaliyete başlanılıp bu şekilde devam edilmesi halinde, adi şirkette ortakların ortaklık borçlarından şahsen de sorumlu olmaları nedeniyle, belirtilen amacın gerçekleşmesi zorlaşmaktadır.

⁷²⁸ GRIMSEY/LEWIS, age, s. 109.

Uygulama da bir JV ile ihaleye katılıp sonra bu JV'yi bir sermaye şirketine dönüştürmek şeklinde işlemektedir. Bu durumda idare ile sözleşme yapan SPV bir sermaye şirketi olacağı için bu şirketin sorumluluğuna gidilmesi halinde şirket ortaklarının sorumluluğuna gidilemeyeceğinden, idare ayrı bir sözleşme ile ihaleye katılan firmaların şahsi teminatını da isteyebilecektir.

Proje şirketi, aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, adi ortaklık (Joint Venture – Konsorsiyum), şahıs şirketi, kolektif şirket, komandit şirket, limited şirket veya anonim ortaklık şeklinde kurulabilir. Ancak, İngiliz hukukunda SPV (Birleşik Krallıkta normalde hisse veya teminatla sınırlandırılmış şirkettir) sözleşmenin taraflarına sınırlı sorumluluk getirmesi amacıyla kullanılmaktadır⁷²⁹. Kooperatiflerde kar amacı bulunmadığı için, kural olarak, SPV olarak faaliyette bulunamayacağı kanısındayız. Ancak, kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya gelir paylaşımı modeli üzerine kurulu konut yapı kooperatifi kurulmasına gerek PPP Hukuku ve gerekse de Kooperatif Hukuku açısından bir engel bulunmadığından bu tür durumlarda Kooperatiflerin de modele uyabileceği kanısındayız.

Şirket türü, ulusal hukukun düzenleyici yapısına göre seçilecektir. Örnek olarak, bazı ülkelerde lisans veya imtiyaz sahibi şirket o ülkede kurulmuş olmalıdır. Diğer ülkelerde ise, stratejik öneme haiz endüstrilerde yabancıların sermaye ve varlık sahibi olmaları için ağır koşullar öngörülebilir⁷³⁰. Proje şirketi, proje için finansmanı sağlayacak ve dolayısıyla borçlanacak taraf olmaktadır. Aynı şekilde, imtiyaz ve lisans sahibi de aynı şirket olacak ve proje ile ilgili belgeleri düzenleyen taraf olacaktır. Proje şirketi tüzel kişiliğe sahip bir şirket ise, kredi verenler yeni şirketin projenin yürütüleceği yerde kurulmasını talep etmektedirler ve proje harici başka faaliyetleri üstlenmeyeceğine dair taahhütte bulunmasını istemektedirler⁷³¹. Şirketin faaliyet konusunun proje ile sınırlı olmasını sağlamak için sözleşmeye gerekli şartların koyulması da sözkonusu olacaktır.

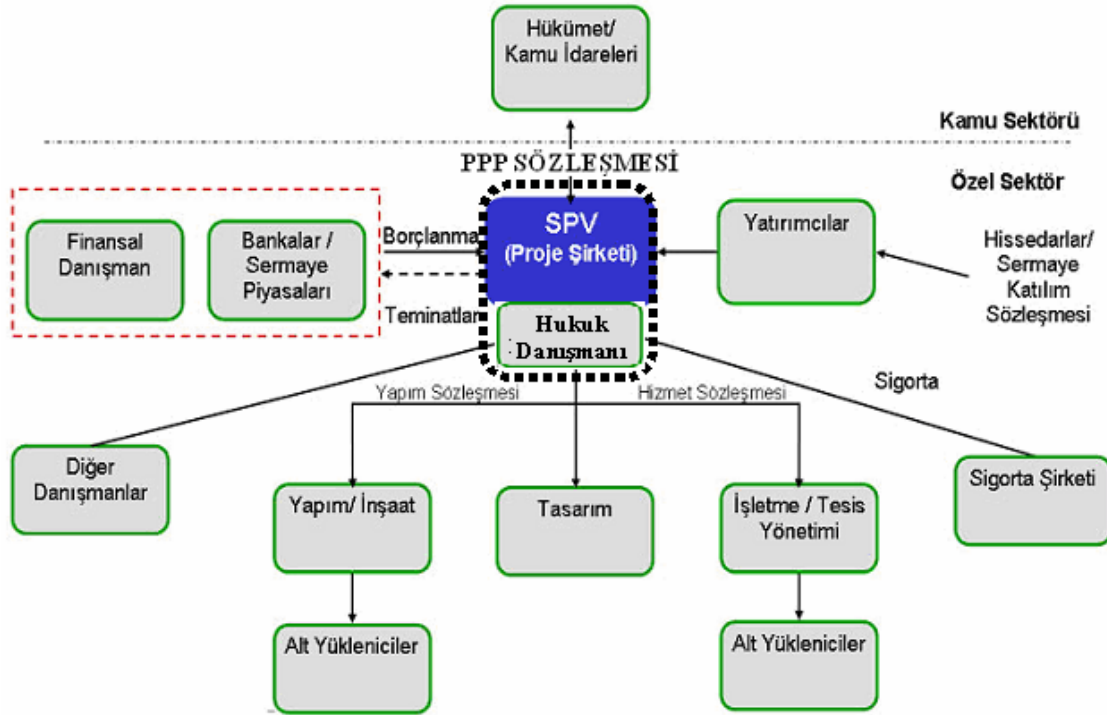
Oluşturulacak SPV ve proje içi ilişkilerin genel yapısının gösterildiği aşağıdaki şemada; finansal danışmanın yönetiminde projeye dahil finansörler, çoğu zaman banka aracılığıyla oluşturulmuş sendikasyon kredisi grubu şeklindeki bir işleyiş ile sermaye yatırımcıları ve sponsorlar ise projenin geleceğine yatırımda bulunanlar ve böylelikle hem proje risklerini alanlar durumundadır, tasarım ve/veya yapım ve/veya hizmet müteahhitleri sözleşme konusunun fiilen yapılabilirliğini işletme unsuru varsa bu unsurun

⁷²⁹ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 24.

⁷³⁰ Bu bağlamda, proje şirketinin Türk hukukuna tabi olmasının şart olup olmadığı DPT'nin taslaklarında farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. İlk taslakta “Türk Hukukuna göre kurulmuş şirket” iadesi varken ikincisinde kaldırılmıştır.

⁷³¹ **SAPTE Wilde**, A Guide To Project Finance, London 2004, s. 9 (Guide).

çalıştırılabilmesini temin edenler durumundadır, sigorta şirketleri ve diğer danışmanlar sürecin sigorta ve danışmanlık kısmı yürütmektedir. Ancak, bütün bu süreçteki ilişkilerin çok ciddi sözleşmeler ile yürütüldüğü gerçeği de nazara alındığında SPV yapısı içindeki en önemli operatörün bu projenin hukuk danışmanlığında olduğu görülmektedir. Hukuk danışmanının yapacağı bir hatalı sözleşme bütün sistemin çökmesine neden olabilecektir. PPP projelerinde danışman maliyeti salt gider olarak addedilmemeli, proje çıktılarına pozitif yatırım olarak kabul edilmelidir⁷³². Projenin her aşamasında danışmanlık hizmetlerinden yararlanılmalıdır.



Yukarıdaki⁷³³ SPV modeli uygulanabilecek alternatif modellerden sadece biridir, projede birden fazla sponsorun bulunması halinde projenin gerçekleştirilebilmesi ve finanse

⁷³² **DARCY Martin**, Kamu Özel Ortaklıkları (KÖO) Planlama ve Yönetimi, Kamu Yatırım Çalıştayı, İstanbul, 29 Şubat 2008, Slayt 15.

⁷³³ **JOHNSON Robert**, Relationship between a financier and Special Purpose Vehicle, [http://www.eu.gov.hk/textonly/sc_chi/psi/psi_course/files/3%20Relation_financier%20SPV\(R%20Johnson\)%20Std%20Chartered.ppt](http://www.eu.gov.hk/textonly/sc_chi/psi/psi_course/files/3%20Relation_financier%20SPV(R%20Johnson)%20Std%20Chartered.ppt), erişim: 12.08.2008.

edilebilmesi için en uygun modelin veya modellerin ne olduğuna karar verilmelidir⁷³⁴. Her projenin ve proje katılımcılarının durumuna göre, sözleşmeler hukukunun ve şirketler hukukunun sınırları içinde farklı SPV modelleri kurulması mümkün bulunmaktadır. Taraflara ve projeye en uygun modelin belirlenmesi başta hukuk danışmanı olmak üzere, proje ekibinin projeye gösterecekleri en önemli katma değerlerden biridir. PPP konsepti çeşitli potansiyel ortaklık anlaşmalarını getirir ve birleştirir. Bu genişlik taraflara esneklik verir. Sadece nasıl bir ortaklık anlaşması yapacakları konusunda değil hem de bir anlaşmayı alıp başka bir anlaşmanın kuralları ile birleştirebilirler⁷³⁵.

Tarafların projeyi hazırlaması ve ihale teklifini sunması için iki farklı yol mevcuttur; yapım ve tesis yönetimi önderliğindeki geleneksel yaklaşım ve finansör önderliğindeki yeni yaklaşım.

3.2.4.2. Geleneksel Yaklaşım

Geleneksel yaklaşım, müteahhitlerin ve hizmet sağlayıcılarının, projenin gerçekleşeceğine olan inançlarını göstermesi amacıyla SPV'ye sponsor oldukları ve pay sahibi oldukları usuldür. *Finans sektörü (finansörler), azınlık pay sahibi olmak suretiyle projeye dahil olurlar*. Bu yolla önemli derecede mali beklentileri olan uzun vadeli yatırımcıların da projeye girmesi teşvik edilir. Zira, finans sektörünün (finansörlerin) az veya çok olmasına bakılmaksızın herhangi bir şekilde proje içinde yer almasının projenin yapılabilişliğine olan inancı artırıcı bir etkisi vardır. Uzun vadeli yatırımcılar yapım aşamasından sonra da projede etkin bir rol üstlenmeye devam edeceklerdir. Buna rağmen, ilk organizasyon ve ihaleye teklif süreci; mühendislik ve inşaat şirketleri tarafından ve tesis yöneticileri, sermaye yatırımcısı üçüncü kişiler ve kredi verenlerle birlikte yönetilir.

3.2.4.3. Finansör Kontrolünde Proje Yönetimi

Geleneksel finansman yönteminden sonra bir alternatif olarak ortaya çıkan fönansörün kontrolünde proje yönetimi (financier-led) uygulaması özellikle son yıllarda Avustralya'da gelişmiştir⁷³⁶. Geleneksel olarak, PPP projelerinin SPV yatırımcıları, projeye sponsor olacaklardır. Bir projede her halükarda riskin önemli bir kısmı finans sektörü üzerinde kaldığı için⁷³⁷ finans sektörü projeye hakim olmayı tercih etmektedir. Zira, PPP

⁷³⁴ VINTER, a.g.e., s. 57.

⁷³⁵ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 53.

⁷³⁶ VINTER, a.g.e., s. 110.

⁷³⁷ AVERY, a.g.e., s. 9.

projelerinin yapılmasında yüklenicilerin de diğer proje ilgililerinin de finansmanının kaynağı genellikle finans sektörüdür. Burada bir hususun altının önemle çizilmesi gerekmektedir; yükleniciler proje bedeli kara para ile projeye dahil olmamakta, projenin fizibilitesinin finans sektörüne göstererek finans sektörünün sağladığı mali kaynaklar ile proje gerçekleştirilmektedir. Son yıllarda, özellikle PPP projelerine yatırım yapmak amacıyla bağımsız fonlar da kurulmuştur⁷³⁸. Ülkemizde de Atatürk Havalimanı'nın PPP modeli ile yapımı aşamasında yüklenici firma projenin başında olmasına rağmen, adeta bütün görüşmeler finans sektörü kontrolünde ve liderliğinde yürütülmüş⁷³⁹, bu yolla fiili bir financier-led uygulaması yapılmıştır. Bu yöntemde uzmanlaşmış yatırım bankaları projenin başlangıcından itibaren SPV'lerin yönetiminde daha aktif bir rol üstlenmektedir. Banka, SPV'ye özsermayeyi yatırmakta, ihale sürecini yönetmekte, fiyatlandırmayı yapmakta, projenin ticari gelirini garanti etmekte, öncelikli borcu temin etmekte ve borç sahiplerine verilen kredi mektupları ile yükleniciler ve işletmeciler ile alt sözleşmeler yapmaktadır. Doğal olarak, banka bütün görevleri tek başına yerine getirememektedir. Bunun için çeşitli taraflarla anlaşmalar yaparak bir konsorsiyum oluşturulması gerekmektedir. Ancak SPV'nin 100%'lük özsermayesini sağlayan taraf banka olmaktadır. Buna bağlı olarak her türlü sözleşmeyi yine onlar imzalamaktadır⁷⁴⁰. Modelde açıkça görüldüğü üzere bir yatırım bankası projenin liderliğini yapmakta ve projeyi adım adım hedefe ulaştırmaktadır. Bu durumda yatırım bankası asli fonksiyonuna uygun şekilde bir proje yapan/yürüten durumunda olmakta, fonksiyonu sadece finans sağlayarak gelir elde etmekten ibaret bulunmamaktadır. Bu katkı projeye olan güveni de artırmaktadır. Ülkemizde yapılan/yapılacak uygulamalarda ise zaman zaman finans sektörünün katkısının sadece finansal analiz olarak algılandığı sık bir düşünce ekseninin bulunduğu gözlemlenmektedir. Bir projeye başta yatırım bankaları olmak üzere finans sektörü ilgi gösteriyorsa ve bu sektör de projeye dahil edilmiş ise projeye yüklenici olarak katılacak firmaların sayısı ve dolayısıyla rekabet de artmaktadır. Bu inceliği tesbit etmiş bulunan, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı genellikle finansal danışman seçiminde dünyanın önde gelen yatırım bankalarını tercih etmektedir ki, bu da dünya proje finansmanı sektörünün gerçekleri ile tam örtüşen son derece yerinde bir uygulamadır. Bu başarılı örneğin, başta resmi olarak bünyesinde PPP Daire Başkanlığı kurmuş bulunan kamu kurum ve kuruluşları olmak üzere diğer kurum ve

⁷³⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 31.

⁷³⁹ AKIN Hamdi, Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu Konuşmaları, Ankara 2007.

⁷⁴⁰ VINTER, a.g.e., s. 110.

kuruluşlarca da örnek alınması ülkemizin 30 yıllık özelleştirme tecrübesinin bu kurumlarca da paylaşılmasını sağlayacaktır⁷⁴¹.

“Financier-led” uygulaması, yeni gelmiş ve yeterli derecede test edilmemiş olduğu için PPP sektöründe sürprizle karşılanmıştır. Uluslararası sermaye piyasaları yeni menkul değerlerin ihracı amacıyla benzer başka yöntemleri⁷⁴² kullanarak katılımcı bankaların oluşturduğu konsorsiyumların başka uygulamaları ile organize etmekteydi. “Financier-led” eski, hantal ve uzun süren prosedürleri ortadan kaldırmış olsa da yenilikçi tarzı ve fazlaca denenmemiş olması nedeniyle endişe ile karşılanmaktadır⁷⁴³. Bununla birlikte, projenin başarısızlık riskinden birinci derecede etkilenenin proje finansörleri olacağı nazara alındığında projenin finansörlerce yönlendirilmesi işin doğasının bir gereğidir. Buna ilave olarak, bu yöntem esasen bir projenin fizibilitesinin de ölçülmesi anlamına gelmektedir. Zira, finans sektörünün yönlendirmesi ile ilerleyen projenin birinci önceliği projenin başarı ile ve etkinlik sağlayacak şekilde bitirilmesidir. Yapım müteahhitleri, bazı projelerde, kendileri finansal risk almadıkları ve riskin SPV üzerinde toplanması, SPV’nin de sınırlı sorumlu olması ve projenin bitirilememesi nedeniyle riskin çok büyük kısmının mal ve sermaye tedarikçilerinde kalması nedeniyle daha rahat hareket edebilmektedirler. Oysa, finans sektörü liderliğindeki uygulamada finans sektörü projenin bitirilmesi ile elde edilecek mali verilerden gelir elde etmeye talip olduğu için projenin başarı ile bitirilmesi birinci öncelik durumuna gelmektedir. Bu yolla da kamu hizmeti niteliği taşıyan projelerin yıllarca sürüncemede kalması proje değerlendirme aşamasında önlenmiş olmaktadır. Zira, makul sürede bitirilemeyecek bir projeye finans sektörü yatırım yapmayacağı için yapılan projelerin de bitirilmesi sistem içinde garanti edilmiş olmaktadır⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ PPP projelerinde, projenin başarısı ülkenin yatırım ortamının da başarısı anlamına gelmektedir. Uygulamada, devletin bütünlüğü ilkesini zedeleyen bazı kurum taassuplarını aşamamış kişilerin ve bu kişilerin yönetimindeki kurumların uygulamalarının ülkemizin uluslararası proje finansmanı camiasındaki saygınlığını da zedelediği göz ardı edilmemelidir. Önemli olan, uluslararası standartlara uygun bir iş akışı ile projenin gerçekleştirilmesidir. Bu ilkelere uyulmaması halinde, şu veya bu şekilde birilerine ihalesi yapılmış bulunan projelerin var olması uluslararası finans dünyasında başarı olarak algılanmamakta, aksine, bu tür uygulamalar tedirginliğe neden olmaktadır. Uluslararası standartlarda yapılan uygulamalar ile elde edilen sonuçlar başarı olarak algılanmakta ve ülkemiz yatırım ortamına olan güveni artırmaktadır.

⁷⁴² Örneğin, Bought-deal uygulaması aynı financier-led gibi uygulamada kesinlik, daha hızlı plasman ve kesin fiyatlandırma getirmiştir. Bought deal, sermaye toplama yöntemi, bir yatırım bankasının vekili için belirli bir fiyata ve miktara göre teklif vermesi ve bunun kurumsal yatırımcılarla birleştirilmesidir, **VINTER**, a.g.e., s. 110.

⁷⁴³ **VINTER**, a.g.e., s. 110.

⁷⁴⁴ Ülkemizde yapılan bir hava alanında, hava alanının bulunduğu lokasyondan uçakların havalanması mümkün olmadığı için hava alanı yakınındaki bir dağın traşlanması uygulaması söz konusu olmuştur. Kayseri

PPP modellerinde 25-30 yıl veya daha uzun süreli anlaşmalar yapılmaktadır⁷⁴⁵. Bu nedenle de ortaklığın hukuki işleyiş yapısının nasıl şekilleneceği ve “*hizmet performansı riskini*” kimin üstleneceğine gibi konularda kaygılar oluşmaktadır. Bu, özellikle ihalenin kazanılmasından sonra projenin çeşitli bileşenleri için alt sözleşmelerin yapılması durumunda daha çok gündeme gelmektedir. Projeye dahil olanların farklı menfaatlerinin hedeflenen politikalara ve kamu ile uzun dönemli ortaklık amacına uygun şekilde birleştirilmesinin bir yolu SPV’ye sermaye katılımı ile dahil olmaktır. Sözleşmeci idare ile kamu projeleri için uzun süreli ortaklıklar kurmak isteyenler, projenin amaçlarını nazara almak durumundadır. Bu noktada zaman zaman proje katılımcıları arasında menfaat çatışması da yaşanabilecektir: Menfaat çatışmalarını önlemenin ve bir politika belirleyerek projenin sağlıklı ilerlemesini sağlamanın en doğru yolu projeye sermaye katılımcısı olarak katılmaktır. Geleneksel uygulamada sağlanan hizmet, hizmeti sağlayanlar (aynı zamanda riski üstlenenler) ile yüklenicilerin (müteahhitlerin) ve hizmet sağlayıcıların sermaye yatırımlarının boyutu ve oranı arasında, financier-led uygulamasında rahatlıkla görülmeyen bir bağ bulunmaktadır. Buna karşılık tüm sürecin yönetiminin bir bankanın elinde olması durumunda açık fiyatlandırma avantajları görülecektir. Bundaki amaç, işlem maliyetlerini düşürmek ve tekliflerin rekabetçi olmasını sağlamaktır. Ayrıca bu yöntem bankaya finansman anlaşmasının temelini oluşturan ve ayırıcı unsuru niteliğinde bulunan çeşitli öğelerin doğrudan kontrolünü sağlamaktadır. Artık PPP piyasasında finansman yöntemlerinin geleneksel proje finansmanından kurumsal finansmana (corporate financing) geçiş yapıldığı görülmektedir. Buna ilave olarak, bazı büyük bankalar özel “sosyal altyapı” projeleri için havuz oluşturan fonlar kurdular, bu yolla projeden bu fona olan nakit akışını yönetmeyi ve bunun sonucu olarak da bu pazarda daha fazla projeyi finanse edebilmeyi hedeflemektedirler⁷⁴⁶.

3.2.4.4. SPV’de Görev Dağılımı

Esasen SPV tek bir modeli içermediği için çok alternatiflerin değerlendirilmesi mümkündür. Özellikle Türk Hukukundaki sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çok geniş

şehir içi raylı sistem projesinde mühendislik hesapları yanlış yapıldığı için yolların traşlanması vs proje değişikliklerine gidilmiştir. Bu gibi nedenlerle Ülkemizde onyıllarca süre bitirilemeyen, yanlış yapıldığı için defalarca kere proje revizyonuna gidilen kamu projeleri olduğu nazara alındığında projenin liderliğini finans sektörünün yapması halinde bu uygulamalara meydan verilmemiş olacaktır.

⁷⁴⁵ Central Guidance Note No. 6 (Technical), Assessment of Projects for Procurement as Public Private Partnership, Ekim 2006, <http://www.ppp.gov.ie/key-documents/guidance/central-guidance/ppp-procurement-assessment.doc/>, Erişim: 16.01.2008, s. 12.

⁷⁴⁶ VINTER, a.g.e., s. 111.

olması hususu nazara alındığında *ihtiyaçlar adedince SPV modeli kurulması mümkün bulunmaktadır*. Bunun sonucu olarak, görev dağılımının tek bir formata oturtulması da mümkün değildir. Bununla birlikte klasik taksim aşağıda verilmiştir.

3.2.4.4.1 Kamu Sektörü

Kamu sektörü her projede en önemli taraflardan birisidir. Ancak, kamunun yer alacağı yapının durumuna göre altın hisse⁷⁴⁷ uygulaması yapılıp yapılmayacağına da karar verilmesi gerekmektedir.

PPP projelerinin finansal geridönüşüm modelinin doğru kurgulanmaması sonucunda özel sektör yüklenicisi işi yürütemeyecek duruma geldiği takdirde kamu hizmetini sunamayacak durumda da bulunmaktadır. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde, kamu hizmetlerinin aksaması sözkonusu olamayacağına göre, kamu tarafının yüklenici ile olan hukuki sorunları göze alarak sözleşme konusu projeyi devralması gerekli olmaktadır. İngiltere’de, ağırlıklı olarak PPP işiyle uğraşan pek çok firma, ciddi finansal problemlerle karşılaşmışlardır. Örneğin, Jarvis LTD tüm PPP faaliyetlerini iptal etmiştir; Amey PPP projelerindeki hisselerini Ferrovial’e satmıştır; Ballast plc, 2003’te idare yönetimine geçmiştir ve son olarak Metronet 2007’de idare yönetimine geçmiştir. Bundan dolayı PPP’nin bazı sektörlerde cazip olmadığına dair endişeler, bazı yükleniciler ve finansal kuruluşlar tarafından gittikçe daha fazla ifade edilmektedir⁷⁴⁸.

3.2.4.4.1.1. Olağan Konularda PPP

PPP projeleri kamu hizmetlerinin sunulmasını da gerektirdiği için özelleştirmeden farklı olarak bir PPP’de, kamu tarafının PPP sözleşmesine konu olan hizmetin yerine getirilmesinde menfaati vardır. Aşağıda belirtildiği üzere, PPP sözleşmesine konu olan hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kusurlu işlemesi gibi nedenler “hizmet kusuru” olarak değerlendirildiği ve bu konularda açılacak davaların da doğrudan kamu tarafına karşı açılmasının mümkün bulunması karşısında kamu tarafı, PPP sözleşmelerinde, özelleştirmelerden çok daha farklı ve önemli bir misyona sahiptir. Bu nedenle kamu tarafı, ihtiyacı-hedefleri belirlemek, yapılan hizmetin/varlığın öngörülen standartlara uygun olmasını sağlamak, hizmetin aksaksız yürütülmesi için gerekli tedbirleri almak ve toplum

⁷⁴⁷ Ayrıntıları için Bkz; **KENDİGELEN Abuzer**, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999.

⁷⁴⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 59.

menfaatini korumakla yükümlüdür⁷⁴⁹. Hizmeti özel sektör yerine getirmekle beraber, kamu sektörünün bazı sorumlulukları devam eder. Bunlar; (1) Yapılacak iş ve hizmetlerin tanımlanması, buna mukabil ödenecek kamu kaynaklarının belirlenmesi, (2) Önceliklerin, hedeflerin ve sonuçların belirlenmesi, (3) İhale sürecinin dikkatlice planlanıp yürütülmesi, (4) Performans değerlendirmesi için güvenlik, kalite ve performans standartlarının belirlenmesi ve bunların takip edilmesi, (5) Sözleşmede belirlenen standartların eksiksiz olarak uygulanmasının sağlanması, aksi durumda gerekli yaptırımın uygulanması, (6) Toplumun beklentilerinin karşılanması, (7) Gerekli uygun ortamın oluşturulması, (8) Projeyi ilgilendiren önemli değişikliklerin olması durumunda, özel sektörle işbirliği yaparak ve önceden tanımlanan hedeflerden ayrılmadan gerekli düzenlemenin yapılması⁷⁵⁰.

PPP projelerinde kamu tarafı önemli bir taraftır, zira, proje konusu iş için gerekli olan izinleri, lisansları, yetkileri ve imtiyazları veren taraf doğrudan doğruya sözleşmecidir veya diğer bazı kamu birimleridir. Ayrıca PPP ve SPV yapısının uymakla yükümlü olduğu düzenleyici çerçeveyi oluşturması nedeniyle; düzenleyici kamu kurumlarının ve diğer kamu birimlerinin önemli bir yeri vardır. Bu noktada özel sektör rekabetine açık sektörlerde çok hassas davranılması ve kamunun rekabeti sınırlayıcı veya haksız rekabete neden olacak uygulamalardan kaçınması gerekmektedir. Son olarak, sözleşmenin kamu tarafı projenin iktisadi geridönüşüm modelinin işlemesine engel olacak, nakit akışının bozulmasına neden olacak rakip yatırımlardan ve ikame mal/hizmet sunumundan da kaçınmak zorundadır. Örneğin, A ve B şehirleri arasına bir otoyol yapıldıktan sonra aynı güzergâha bir de ücretsiz ve aynı kaliteye yakın ücretsiz devlet yolu yapılması ilk projenin iflasa sürüklenmesi anlamındadır.

3.2.4.4.1.2. Stratejik Konularda PPP

Kamu sektörü her halükarda SPV yapısı ile ilgilidir. Ancak bazı durumlarda kamu SPV ile sözleşme ilişkisi içinde olabileceği gibi bazı durumlarda SPV içinde hissedar olarak da yer alabilmektedir. Bununla birlikte, her iki durumda da kamu, projenin kamusal menfaatler ile ilgili hassasiyetlerini gözetmektedir. Kanaatimizce projedeki kamu menfaatinin durumuna göre ve özellikle de “stratejik” konularda PPP yapılması halinde kamunun SPV yapısı içinde yer alması ve bazı konularda da altın hisse sahibi olması gerekmektedir. Bu hususun da açıkça yapılacak kanuna işlenmesinde yarar bulunmaktadır.

⁷⁴⁹ ÇAKMAK Orhan, Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin Yasal Çerçevesi, Rail Turkey 2009, International PPP Platform Turkey, Pre-Conference Workshop, İstanbul 2009.

⁷⁵⁰ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 112.

Doktrinde “*stratejik*” kavramına ilişkin muhtelif yaklaşımlar bulunmaktadır. Stratejik konu, fonksiyonu, etkileri ve konumu bakımından toplum için hayati öneme sahip olan konuları; stratejik kuruluş ise bir toplum için hayati öneme sahip konularda faaliyet gösteren kuruluşları ifade eder⁷⁵¹. Yani ekonomik, güvenlik, jeopolitik açıdan Devletin üstün çıkarları ile doğrudan ilgili olan, işlememesi veya kötü işlemesi halinde Devletin zor durumda kalabileceği faaliyetler, stratejik faaliyetlerdir⁷⁵². Mahkemesi, elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetleri ile telekomünikasyon faaliyetlerini *güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik* yönlerden sakınca doğurabileceği hususlarına değinerek, stratejik olarak nitelendirmiştir⁷⁵³. Yüksek Mahkemenin kararındaki bu kriterlerin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Bir mal veya hizmetin “*stratejik*” olup olmadığına bakılırken, Kamu Maliyesinde salt kamusal mal ve hizmet niteliğinde olan mallar ile özel mal ve hizmetler teorisi açısından inceleme yapılmasının yerinde olacağı kanısındayız⁷⁵⁴. Stratejik kavramı kamu düzeni ile ilgilidir ve kamu düzeni de nisbi bir kavramdır, ülkeden ülkeye hatta bir ülke içinde devirden devire değişebilir⁷⁵⁵. Stratejik konu ve kuruluşların zaman içerisinde değişmesi de mümkün olduğu için bu konu ve kurumları belirlemede idareye takdir hakkı verilmesi kanaatimizce de yerinde bir tutumdur⁷⁵⁶. “*Stratejik*” algılayışı PPP süreçlerini bütünüyle etkileyebilecek bir kavramdır. Bu bağlamda, toplum hayatının bir ihtiyaçlar dayanışması, herkesin ve katma değer üreten her biriminin toplumsal ihtiyaçların bir ünitesinin karşılayıcısı olduğu, bu nedenle de herhangi bir ünite olmaksızın toplum hayatında aksamalar meydana geleceği izahtan varestedir. Dolayısıyla, her kuruluş her an “*stratejik*” olabileceği gibi, bugün “*stratejik*” olan bir kuruluşun bir süre sonra “*stratejik*” olmaktan çıkması da mümkündür. “*Stratejik*” algılayışı, alışkanlıklara, kültüre, iktisadi hayatın gelişimine ve sair pek çok parametreye bağlı olarak değişebilmektedir⁷⁵⁷. Bu tür hususlarda karar verirken, Türkiye Cumhuriyeti Devletin büyüklüğüne ve gücüne

⁷⁵¹ BAYTAN, a.g.e., s. 121.

⁷⁵² YASİN, a.g.e., s. 42.

⁷⁵³ AYMK, E.1994/49, K: 1994/45-1, T: 15.06.1994, **Resmi Gazete**, 28.06.1994, S: 21974.

⁷⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin bu kararı “*güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik*” kriterleri ile inceleme yapılacağı anlamında bakıldığında ciddi tehlikelere zemin hazırlayabilecek bir karardır.

⁷⁵⁵ ARAT Ayşe, Sözleşmenin Değişen şartlara uyarlanması, Ankara 2006, s.49.

⁷⁵⁶ YASİN, a.g.e., s. 42.

⁷⁵⁷ Örneğin, cep telefonu da Telekom da biri diğerinden daha az/fazla stratejik kuruluşlar olmamasına rağmen, cep telefonu sektörü özel sektör tarafından kurulup geliştirildiği için özel sektör algılayışı ile gelişmiştir. Telekom devlet malı olarak geliştirildiği için stratejik olma psikolojisinin toplumdan silinmesi ilk anda mümkün olmamaktadır.

inanılarak karar verilmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Devlet, her türlü iş ve işlemlerinde “güven” esası üzerinde işlem yapmalıdır. Kamunun işletmesinden çıkıp da kamunun “düzenleyici” yetkisi alanında kalan bir sektörün “stratejik” kaygılarının seviyesinin doğru belirlenmesi ve paranoid yaklaşımlardan uzak kalınmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Dünyadaki bazı altın hisse uygulamalarına baktığımızda ülkemizdeki ile benzerlikleri olan sektörler olduğu gibi, hiç ilgisi bulunmayan sektörlerde de altın hisse uygulandığı görülmektedir. Bu da göstermektedir ki, “stratejik” kavramı değişmez doğrular üzerine kurulu değil, aksine; kültürel, iktisadi, sosyal vs sebepler ile değişmektedir. Bazı ülkeler bazında ise şu tablo ile karşılaşilmektedir; Estonya’nın başkenti Tallinn’de kamu, su hizmetlerini sağlayan özel sektör firmasında altın hisseye sahiptir. Polonya Hazine Müsteşarlığı, ulusal taşımacılık alanında altın hisseyi devam ettirmektedir. Slovakya’da, ülkenin en önemli yağ ve gaz şirketi Slovnaft’ta altın hisse korunmaktadır. Macaristan’ın en büyük firması olan Hungarian Oil and Gas (MOL⁷⁵⁸)’ın hisseleri 1994-1998 yılları arasında Budapeşte Menkul Kıymetler Borsasında satılmış, devlet gaz ücretlerini düzenlemek amacıyla altın hisse oluşturmuştur. Singapur, ülkenin teknoloji üreten şirketi olan ST Engineering’i özel sektöre açarken altın hisse uygulaması yapmıştır⁷⁵⁹. Malezya, Telekom Malezya, Perwaja Çelik, Malezya Havayolları ve diğer şirketleri özel sektöre açılırken altın hisse uygulamasına gitmiştir. Bulgaristanda, altyapı hizmetleri, madencilik hizmeti, veren tekellerin ve uzay endüstrisi alanında çalışan teşebbüslerin özel sektöre açılmasında altın hisse oluşturulmuştur⁷⁶⁰.

Devletin imtiyazlı hisse sahibi olması, PPP’ye olan katılımı azaltabilir ve ihale sürecini sekteye uğratabilir. Bu nedenle, “devletleştirme” hakkına da sahip olan devletin, stratejik alanları hassasiyetle belirlemesi gerekir⁷⁶¹. Kaldı ki, devletin egemenlik yetkisinin

⁷⁵⁸ MOL, Macaristan’nın benzin sektörünün % 35’ini ve ülkenin enerji altyapısını elinde bulundurmaktadır.

⁷⁵⁹ Altın hisse kullanılmadığı gibi, daha sonra, bu şirketler için özel bir korumaya ihtiyaç olmadığı için altın hisseler kaldırılmıştır.

⁷⁶⁰ **AKIN Nesrin**, Özelleştirilen Kamu Teşebbüslerinde altın Hisse Uygulaması, (Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi ile Birlikte), İstanbul 2004, http://www.ppp.org.tr/dokumanlar/Nesrin_Akin_Ozellestirmede_Altin_Hisse_Uygulamasi.pdf, Erişim: 25.07.2009, s. 14, 15; naklen, **VAKNIN Sam**, The Golden Share: Golden Share Privatizing, UPI Senior Business Correspondent, 2002; **T.K. CHANG**, Far Eastern Economic Review, The Irony of the Golden Share, Aralık 1997.

⁷⁶¹ Özel teşebbüsler ancak 01.12.1984 tarih ve 18592 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanunun 2. maddesindeki şartlar dâhilinde devletleştirilebilir:

uzantısı olarak kurabileceği, EPDK, Rekabet Kurumu, Şeker Piyasası Kurulu gibi kurullar ile sektörü düzenleyerek kontrol altında tutması her zaman mümkündür. Kanaatimizce, düzenleyici kurullar “tütün” ve “şeker” gibi doğal tekel niteliği de bulunmadığı halde düzenleyici kurullar piyasası haline getirilebildiğine göre devletin uluslararası taahhütlerini ihlal etmediği sürece iç hukukunda yapacağı düzenlemeler ile her sektörü kontrol altına alması ve şekillendirmesi mümkündür. Buna ek olarak, piyasa mekanizması sağlıklı işletilebildiği takdirde kendi kuralları ile sektörleri sağlıklı işler halde yürütebilecek güce sahiptir.

Belirlenecek stratejik kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlarda söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hissenin miktarının ve bu paylara dayanarak Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirlemeye yetkili bir otorite olmalıdır. Bu karar da siyasi sonuçları olan bir karar olduğu için KPYK tarafından alınması gerektiği kanısındayız. Bununla birlikte, tamamen “özel mal ve hizmetler” niteliğindeki mal ve hizmetler ile ilgili durumlarda imtiyaz oluşturulmaması gerekmektedir.

Ülkemizde bazı müesseselerin iktisadi büyüklüğü, fonksiyonları, atfedilen “stratejik” değer dönemsel olarak değişecektir. Karar alındığı zamanın değer yargıları ve algılayış düzeyi ile bakıldığında “stratejik” olarak nitelendirilmesi mümkün olabileceken, bir süre sonraki değer yargıları ile bakıldığında anlamlandırılmasının zorlaştığı durumda “stratejik” kararının kaldırılması gerekmektedir. “stratejik” algılayışının kültürel niteliği burada kendisini daha belirgin olarak göstermektedir. Danıştay, verdiği bir kararda kuruluşlarda Devlete söz ve onay hakkı tanıyan imtiyazlı hissenin sebep unsurunun ortadan kalkması nedeniyle sona erdiğine karar vermiştir⁷⁶². Bu karardan anlaşıldığı üzere ihdas edilen imtiyazlı hisseler, idari işlemlerin genel kurallarına tabidir. Yani imtiyazlı hisse oluşturulması için yapılan işlemlerde; yetki, şekil, konu, sebep, maksat unsurları da gözetilmek zorundadır.

İmtiyazlı hisseler, devlete ayrıcalıklı haklar verir. Bu hisselerin oluşturulma amacı, stratejik kuruluşların özel sektöre açılmasıyla, kuruluşun devlet tarafından istenmeyen kişilerin eline geçmesini önlemek, devletin bu kuruluş üzerindeki kontrolünün devamını sağlamaktır⁷⁶³. İmtiyazlı hisseler, kural olarak kamu payının %50’nin altına düşmesi halinde

-
- a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,
 - b) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkânının bulunmaması,
 - c) Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.

⁷⁶² Danıştay 13.Daire, E: 2005/5031 K: 2005/2686 T: 23.05.2005.

⁷⁶³ YASİN, a.g.e., s. 43.

işlev kazanır. İşletmedeki kamu payının %50'nin üstünde olduğu hallerde Devletin etkinliği devam edeceğinden, imtiyazlı hisselerin bir işlerliği bulunmayacaktır.

İmtiyazlı hisselerin, kuruluşun yetkili organlarında sahip oldukları söz ve onay haklarının kapsamı itibarıyla “*azınlığın çoğunluğa hâkimiyeti*” niteliğinde olduğu ve şirket ortaklarının hak ve yükümlülüklerinin kuruluşu koydukları sermaye miktarı ile sınırlı olması gerektiği ilkesiyle ters düşeceği düşünülse de, bu özel durumun amacının PPP uygulamaları bakımından kamu yararı ve milli güvenlik ile toplumun genel çıkarlarının korunması gerekçeleriyle, bir istisna olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁶⁴.

İmtiyazlı hisse miktarı kim tarafından belirlenir ve ihdas edilirse, bu imtiyaz haklarının kapsamını değiştirmeye de o yetkilidir.

Stratejik kuruluşlarda düzenlenen imtiyazlı hisse uygulamasının niteliğinin, doktrinde, bu tür hisselerin oluşturulduğu anonim şirketin, genel kurul, yönetim kurulu gibi yetkili organlarında alınacak kimi kararların geçerli olabilmesinin, imtiyazlı hisse sahibi ortakların onayı şartına bağlı olması⁷⁶⁵ şeklinde dar yorumlandığı vaki olmakla birlikte, kanuna bu kabil bir sınırlama bulunmadan yönetime katılma haklarında imtiyaz, oy hakkında imtiyaz, şirket organlarında temsil edilme hakkında imtiyaz ve azınlık haklarında imtiyaz, tasfiye bakiyesinde imtiyaz, gibi⁷⁶⁶ şekillerden bir veya birden fazlasının uygulanması şeklinde değerlendirmesinin amaca da uygun olacağı kanısındayız. Örneğin, şirket ana sözleşmesinde değişiklik yapılması, şirket sermayesinin artırılması veya azaltılması, şirketin işgal konusunun değiştirilmesi veya İdarenin belirleyeceği başka konularda alınacak kararlarda, imtiyazlı hisseler devlete söz hakkı tanıyacaktır.

Avrupa Birliği açısından “*Altın Hisse*” uygulaması sermayenin serbest dolaşımına bir engel oluşturması ve AB rekabet politikası ile çelişebilmesi sebebiyle dikkatle incelenmiştir. Ayrıca, AB uygulamasında ATAD devletin sahip olduğu imtiyazlı hisselerin sadece ulusal güvenlik” ile sınırlı şekilde kullanılması, bunu aşarak piyasadaki rekabeti sınırlayıcı şekilde kullanılmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁷⁶⁷. Türk Rekabet Kurumu, kamunun taraf olarak bulunduğu durumlarda adeta kamuyu kanunun uygulamasından muaf tuttuğu için bu yönü ile de AB Rekabet Hukuku uygulamasından ayrılmaktadır. Türkiye’nin, Avrupa Birliği’ndeki “*Altın Hisse*” uygulamalarını dikkate alması gerekmektedir. Devletin sahip olacağı “*Altın Hisse*” öngörülebilir. Ancak Devlet’in projeyi yaparken “*Altın Hisse*” oluşturulması aşamasında sermayenin serbest dolaşımının

⁷⁶⁴ BAYTAN, a.g.e., s. 194-195.

⁷⁶⁵ BAYTAN, a.g.e., s. 198.

⁷⁶⁶ Ayrıntıları için Bkz; KENDİGELEN, a.g.e..

⁷⁶⁷ ULUSOY Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s. 184; YASİN, a.g.e., s. 44.

sınırlandırılmaması ilkesini dikkate alması gerekir. İkinci olarak ise “*Altın Hisse*” ile sağlanan imtiyazın sermayenin serbest dolaşımına bir sınırlama getirmesi halinde bunun sermayenin serbest dolaşımına getirilebilecek kısıtlamalar kapsamında yapılması gerekir. Yani ATA’nın 58. maddesinde öngörülen ve ATAD tarafından da somut olaylarda uygulanan istisnalar kapsamında olmalıdır. Daha açık bir ifade ile, Türkiye, diğer üye devletlere benzer şekilde özellikle vergilendirme ya da mali kurumların denetimi alanında ulusal kanun ya da tüzüklerin ihlalini önlemek için gerekli bütün önlemleri alma veya idari ya da istatistiki bilgi amacıyla sermaye hareketlerini veya usullerini düzenleme ya da *kamu düzeni veya kamu güvenliği nedenlerine dayanarak önlemler alma haklarına sahip olacaktır*. Yine bu sebeplere dayanılarak bir imtiyaz öngörülürken ulusal yarar, ulusal mevzuatın gütmekte olduğu amaç, orantılılık ilkesi, aynı amacın daha az kısıtlayıcı tedbirler yoluyla ikamesinin mümkün olup olmadığı, uygulamanın yine ilgili teşebbüsler tarafından bilinen objektif ve ayırım gözetmeyen kriterlere dayanıp dayanmadığı dikkate alınacaktır⁷⁶⁸.

3.2.4.4.2 Proje Şirketi

SPV ile sözleşmeci idare arasında bir PPP sözleşmesi bulunmaktadır. SPV’nin sorumluluğu ve hukuki hak ve borçları yapılan PPP sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bunun dışında SPV ile mal ve hizmet tedarikçileri de sözleşmeler yaparak sözleşme konusu taahhütlerini yerine getirmektedir. Esasen PPP sistemi bir sözleşmeler zincirinin işlemlerinden ibarettir. Bu zincirde bazıları sürekli borç ilişkileri olmak üzere çok sayıda sözleşmeyi ifade etmektedir. Yukarıda 3.2.4. ORTAKLIK başlığı altında verilen şemada da görüleceği üzere, projede risk alan ve projenin tamamlanması için çalışan sponsorların ve SPV’nin diğer hissedarlarının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi SPV’nin kuruluş sebebi olan PPP sözleşmesinin konusu olan edimlerin ifası anlamına gelmektedir. SPV’nin temel sorumluluklarına aşağıda değinilmiştir.

⁷⁶⁸ **GÜVEN Pelin**, Özelleştirmelerde Gündeme Gelen “*Altın Hisse*” Uygulamasının Avrupa Birliği Hukuku’ndaki Sermayenin Serbest Dolaşımı ve Rekabet Hukuku’ndaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, e-akademi, Nisan 2005, S:38, Paragraf: 77, http://www.e-akademi.org/makaleler/pguven-1.htm#_ftnref5, erişim: 25.03.2008.

3.2.4.4.2.1. Yapım İşlerini Yapmak

Yapım işleri, proje konusu hizmetin sunulması için gerekli olan tesisler tasarlamak, inşa etmek, yenilemek ve sair suretlerde bir eser meydana getirmektir. Bir yapım unsurunun bulunduğu sözleşmelerde bu yapımın tasarlanması ve yapılması sözleşmesel bir yükümlülük olabileceği gibi, bu yapının sözleşme konusu hizmetin sözleşmeye uygun şekilde sunulmasını sağlayacak şekilde bakım, onarım ve yenileme, gerektiği durumlarda genişletme faaliyetlerinin tamamı bu kapsamda SPV'nin borçları arasında yer almaktadır.

PPP'nin en önemli özelliklerinden birisi de yapım işlerinin sözleşmede belirtilen sürede tamamlanamaması ve dolayısıyla da aşağıda belirlenen, hizmetin üretilmesi ve sunulması taahhüdünün zamanında ifasına başlanılamaması halinde yapım müteahhidinin idareden bir tazminat isteyemeyeceğinin ve yaptıklarını da idareye terk ederek veya projeye uygun yapmamışsa yıkım masraflarını da tazmin etme borcu altında kalarak sözleşmenin feshedilmesidir.

PPP Projelerinde yapım unsuruna ilişkin detaylı açıklamalar yukarıda yapılmış bulundu için burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

3.2.4.3.2.2. Hizmeti Üretmek ve Sunmak

PPP sözleşmesinin konusu ağırlıklı olarak kamu hizmeti niteliğindeki konulara odaklandığı için bu hizmetin sözleşmede öngörülen standartlara uygun şekilde üretilmesi ve yine aynı standartlarda kamuya sunulması sözleşmede kamu tarafının beklediği birincil edim yükümlülüğüdür. Ancak burada bir hususu bir kere daha belirtmekte fayda vardır ki, PPP sözleşmelerinde hizmet özel sektör tarafından kamuya sunulmakla birlikte sunulan bu hizmet halen bir kamu hizmeti niteliğindedir. Dolayısıyla da bu hizmetten dolayı hizmet kusuruna dayalı olarak idare aleyhinde dava açılması mümkündür. Bir hizmetin outsource edilmesi veya özelleştirilmesi ile PPP arasındaki en önemli farklardan birisi budur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hizmetin belirli bir sürede sunulamaması halinde akdin şartsız feshi mümkün bulunmaktadır. Bunun yanında kanaatimizce, hakkaniyet gerektiriyorsa, kalan kısmın az olduğu durumlarda, gecikme nedeniyle tazminat borcu saklı kalmak üzere işe devam edilmesi mümkün olmak gerektir.

Sözleşme konusu hizmet sözleşmenin tarafı olan SPV tarafından kamuya sunulmaktadır. Gerek hizmetin üretilmesi ve gerekse kamuya sunulması SPV tarafından yapılmaktadır. SPV içinde kamunun da bulunması ve işin belirli bölümlerinin kamu tarafınca sunulması da mümkün bulunmaktadır.

Hizmeti üretmek ve sunmak, işletmenin özel sektörde olduğu durumda, ağırlıklı olarak yukarıdaki işletme hakkının devri unsuruna ilişkindir. Bu hususa ilişkin geniş açıklamalar yukarıda yapıldığı için burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

3.2.4.3.2.3. Hizmetin Öngörülen Standartlara Uygun Olması

PPP sözleşmesinde hizmetin belirli bir standartta üretilmesi, hatta çok zaman kamunun sunduğu veya sunabileceği kaliteden daha yüksek bir kalitede sunulması kararlaştırılır. Sözleşmede sözleşmenin eki niteliğinde bir de teknik şartname düzenlenip teknik detayların bu şartnamede çok ayrıntılı olarak belirlenmesi sözkonusudur. Buna rağmen bu şartnamede belirtilmemiş hususlar ile ilgili olarak ne şekilde işlem yapılacağı da analiz edilmelidir. Bu bağlamda, SPV'nin bir taahhüdünün bulunmadığı şeklinde yorumlanması mümkün bulunan durumlarda bu şekilde yorumlanması mümkün olmakla birlikte, işin gereği olan standartların yakalanması ve sözleşmenin geneline hakim olan standart algılayışının o kısma da teşmil edilmesi şeklinde bir uygulama yapılması gerekmektedir.

3.2.4.3.2.4. Proje İçin Gerekli Finansmanın Sağlanması

PPP projelerinde projenin finansmanının SPV tarafından sağlanması gerekmektedir. Yüklenicinin ana borçlarından birisi de projenin finansmanının sağlanmasıdır. Finansman temini noktasında 3.2.4. ORTAKLIK kısmındaki şemada gösterildiği gibi, finansmanın SPV içinde sermaye yatırımcısı ortak (*equity investor/partner*) olarak sağlanması mümkün bulunduğu gibi, bankalardan veya diğer fonlardan kredi şeklinde ve SPV ile yapılan bir kredi sözleşmesi şeklinde sağlanması da mümkündür.

3.2.4.3.2.5. Sözleşmeye Odaklanmak ve Esaslı Değişikliklerde Sözleşmeyi Revize Etmek

Projenin gerçekleştirilebilmesi için sözleşmecinin idarenin gösterdiği hedeflere odaklanmak SPV'nin esas misyonudur. Ancak, projeyi ilgilendiren esaslı değişikliklerin meydana gelmesi durumunda kamu idaresi ile beraber gerekli değişiklikleri yapmak için girişimlerde bulunmak SPV'nin bir görevi olduğu gibi sözleşmecinin idare yönünden de bir yükümlülüktür. Bu noktada müzakere edilen husus ihale teklifinde verilmiş bir taahhüdün revize edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ihalenin yapılmasına esas olan parametrelerin ihale dışı değiştirilmesi sözkonusu olmaktadır. Bu durum PPP projelerinde karşılaşılabilecek çok hassas ve kırılgan bir noktadır. Bir tarafta ihaleye teklif verenler içinde en avantajlı teklifin rakipler elenerek seçilmesi sözkonusu iken, diğer tarafta kamu ile işbirliği hatta bazı durumlarda ortak olan bir yapının iktisadi mahvına gidebilecek durumların önlenmesi ve bunun sonucu olarak da kamu hizmetinin aksamaması gündeme gelmektedir. Pek çok durumda bu parametreler ışığında bakıldığında sorunun çözümü son derece dikkatli bir şekilde konunun tahlil edilmesini gerektirmektedir.

Özellikle yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler sözkonusu olduğunda bir kriz halinde sözleşmelerdeki edimlerin ifası iktisadi olarak çok ciddi zorluklar doğurmaktadır. Bu durumlarda, yaşanan ekonomik krizlerle ilgili yükleniciler tarafından uyarılma davaları açılması ve ihtiyati tedbir kararları alınması nedeniyle alacakların tahsili güçleşmektedir. Revizyon talep edilmesinin nedeni olan hadise analiz edildiğinde, ihaleye

katılarak idareye karşı taahhütte bulunanların, tacir olması durumunda, her ne sebeple olursa olsun, taahhütlerini yerine getirmemelerine imkân verecek nitelikteki taleplerin ve kararların Türk Hukuku ile bağdaşır nitelikte olmadığı kanısındayız. Zira hukukumuzda, ihale ile taahhüt altına giren tacirin taahhütlerini ekonomik dalgalanmalar nedeniyle yerine getirememesi hali tek başına uyarılama nedeni olarak kabul edilmemiştir. Ancak, ihale şartnamesinde ve sözleşmede açıkça bu yönde bir hüküm bulunması buna istisna teşkil etmektedir. Bu noktada PPP'nin yapısında kamu ile özel sektörün bir işbirliği/ortaklığı bulunduğu gerçeği karşısında ihale şartname ve sözleşmelerine fevkalade hallerde, özel ortağın iktisadi mahvını önleyecek hükümlerin koyulması ve bu konuda da suistimale varmamak kaydıyla esnek olunması gerekmektedir. Ancak, kural olarak, ihale şartnamesi ve sözleşmesinde yer almamışsa enflasyon ve kurdaki aşırı yükselmeler basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne dahil edilerek sözleşmenin yapılması aşamasından öngörülmesi beklenen durum olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁹.

3.2.4.2.3.6. Sözleşme Konusu Tesisatı İdareye Devretmek

PPP sözleşmesi belirli süreli yapıldığı için, bazı durumlarda, süre sonunda ortada kamu hizmeti sunan bir işletme tesisatı bulunmaktadır. Bu tesisatın da bazı sözleşmelerde idareye terk edilmesi gerekebilir. Ancak, bazı durumlarda bu tesisatın tamamının veya bir kısmının idareye terki zorunluluk halini alabilir. Bununla birlikte, idareye ter edilmeksizin sözleşmenin sona ermesinin sözkonusu olabileceği PPP uygulamaları görülmesi de mümkün bulunmaktadır.

Bu noktada işletme tesisatının devri hükmü uygulanırken bu “*tesisatın hizmetten ayrılabilir nitelikte olup olmadığına*” bakılmak gerektir. Zira, anılan tesisat ile hizmetin birleştiği, hizmetin sunulmasına ilişkin imtiyaz ile işletme tesisatının ayrıştırılamadığı durumlarda, tesisin devrinin zorunlu olduğu açıktır. Kanundaki bu zorunluluk Anayasanın 168.maddesinden kaynaklanmaktadır, Bu hususta Anayasa Mahkemesi⁷⁷⁰ ve Danıştay⁷⁷¹ kararları konuyu enerji üretiminde kullanılan kaynağın elde ediliş tarzı açısından değerlendirmiş ve *tesis ile doğal kaynağın birbirinden ayrıştırılabilir olup olmadığı kriterini* esas almıştır⁷⁷².

⁷⁶⁹ **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**, E: 1996/3653, K: 1996/3920, T: 16.04.1996, www.kazanci.com, 21.01.2008.

⁷⁷⁰ **AYMK**, E:1994/43, K:1994/42-2, T: 09.12.1994, **Resmi Gazete**, 24.10.1995, S: 22181.

⁷⁷¹ **Danıştay 1.Daire**, E: 2004/17, K: 2004/24, T: 05.03.2004.

⁷⁷² Bu hususta ek açıklamalar için bkz 2.14. Tabii Kaynakların Sadece İşletme Hakkının Verilebilmesi başlığı altındaki açıklamalar.

3.2.4.4.3. Finansörler

PPP projelerinde projenin nakit akışını kurmak ve korumak en önemli unsurlardan/risklerden birisidir⁷⁷³. PPP yapısının en önemli aktörleri finansörlerdir. Dünya üzerinde projelere bakıldığında ya sermaye yatırımcısı ortak (*equity investor/partner*) veya kredi veren sıfatıyla projeye katılan banka, finans kurumu ve fonlar kanalıdan finansmanın sağlandığı projelerin ağırlıkta olduğu görülmektedir. Hatta yukarıda da açıklandığı üzere, son yıllarda projelerin finansörlerce yönlendirildiği görülmektedir. Finansörler ile yapılan sözleşmeler niteliği itibarıyla kredi sözleşmesi veya ortaklık sözleşmesi şeklindedir.

Proje varlıkları, SPV'nin sahip olacağı tek varlıklar olduğundan; bunların tutarının, temerrüt halinde kredi miktarını karşılamaması halinde, kredi verenin rücu hakkı yalnızca SPV'ye yapılan sermaye yatırımının miktarıyla sınırlı olacaktır. Buna rağmen, kredi veren, sıklıkla proje sponsorlarından, onların ana şirketleri ve/veya proje şirketinin ana şirketlerinden, teminat şeklinde ek bir güvence ister⁷⁷⁴.

PPP yapısı içinde banka, müteahhit ve işletmecilerden biri ya da daha fazlasının hissedar olacağı bir SPV kurulması sözkonusudur. SPV'ye finans sağlanması için gerekli sözleşmeler, ana yüklenicinin ve alt-yüklenicilerin sözleşmelerinin yapılmasıyla aynı anda yapılır. Bunun için önkoşul, finans kuruluşlarına gerekli teminatı sağlayacak ve pay sahibi olmayı teşvik edecek yeterli gelir akışının sağlanmasıdır. Kısaca, şirketin hukuki ve fiili yapısı kredi riskinin kabul edilebilir olduğunu sağlayacak şekilde olmalıdır. İkinci dereceden teminatlı kredi de kullanılmaktadır (bu durumda alacaklı diğer alacaklılardan sonra alacağını tahsil edebilmektedir). Sözleşmenin bitimine kadar tüm mali yükümlülükler yerine getirilmelidir⁷⁷⁵. SPV yapısı yapılandırılırken “*kredilendirilebilir*” (*bankable*) bir yapı kurulması proje başarısının şartıdır. Buna ilave olarak hukuki yapının da işleyebilir bir ortaklık yapısı şeklinde kurulması, şirketin organlarının ve bu organların yetkilerinin ana sözleşmede belirginleştirilmiş olması gereklidir. Bu şartlar sağlandıktan sonra zaten bu şirket kendi kendini finanse edecek bir teminat durumuna gelmektedir. Devamında da projenin kredilendirmesinin yapılması ve kredi geri ödemelerinin de yapılmasını müteakip SPV amacına ulaşmış olmaktadır.

Tesislerin inşaa masrafı, rehin karşılığı borç (non recourse debt- şahsi sorumluluğun olmadığı ve rehin verilen malvarlığı ile sınırlı sorumluluğun olduğu kredi) ile temin edildiği için, kredi sağlayan özel sektör kuruluşları önemli miktarda ön ödeme gerçekleştirmelidir.

⁷⁷³ EREN Erdal, a.g.s., s. 29.

⁷⁷⁴ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 61.

⁷⁷⁵ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 113.

PPP yapıları, sermaye yoğun altyapı sözleşmeleri için proje riskini birden fazla katılımcıya dağıtması nedeniyle uygun görünmektedir. Zira bu durumda projenin başarısızlıkla sonuçlanması halinde herkesin zarar etmesi sözkonusu olacaktır⁷⁷⁶. Sonuç olarak, finansörler diğer katılımcıların muhtemel sorunların çözümü için ortaklaşa çalışacaklarından emin olmaktadır⁷⁷⁷. Başarılı bir PPP finansal yapısının iki şekilde kurulması mümkündür, iç kaynaklardan finansman ve dış kaynaklardan finansman. İhale yüklenicisi özkaynaklardan finansman sağlayacaksa yapıyı istediği şekilde kurması ve istediği kişi veya kişiler ile dilediği şekilde sözleşmeler yapması mümkündür. Ancak, çoklu katımlı bir SPV sözkonusu olacaksa ve özellikle de Kurumsal PPP modeli ile çalışılacaksa, proje riskinin proje ile menfaat ilgisi bulunan bütün taraflara, yapılacak sözleşmeler ile yayılmasında yarar bulunmaktadır.

Birçok PPP projesinde, projeyi üstlenen ve borçlanan, o projeye mahsus oluşturulmuş bir SPV olacaktır. Kredi verenler açısından mesele ele alındığında, SPV'nin sınırlı sorumlu olması nedeniyle ciddi bir risk faktörü olduğu görülecektir. SPV'nin aktifinde yer alan proje varlıkları alacaklıların tek güvencesi durumundadır⁷⁷⁸.

3.2.4.4.4. Alt-yükleniciler

Proje şirketinin kamu idaresine karşı sorumlulukları ve yükümlülükleri alanında ihtisas sahibi alt-yükleniciler tarafından yerine getirilmektedir. Altyükleniciler geleneksel modelde genelde SPV'in sermayedar olan yatırımcıdır. SPV tarafından alt-yüklenicilere devredilen işler; inşaat-yapım, ekipman tedariki ve bakım- işletim faaliyetleridir ve herbiri için ayrı sözleşme yapılmaktadır⁷⁷⁹.

AB Hukukunda alt yükleniciye işin devredilmesi konusunda da belirli kriterler getirilmiştir. Avrupa Birliği bazında belirli ihale kriterlerine uyularak, işi veren konumuna geçmeksizin ve yükümlülüklerini devretmeksizin işin alt yüklenici üçüncü şahıslara verilmesi imkanı vardır. Temel olarak özel ortak işin tamamını veya bir kısmını devredebilir. Buna rağmen idare ile yapılan sözleşmelerde işin ne kadarının alt yüklenicilere

⁷⁷⁶ Başarıya ulaşamamış bir PPP projesi ve bu başarısızlığın nedenleri üzerine raporlar için bkz.; **National Audit Office**, The Termination of the PFI Contract for the National Physical Laboratory, Report By The Comptroller And Auditor General, HC 1044, Session 2005-2006, 10 May 2006; **House of Commons Committee of Public Accounts**, The Termination Of The PFI Contract For The National Physical Laboratory, Fifteenth Report of Session 2006-07, London 13.03.2007.

⁷⁷⁷ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 113.

⁷⁷⁸ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 61.

⁷⁷⁹ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 113.

devredileceği hususunda belirlilik sağlanması talep edilebilir⁷⁸⁰. Bu yolla topluluk iç pazarında rekabetin korunmasının sağlanması hedeflenmiştir. Bu yapılırken de işin yapılmasını engelleyecek veya değişen şartlara göre yeni alt yüklenici seçilmesini engelleyecek uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki yapılan konsültasyon çalışmalarında alt yüklenicilerin kamu otoriteleri tarafından denetimlerinin zorluğu, ana yükleniciye karşı alt yüklenicilerin sorumluluklarından doğan aksaklıklar dile getirilmiştir⁷⁸¹. Bununla birlikte Türk Hukukunda alt yüklenicinin sorumluluğu akitlerin nisbiliği ilkesi içinde değerlendirilecektir. Bu hususta yapım unsurunun incelendiği kısımda gerekli açıklamalar yapılmıştır.

3.2.4.4.5. Danışmanlar

Danışmanlar finansal, hukuki, teknik ve diğer konularda hem kamu sektörüne, hem de özel sektöre PPP'nin yapılandırılması hakkında danışmanlık yapmaktadırlar. Kamu tarafı danışmanlara, her bir PPP türü sözleşmede bağımsız denetim sağlaması ve uygulaması, kamu alımına katma değer sağlaması için başvururlar. Sponsorlar ise projeye ihale teklifinde bulunmak için ya dışarıdan danışmanlık hizmeti alırlar ya da firma içinde çalışan (in-house) ekiplerini kullanırlar. Finansörler ise, projenin finansal açıdan elverişliliğinin incelemesi ve finansman için teminat olan gelir akışına bağlı riskleri değerlendirmesi için danışmanlara başvurumaktadırlar⁷⁸².

⁷⁸⁰ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004, Paragraf 51,52.

⁷⁸¹ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Report on the Public Consultation on the Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brussels, 3.5.2005, SEC(2005) 629, s. 27.

⁷⁸² GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 113.

3.2.4.4.6. Değerlendirme Kuruluşları

Projelerin finansmanı borç senedi çıkarma yoluyla gerçekleştiğinde kredi derecelendirme kuruluşlarına söz konusu borç için kredi derecelendirme sağlamaları amacıyla başvurulmaktadır. Genellikle bu kuruluşlara projenin hazırlanması sürecinde çok erken aşamalarda başvurulur. Böylece krediyle dair kaygılar erken bir aşamada belirlenir ve bu doğrultuda yeni bir yapı geliştirilebilir (örneğin SPV'deki öz sermaye kapsamının değiştirilmesi). Ayrıca kredi miktarının artırılmasında sigorta kurumlarına da başvurulabilmektedir⁷⁸³.

3.2.4.4.7. Sigorta Kurumları

Sigorta kurumları proje finansmanında riskin siyasi veya ticari olduğunu gözetmeksizin riskin pekiştirilmesini sağlamaktadır. Genellikle sigorta kurumları proje sponsorları ve borç verenleri ile yakın bir ilişki içerisinde çalışmaktadırlar. Bu çalışmanın sonucunda bir sigorta paketi üreterek riskleri makul bir fiyatlandırma ile sınırlamaktadırlar. Kredi kurumları arasında kredi borcu riskini kapsayan alt sigorta sektörü oldukça yenidir. Bu "monoline" sigortacıları, piyasanın riske fazla değer biçmesi durumunda kredi riskini arbitraj vasıtasıyla başka piyasalarda daha ucuza değerlendirerek çoğu zaman proje finansmanında fazladan değer katmaktadırlar⁷⁸⁴. Ancak, sigorta işlemlerinde yetki hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir⁷⁸⁵.

3.2.5. MENKUL KIYMETLEŞTİRME

Dünya proje finansman uygulamalarına bakıldığında menkul kıymetleştirmenin de yaygın olduğu görülmektedir. Hatta son yıllarda PPP projelerinin bir yatırım ortaklığı şekline getirilmesine ilişkin hukuki düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Ülkemizde de SPK nezdinde yapılan bir çalışma ile “*Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği, Seri: VI, No: 24,*”⁷⁸⁶ yapılmış ve yürürlüğe girmiştir⁷⁸⁷. Tebliğ, altyapı gayrimenkul yatırım ortaklıklarının kurucularına ve kuruluş usullerine, portföy işletmeciliği

⁷⁸³ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 114.

⁷⁸⁴ GRIMSEY/LEWIS, a.g.e., s. 114.

⁷⁸⁵ Ayrıca ruhsatnamesiz bir sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmesinin hukuki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; MEMİŞ Tekin, Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı İle Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukuki Durumu ve Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 467.

⁷⁸⁶ Resmi Gazete: 29.01.2009, S: 27125.

⁷⁸⁷ Altyapı gayrimenkul yatırım ortaklıkları, küçük yatırımcıların gelir getiren büyük ölçekli gayrimenkul yatırımlarına ortak olmalarına imkan veren finansal kuruluşlardır.

faaliyet izinlerine, organizasyon yapılarına, ihraç edecekleri sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasına, yatırım faaliyetlerine, kamuyu aydınlatma ve yatırımcıların bilgilendirilmesi yükümlülüklerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla ve 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin (o) bendi ile 35 ve 36 ncı maddelerine ve 8/11/1998 tarihli ve 23517 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri:VI, No: 11 sayılı “Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği”ne dayanılarak düzenlenmiştir. Mevzuat bütünlüğü açısından doğru bir adlandırma yapılmadığı. Bunun yerine adının “*Kamu Projeleri Yatırım Ortaklığı*” veya “*Kamu Özel Sektör İşbirliği Yatırım Ortaklığı*” olması gerektiği kanısındayız. Altyapı gayrimenkul yatırım ortaklıkları vasıtasıyla sermaye piyasalarından hisse senedi ihracı ile uzun vadeli ve daha düşük maliyetli kaynak temin edilebilmekte ve yatırım riski kamu ve özel sektör ve menkul kıymete yatırım yapanlar arasında paylaşılabilmektedir⁷⁸⁸. Küçük yatırımcılar bu yol ile gelir getiren büyük altyapı yatırımlarına ortak olabilmektedir⁷⁸⁹. Ayrıca altyapı yatırımlarında menkul kıymetleştirmenin işlerlik kazanabilmesi için projenin güvenilirliğinin ve şeffaflığının sağlanması gerekliliği proje üzerindeki kamuoyu denetimini ve desteğini de artıracaktır⁷⁹⁰. Gayrimenkul yatırım ortaklıkları şirketlerindeki bağımsız yönetim kurulu üyeliği yapısı projelerde doğru ve yansız karar alınmasını sağlar ve bu süreçte borsa ve SPK denetimi projelerin yasalara, sözleşmelere ve standartlara uygun yönetimini garanti altına alır⁷⁹¹.

3.2.5.1. Genel Olarak PPP Projelerinde Menkul Kıymetleştirme

PPP Projelerinde menkul kıymetleştirme önemli bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Projenin *hisselerinin* tamamının veya bir kısmının içinde bulundukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya

⁷⁸⁸ **AKÇAY Belgin**, Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Kamu Sektörü, SPK- Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.

⁷⁸⁹ **CUMURCU Bekir**, Sermaye Piyasası Kurumları ve Araçlarının Kullanımı Yoluyla Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansmanı, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006, Slayt 5.

⁷⁹⁰ **YETGİN Feyzullah**, Kamu-Özel Sektör İşbirliği Modeli; Konut Üretiminde ‘Arsa Satışına Yönelik Gelir Paylaşımı Uygulamaları’, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 14 Sayı 1, 2006., s. 199; **DÖNMEZ Çetin Ali**, Kamu Altyapı Yatırımları ve Borsa, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006, Slayt 9; **TUNCCEL Kürşat**, Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları (PPP) Modelinde Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Rolü, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploadimg/sunumlar/ktuncel.pdf>, Erişim: 10.01.2005, Slayt 14.

⁷⁹¹ **TUNCCEL**, a.g.s., Slayt 14-15.

özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması mümkündür. Ancak, tabi kaynaklar hakkında ve mevzuatta mülkiyetin devrinin yasaklandığı sair alanların bulunması halinde mülkiyetin özel sektöre devri sonucunu doğuracak işlemler yapılamayacağı için bu nitelikteki projelerde menkul kıymetleştirmenin de yapılamaması gerektiği kanısındayız.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanunun 4105 sayılı Kanunla değişik 37/a maddede yer alan hüküm karşısında, 3996 sayılı Kanuna göre yapılan sivil amaçlı liman ihalelerinin yabancı şirketlere % 49 sermaye payı oranına bağlı kalmaksızın verilebileceğine karar verilmiştir⁷⁹². Bu kararla 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirmelerde, yabancı sermaye kısıtlamasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Daha sonra, yapılan kanun değişikliği ile mesele tamamen çözümlenmiştir. Dolayısıyla Limanlar hakkında yapılacak PPP uygulamalarında menkul kıymetleştirme yapılması da mümkündür.

3.2.5.2. Menkul Kıymetleştirme Yöntemleri

Türk Hukukunda izin verilen menkul kıymetleştirme yöntemlerinin tamamının PPP projelerinin mahiyeti ile uyumlu olduğu sürece PPP projelerine de uygulanması mümkündür. Menkul kıymetleştirmelerde, gerek SPV'nin hisselerinin ve gerekse de mevzuatta açıkça izin verilmesi halinde SPV'nin konusu olan varlıkların menkul kıymetleştirilmesi mümkündür.

3.2.5.2.1. Halka Arz

Dünyada yaygın PPP uygulamalarından biri olan halka arz, aynı zamanda zor bir prosedürü içerir. Halka arz yoluyla satış yönteminde ihale programına alınan projenin/yüklenici şirketin/SPV'nin hisse senetleri bireylere ve/veya özel kuruluşlara tamamen ya da kısmen satılmaktadır. Bu yöntem, *mülkiyetin yaygınlığını* sağlamanın ve *sermaye piyasalarını geliştirmenin* de en önemli araçlarından birisidir⁷⁹³. Pozitif hukukumuzda göre, halka arz yöntemi, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn), ve Tebliği ile İMKB'nin çalışma usul ve esaslarını düzenleyen mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 3. maddesinde halka arz kavramını tanımlamıştır. Buna göre halka arz; “*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer*

⁷⁹² Danıştay 1. Daire, E:1997/6, K:1997/8, T: 24.01.1997.

⁷⁹³ BAYTAN, a.g.e., s. 291; YAŞAR, (Yöntemler), s. 57.

piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını” ifade eder⁷⁹⁴. Halka arz uygulamalarına ilişkin esas ve usuller bu kanunla düzenlenmiştir. Bu kanunun konulmasının amacı da halka arz suretiyle satışın amacına paralel olarak “*tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın ekonomik kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak*” şeklinde ifade edilmiştir. Yine bu kanun ile, sermaye piyasalarının faaliyetlerine ilişkin gerekli düzenlemelerin Sermaye Piyasası Kurulunca yapılacağı hüküm altına alınmış (m.22) ve bu çerçevede, kanunla yapılan düzenlemelere ek olarak Kurulca çıkarılan “Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzında Satış Yöntemlerine İlişkin Esaslar Tebliği (Halka Arz tebliği)”⁷⁹⁵ ile PPP kapsamında yapılacak halka arz uygulamaları konusunda düzenlemeler getirilmiştir. Bu kanun ve tebliğ ile getirilen en önemli husus, küçük tasarruf sahiplerinin, yatırımcıların haklarının korunmasıdır.

Halka arz ve çalışanlara satış yöntemlerinde yasal düzenlemeler gereği bir takım ortak aşamalardan geçilmesi gerekmektedir. Bunlar; (1) Kurul’un arz için kayda alması, (2) Aracı kurum/kurumların tespiti, (3) Bilgi dokümanlarının hazırlanması, (4) İMKB’ye başvuru, (5) İlan, izahname ve sirkülerin yayımı, (6) Halka arz işlemleri ve hisse senetlerinin arz sonrasında İMKB’de işlem görmesi, (7) şeklinde sıralanabilir⁷⁹⁶.

PPP ile ilgili halka arz, ilgili Proje Şirketinin hisselerinin satışını gerektirdiğinden sermaye piyasası bakımından bir ihraç söz konusudur. Bu bakımdan kapsamdaki kuruluşların, birer ihraççı olarak sermaye piyasası mevzuatına tabi olmaları gündeme gelmektedir⁷⁹⁷. SPKn m.3’deki tanımıyla ihraç; sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından halka arz edilerek veya edilmeksizin satılmasıdır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’da açıkça, hisselerin yurt içi ve yurt dışında halka arz, borsada satış, menkul kıymetler yatırım fonları veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle özelleştirilmelerinin sermaye piyasası mevzuatına tabi olduğu belirtilmiştir (m. 18/I-C .f). Bu yetki ÖİB’ye Kanunla verilmiştir, konu mülkiyet hakkına ilişkin olduğu için menkul kıymetleştirmenin kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda mevzuata bütünlüğünün sağlanması zımında SPKn’ya atıf yapılması

⁷⁹⁴ 28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı Kanun, **Resmi Gazete**, 30.07.1981, S: 17416, geniş açıklama için bkz. **KARABABA Serdar**, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara, 2001.

⁷⁹⁵ **Resmi Gazete**, 27 Ekim 1993, S., 21741.

⁷⁹⁶ **KARABABA**, a.g.m., s. 34.; Ayrıca bkz. http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/ozellestirme_yontemleri.htm.

⁷⁹⁷ **KARABABA**, a.g.m., s. 36.

yerinde olacaktır. Bu hükme benzer bir hükmün yapılacak PPP Kanununda da yer almasında yarar bulunmaktadır.

SPKn'nun uygulanması bakımından kapsamına, "sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, halka arz ve satışı işlemleri, bu araçları ihraç ve halka arz edenler, SPKn m. 40 çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları ve Kurul" girmektedir. Kapsam içinde kabul edilen faaliyet ve kurumlar SPKn'ya tabi olmaktadır.

PPP aşamasında halka arz, Proje Şirketinin (SPV) hisselerinin satışını gerektirdiğinden sermaye piyasası bakımından bir ihraç söz konusudur. Bu bakımdan PPP yöntemlerinden biri olan "Halka Arz Yoluyla PPP'nin" halka arz ayağında özelleştirme kapsamındaki kuruluşların, birer ihraççı olarak sermaye piyasası mevzuatına tabi olmaları gündeme geldiği gibi⁷⁹⁸, PPP projesini yürüten SPV'nin de bir ihraççı olarak sermaye piyasası mevzuatına tabi olması sözkonusu olacaktır. SPKn m.3'deki tanımıyla ihraç; *sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından halka arz edilerek veya edilmeksizin satılmasıdır*. İhraççılar, anonim ortaklıklar, mevzuata göre PPP kapsamına alınan projenin yüklenicisi olan SPV'lerdir. Mevzuata göre kapsama alınanlar dahil kurumsal PPP'de kamu ortakları da ihraççı sıfatını alacaklar ve hisse senetlerini halka arz edecekler. Zira her türlü sermaye piyasası aracı ihraç eden, SPK'nın ihraççı olarak tanımladığı tüzel kişiler ve halka açık anonim ortaklıklar ihraççı sayılmaktadır⁷⁹⁹.

Sermaye piyasasının önemli unsurları arasında kabul edilen halka açık anonim ortaklıkları⁸⁰⁰ ve özelde çalışma konumuzu oluşturan PPP yoluyla halka açılmayı açıklamak için halka arz kavramını incelenmelidir.

3794 sayılı Kanunla değişik 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Halka arz; sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklığın sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder (SPK m. 3/c f.2).

Buna göre halka arz, mevcut hisse senetlerinin halka satılması şeklinde olabileceği gibi, sermaye artırımı yoluyla yeni çıkarılacak hisse senetlerinin halka satılması suretiyle de olabilir.

⁷⁹⁸ KARABABA , a.g.m., s. 36.

⁷⁹⁹ Ayrıntı için bkz. ÜNAL Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara, 1999, s. 21; KARABABA, a.g.e., s. 74 vd.; KARABABA , a.g.m., s. 37.

⁸⁰⁰ Ayrıntı için bkz. KARABABA, a.g.e., s. 74 vd.

Hisse senetlerinin alınması için halka çağrıda bulunmayan ortaklıkların hisse senetlerini borsaya kote ettirmeleri ve bunların borsada işlem görmesiyle geniş bir yatırımcı kitlesine hitap etmeleri söz konusu olduğundan, yatırımcının korunması bakımından bu işlemler de halka arz sayılmıştır⁸⁰¹.

Özelleştirmede olduğu gibi, PPP uygulamasında halka arz yöntemi, “*gerçek halka arz*” olarak da tarif edilebilecek olan SPV’nin hisse senetlerinin satın alınması için her tür yoldan halka çağrıda bulunmak ve halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında tahsisli satışı kapsamaktadır⁸⁰².

Hisse senetlerinin halka arz yoluyla ihracını gerçekleştirecek olan Kanun (SPKn) kapsamındaki kuruluşlar için öncelikle Kurul kaydına alınma işleminin gerçekleşmesi gerekmektedir. Kurul’un kayda almasına ve ortaklıkların kuruluş aşamasında veya faaliyetleri sırasında mevcut ya da artırılan sermayelerini temsil eden hisse senetlerinin halka arzına ilişkin ilke ve esaslar Seri I No:26 sayılı Tebliğ⁸⁰³ ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Seri I No: 26 sayılı Tebliğ’ in 2. maddesinin f. 2 (d) bendi ile ortaklıkların hisse senetlerinin halka arzında halka arz edilecek hisse senetlerinin kayda alınması için Kurul’a başvurulması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür.

Sermaye piyasası, küreselleşmeye paralel olarak bütün sektörlerle hakim olan rekabetçi bir ortamda yeni yatırımlar yapmak zorunda olan şirketlere, kaynak temini noktasında çok önemli fırsatlar sunmaktadır.

Ülkemizde halka arz yöntemiyle gerçekleştirilen projelerin sayısı oldukça azdır. Bunun nedenleri, siyasi ve ekonomik istikrarsızlıklar ile küresel ekonomik olumsuzlukların ülkemiz ekonomisini çok derinden etkilemesi ve menkul kıymetleştirmenin sektörde yaygın olarak kullanılmasının başlamamış olması gibi nedenlerdir. Örneğin, 1986–2007 yılları arasında yapılan özelleştirmelerde halka arz uygulamasının oranı %17’de kalmıştır⁸⁰⁴. Türkiye’de ilk halka arz uygulaması 1988 yılında TELETAS A.Ş.’nin hisselerinin %22’sinin, 41.695 kişiye satılması ile gerçekleştirilmiştir⁸⁰⁵. Daha sonraki yıllarda İş Bankası’nın ve TÜPRAŞ’ın özelleştirmelerinde de sermaye piyasasının geliştirilmesi ve

⁸⁰¹ SP Mevzuatı, SPK. Gerekçeleri, s. 52; ayrıca bkz. **KARABABA**, a.g.m., s. 36.

⁸⁰² **GÜNAL Vural**, Sermaye Piyasası, s. 502; **KARABABA**, a.g.m., s. 36.

⁸⁰³ Bkz. “Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği”, Seri I No: 26 sayılı **T. Resmi Gazete**, 15. 11. 1998, S: 23524.

⁸⁰⁴ http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm, erişim: 17.01.2008.

⁸⁰⁵ **BAYTAN**, a.g.e., s. 294.

küçük tasarrufçu tabanının genişletilmesi amaçlanarak halka arz yöntemi uygulanmıştır. TÜPRAŞ'ın halka arzında arz edilen hisselerin %91'i mensuplarına ve küçük tasarruf sahiplerine satılmış, 369.000 kişi hisse senedi almıştır⁸⁰⁶.

Halka arz, bedelsiz hisse dağıtımı yoluyla Avrupa'da uygulanarak, özelleştirmeye karşı duran, yönetici, işçi, mahalli idarelerin dirençleri kırılmış ve bu ülkelerde kamuoyunun özelleştirme lehine çevrilmesinde bu yöntem etkili olmuştur⁸⁰⁷. PPP uygulamalarında da aynı yöntemlerin izlenmesi mümkün olacaktır.

3.2.5.2.2. Gerçek veya Tüzel Kişilere Blok Satış

Blok satış, "SPV kapsamında bulunan belirli payların tamamının ya da bir kısmının grup halinde satışa çıkarılması" şeklinde tanımlanabilir. Bu yöntemin Proje Finansmanı alanında en yaygın kullanımı şirkette finansör olan veya sponsor olan ortakların kendi hisselerinin tamamını blok satış yöntemi ile satarak ortaklıktan ayrılmalari veya yeni sermaye toplamalarıdır. Bu noktada özellikle SPV içinde rol almış bulunan İdare ortaklıktan çıkmak istediği zaman buradaki hisselerini blok satış yolu ile satarak ortaklıktan ayrılabilir.

Blok satış yönteminin bir PPP finansman yöntemi şeklinde kullanılması da mümkündür. Projesi hazırlanıp, şirketi kurup şirketteki bir kısım hisseleri blok satarak özel ortağın – sponsorların belirlenmesi de bir yöntemdir. İhale komisyonlarınca yapılan ihale sonucunda verilen teklifler değerlendirilip, ihale sonucu onay için KPYK'ya sunulurak, uygun görülüp onaylanması halinde ihale lehine sonuçlanan taraf ile ortaklık yapılacaktır. Bu süreç, özelleştirmede olduğu gibi, ihale sonucu belirlenen firmanın KPYK tarafından da onaylanmasını müteakip, hisse satış sözleşmesinin imzalanması ve hisselerin "devir tutanağı" ile alıcıya intikaliyle sonuçlanacaktır⁸⁰⁸.

Blok satış uygulamalarına bir takım eleştiriler gelmektedir. Bu eleştirilerin dayanak noktası kamu paylarının bir blok olarak tek bir yatırımcının eline geçmesinin rekabeti azaltabileceği ve tekelleşmeye yol açabileceğidir. Yine blok satış suretiyle bazı stratejik kuruluşların yabancıların eline geçebileceği de ifade edilmektedir. Oysa, hukuk sistemimizdeki mevcut düzenlemeler bu endişeleri giderici niteliktedir⁸⁰⁹. Örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri meydana gelecek birleşme ve devralmalar neticesinde rekabetin sınırlandırılması sonucunun doğmasını engelleyici

⁸⁰⁶ http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm, erişim: 28.01.2008.

⁸⁰⁷ YAŞAR, Yöntemler, s. 58.

⁸⁰⁸ KARABABA, a.g.m., s. 32

⁸⁰⁹ YASİN a.g.e., s. 110.

hükümler içermektedir. Bunun yanında, 4046 sayılı kanun ile kabul edilen ilkeler arasında stratejik konu ve kuruluşlarda devletin denetimini sağlamak üzere imtiyazlı hisse oluşturulması gibi önlemler de kabul edilmiştir. Bu ilkenin PPP alanında da tatbikinin sağlanması mümkündür.

1986-2007 yılları arasında yapılan özelleştirmeler içinde blok satış uygulamalarının payı %61'dir ki bu oran blok satış yönteminin ülkemizde en çok tercih edilen özelleştirme yöntemi olduğunu da göstermektedir⁸¹⁰. Bunun sonucu olarak 1986 – 2007 yılları arasında bu yöntemle yapılan özelleştirmelerden elde edilen toplam gelir 18.158.793.478 USD tutarındadır⁸¹¹. Bu meblağa ulaşılmasındaki en büyük etken, son yıllarda kamuya ait büyük şirketlerin blok satış yöntemiyle özel sektöre devridir. 2005 yılında Türk Telekom'un 6.550.000.000 USD bedelle yatırımcıya devri, Türkiye'nin özelleştirme geçmişindeki en büyük hamlesini teşkil etmektedir. Yine bunun ardından 2006 yılında gerçekleştirilen TÜPRAŞ ve ERDEMİR'in blok satış suretiyle özelleştirilmesinden de sırasıyla 4.140.000.000 USD ve 2.770.000.000 USD gibi ciddi meblağlar hazineye aktarılmıştır. Yapılan bu satışlar ülkemize çok ciddi bir yabancı sermaye girişi sağlamış ve ülkemizin uluslararası piyasalarda güvenilirliğini artırmakla kalmamış ülkemizin ekonomik büyüklüğünü de artırmıştır. PPP uygulamalarında da blok satış yönteminin yaygın kullanılması mümkündür zira, bu yolla belirli bir yatırımcı grup SPV içinde hissesi oranında da söz sahibi olabilmektedir. Kanaatimizce, istenilen ortaklık kompozisyonuna uygun şekilde hisselerin peyderpey ihaleye çıkılması da bir avantaj olacaktır.

Blok satışta satışa konu şirketin sahip olduğu hak ve yükümlülükler, alacak ve borçlar da satışla birlikte yeni alıcısına intikal eder. Danıştay bir kararında kamu kuruluşunun sahip olduğu maden ruhsatının da blok satışla birlikte yeni alıcısına geçeceğine hükmetmiştir⁸¹².

Blok satışın bir şirket hisse satışı olduğu ve dolayısıyla şirketin aktifinde ve pasifinde yer alan her türlü unsurun da şirket envanteri olarak şirkete ait olduğu, hisselerin ise bu envanterde tasarruf yetkisi veren yönetim yetkisi verdiği unutulmamalıdır. Yukarıdaki karara konu olan olayda, uyuşmazlığın nedeninin, şirketin hisselerinin devredilmesinin şirkete ait unsurları şirketten ayırma hakkı vermeyeceği gerçeğinin göz ardı edilmesinden, yani kısaca, şirketin tüzel kişiliğinin göz ardı edilmesinden kaynaklandığı görülmektedir. Burada bir hususa dikkat edilmelidir, devredilen maden üzerinde mülkiyet hakkı değil,

⁸¹⁰ http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yonteme_gore.htm, erişim:17.01.2008.

⁸¹¹ http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm, erişim:17.01.2008.

⁸¹² **Danıştay 13. Daire**, E: 2005/269, K: 2005/975, T: 28.02.2005.

sadece maden üzerindeki hakkın kullanımıdır. Bu yönüyle tabii kaynakların devredilmezliği ilkesinin de ihlal edilmediği görülmektedir.

3.2.5.2.3. Gecikmeli Halka Arzı İçeren Blok Satış

Bu yöntem, şirketin hisselerinin belli bir bölümünün belli bir süre içinde halka arz edilmesi şartıyla blok satış yöntemiyle satılması olarak tanımlanabilir. Yani bu yöntem, hem halka arz hem de blok satış usullerinin birlikte uygulandığı bir sistemi, süreci ifade eder. Bu sistemde, işlemlere blok satış yöntemi ile başlanıp, halka arz uygulamasına daha sonra geçileceği için ilk etapta, blok satışa ilişkin olarak getirilen usul ve esaslar uygulanacaktır. Blok satış suretiyle yapılan işlem müstakil bir işlem olmayıp bu işlem, devamında yapılacak olan halka arz uygulamasıyla birlikte bir bütün olarak tek bir işlemi oluşturacaktır.

Alıcıya, blok olarak satın aldığı hisselerin bir bölümünü, satış tarihinden itibaren belli bir süre içinde halka arz etmesi şartı sosyal politikanın bir gereği olarak satış kararlarında ve ilgili alım satım sözleşmesinde öngörülmektedir. Dolayısıyla alıcı, sözleşmeyle öngörülen süre içinde halka arz taahhüdünde bulunmakta, bu taahhüdün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak müeyyideler de satış kararı ve taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenmektedir⁸¹³.

Gecikmeli halka arzı içeren blok satış, her ne kadar teorik olarak uygulanabilir görünse de bu yöneme ilişkin esas ve usullerin mevzuatımızda açık bir şekilde düzenlenmemiş olması uygulamada bir takım aksaklıkların, duraksamaların oluşmasına sebep olmaktadır.

Ülkemizde gecikmeli halka arzı içeren blok satış yönteminin tek örneği, 1989 yılında, kısa adı, ÇİTOSAN olan Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi A.Ş.'ne ait 5 adet bağlı ortaklık statüsündeki çimento fabrikalarının özelleştirilmesi uygulamasıdır. Bu örnekte, bu 5 çimento fabrikası 30.04.1987'de özelleştirme kapsamına alınmış; yapılan ihale sonucunda Yüksek Planlama Kurulunca 09.05.1989'da verilen kararla Fransız SCF firmasına satışına ve akabinde, bu iştiraklerdeki kamu paylarının 5 yılı aşmayacak bir süre içinde *öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satılmasına* karar verilmiştir. YPK'nın bu kararı idari yargıya taşınmış ve önce Ankara 1. İdare Mahkemesi işlemin iptaline karar vermiş⁸¹⁴, bu karar idare tarafından temyiz edilmişse de Danıştay tarafından temyiz itirazları reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Özelleştirme işleminin iptali talebiyle idare mahkemesinde dava açılmış olması ve daha sonra da

⁸¹³ KARABABA, a.g.m., s. 33.

⁸¹⁴ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.'nin 30.03.1990 tarih, 1989/3352, K: Esas, 1990/977, T: 30.03.1990. Karar sayılı iptal kararı.

mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi nedeniyle ortaya çıkan belirsizlik karşısında, alıcı firmanın halka arz başvurusu Sermaye Piyasası Kurulunca uygun görülmemiş, bu nedenle de halka arz uygulaması öngörülen süreler içinde gerçekleştirilememiştir⁸¹⁵.

Görüldüğü gibi bu uygulamanın hukuki altyapısının yeterince ve gereği gibi düzenlenmemiş olması (örneğin hisse satış sözleşmesinde alıcının halka arz yükümlülüğünü yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde buna ilişkin ne tür bir yaptırımın uygulanacağını, tazminat, cezai şart vs. belli olmaması) bu yöntemden beklenen yararı önlemekte ve bu sebeplerle tercih edilmemesine yol açmaktadır. Ancak kanaatimizce, bu yöntemin eksikleri izale edilerek uygulamasının yaygınlaştırılması ülkemizdeki kurumsal şirket sayısının artmasına neden olacaktır. Hatta, kanaatimizce, işletme süresi dolan yüklenicilerin hisselerinin sözleşme süresi sonunda halka arzı şartının koyulması ve gecikme süreci olarak da sözleşme süresinin belirlenmesi veya sözleşme süresinin de kademeli olarak belirlenip belirlenmiş her periyodun sonunda hisselerin bir kısmının daha halka arzının sağlanması şirketlerin kurumsallaşmasını ve çok uzun süre yürürlükte kalacak PPP sözleşmelerinin yapılmasını sağlayıcı olacaktır.

3.2.5.2.4. Çalışanlara Satış

Çalışanların mülkiyet sahipliği veya pay ortaklığı olarak yaygınlaşan ve çalışanların çalıştıkları şirketlere ortak olmasını ifade eden bu konu, son yıllarda büyük ilgi görmekte ve bu konuda başta ABD olmak üzere birçok araştırma yapıp, çalışanların mülkiyet sahibi olduğu işletmelerin artmasını teşvik eden yasalar çıkarılmaktadır⁸¹⁶.

PPP sözleşmesine konu bir şirketin kendi çalışanlarına satışı, kuruluşların hisselerinin satışı suretiyle ya da varlıklarının devri yoluyla gerçekleştirilebilir. Uygulamada, çalışanların hisse sahibi olacakları bir şirket kurarak PPP ihalesine katılmalarına teorik olarak bir engel bulunmamaktadır. Aslında bu yöntem, bağımsız bir metod değil, sadece, satış yönteminin bir uygulama biçimidir. Bu model, gelişmemiş ülkelerdeki özelleştirmelerde sürecin başlamasına doğal bir dayanak sağlanırken, gelişmiş ülkelerde özelleştirmeyi hızlandırıcı bir etkiye sahiptir⁸¹⁷. Aynı yöntemin PPP uygulamalarında da kullanılması mümkün bulunmaktadır. Bu yolla çalışanların iş tatmini ve motivasyonu da

⁸¹⁵ BAYTAN, a.g.e., s. 301.

⁸¹⁶ ERSÖZ Halis Yunus/ÖZDEMİR Süleyman/YAVUZ Arif/AKGEYİK Tekin/ŞENOCAK Hasan, Özelleştirme ve Çalışanların Mülkiyet Sahipliği: Kardemir Örneği, İstanbul 2004, s. 13.

⁸¹⁷ ERSÖZ/ÖZDEMİR/YAVUZ/AKGEYİK/ŞENOCAK, a.g.e., s.28.

artmış olacağı gibi, modern kölelik olarak anılan maaşlı çalışma yerine ortaklık esası benimsenmiş olacaktır.

Bu uygulamanın yararlı tarafları olduğu gibi sakıncalı yanları da vardır. Öncelikle bu yöntem sayesinde sermayenin tabana yayılması ve özel mülkiyetin yaygınlığının artırılması sağlanmış olmaktadır. Bununla birlikte psikolojik faktör yani mülkiyet (sahiplik) duygusu da çalışanların performansını olumlu yönde etkileyecektir. Zira iş gücünün sermayeye ortak olması durumunda, çalışan-yatırımcılar, deyim yerindeyse “kendi işlerini kendileri satın almaktadırlar”⁸¹⁸. Serbest rekabet ortamının oluşmasına destek olan bu sistem aynı zamanda işsizliğin azaltılmasına ve sosyal barışın sağlanmasına da katkı sağlamaktadır. Hatta bazen, işletmeyi kapatmanın tek alternatifi çalışanlara satış olarak ortaya çıkmaktadır⁸¹⁹. Ancak bu olumlu etkiler zamanla ortadan kalkabilir. Şöyle ki; çalışanlara ait payların şirket sermayesinin çoğunluğunu teşkil etmesi durumunda, işletmede yapılacak büyük yatırımlarda bir takım finansman sorunları yaşanabilir. Yine çalışanların ölüm, emeklilik gibi çeşitli sebeplerle şirketle bağlarının kesilmesi halinde hisseleri başkalarına devredilecek ve zamanla çalışanların paylarının oranı düşebilecektir.

Dünyada çok sayıda ülkede örnekleri görülen bu uygulamaya özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de çok yaygın bir şekilde rastlanmaktadır. Bu iki ülkede çalışanların sermaye paylarına ortaklıklarının sağlanması amacıyla çeşitli yasal düzenlemeler ve ortaklık sistemleri geliştirilmiştir. İngiltere’de 1979 yılında iktidara gelen Thatcher Hükümeti, sermayenin tabana yayılmasını amaç edinmiş ve bu yolla, özelleştirilen kuruluşlardaki payların büyük bölümünün sermaye ihracı suretiyle satılması yolu seçilmiş ve ilgili kuruluşun çalışanlarının pay ortaklığının sağlanması amacıyla onlara kolay kredi ve düşük fiyat uygulaması gibi çeşitli kolaylıklar sağlamıştır. Örneğin British Telecom’un 1984’deki kısmi satışında, sermayesinin %50.2’si olan 3.012 milyon hisse, çalışanlarına satılmıştır⁸²⁰. ABD uygulamasında yasal düzenlemelerin öngördüğü vergi muafiyetleri ve kredi kolaylıkları ile çalışanların daha fazla sermaye birikimi sağlayabildikleri bu sistem, bu uygulamayı gerçekleştiren kuruluşa da ciddi bir finansman girişi sağlayarak mali sıkıntılarını aşmasına da destek olmaktadır. PPP uygulamalarında da çalışanların hissedar olmasına imkan verecek olan bu modern yöntemin benimsenmesi projenin işgücü faktörü riskini de azaltacaktır. Özellikle yönetim kadrosu ve stratejik personelin tamamına pay alma hakkı tanınması veya en azından bir grup pay üzerinde intifa hakkı sağlanması yolu ile

⁸¹⁸ **GÜROL Mehmet Ali**, Bir Sosyal Özelleştirme Yöntemi - Çalışanların Pay Ortaklığı (Türkiye Uygulaması), HAK-İŞ Yayınları No: 18, Ankara 1994, s. 16.

⁸¹⁹ **ERSÖZ/ÖZDEMİR/YAVUZ/AKGEYİK/ŞENOCAK**, a.g.e., s. 29, ayrıca s. 49.

⁸²⁰ **GÜROL**, a.g.e., s. 21.

yönetime katılma ve mali riskleri paylaşma imkanı verilmelidir. Pay üstünde intifa hakkı sağlanması intifa hakkı sahibine, yönetime oy kullanma hakkı kullanarak katılma hakkı ve kar paylarından yararlanma, sermaye paylarının sona ermesinden doğan itfa bedeli alma, tasfiye payı hakkı ve rüçhan hakkı gibi mali haklar tanır⁸²¹. Böylece çalışanların hem yönetsel hem de mali hakları olacak ayrıca katma değer ürettikleri kurumda kendilerine ait haklar olması verimliliği artıracaktır.

Ülkemizde bu uygulamanın ilk örneği 1988 yılında gerçekleştirilen TELETAS özelleştirmesidir. Kamu Ortaklığı İdaresince alınan karar doğrultusunda şirket sermayesinin %10'luk kısmını oluşturan hisselerin çalışanlara devredilmesi kararlaştırılmış ve bu uygulama çerçevesinde satış bedelinin 4 eşit taksitle ödenmesi ve hisse senedi alacak olan çalışanlara şirket tarafından kredi kullandırılması gibi kolaylıklar getirilmiştir. 2000 Yılında yapılan TÜPRAŞ'ın halka arzında ihraç edilen hisselerin %91'i çalışanlarına ve küçük yatırımcılara satılmıştır. Yine bu uygulamada da çalışanlara düşük fiyat ve kredi sağlanması konusunda desteklemelerde bulunulmuştur. Ancak ülkemizdeki örneklere baktığımızda, payların çalışanlara satılması hususunda; konu ve uygulama hakkında yeterli bilgi sahibi olmama, organizasyon eksikliği ve gereken nakit desteğinin sağlanamaması gibi nedenlerle sermaye ediniminin hedeflenen düzeye çıkamaması ve çalışanların ellerindeki hisselerin çeşitli nedenlerle, zamanla ellerinden çıkıp hesapta olmayan yatırımcıların ellerine geçmesi sonucu çalışanların pay oranlarının küçülmesi çalışanların şirket üzerindeki kontrollerini yitirmelerine neden olabilmektedir.

KARDEMİR uygulamasında göze çarpan özellik, işçilerin ve KARDEMİR A.Ş.'ye bağlı ortaklıklardaki yönetim kurullarında işçi sendikalarının görevlileri yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturmalarıdır⁸²². Bu kuruluş, ülkemizde ilk defa uygulanan bir yöntemle özelleştirilmiş ve işletme sembolik bir bedelle çalışanlar ve yöre halkının ortak olduğu KARDEMİR A.Ş.'ye devredilmiştir. Esasen KARDEMİR bir blok satış olup, bedelsiz devredildiği ve kurulan yönetim yapısı ile bu yönetim yapısına bağlı olarak işçi sendikasının konumu nedeniyle, "gider tasarrufuna yönelik bir uygulama", "işçi patron modeli", "çalışanların yönetimi modeli" .vs. olarak adlandırılmıştır⁸²³.

Özü itibarıyla son derece doğru bir yöntem olan ve insan fitratının iktizası olan bu yöntemde, çalışanların kendi işletmelerinin sahibi olması sağlanmaktadır. Bu da insanların kendi menfaatini sağlayan, verimli/üretken/talepkar/vs çalışması nedeniyle daha doğru bir

⁸²¹ KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 117 vd.; ÜNAL Oğuz Kürşat, Katılma İntifa Senetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19 S. 3, 1998, s. 81 vd.

⁸²² ERSÖZ/ÖZDEMİR/YAVUZ/AKGEYİK/ŞENOCAK, a.g.e., s. 51-53.

⁸²³ ERSÖZ/ÖZDEMİR/YAVUZ/AKGEYİK/ŞENOCAK, a.g.e., s. 85.

yöntemdir. Köleliğin modern hali olarak tanımlanan maaşlı çalışma sisteminin aşılması olarak anılan modern ekonomik sistemin bireysel moral değerler ile takviyesi sonucunda ulaşılması mümkün olacak çalışanların işletme ortağı olması sistemi ancak eğitilmiş ve moral değerleri yüksek toplum düzeyine erişildiğinde başarılı uygulanabilecek bir modeldir.

3.2.5.2.5. Borsada Normal ve/veya Özel Emir İle Satış

Sermaye piyasası araçlarının halka arzı, ilgili tebliğler uyarınca SPK'nın onayı üzerine İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği çerçevesinde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda yapılabilir. Bu hususta menkul kıymetler borsalarının kuruluşları ile çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenleme 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁸²⁴ ile yapılmıştır. İlgili KHK'ya göre menkul kıymetler borsaları, “*bu KHK’da yazılı esaslar dairesinde menkul kıymetlerin alım satımı, fiyatlarının tespiti ve ilanı işleriyle yetkili olarak kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları*” olarak tanımlanmışlardır.

Yapılacak PPP Kanunu halka arzın normal veya özel emirle satış suretiyle yapılabileceğini de düzenlemelidir. İMKB Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinin⁸²⁵ 19. maddesine göre normal emir ve özel emirle satış şu şekilde tanımlanmıştır:

Normal Emirler: İşlem birimi halinde verilmiş, tam olarak lot ve katlarından oluşan emirlerdir. Normal emirler de kendi içinde üç farklı tipte verilebilir. Bunlar, limit fiyatlı emirler, kalanı iptal et (KİE) ve özel limit fiyatlı emirlerdir (ÖLFE)⁸²⁶. Limit Fiyatlı Emirler fiyat ve miktarın belirtildiği emirlerdir. Bir defada sisteme girebilecek emir miktarı Yönetim Kurulu tarafından belirlenen miktardan fazla olamaz. Emrin gerçekleşmeyen bölümü sistemde pasif olarak geçerlilik süresi sonuna kadar bekler. Kalanı İptal Et Emirlerinde bir defada girilebilecek emir miktarı sınıra bağlı kalmaksızın, fiyat ve miktar belirtilerek girilen ve emrin girildiği anda karşılanmayan bölümünün otomatik olarak iptal edildiği emir türüdür. Özel Limit Fiyatlı Emirler ise tanımlanan fiyata kadar olan karşı emirlerin tümünü gerçekleştirmek amacıyla girilen emirleridir. Yönetim Kurulu, sermayenin belirli oranını ya da işlem tutarını aşan emirlere izin vermeyebilir.

Özel Emirler: İMKB Yönetim Kurulu tarafından menkul kıymet bazında belirlenen hisse sayısını aşan ve eksper onayı ile gerçekleştirilen emirlerdir ki bunlar

⁸²⁴ Resmi Gazete, 06.10.1983, S: 18183.

⁸²⁵ Resmi Gazete, 19.02.1996, S: 22559.

⁸²⁶ YASİN, a.g.e., s. 113.

bölünemez, bir bütün olarak alınıp satılabilirler⁸²⁷. İşlem görmeyen özel emirler istendiği an iptal edilebilirler.

3.2.5.2.6. Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklıkları – Menkul Kıymetler Yatırım Fonlarına Satış

Sermaye Piyasası Kanununa⁸²⁸ göre yatırım ortaklıkları; sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek amacıyla kurulan anonim ortaklıklar olarak tanımlanmıştır. Yatırım fonları ise; Sermaye Piyasası kanunu hükümleri uyarınca halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin dağıtılması ilkesi ve inançlı mülkiyet esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan mal varlığı olarak tarif edilmektedir.

Sermaye piyasası ortamında yatırımcılar, kurumsallaşmış bir yapı içinde sermaye piyasası araçlarını satın alarak tasarruflarını fon talep edenlere aktarmakta ve bu yolla da taraflar arasında ortaklık ilişkisi kurulmaktadır. Tasarruflarını menkul kıymetlere yatırmak isteyen tasarrufçular, menkul kıymetler yatırım ortaklığının hisse senetlerini almakta, bu suretle yatırım ortaklığının işlettiği portföyde bulunan menkul kıymetlerin getirilerinden, yatırım ortaklığının ortağı sıfatıyla kar payı olarak yararlanmaktadır⁸²⁹.

Ülkemizde sermaye piyasası mevzuatı, tüzel kişiliği haiz olmayan, inançlı mülkiyet esasına göre, ancak bir banka tarafından yönetilebilen fon tipini kabul etmiştir. Banka, fonun tutarı kadar avans tahsis ederek, menkul kıymetlerden oluşan bir portföy hazırlamakta, daha sonra da katılma belgelerini halka arz etmekte ve satış hasılatından fona verdiği avansı almaktadır. Portföyün mülkiyeti de inançlı mülkiyet esasına göre bankaya ait olmakta, banka fonu, katılımcı ile arasındaki vekalet ilişkisine göre yönetmektedir⁸³⁰.

Ülkemizde de SPK nezdinde yapılan bir çalışma ile “Altyapı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları” konusunda bir çalışma yapılmıştır. Bu çalışmanın adının Mevzuat bütünlüğü açısından isabetli olmadığı kanısındayız. Bunun yerine adının Kamu Projeleri Yatırım Ortaklığı veya Kamu Özel Sektör İşbirliği Yatırım Ortaklığı olması gerektiği kanısındayız. Sistemin sağlıklı kurulması halinde PPP Projelerinin yatırım ortaklıkları tarafından ulusal ve uluslararası piyasalarda pazarlarda pazarlanması ve bu yolla da

⁸²⁷ YASİN, a.g.e., s. 114.

⁸²⁸ 28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı Kanun, **Resmi Gazete**, 30.07.1981, S: 17416.

⁸²⁹ MANAVGAT **Çağlar**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s. 13.

⁸³⁰ BAYTAN, a.g.e., s. 310’dan naklen; MANAVGAT, a.g.e. s. 17.

ülkemizin iktisadi büyüklüğünün artması ve PPP projelerinin finansmanının gerek ulusal piyasadan ve gerekse de uluslararası piyasalardan temin edilmesi kolaylaşacaktır.

3.2.5.2.6.1. SPK'nın PPP Tebliğinin Menkul Kıymetleştirme Esası

SPK tarafından yayımlanan menkul kıymetleştirme tebliği, altyapı yatırım ortaklıkları ile ilgili düzenlemeleri getirmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce SPKn'ı ve ilgili mevzuatında öngörülen diğer yöntemlerin uygulanmasına engel olmaksızın yeni bir yatırım ortaklığı modeli olarak bu tebliğ yayımlanmıştır. Bu tebliğin diğer SPK mevzuatının PPP alanında uygulanmayacağını öngörmemesi nedeniyle, ana hatları aşağıda belirtilen genel esasların uygulanmasına ve dolayısıyla diğer menkul kıymetleştirme yöntemlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmadığı kanısındayız.

Anılan tebliğin detaylarının incelenmesi çalışmamızın amacı dışında bulunduğu için burada tebliğin sadece “*Portföy İşletmeciliği Faaliyet İzni, Kurul Kaydına Alma, Payların Arzı*” ile ilgili hükümleri ve buna mesnet teşkil eden ilk hükümlerinin ilgili olanları analiz edilecektir.

3.2.5.2.6.2. Genel Olarak

Tebliğ, amaç ve kapsam ile dayanak maddelerinde genel bir hüküm koymuştur. Anılan tebliğde; altyapı yatırım ve hizmetleri: 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda düzenlenen merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsü tarafından yürütülen tarım, sulama, madencilik, imalat, enerji, ulaştırma, haberleşme, bilgi teknolojileri, turizm, konut, kültür, kentsel ve kırsal altyapı, belediye hizmetleri, kentsel dönüşüm, çevre, araştırma-geliştirme hizmetleri ile eğitim, sağlık, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı yatırım ve hizmetlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ancak bu tanıma bakıldığında DPT taslağının esas alındığı görülmektedir. Oysa bu kurumlar incelendiğinde sistematiklikte bir aksaklık görülmektedir. Bunun yerine International PPP Platform taslağındaki metnin daha derli toplu ve analitik olduğu gözlemlenmektedir. Buna göre, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, yerinden yönetim idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile kamu kaynağı kullanan diğer kurum ve kuruluşlar tarafından yürütülen bazı adalet, araştırma geliştirme, bilgi teknolojileri, çevre, eğitim, enerji, genel idare altyapısı, güvenlik, haberleşme, imalat, kentsel dönüşüm, kentsel ve kırsal altyapı, konut, kültür, madencilik, sağlık, sulama, tarım, turizm, ulaştırma ve sair yatırım ve hizmetlerin kamu ve özel sektör işbirliği modelleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile Proje ve Finansman İdaresinin kuruluş, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin hususları kapsamak ve düzenlemektir.”

Altyapı şirketi, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yapı-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”da tanımlanan sermaye şirketini veya yabancı şirketi, altyapı yatırım hizmetlerini ilgili mevzuatta düzenlenen diğer kamu-özel işbirliği modelleri çerçevesinde yürütecek şirketi veya merkezi yönetim

kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsü tarafından yürütülen altyapı yatırım ve hizmetlerini gerçekleştirmek üzere kurulan şirketi ifade etmek üzere tanımlanmıştır. Bu tanımlama ile yürürlükteki 3996 sayılı kanuna ve yürürlüğe girmesi beklenen PPP kanununa atıf yapılarak tebliğin kalıcı bir kurumsal yapı öngörmesi başarılı bir yaklaşım olmuştur.

Yine tebliğde, idare; Yüksek Planlama Kurulunca altyapı yatırım ve hizmetlerini yaptırmak üzere altyapı şirketi ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarını ifade etmekle PPP uygulamalarını yapmaya yetkili kurumun da tebliğ kapsamına alındığı görülmektedir.

Tebliğ, yatırımın riskinin yayılabilmesini sağlayabilmek için “*nitelikli yatırımcı*” tanımına da yer vermiştir. Buna göre; yerli ve yabancı yatırım fonlarını, emeklilik fonlarını, yatırım ortaklıklarını, aracı kurumları, bankaları, sigorta şirketlerini, portföy yönetim şirketlerini, ipotek finansmanı kuruluşlarını, emekli ve yardım sandıklarını, özel sermaye şirketi veya fonlarını, vakıfları, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıkları, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu Kurulca belirlenecek diğer yatırımcıları ve payların arz tarihi itibarıyla en az 1 milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir.

Tebliğ, Portföy tanımı içine m.19’da berlilenen aşağıdaki unsurları dahil etmiştir. Ortaklıklar; (1) Altyapı yatırım ve hizmetlerine, (2) Altyapı yatırım ve hizmetlerine ilişkin projelere, (3) (a) ve (b) bendinde yer alan unsurlara dayalı hak ve sermaye piyasası araçlarına, (4) Ortak olmak veya borçlanma senedi satın almak suretiyle altyapı şirketine, (5) Ortak olmak veya borçlanma senedi satın almak suretiyle diğer altyapı gayrimenkul yatırım ortaklıklarına, (6) Ortak olmak suretiyle işletmeciler şirketlere, (7) Bunlar dışında kalan para ve sermaye piyasası araçlarına, (8) Kurulca uygun görülecek diğer varlıklara, yatırım yapabilir. Münhasıran belirli bir projeyi gerçekleştirmek üzere kurulan ortaklıklar, başka bir projeyi portföylerine dahil edemezler.

Tebliğde yatırım dönemi ve işletme dönemi de doktrindeki tanımlamalara uygun şekilde tanımlanmıştır. Buna göre yatırım dönemi: İdare ile yapılan sözleşmede özel bir dönem belirtmemişse, altyapı yatırım ve hizmetleri ile ilgili her türlü inşaat, ihrazat, imalat, sondaj, tesisat, montaj ve benzeri işlemlerin bir bölümünün veya bütününün gerçekleştirildiği dönem, İşletme dönemi: İdare ile yapılan sözleşmede özel bir dönem belirtilmemişse, yatırım döneminin tamamlanarak tesisin gelir elde etmeye yönelik olarak faaliyette bulunduğu dönem ifade etmektedir.

3.2.5.2.6.3. Portföy İşletmeciliği Faaliyet izni ve Kayda Alma

Tebliğin 9.maddesi “portföy işletmeciliği faaliyet izni ve kayda alma” ilkelerini düzenlemektedir. Buna göre, ortaklıkların, kuruluşlarının ticaret siciline tescilini takip eden 2 yıl içinde ortaklığa portföy işletmeciliği faaliyet izni verilmesi ve ortaklık paylarının kayda alınması talepleriyle Kurula başvurmaları zorunludur. Bu yolla 2 yıl süre ile hazırlıkların

yapılması ve sonrasında “*portföy işletmeciliği faaliyet izni verilmesi ve ortaklık paylarının kayda alınması*” başvurusunda bulunma imkanı da tanınmıştır. Kurul, ortaklığın portföy işletmeciliği faaliyet izni başvurusu ile kayda alma taleplerini birlikte değerlendireceği için faaliyet izni ile ortaklık paylarının menkul kıymetleştirilmesi eş zamanlı olmaktadır. Bu düzenleme, ortaklık payları kayda alınmamış ise portföy işletmeciliği faaliyet izni de bulunmayacaktır. Payların kayda alınması ve portföy işletmeciliği faaliyet izni birbirinin önşartı niteliğinde düzenlenmiştir.

Portföy işletmeciliği faaliyet izni verilmesinde Kurul esas olarak, ortaklığın faaliyetlerini yürütmeye elverişli bir mekana, donanımına, personele, organizasyona, yöneticilere sahip olup olmadığını inceler ve inceleme sonucunda ortaklığın portföy işletmeciliği faaliyetini yürütebileceği sonucuna varırsa bu konuda yetki belgesi verir. Yetki belgelerinin, verildiği tarihi izleyen 15 gün içinde ticaret siciline tescili ve TTSG'de ilanı zorunludur. Bu belgeye ilişkin her türlü değişiklik aynı şekilde tescil ve ilan olunur. İncelemenin “mekana, donanımına, personele, organizasyona, yöneticilere” kriterlerine hasredilmiş olması sübjektif kriterler getirmektedir. Ancak,- uygulamada bu kriterlerin makul bir biçimde şekilleneceği kanısındayız. Örneğin butik çalışmak isteyen ortaklıklar ile kitleye hitap eden ortaklıkların farklı değerlendirmelere tabi tutulabilmesi de gerekmektedir. Bu bağlamda, sektör-spesifik çalışacak bir ortaklık ile genel portföy çalışacak ortaklıkların birbirinden ayrı değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Portföy işletmeciliği faaliyet izni ve kayda alma başvuruları Kurula yapılır ve kurul bu başvuruları mevzuatta öngörülen bilgileri içerip içermediğini dikkate alarak Kanun ve Tebliğ hükümlerine uygunluk yönünden inceler. Kurul, incelemeleri sonucunda bilgi ve belgelerin yeterli olmadığı sonucuna varırsa, gerekçe göstererek başvuru konusu payların Kurul kaydına alınmasından imtina edebilir. İncelemeler sonucunda uygun görülmesi halinde paylar Kurul kaydına alınır. Kurul kaydına alınma, ortaklıkların, Kurul veya kamuca tekeffülü anlamına gelmez ve reklam amacıyla kullanılamaz.

3.2.5.2.6.4. Payların Arzı

Ortaklık paylarının arzında, Tebliğde hüküm bulunmayan hallerde, Kurulun payların arzına ve satış yöntemlerine ilişkin genel düzenlemelerine uyulması öngörülmüştür. Bunun sonucu olarak, AGYO uygulamalarında da genel esaslara uyulması kabul edilmiş, fakat tebliğde öngörülen farklılıklar düzenlenmiştir.

Ortaklık, sermayesine göre belirlenmiş bulunan halka arz süreleri öngörülmüştür. Buna göre, AGYO’nun çıkarılmış sermayesinin 200 milyon TL’den az olması halinde portföy işletmeciliği faaliyet yetki belgesinin tescilini müteakip 2 yıl içinde, 200 milyon TL ve daha fazla olması halinde portföy işletmeciliği faaliyet yetki belgesinin tescilini müteakip 4 yıl içinde ortaklığın çıkarılmış sermayesinin asgari yüzde 49’u oranındaki paylarının nitelikli yatırımcılara veya önceden belirlenmiş yatırımcılara veya halka arz edilmesi zorunludur. Bununla birlikte Tebliğde belirtilmiş bulunan asgari yüzde 49 oranına, tek bir arz ile ulaşılamaması ihtimali de nazara alınarak, bu asgari orana bir veya birden fazla arz sonucu ulaşılmasının mümkün olduğu düzenlemesi getirilmiştir.

Ülkemizde AGYO uygulamalarının yeni başlayacak olması karşısında, Kurula, payların ihraç edileceği piyasalarda önemli olumsuzlukların ortaya çıkması halinde ortaklığın başvurusu üzerine ilgili süreleri uzatabilme yetkisi tanınmıştır. Bu noktada yukarıda belirtilen süreler içinde halka arz başvurusunda bulunduğu halde gerekli talep bulunamadığı için arzın gerçekleştirilemediği durumların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak, piyasa şartları uygun olduğu halde AGYO'nun kendisinden kaynaklanan negatif bazı etkenler sebebiyle belirtilen asgari %49'luk eşiğe ulaşamaması halinde, portföy işletmeciliği faaliyet yetki belgesinin geri alınmasına kadar varan tedbirlerin (m.41/e) uygulanması gerektiği kanısındayız.

Arz başvurularının Kurulca değerlendirilebilmesi için, başvuru formlarının eksiksiz olarak doldurulması ve form ekinde belirtilen belgelerle birlikte Kurula başvurulması gerekmektedir. Başvurular için gerekli belgelerin tam olarak Kurula iletilmesi ile Kurulca incelemeye başlanır, aksi takdirde başvurular değerlendirmeye alınmaz. Başvuruya ilişkin olarak talep edilebilecek ilave belge ve bilgilerin Kurulca belirlenen sürede tamamlanması zorunludur. Kurul, başvuruların elektronik ortamda yapılmasını isteyebilir. Kurul, arz başvurularını Kurulca istenecek belgelerin mevzuatta öngörülen bilgileri içerip içermediğini dikkate alarak kamunun aydınlatılması esasları çerçevesinde Kanun ve bu Tebliğ hükümlerine uygunluk açısından inceler. Arz, ihraç edilen payların ve ilgili ortaklıkların, Kurul veya kamuca tekeffülü anlamına gelmez ve reklam amacıyla kullanılamaz.

3.2.5.2.6.5. Nitelikli Yatırımcılara ve Önceden Belirlenmiş Yatırımcılara Arz

AGYO ana sözleşmesinde “*sadece nitelikli yatırımcılara veya önceden belirlenmiş yatırımcılara tahsisli olarak arz*” yapıp yapılamayacağı belirlenir. Eğer AGYO ana sözleşmesinde bu tarz arzlara izin verileceği hükmü yer almış ise izahname ve sirkülerde belirtilerek ortaklıkların payları sadece nitelikli yatırımcılara veya önceden belirlenmiş yatırımcılara tahsisli olarak arz edilebilir. Tebliğin 11.maddesinde bu hususa ilişkin şartlar şu şekilde belirlenmiştir; (1) Belirli bir altyapı şirketine veya projesine, işletme döneminden önce yatırım yapılması, (2) İşletme dönemine geçilmiş altyapı şirket ve projelerinin, portföy değerinin yüzde altmışından az olması.

Yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında arz olunan payların yeniden satışa sunulmak istenmesi halinde yine yukarıda belirtilen aynı esaslar uygulanacaktır. Bu payların, kural olarak halka arzı mümkün bulunmamaktadır. Ancak yukarıda belirtilen (m.11/1) koşulların ortadan kalkması halinde, AGYO paylarının halka arz edilmesi mümkündür.

AGYO, satış yapılan yatırımcıların “nitelikli yatırımcı” vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek, düzenli olarak tutmak ve Kurula bildirmekle yükümlüdürler. Nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olmayanlara yapılan pay devirleri, pay defterine kaydolunamaz. Nitelikli ve önceden belirlenmiş yatırımcılara arzın söz konusu olması halinde ortaklık paylarının tamamının nama yazılı olması şarttır. Madde 11/4 hükmündeki “Ortaklıklar, satış yapılan yatırımcıların bu Tebliğde belirlenen nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek, ...le

yükümlüdürler.” varken m.11/5 hükmündeki “Ortaklıklar, devralan yatırımcıların nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek zorundadırlar.” hükmü gereksiz bir tekrar olmuştur.

3.2.5.2.6.6. Borsaya Kotasyon

Borsaya kotasyon yönünde paylarını halka arz eden ortaklıklar satış süresinin bitimini takip eden 15 gün içinde çıkardıkları payların Borsa kotuna alınması için gerekli belgenin verilmesi istemiyle Kurul'a başvururlar. Bu belgenin alınmasını takiben 15 gün içinde de payların kote edilmesi isteği ile Borsaya müracaat edilmesi zorunludur. Ancak, nitelikli veya önceden belirlenmiş yatırımcılara yapılacak arzlarda payların borsaya kotasyonu zorunlu değildir. Bunun dışında borsaya kotasyona ilişkin olarak SPK mevzuatının genel esasları uygulanmaktadır.

3.2.6. SINIRLI AYNI HAKLARIN TESİSİ

Mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıkların, mülkiyeti sahibine ait olmak kaydıyla, *Türk Medeni Kanununda öngörülen şekil ve şartlar dahilinde (sınırlı sayı ilkesi)*⁸³¹, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisidir. “*Mülkiyetin gayri ayni hak*” terimi Yeni Medeni Kanunumuzda “*Sınırlı ayni hak*” olarak Türkçeleştirilmiştir. Bu haklar, eşya üzerinde kısmi bir hâkimiyet sağlar. Hakkın sınırlı olması, eşya üzerindeki hâkimiyetin kapsamına ilişkindir. Sınırlı ayni hak kurulması, eşya üzerinde bir yük teşkil eder. Mülkiyet hakkının kullanılması, sınırlı ayni hakkı zedelememelidir. Sınırlı ayni hak kurulduktan sonra, artık kaynak mülkiyet hakkından bağımsız hale gelir, varlığını sürdürmek için mülkiyet hakkına ihtiyacı yoktur. Bu nedenle eşya üzerindeki mülkiyet sona erse veya eşya temlik edilse bile, bağımsızlaşan sınırlı ayni hak eşya üzerinde devam eder. Sınırlı ayni hak sona erdiğinde, mülkiyetten ayrılmış olan yetkiler tekrar mülkiyetin içeriğine dönerler (*mülkiyet hakkının esnekliği prensibi*)⁸³².

Sınırlı ayni haklar Medeni Kanunun 779 ila 972. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda, sınırlı ayni haklar üç gruba ayrılmıştır: *İrtifak hakları* (MK m. 779-838), *taşınmaz yükü* (MK m.839-850) ve *rehin hakları* (MK m.850-973).

⁸³¹ TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 16.

⁸³² OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s. 582.

İrtifak hakları, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılan haklardır. İntifa, süknâ ve üst hakları en tanınmış irtifak haklarıdır. Konumuz açısından üst hakkı⁸³³ incelemeyi gerektirmektedir. Üst hakkı, sahibine *başkasına ait bir arazi üzerinde veya altında inşaat yapmak* veya arazi üzerinde mevcut bir *inşaatı muhafaza ederek yapı üzerinde malik olma* hakkı veren bir irtifak hakkıdır (MK m.826). Gayrimenkul (arazi) sahibi tarafından tanınan üst hakkına dayalı olarak inşa edilen yapıların mülkiyeti irtifak hakkı sahibine ait olur (MK m.726). Üst hakkı tanıyan malik, arazisini başkasına satıp, devredebilir ya da rehnedebilir⁸³⁴. Belirli süreli faaliyetler açısından satın alma yolu uygun çözüm getirmeyecektir. Bu nedenle, arazi malikinin üst hakkı tanınması hem kendisi hem de karşı taraf açısından daha uygun düşebilir. Arazi maliki hem üst hakkı kurarken bir gelir elde eder, hem de üst hakkı süresi dolunca inşa edilen yapı kendisine kalır. Üst hakkı sahibi ise, belirli süreli faaliyetini daha ekonomik yoldan finanse etmiş olur. Aşağıda bahsi geçecek bir özelleştirme yöntemi olan Yap-İşlet-Devret modelinin işletilmesi için en uygun yol, üst hakkı kurulmasıdır⁸³⁵. Nitekim Bakanlar Kurulu, 3996 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak aldığı kararın 38. maddesinde şu hususları belirtmiştir⁸³⁶:

“1. Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetler için kamulaştırılan ve hükmen tezyid edilen bedel de dahil olmak üzere, bedeli görevli şirket tarafından ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınmaksızın, görevli şirket lehine sözleşme süresince Hazine veya ilgili kamu kuruluşlarınca daimi ve müstakil nitelikli **üst hakkı** tesis edilebileceğinin uygulama sözleşmesinde gösterileceği,

2. Uygulama sözleşmesinde gösterilmek kaydı ile kamulaştırma bedelinin kısmen idarece ödenmesi halinde, taşınmaz malın tamamı üzerinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil nitelikli **üst hakkı** tesis edilebileceği; bedeli idarece ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınacağı, idarenin kamulaştırma bedeline maktu bir tutar üzerinden iştirak ettiği hallerde, tezyid edilen bedel de dahil olmak üzere, toplam kamulaştırma bedeline isabet eden kısım için kullanım bedeli alınacağı,

⁸³³ Ayrıntıları için bkz., GÜRZUMAR, Üst Hakkı.

⁸³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 659.

⁸³⁵ Bu hususta Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına ilişkin Tebliğde de hüküm bulunmaktadır. Eğer bir GYO yap-işlet-devret modeliyle bir gayrimenkul tesis edecekse, bu Tebliğin 25/f bendi uyarınca bunu üst hakkı kurdurarak yaptırabileceği ifade edilmiştir.

⁸³⁶ Resmi Gazete, 01.10.1994, S.22068, Naklen: GÜRZUMAR, Üst Hakkı, s. 215-216.

3. Taşınmaz malın mülkiyetinin Hazineye veya ilgili kamu kurum veya kuruluşuna ait olması halinde, bedeli mukabilinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil nitelikte **üst hakkı** tesis edilebileceği,

4. Uygulama sözleşmesinde, Hazinece köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer alması halinde, **üst hakkı** üzerinde tesis edilecek ipotekler için birinci derece birinci sıranın boş bırakılacağı; uygulama sözleşmesi koşulları çerçevesinde köprü kredi⁸³⁷ kullanılması halinde Hazine lehine birinci derece birinci sıradan ipotek tesis edileceği,

5. Taşınmaz malın kullanım bedelinin idarelerce tespit ve takdir edileceği ve her yıl Devlet İstatistik Enstitüsü'nce yayımlanan toptan eşya fiyatları endeksi oranı uygulanmak suretiyle artırılacağı,

6. Uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üst hakkının da sona ereceği,

7. Üst hakkının sona ermesi halinde tüm yapı ve tesislerin bedelsiz olarak idareye geçeceği; uygulama sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi hallerinde yapı ve tesislerin mülkiyetinin idareye intikaline ve tazminata dair hususlara uygulama sözleşmesinde yer verileceği.”

Bakanlar Kurulu'nun bu kararından sonra, 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan sözleşmeler günümüzde *imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmediğinden* dolayı mı yüklenici şirketlere kamu arazisi üzerinde üst hakkı tanınmaktadır sorusu gündeme gelmiştir. Bu hususta doktrin ikiye ayrılmaktadır. Birinci görüş, bu sözleşmelerin tamamen kamu hukukuna tabi olması gerektiğini, bu nedenle Medeni Hukuk'a tabi üst hakkı kurumunun bu hukuki ilişkiye uygulanamayacağını savunmuştur⁸³⁸. İkinci görüş olarak, üst hakkı kurumundan, 3996 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmelerin, imtiyaz sözleşmesi olma niteliklerine halel getirmeksizin kullanılmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir. Ancak bugün, 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuk niteliği taşıyabilmektedir. Bu nedenle ikinci görüş açısından doğması muhtemel görülen bazı sorunlar⁸³⁹, artık bugün için anlamını yitirmiştir. Bugünkü mevzuat

⁸³⁷ Projenin yatırım aşamasında veya işletme aşamasında, Yatırım Şirketinin kusuru olmaksızın bir maliyet artışı ve bu artış gereği ek bir finansmana ihtiyaç duyulabilir. Bu durumda projeden sorumlu kamu kuruluşu bir Fondan veya İdare adına uluslararası finans kuruluşlarından ek finansman sağlanır. Buna köprü kredi (sub-loan) denilmektedir. **İMRE Erol**, Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, YDK, Ankara 2001, http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t5, erişim: 14.04.2008.

⁸³⁸ **BİLGİN Perteve**, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970, s.127vd; **YAYLA Yıldızhan**, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s. 121; Naklen: **GÜRZUMAR**, Üst Hakkı, s. 217.

⁸³⁹ **GÜRZUMAR**, Üst Hakkı, s. 218-225.

çerçevesinde, bir özel hukuk sözleşmesi ile kazanılmış bir yap-işlet-devret hakkına bağlı olarak tesis edilen bir üst hakkından söz edilebilir⁸⁴⁰.

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar (MK m.839).

Rehin hakları ise, alacaklıya rehin konusu olan şeyi, borcun ifa edilmemesi halinde icra yoluyla sattırıp, satış değeri üzerinden, alacağını öncelikle tahsil etme hakkı veren bir ayni haktır. MK'da taşınır ve taşınmaz rehni olarak ayrılarak düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemi haiz olan, taşınmaz rehni. MK'da üç tip taşınmaz rehni öngörülmüştür. Bunlar, *ipoteke*, *ipotekli borç senedi* ve *irat senedidir*. Bunlardan başka bir taşınmaz rehni türü ihdas edilemez.

İpoteke, halen mevcut bulunan veya ileride doğması muhtemel olan bir alacağı teminat altına alan taşınmaz rehni türüdür (MK m.881). *İpotekli borç senedinde*, borçtan kişisel olarak sorumlu olmayan rehlinli taşınmaz maliki hakkında ipoteğe ilişkin hükümler uygulanır (MK m.901). *İrat senedi* ise kişisel borç doğurmayan bir taşınmaz rehni türüdür. İrat senedinin borçlusu, yüklü taşınmazın malikidir (MK m. 907).

Büyük sanayi işletmeleri, kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, piyasaya çıkardıkları tahvillere karşı, küçük tasarruf sahibi kişilerin güvenini sağlamak amacıyla bunları taşınmaz rehniyle teminatlandırmak isterler⁸⁴¹. Fakat her tahvil için her bir alacaklıya ayrı taşınmaz rehni tesisi pratikte güç olacağından, kanunda bu durumu kolaylaştırmak için bazı hükümlere yer verilmiştir (MK m.930-936). Bu hükümlere göre, tahvil çıkaran işletme, çıkardığı bütün tahviller için ipotek veya ipotekli borç senedi yapacak ve bir kredi kurumunu kendisine temsilci atayacaktır veya işletme tahvillerin tamamı için tek bir taşınmaz rehni kurabilir ve bu taşınmaz rehni tahvil alacaklıları lehine sınırlandırılır. Son olarak da tapu memurlarınca sıralı olarak ipotekli borç senedi veya irat senedi çıkarılabileceği belirtilmiştir.

Medeni Kanun'un 8. maddesi ve Anayasamızın 35. maddesi gereğince taşınırılar üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklar bakımından bir ayırım olmamakla birlikte, yabancıların hak ehliyeti açısından, taşınmaz mülkiyetine getirilen sınırlamaların (Tapu Kanunu m.35, Köy Kanunu m.87, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁸⁴² m.7) sınırlı ayni haklar bakımından geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. 2644 sayılı Tapu

⁸⁴⁰ GÜRZUMAR, Üst Hakkı, s. 226; Bu nedenle Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen üst hakkının hem varlığı, hem de devamı uygulama sözleşmesinde düzenlenen bir yap-işlet-devret hakkının varlığı ve devamına bağlı bir hak ve hem de müstakil bir hak teşkil edebileceği meselesi hala önem taşımaktadır.

⁸⁴¹ ERTAŞ Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine göre Eşya Hukuku, Ankara 2002, s. 539.

⁸⁴² Resmi Gazete, 22.12.1981, S.17552.

Kanunu m.35, yabancıların Türkiye’de taşınmaz kazanmasını karşılıklılık ilkesine bağlayarak genel anlamda sınırlarken, Tapu Kanunu m.36, Köy Kanunu m.87 ve Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu m.7’de ise yabancıların taşınmaz kazanımları bölgesel olarak sınırlanmıştır. Bu sınırlamalar yabancıların taşınmaz iktisabında geçerlidir. Hak kısıtlayıcı hukuk kurallarının dar yorumlanması gerektiğinden dolayı, yabancılar aleyhine taşınmaz edinmeyi yasaklayan bu hükümler sınırlı aynı haklar açısından geçerli olmamalıdır⁸⁴³.

Sınırlı aynı hak tesisine ilişkin rejimi tahlil ederken idare hukukunun klasik teorisi içinde yer alan *İdarenin Malları* açısından konuya yaklaşılması ve bu çerçeve ile sınırlı yorum yapılması özelleştirme ve PPP hukuku açısından doğru hukuki sonuçlar vermemektedir. ***Özelleştirme ve PPP, kamu malları açısından kamu hukukunun özel hukuka açılan kapısıdır.*** Dolayısıyla, bu ikisi arasında sui generis bir hukuki rejim kurmaktadır. Kanunun amacı, kamu mallarının “özel”leştirilmesi ve özel sektörün katılımına açılması olduğu için, işlemin sonucu da özel hukuk alanında doğmakta ve özel hukuk rejimine tabi olmaktadır. Doktrindeki tartışmalarda⁸⁴⁴ ONAR tarafından ileri sürülen görüşlerin sadece klasik idare hukuku argümanları olduğu, GÜLAN’ın görüşlerinin idare hukuku teorisinin modern yorumu olduğu, GÜRZUMAR tarafından ileri sürülen argümanların da medeni hukuk argümanları olduğu, özelleştirme ve PPP işleminin sonuçlarının özel hukuk alanında doğduğu ve 4046 Sayılı kanunun açık hükmü ile özelleştirme konusunda medeni hukuk esaslarının geçerli olduğu, yine PPP alanının da özel hukuk sözleşmelerine dayandığı, ayrıca 1999 tarihinde yapılan Anayasa değişiklikleri ile de Kamu Hukuku ile Özel Hukuk arasındaki rejimin yeniden düzenlendiği, klasik İdare Hukuku yaklaşımının değiştirildiği, bu nedenle idare hukuku teorisinin de değişime uygun yorumlanması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla, bu ikisi arasındaki rejimin GÜRZUMAR tarafından da belirtildiği şekilde yorumlanarak, özelleştirme ve PPP sözleşmesi yapıldıktan sonra işlemin artık kamu hukuku alanından çıkıp, özel hukuk rejimine tabi olarak yorumlanması gerektiği kanısındayız. İdare ile yapılacak sözleşmenin de işlemin sonucu/amacı olan özel hukuk rejimine uygun olacak biçimde şekillendirilmesi gerektiği kanısındayız.

⁸⁴³ ERTAŞ, a.g.e., s. 458-459.

⁸⁴⁴ Tartışmalar için bkz, YASİN, a.g.e., s. 146 vd.

3.3. PPP PROJELERİNDE KULLANILABİLECEK ÖZEL HUKUKİ KURUMLAR

Yukarıda genel olarak sözleşmelerde bulunan hukuki kurumlar ele alınmıştır. Yukarıdaki kurumlar pek çok PPP sözleşmesinin temelini oluşturan bileşimlerin ana öğeleridir. Aşağıdakiler ise her projede karşılaşılmaması gerekli/zorunlu bulunmamakla birlikte mümkün olabilecek hukuki kurumlardır. Aşağıda verdiğimiz listeye akla gelebilecek sair isimli, isimsiz ve/ya karma sözleşmelerin de dahil edilmesi mümkündür. Biz burada uygulaması yaygın olan bazı sözleşmeleri vermek ve bu listenin sınırlayıcı olmadığını belirtmekle yetineceğiz.

3.3.1. FRANCHISING

Herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olan franchise sözleşmesi bir isimsiz sözleşmedir⁸⁴⁵. Franchising, işletmeler arası işbirliğine dayanan bir sürüm yöntemidir⁸⁴⁶. Franchise alanın işletme organizasyonunun, franchise verenin belirlediği bir sisteme kapsamlı şekilde uydurulması sonucunu doğuran bir modeldir.

Franchise anlaşması çerçevesinde, bir mal ya da hizmetin üretilmesi ve/veya sağlanması konusunda belirli bir şirkete ya da bir takım şirketlere özellikli bir monopol imtiyazı sağlanmaktadır. Belirtildiği üzere, kamu imtiyazı bir firmaya verebileceği gibi birden fazla özel girişimciye verilerek (çoklu) franchise da gerçekleştirebilir⁸⁴⁷. Kamunun bir hizmeti sağlanması amacıyla bir veya daha çok özel girişimciyle franchise sözleşmesi yaparak imtiyaz tesis etmesimümkündür. Bu şekilde, araç muayene hizmetine ilişkin imtiyazı alan firmanın başka firmalara franchise vererek bu hizmeti sunması buna bir örnek niteliğindedir.

Kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen sözleşme unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan ve kendi içinde bütünlük gösteren bir karma sözleşme niteliğindedir⁸⁴⁸. Bu nedenle bu sözleşme tipinin yorumlanmasında, ilgili kanun hükümlerine de

⁸⁴⁵ Isimsiz Sözleşmeler için Bkz, **ÖZDEMİR OKTAY**, a.g.m. s. 263 vd.

⁸⁴⁶ **GÜRZUMAR Osman Berat**, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 6-7.

⁸⁴⁷ **SAVAS Emanuel S.**, Privatization And Public-Private Partnerships, s.79, New York 2000, s. 79.

⁸⁴⁸ **KIRCA Çiğdem**, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1977, s. 53.

başvurulmalı, önce sözleşme yorumlanmalı, dürüstlük kuralı⁸⁴⁹ dikkate alınmalı ve sözleşmenin yapılaş amacı değerlendirilmelidir⁸⁵⁰.

Bu modeli kullanan tarafların her biri kendine özgü avantajlara sahiptir. Franchise alan, başkasına ait ve denenmiş bir sistemi kullanır. Bu şekilde o isimden ve onun saygınlığından yararlanarak, işletme hayatında tutunmak için herhangi bir zaman harcamaksızın piyasaya girer. Franchise veren ise bu modelle kendisinin geliştirdiği ve sınırlarını çizdiği bir işletme sistemine standardize edilmiş yeni birimler dahil ederek, pazarda büyümek ve kazancını artırmak olanağına sahiptir.

PPP açısından franchising yöntemi, keşfedilmiş ve geliştirilmiş modellerin, ülke geneline kalitesini koruyup, çeşitli yatırımcılarla anlaşarak yayılması⁸⁵¹ şeklinde uygulanması düşünülebilecek bir modeldir.

3.3.2. KNOW-HOW

Know-how lisansı sözleşmesi, know-how verenin, know-how alana, sahip olduğu herhangi bir know-how'ı aktarmak ve bunun kullanılmasına karşı çıkmamak, know-how alanın ise karşılık olarak bir bedel ödeme yükümlülüğü altına girdiği, önemli bir teknoloji transferi sözleşmesidir⁸⁵². Görüldüğü gibi karşılıklı her iki tarafa borç yükleyen ve rızai bir sözleşmedir⁸⁵³.

Know-how, işletmenin ekonomik değerini artırır, teknolojik gelişim ve rekabet avantajı sağlar, ayrıca know-how alan bu yolla araştırma masraflarından tasarruf ederek teknoloji transfer eder⁸⁵⁴.

Know-how sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir. Sınai haklara ilişkin lisans sözleşmesi know-how için uygulanmaz. Zira know-how'ın konusu mutlak bir hak

⁸⁴⁹ SEVİ Ali Murat, Franchising İlişisine Hakim Olan Etik Değerler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20 S. 3, 2000, s. 161.

⁸⁵⁰ KIRCA, a.g.e., s. 59.

⁸⁵¹ SEVİ, a.g.e., s. 173.

⁸⁵² BAKIRCI Mehmet Enes, Teknoloji Transferinde “Patent ve Know-How Lisansı” Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 98; BAŞ Mustafa, Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 56; ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 67.

⁸⁵³ AKYOL Şener, Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri II. Fasikül, İstanbul 1997, s. 3.

⁸⁵⁴ ERBAY, a.g.e., s. 61–64.

değildir⁸⁵⁵. Know-how alan, know-how verene karşı sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerin kendisine devredilmesi ve açıklanmasına ilişkin bir alacak hakkı elde eder⁸⁵⁶. Know-how veren, alıcıya bu hakkını bir tasarruf işlemi yaparak devretmez. Bu sözleşmenin unsurları, kanunda yer alan hiçbir sözleşme türüne uymadığından⁸⁵⁷, know-how sözleşmesi kendine özgü, isimsiz bir sözleşmedir, diyebiliriz.

Know-how sahibi, bu teknik bilgi ve tecrübelerini know-how sözleşmesi yaparak PPP sözleşmesine konu edebilir. Bu tür uygulamalarda kamu idaresinin diğer malvarlığı değerlerinden ayrı olarak sadece know-how oluşturan bilgi birikimlerinin sözleşmeye konu edilmesi söz konusudur. Ancak, özelleştirme ve/ya PPP kapsamında bir tesisi satın alan veya işletme hakkını alan özel kişi, bu tesis için gerekli know-how bilgisine de sahip olmak isteyeceğinden, pratikte sadece know-how'ın devri veya tesisin know-how bilgileri haricinde devredilmesinin zor bir olasılık olduğu düşüncesindeyiz⁸⁵⁸.

3.3.3. JOINT-VENTURE

Joint Venture, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi veya *süreklilik arzeden bir faaliyeti*, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır⁸⁵⁹. Ortak Girişimin Türk Hukukundaki tanımı doktrinde tartışılmıştır⁸⁶⁰.

Ülkemizde joint venture, kamu kurumları tarafından açılan otoyol, köprü, baraj ve termik santral ihalelerine uluslararası firmaların, yerli firmalarla olan ilişkilerinde ve daha sonrasında yürütülen büyük projelerde yerli firmalar arasından da sıkça başvurulmuş bir

⁸⁵⁵ Know-how'ın konusunun mutlak bir hak olup olmadığı hususunda Bkz: **ÖĞÜZ Tufan**, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001, s. 10–20.

⁸⁵⁶ **ÖĞÜZ**, a.g.e., s. 32.

⁸⁵⁷ **AKYOL**, a.g.e., s. 3.

⁸⁵⁸ Aynı görüş için Bkz: **YASİN**, a.g.e., s. 157.

⁸⁵⁹ **BARLAS Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 188.

⁸⁶⁰ Ayrıntılar için Bkz, **ÖZTÜRK Pınar**, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 3 vd.

ortaklık yapısı olmuştur⁸⁶¹. Yabancı yatırımcıların bir yerli yatırımcı ile joint venture kurarak bu tür yatırımlara girişmesi yabancı firma açısından bazı sorunların kolay açılmasını sağlayıcı olmaktadır⁸⁶². Türk firmaları açısından da yabancılık unsuru içeren bir yapı bulunduğu için uluslar arası tahkime gidiş yolu açılmaktadır.

Joint Venture, “*Ortak Girişim*” olarak Türkçeleştirilmiş ve mevzuatta da bu kavramla anılmıştır. Konumuza yakın bir düzenleme alanı olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda da ortak girişim şöyle tanımlanmıştır:

“*Ortak Girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek ve tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ifade eder.*”

JV sözleşmeleri adi ortaklık temelli sözleşmeler olduğu için kural olarak her ortağın ortaklığı temsil yetkisi⁸⁶³ bulunmaktadır. Ancak, bir pilot ortak belirlenmiş bulunması halinde ortaklar arasında uyumsuzluk çıkması durumunda pilot ortağın projeyi tamamlaması için gerekli zemin sunulmalı, hatta gerekirse pilot ortağa temsil yetkisi dahi verilebilmelidir. Hukukumuzda pilot ortak sadece 21.02.2008 tarih ve 5738 Sayılı Kanunda tanımlanmıştır. Buna göre; “*Pilot ortak: Ortak girişimi temsil etme yetkisine sahip olan ortağı... ifade eder.*”

Ülkemizde gerçekleştirilen uygulamaları göz önüne aldığımızda, büyük sermaye gerektiren proje uygulamaları ile joint-venture yapılanmalarının hukukumuzda yaygınlaştığını görürüz. Ancak PPP uygulamalarında, joint venture kamu idaresi ile özel kişilerin ortaklığı şeklinde de gündeme gelebilir. Kamu tüzel kişilikleri ile yerli veya yabancı özel kişiler arasında joint venture yapılanmasına gidilerek, büyük sermaye gerektiren yatırımlar gerçekleştirilebilir. Ancak bu tür bir girişimin tamamen akdi PPP sayılamayacağı, kurumsal PPP olacağı belirlenebilir. Zira bu çerçevede tesis, hizmet ve sair değerler özel kişiye devredilmez. Bir projenin veya tesisin çalıştırılması ile bir diğer yatırımcının koyacağı katma değerin birleşmesi ile oluşabilecek ortaklığın paçaları oluşturan varlıklardan daha fazla değeri olacağı durumlarda, bir ortak girişim kurulması mümkündür⁸⁶⁴. Ancak, burada yapılan işlemde kamunun bir işletmeci gibi ortak yatırım

⁸⁶¹ **MENTER Vahit**, Joint Venture (Ortak Girişim) Sözleşmeleri ve Türk Mevzuatındaki Durumu, Vergi Dünyası Dergisi, Ocak 2007, Sayı:305, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/vahit/001/>’den naklen, 04.02.2008.

⁸⁶² **AKYOL Şener**, Know-How – Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997, s. 59.

⁸⁶³ Temsil yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **YILDIZ Şükrü**, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 41.

⁸⁶⁴ Aynı Yönde, **BAYTAN**, a.g.e., s. 366, **YASİN**, a.g.e., s. 158.

yapması ve daha sonra da bu ortaklıktaki kamu payını yukarıda sayılan yöntemlerden biri ile sözleşmeye konu etmesi sözkonusudur. Bu yöntem, ortak girişim ile oluşacak işletme değeri artışından dolayı kamuya gelir sağlamak, ortak yatırım yoluyla ülkemize yeni teknoloji ve/ya sermaye girişi sağlamak amaçlarıyla veya bir varlığı değerlendirerek bu varlık ile ilgili olabilecek sınırlı bir alıcı kitlesine daha devretmek gibi amaçlarla kullanılabilir. Zira bu yöntemde kamunun işletmeci kimliği halen devam etmektedir. Yerel yönetimler için kullanılabileceği düşünülse de dar anlamda özelleştirme olmadığı, bir PPP olduğu kesindir. Bu bağlamda, her Anonim Şirketin bir adi şirket temelinde doğduğu, kuruluş işlemleri tamamlanana kadar adi şirkete ilişkin hükümlere tabi olacağı, uygulamada da ortakların önce bir JV kurup işi aldıkları, işin yapımını da anonim şirket modeli içinde yürüttükleri bilinmektedir. Kamunun da sınırlı sorumlu olacağı sermaye şirketi modelinde işletmeci olması, Kurumsal PPP modelinde, adi şirket yapısının bir geçiş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.4. İDARENİN YETKİLENDİRME YÖNTEMLERİ

Yukarıda PPP sözleşmelerinde bulunan özel hukuk temelli ana unsurlar incelenmiştir. PPP sözleşmesinin idari yönünde idarenin yetkilendirme yapması da bulunmaktadır. Bu anlamda idarenin yetkilendirme yöntemleri de aşağıda incelenmiştir.

Yetkilendirme yöntemi ne olursa olsun, PPP'yi diğer tür sözleşmelerden ayıran önemli özelliklerden birisi de yetkili yüklenici ile hizmetten yararlanan arasındaki ve yüklenici ile idare arasındaki sözleşmelerden doğan sorumluluğun niteliğidir. İdarenin yetkilendirdiği yüklenicinin bu yetki ile sunduğu kamu hizmetinde hizmeti özel sektörün sunması bu hizmetin kamu hizmeti olma vasfını ve dolayısıyla da kamu hizmetinin kusurlu işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi nedenlerinden doğan idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. *PPP sözleşmesi ile Özelleştirme sözleşmesinin ayrıldığı en önemli hukuki farklılıklardan birisi de burasıdır.*

Hizmetin monopol şeklinde bir imtiyaz olarak devrinde kullanıcı ile hizmeti sunan yüklenici arasındaki sözleşmelerin genel işlem şartları da BK m.99 karşısında geçersiz bulunmaktadır. Hatta, işletmeyi kamu tüzel kişisi de özel hukuk tüzel kişisi de yapsa bunların hizmeti kullanan kişiler ile yaptıkları sözleşmelerde, taraflar arasındaki güç dengesizliği nazara alınarak, hafif kusura ilişkin sorumsuzluk kayıtları için BK m.99/2'nin uygulanması gerektiği kanısındayız⁸⁶⁵. Burada hafif kusurdan sorumsuzluk kaydının geçersizliğinin kamudan alınan faaliyetin konusu (imtiyaz/iltizam vs) ile sınırlı olduğu ve

⁸⁶⁵ Aynı yönde, AKMAN, a.g.e., s.67.

“hizmetten yararlananlar” ile “bu hizmete ilişkin” hususlarda yapılan anlaşmalar dışındaki iş ve işlemlerin bu kapsama girmediği hususu nazardan uzak tutulmamalıdır⁸⁶⁶.

3.4.1. İMTİYAZ USULÜ

Kamu hizmeti imtiyazı, imtiyaz sözleşmesi olarak isimlendirilen tipik bir idari sözleşme ile verilmektedir⁸⁶⁷. İmtiyaz sözleşmesi, **kamunun sunduğu bir hizmeti sunmak üzere özel sektöre verilen bir imtiyaz** niteliği taşımaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin yanında, *göndürülecek kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi ile mali hükümleri içeren şartlaşma ve benzeri diğer belgeler* de bulunur. İmtiyaz sözleşmeleri karma işlem niteliğindedir. Danıştay da bir kararında bu hususa atıfta bulunmuştur. Şöyle ki,

“İç içe geçmiş iki bölümden meydana gelen bir imtiyaz işlemi, imtiyazı veren ile alan arasındaki anlaşmayı belirleyen dar anlamda sözleşme ve imtiyazın konusunu, süresini, tarafların hakları ve borçları ile hizmetten yararlananlarla ilişkilerini belirleyen şartlaşma hükümlerinden oluşmaktadır. Bu biçimiyle bir imtiyaz işleminin, bir yandan akdi nitelikte hükümler, diğer yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici nitelikte hükümler içeren karma nitelikte olduğu kabul edilmektedir”⁸⁶⁸.

Konusu kamu hizmeti olan uygulamalarda dahi, söz konusu hizmet kamu kuruluşunun **asli görevleri** içerisinde **değilse**, bu konuda yapılan sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmemiştir;

“2918 sayılı Yasada 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”⁸⁶⁹

Ayrıca , imtiyaz sözleşmelerini incelerken, bir takım hususların sözleşmede yer alması aranmaktadır. Aksi halde sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirmeyip, bu hususta görüş bildirmemektedir. Şöyle ki,

“..Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin devredilmesine yönelik olarak imtiyaz verilebilmesi için, işi üstlenen şirket ile hizmetin asıl sahibi olan Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanacak olan imtiyaz sözleşmesinin, kaide tasarruf, şart tasarruf ve

⁸⁶⁶ AKMAN, a.g.e., s.68.

⁸⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, a.g.e., N.591.

⁸⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, a.g.e., N.591’den naklen alınmıştır.

⁸⁶⁹ Danıştay 1. Daire, E: 2005/307, K: 2005/668, T: 18.05.2005.

sübjektif tasarruf hükümlerini taşıyan bir nitelikte hazırlanması, örnek olarak belirtmek gerekirse, sözleşmenin, (1) tarafları, (2) konusu, (3) süresi, (4) tasarım, (5) yatırım ve inşaat ile ilgili ilkeler, (6) finansman, (7) kredi, (8) iş programı ve (9) faaliyet raporları, (10) işin tamamlanmasındaki gecikmeler, (11) işletmeye başlama, (12) denetim, (13) güvenlik önlemleri, (14) kamu hizmetinin aksaması halinde idarenin uygulayacağı yaptırımlar ve (15) gerektiğinde hizmetin resen idare tarafından yapılması, (16) teminat, (17) bakım ve onarım, (18) sözleşmenin feshi, (19) devir ve temlik, (20) sözleşme süresinin uzatılması, (21) sözleşmenin sona ermesi veya feshi halinde yapılan yatırımların kime ait olacağı, (22) eğitim, (23) Uyuşmazlıkların çözümü, (24) Sözleşmenin yürürlük tarihi (25) ve benzeri hususlar bulunması gerekli tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde bir imtiyaz sözleşmesi taslağının hazırlanarak Danıştay'a gönderilmesi gerekirken bu konularda hüküm içermeyen, adı imtiyaz sözleşmesi olarak dahi düzeltilmemiş, eksik ve yetersiz sözleşme tasarısı hakkında görüş istemi konusunda yukarıda açıklanan nedenlerle bu haliyle görüş bildirilmesi mümkün bulunmadığından dosyanın iadesine karar verildi.⁸⁷⁰

İmtiyaz usulü, idari sözleşmeler arasında çok geniş yer tutmakta olup, konumuzla ilgili olan türleri aşağıda incelenmiştir. İncelemede 'yap...' kullanımı "rehabilite et / restore et" gibi faaliyetleri de içermektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 1999 yılındaki değişikliği ile hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi sayılacağı hususunun kanunla belirleneceği, sözleşmenin özel hukuka tabi olup olmayacağının da kanunda belirtileceği düzenlenmiştir.

3.4.2. İLTİZAM USULÜ

Bir özel kişinin, kamu idaresiyle yaptığı bir sözleşme uyarınca, kamu idaresine *ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında*, bu kamu hizmetini *kendi kar ve zararına işletmesi* usulüdür⁸⁷¹. İltizam bir sözleşme ile verilir. Bu açıdan tek taraflı verilen ruhsat ve lisanslardan farklıdır. İltizamın konusu, *kurulmuş olan bir kamu hizmetinin işletilmesinin*

⁸⁷⁰ Vurgu (maddeleme) eklenmiştir. **Danıştay 1. Daire**, E: 2005/754, K: 2005/1075, T: 26.09.2005. Ayrıca, Bkz: **Danıştay 1. Daire**, E: 2006/203, K: 2006/719, T: 06.07.2006. "...Herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir..." gerekçesiyle **Danıştay 1.Daire**, E: 2005/307, K: 2005/668, T: 18.05.2005, "...bu Madde hükmünün de uygulama olanağı bulunmayan Sözleşme Taslağının, Kanunun 5 inci maddesi hükmü gereği özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir." gerekçesiyle **Danıştay 1. Daire**, E: 2000/60, K: 2000/55, T: 14.04.2000. 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu karşında; 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa göre, özel havaalanı yapım ve işletmesine ilişkin olarak Ulaştırma Bakanlığınca gerçek ve tüzel kişilere verilen iznin "İmtiyaz" kapsamında olmadığı hususunda **Danıştay 1. Daire**, E: 1996/17, K: 1996/185, T: 24.09.1996.

⁸⁷¹ **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2002, s. 456; **YASİN**, a.g.e., s. 153,154.

devredilmesidir. Bu açıdan özel kişi bir yatırım yapmak zorunda değildir. Bu hizmetin işletilebilmesi için gereken araçlar, kamu idaresince iltizamı alan kişiye sağlanır. Bu açıdan iltizam, imtiyaz sözleşmesinden ayrılır. Zira imtiyazda işletmenin kurulması da yatırımcı üzerine yüklenmiştir.

Hizmetin işletme hakkını aldığı için imtiyaz usulünden farklı olarak; *iltizam alan, kamu idaresine belli bir ücret öder. İşlettiği hizmeti ise ücret karşılığında sunar.*

3.4.3. MÜŞTEREK EMANET USULÜ

Müşterek emanet, özel kişi ile kamu idaresi arasında yapılan bir sözleşme uyarınca, gerçekleştirilen *hasılatı göre belirlenen bir gelir karşılığında*, kar ve zararı kamu idaresi üzerinde olan ve *kamu idaresi hesabına* kamu hizmetinin işletilmesi yöntemidir⁸⁷².

Bu usulle kamu hizmetinin gördürülmesi için bir sözleşme gerekir. Sözleşmenin özel kişi olan tarafına müşterek emanetçi denir. Müşterek emanetçi hizmeti kamu idaresi adına işletir. Kamu hizmetine konu olan tesisler kamu idaresi tarafından yaptırılır ve mülkiyeti idarede kalır. Müşterek emanetçi hizmeti kullananlardan aldığı ücrete sahip olmaz, onu kamu idaresine aktarır. Müşterek emanetçinin, sadece sunulan hizmetten elde edilen gelir üzerinden belirli bir yüzde alma hakkı vardır.

3.5. YAYGIN PPP MODELLERİ

Yukarıda açıldığı üzere, PPP sözleşmesi çok sayıda farklı bileşenin iktisadi fayda elde edebilecek şekilde birleştirilmesi niteliğinde olduğu için hizmetin, sektörün, projenin, tarafların, siyasi etkileşimin, konjonktürün ve sair faktörlerin gereklerine göre çok değişik modeller kurulması mümkündür. Aşağıda bu modellerden sadece yaygın olan birkaç tanesine *değinilmekle* yetinilmiştir. Sözleşmenin niteliği gereği sınırsız model üretilmesi mümkün bulunmak gerektir ve PPP mevzuatı yapılırken bu hususun nazara alınması önem taşımaktadır.

3.5.1. Yap-İşlet

Yap-İşlet (Yİ), mülkiyeti özel kişiye ait olmak üzere tesisin kurulmasını, işletilmesini ve işletme süresince üretilen hizmetin belirlenen esas ve usuller çerçevesinde devlet tarafından alınmasını düzenleyen bir modeldir. 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi

⁸⁷² GÖZLER, a.g.e., s. 458.

Hakkında Kanun⁸⁷³ ile elektrik üretimi, Yİ modelinin uygulandığı alanlardan biri olmuştur. Bu kanunun uygulanmasını göstermek üzere bir de yönetmelik çıkartılmıştır⁸⁷⁴. Bu kanun sadece termik santrallerin kurulup, işletilmesini konu almıştır (m.1). *Yİ yönteminde, inşa edilip işletilen tesisin, belli bir sürenin sonunda kamu idaresine devri söz konusu olmamaktadır*. Bu özelliği ile Yİ, Yap-İşlet-Devret modelinden ayrılır. Ancak Yİ modelinde de, bir işletme süresi öngörülür. Bu süre sonunda, sözleşme yeniden uzatılır ya da yatırımcı tesisi tahliye eder⁸⁷⁵.

Danıştay'ın görüşüne göre, yap-işlet modeli çerçevesinde işletme hakkının verilmesi imtiyaz sözleşmesi niteliğini haizdir. Şöyle ki,

*“...bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde başlıca bulunması gereken unsurlar şunlardır: Öncelikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi bir **idari sözleşmedir**⁸⁷⁶ ve bu sözleşme bir **kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini amaç edinir**; öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, **imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kar ve zararına olarak kurulur ve işletilir**, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, **idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır**. Ayrıca, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak olan **bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur** ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima **belli ve uzun bir devre için verilir**. Öğretide de belirtildiği gibi yukarıda açıklanan bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır.”⁸⁷⁷*

Yİ modelinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu kanunun m.3/6 hükmünde açıkça düzenlenmiştir⁸⁷⁸. Bu nedenle doğacak uyuşmazlıklarda adli yargı makamları yetkili olacaktır. 19/7/1997 tarihinde yürürlüğe giren 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi

⁸⁷³ Resmi Gazete, 19.07.1997, S: 23054.

⁸⁷⁴ Resmi Gazete, 29.08.1997, S:23095, Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik.

⁸⁷⁵ YERLİKAYA, a.g.e., s. 38.

⁸⁷⁶ Bkz sayfa **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.** dipnot **Hata! Başvuru kaynağı bulunamadı.Hata! Başvuru kaynağı bulunamadı.Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**

⁸⁷⁷ Danıştay 1. Daire, E: 1992/232, K: 1992/294, T: 24.09.1992. 4283 sayılı Yasa ile düzenlenerek, yap-işlet modeliyle getirilen ve üretim şirketlerince, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere, termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu hakkında ayrıca Bkz: Danıştay 10. Daire, E: 1999/2407, K: 2002/347, T: 06.02.2002.

⁸⁷⁸ 4283 sayılı kanunun, 01.07.2006 tarihli 5539 sayılı kanunla 3. maddesine eklenen 6. fıkra ile getirilmiş bir hükümdür.

Hakkında Kanun, bu kapsamda yapılacak işlerin özel hukuk sözleşmesi ile yapılmasını amaçlamıştır. Ancak, daha sonra Danıştay bu kanun uyarınca yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. 13/8/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla, Kanunun 1.maddesi ile Anayasanın 47. maddesinde değişiklik yapılarak, Devlet, Kamu Kurum ve Kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden *hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceğinin kanunla düzenleneceği hükmünü getirmiştir*. Bu düzenleme ile 4283 sayılı Kanunun amacını gerçekleştirmek için Anayasada yapılan değişiklik çerçevesinde 4283 sayılı Kanun uyarınca akdedilecek sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak yapılmasına imkân getirilmiştir. 4283 sayılı Kanun hükümlerine göre daha önce yapılan sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmesi olarak yeniden düzenlemesine imkân sağlanmıştır (Geçici Madde 2 - Ek: 5539 - 1.7.2006 / m.1/b.).

Anayasanın 47. maddesinde 13/8/1999 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, 3996 sayılı kanunda imzalanacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağına dair açık düzenleme yapılmıştır. 4283 sayılı Kanun kapsamında imzalanan sözleşmeler de Kanunun amacı ve öngörülen işlerin niteliği değerlendirildiğinde özel hukuk sözleşmeleridir. Bu konuda 4283 sayılı Kanunda açık bir düzenleme yer almadığından, yorum uyumsuzluğunu bertaraf etmek amacıyla bu düzenleme yapılmış Geçici 2.madde Kanuna eklenmiştir.

Esasen kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren konu sözleşmelerin niteliksel olarak özel hukuka tabi olmaları, sözleşmelerin imzalanmalarına olanak veren idari işlemin üretim tesisi kurma ve işletme izni olması ve kesinleşmiş bir yargı kararı olmayan sözleşmeler yönünden kazanılmış hakların, idari istikrar ve istimrar ilkelerinin korunması açısından, bu düzenleme yapılmıştır. 4283 sayılı Kanunda, sözleşmelerin özel hukuka tabi olduklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmesi ile birlikte, herhangi bir yorum uyumsuzluğuna yol açılmaması, uyumsuzlıklara son verilmesi ve ihtilaflı kılınmış sözleşmeler yerine, aynı hüküm ve şartlarla imzalanacak yeni sözleşmeler ve ekleri ile, uygulamaya uyumsuzlıklardan arı olarak yön verilmesi, böylece sözleşmeler hakkındaki yasal ve idari sorunların aşılması, ülke ekonomisi yönünden fevkalade önem arz eden yap-işlet projelerinin sağlıklı, verimli, düzenli ve devamlı yürümelerinin sağlanması amacıyla ve kazanılmış hakların ihlal edilmemesi, mevcut akdi rejimin kesintiye uğramaması, hukuki münasebette istikrarın bozulmaması da gözetilerek bu düzenleme yapılmıştır. 4283 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin, ilgili diğer kanunlarda yer alan hükümlerle çelişmesinin ve yorum uyumsuzluğu doğmasının önlenmesi ile özel yasanın öncelikle uygulanması ilkesinin yansıtılması değerlendirilerek, bu düzenleme yapılmıştır.

3.5.2. Yap-İşlet-Devret

Bu model, küreselleşme ve kamu ile özel sektörün işbirliğinin artırılması, kamu projelerinin özel sektör tarafından finanse edilmesi ve özelleştirme akımı neticesinde doğmuş olup, kamu hizmetlerinin devlet eliyle gördürülmesi anlayışının yavaş yavaş terk edilmesi ve bu hizmetlerin özel sektör eliyle gördürülmesi düşüncesinin benimsenmesiyle

uygulanmaya başlamıştır⁸⁷⁹. Bu anlamda, YİD modeli geniş anlamda özelleştirme yöntemidir⁸⁸⁰. PPP uygulamalarının önemli yöntemlerinden biridir.

Ülkemizde YİD modelini içeren ilk kanun, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'dur⁸⁸¹. Bu kanunda Türkiye Elektrik Kurumu dışında yerli ve yabancı sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim ve dağıtım yetkisinin verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu kanuna dayanılarak yapılan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak görülmüş ve Danıştay incelemesinden geçmediği için iptal edilmiş ve kanundaki usuller uygulanamamıştır⁸⁸². İkinci kanun ise, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü(Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'dur⁸⁸³. Görüldüğü üzere, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve otoyol yapımı, bakımı gibi teknik ve yüksek maliyetli konular ile YİD yönteminin yolunun açılması amaçlanmıştır.

YİD modeline ilişkin en temel kanun ise 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun⁸⁸⁴ olmuştur. Sabit bütçeli altyapı yatırım proje stokundaki artış ve bu projeler için gereken kaynak ihtiyacının yap-işlet devret modeli ile gerçekleştirilebilmesi ihtiyacı 3996 sayılı kanunun uygulama alanının genişletilmesini gerektirmiş ve 5762 sayılı Kanun⁸⁸⁵ ile yapılan değişiklikler itibarıyla YİD modelinin uygulama alanı genişletilmiştir. Yap-İşlet-Devret yöntemi, bu kanunun 3/a maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre,

“İleri teknolojik veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dâhil) şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal ve hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesidir.”

YİD, bir kamu hizmeti finansmanı yöntemidir. Hizmet özel şirket tarafından kurulur ve belli bir süre işletilir. Sürenin bitimi halinde, özel şirketin kurup, işlettiği tesisler borçtan arı ve çalışır halde ilgili kamu kurumuna devredilir. Bu süre içinde elde edilen mal

⁸⁷⁹ GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 851.

⁸⁸⁰ BAYTAN, a.g.e., s. 350.

⁸⁸¹ Resmi Gazete, 19.12.1984, S: 18610.

⁸⁸² GÖZLER, a.g.e., s. 462.

⁸⁸³ Resmi Gazete, 02.06.1988, S.19830.

⁸⁸⁴ Resmi Gazete, 13.06.1994, S.21959.

⁸⁸⁵ Resmi Gazete, 21.05,2008, S. 26882

ve hizmetler, karşılıklı saptanan bir bedel üzerinden satılır (m.4). PPP projelerinin genel işleyişi kamu projelerine yapılacak büyük yatırımların özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi ve özel sektörün sunulan hizmetten elde edeceği gelir ile yaptığı yatırımların karşılığını almasıdır. Sunulan hizmetlerin bedelinin alınması hizmetten yararlanan özel kullanıcılar tarafından yapılan ödemeler ile gerçekleştirilebileceği gibi bunun mümkün olmadığı durumlarda bazı ölçütler kullanılarak kamu tarafından yapılan ödemeler söz konusu olacaktır. Kamu tarafından yapılacak ödemelerde, yapılan projenin konusu yapı veya hizmetin kullanımı, kullanıma hazır bulundurulması yahut performansı esas alınabilir⁸⁸⁶. Yapılacak ödemeler ve ödemelerde esas alınacak ölçütler sözleşmede açıkça ve kesin olarak belirtilmelidir. 3996 sayılı kanuna göre YİD modeli ile gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek bedelin saptanmasına uygulanacak kriterler Maliye, Bayındırlık ve İskân, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe girer. 3996 sayılı kanunda son yapılan değişikliklerle⁸⁸⁷ YİD modeli ile üretilen mal ve hizmetlerin karşılığının mal ve hizmetlerden yararlananlar tarafından kısmen veya tamamen ödenmesi mümkün olmayan hallerde, mal ve hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve katkı payı olarak adlandırılan bir ücretin idare tarafından ödenmesi düzenlenmiştir. Ayrıca idare tarafından yapılacak ödemelerin gecikmesi halinde, uygulanacak gecikme faizine ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilebileceği eklenmiştir. Katkı payı ödemelerinde belirli kalite standartlarında sunulan mal ve hizmetlerin kullanım sıklığı, potansiyel kaç kullanıcı için kullanıma hazır bulundurulduğu veya mal ve hizmetin sunulmasında gösterilen performans ölçütü olarak birlikte veya tek tek belirlenebilir.

YİD, kamu finansmanının yetersiz kaldığı sektörlerde, ilgili kamu idaresinin istemi üzerine gelişen bir modeldir⁸⁸⁸. Anayasa'nın 155. maddesi ve Danıştay Kanunu'nun 23/d bendi gereği, bu tür imtiyaz sözleşmeleri Danıştay ön incelemesine sunulmak zorundadır. Bu da, devletin bu model üzerinde denetim hakkı olduğu düşüncesini akıllara getirir⁸⁸⁹. Ancak, Danıştay Kanunun m.23/d'nin 4492 Sayılı Kanun'un 1.maddesi ile değişik halinde Danıştay'ın tüzük tasarılarını inceleme yetkisi devam ettirilmiş ancak, kamu hizmetleri ile

⁸⁸⁶ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 48.

⁸⁸⁷ **Resmi Gazete**, 21.05.2008, S. 26882,5762 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ile Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁸⁸⁸ **YERLİKAYA**, a.g.e., s. 28.

⁸⁸⁹ **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER**, a.g.e., s. 852.

ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki yetkisi “*düşüncesini bildirmek*” ile sınırlandırılmıştır. Bu Anayasa değişikliği Danıştay’ın daha önceki dönem uygulamalarında meydana gelen durumlara karşı, görülen lüzum üzerine, yasama ve yürütme tarafından Danıştay’ın yetkisinin bu hale indirgenmesi niteliğindeki bir Anayasa değişikliğidir. Anayasanın öngördüğü bu denetim sisteminde Danıştay 2 ay içinde görüşünü bildirecek ve proje süreci devam edecektir.

YİD modelinde kamu hizmetinin bütün mali yükü yatırımcı üzerindedir. Yatırımcı uygun bulduğu takdirde yatırımını yapar ve işletme döneminde yatırım masrafını çıkarıp, kar elde etmeyi amaçlar. Bu dönemde yatırımcı zarar da edebilir. Bu riziko kamu idaresini ilgilendirmeyip, tamamen yatırımcı özel kişinin sorumluluğundadır.

YİD, yatırımcı özel kişi ile kamu idaresi arasında yapılacak bir sözleşmeye binaen yürütülür. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir ve birçok unsuru barındıran karma yapıya sahiptir⁸⁹⁰. Ancak sözleşmenin konusu, daha önce de belirttiğimiz üzere bir kamu hizmeti ile ilgilidir ve bu nedenle bu sözleşmelerin bazıları kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilirler.

YİD modeli, idare hukuku ve borçlar hukuku olmak üzere iki yönlü bir modeldir. İdare hukuku açısından bir kamusal hizmet veya bir altyapı işi gördürülür. Borçlar hukuku bakımından ise, bu sözleşme ağırlıklı olarak bir istisna ve hasılat kirası akdi niteliğini haizdir. Ancak yine de idarenin yetkilerinin özel bir kişiye devredilip, bir hizmet gördürülmesi sağlanmaktadır. Fakat, özel hukuka tabi bulunmaktadır. Yapılan işin yönetimi özel sektör üzerinde, denetimi kamu üzerindedir.

3996 sayılı kanunun kapsamı 2. maddesinde açıklanmıştır⁸⁹¹. Buna göre,

“Bu 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, *trafiği yoğun karayolu*⁸⁹², demiryolu, *gar kompleksi, lojistik merkezi*⁸⁹³, yer altı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve *hava alanları ve limanları*⁸⁹⁴ *yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı,*

⁸⁹⁰ **AKİPEK Serap**, Build-Operate-Transfer Model For Foreign Capital Investment In Turkey and Its Legal Analysis, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI, S. 2, 2001, s. 147.

⁸⁹¹ Kanunun bu maddesi, 4047 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca, 24.11.1994 tarihinde değiştirilmiştir.

⁸⁹² 9.5.805 tarih ve 5762 Sayılı Kanunla eklenen ibare.

⁸⁹³ 9.5.805 tarih ve 5762 Sayılı Kanunla eklenen ibare.

⁸⁹⁴ 9.5.805 tarih ve 5762 Sayılı Kanunla değiştirilmiş ibare.

*tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri*⁸⁹⁵ ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

YİD modelinin altında yatan düşünce, büyük yatırım projelerinin özel kişilerce hayata geçirilmesi ile kamunun üzerindeki yükü azaltmaktır. Ancak bu düşünceyi biraz somutlaştırdığımızda başkaca amaçlara da rastlayabiliriz. Şöyle ki, (1) Yabancı sermaye girişini sağlamak, (2) İleri teknolojinin ülkeye kazandırılması, (3) Bazı sektörler için yatırımcıların sağlanması.

Bu yöntemin özelliklerine baktığımızda, tüm riskin özel kişi tarafından yüklenildiğini görürüz. Uygulama yapılacak konu mutlaka ileri teknoloji veya yüksek sermaye gerektiren bir işle ilgili olmalıdır. Bu işletme kamuya devredilirken, tüm borç ve diğer yüklerinden arı olarak teslim edilir. Böylece devletin kamusal yatırımlara harcadığı kaynak azalır.

Yatırım ve hizmetlerini yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen İdare, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat eder ve bu Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabilir. Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir⁸⁹⁶. YİD modeli uygulanarak yapılacak yatırımlarda özel hukuk hükümlerinin geçerli olması, Anayasa m. 47’ye paralellik sağlayacaktır. Bu kanunda öngörülen yatırımların gerçekleştirilmesi için yerli ve yabancı sermayenin özendirilmesi ve hızlı kalkınma sürecine girilmesi hedeflenmiştir. Bu yeni hükümle uluslararası tahkimin de yolu açılmıştır.

Anayasamızın 125. maddesinde de, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla

⁸⁹⁵ 9.5.805 tarih ve 5762 Sayılı Kanunla eklenen ibare.

⁸⁹⁶ 4493 sayılı kanunun 2. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. Bu kanunun genel gerekçesinde, yapılan Anayasa değişikliği neticesinde, özelleştirmenin hukuki temelini 47. maddede düzenlendiği belirtilmiştir. Buna göre, tüzel kişilerce yürütülmekte olan yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı hususu kanunla belirlenecektir. İleri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yalnızca bütçe kaynaklarından karşılanarak kamu idareleri eliyle yürütülmesi uygulamasının yanında, yerli ve yabancı özel teşebbüsleri devreye sokan ve uygulanabilir bir finansman modeli olan YİD modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi amacıyla 3996 sayılı kanunun yürürlüğe konduğu vurgulanmıştır. Bu kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ile yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılması hedeflenmiştir. Ülkemiz enerji yatırımlarının durumu ve enerji ihtiyacı dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre enerji yatırım ve hizmet projelerinin bir an önce gerçekleştirilmesini sağlamak bakımından bu taslağın hazırlandığı belirtilmiştir.

çözülmesinin öngörülebileceği belirtilmiştir. Ancak milletlerarası tahkime başvurabilme şartı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımasıdır. Modelin taraflarından biri Türkiye Cumhuriyeti devleti olduğuna göre, bu işi üstlenen gerçek veya tüzel kişi yabancı olduğu takdirde milletlerarası tahkim yoluna gidilebilecektir.

Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda, taraflarca yapılan sözleşmeye uygulanacak ilkeler ve esaslar 4501 sayılı Kanunda⁸⁹⁷ gösterilmiştir. Tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.

Ülkemizde enerji ve ulaştırma sektöründeki projelerle gelişen bir model olan YİD modeline başvuru yolu şöyle olmaktadır: İlgili Bakanlık/idare, projenin fizibilite raporunu hazırlayıp, ihaleye çıkar. Yatırımcı firmalar bu rapor ile ileride bahsi geçecek olan bazı değer tespit usullerini kullanarak kendi hazırladıkları raporu ortaya koyarak, tekliflerini belirlerler. Bu teklifler Bakanlık tarafından değerlendirmeye alınır. İlk değerlendirme çalışması, alt kurulda tamamlandıktan sonra, değerlendirme sonuçları Bakanlık Müsteşarının başkanlığında ilgili müdürlüklerden oluşan üst kurula gönderilir⁸⁹⁸. Üst kurul aldığı kararı Bakan'ın onayına sunar. Daha sonra görüşü ve onayı alınmak üzere karar, DPT'ye gönderilir. Planlama'nın görüşü olumlu ise, YİD sözleşmesini ifa edecek Yatırım Şirketi'nin kurulması için çağrıda bulunulur. Yatırım Şirketi, projenin sahibi olur ve Bakanlık yetkilileriyle YİD modeli çerçevesinde belirlenmiş koşulları içeren bir Uygulama Sözleşmesi imzalanır. Bu sözleşme, genel işlem şartlarını haiz bir sözleşmedir. Bakanlık, son yıllarda tek tip bir sözleşme geliştirmiştir⁸⁹⁹. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri uzun zaman almaz. Taraflar mutabık kaldıklarında, görüşü alınmak üzere sözleşme Danıştay'a gönderilir. Sözleşme, yürürlüğe girdikten sonra ise, Yatırım Şirketi birçok sözleşmeye daha imza atmak zorundadır. Enerji sektörünü baz aldığımızda, bu sözleşmelerden bazıları: DSİ ile imzalanan Su Hakkı Kullanım Sözleşmesi, TEAŞ ile imzalanan Elektrik Enerjisi Satın Alma Sözleşmesi, Bakanlık ile imzalanan İnşaat Sözleşmesi, Bakanlık Enerji Fonu ile imzalanan Sözleşme, Bankalarla imzalanan kredi sözleşmeleri, Sigorta şirketleriyle imzalanan sözleşmeler, Bağımsız Müşavir ile imzalanan sözleşmelerdir⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere dair Kanun, **Resmi Gazete**, 22.01.2000, S: 23951.

⁸⁹⁸ **İMRE Erol**, a.g.e., http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t5, erişim: 14.04.2008.

⁸⁹⁹ **İMRE**, a.g.e., http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t5, erişim: 14.04.2008.

⁹⁰⁰ **İMRE**, a.g.e., http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t5, erişim: 14.04.2008

3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlarda öngörülen yazılı şeklin uygulanması, YİD sözleşmesi için bir geçerlilik şartıdır. Bu sözleşmede, yatırım sahibi kamu kuruluşu ile yatırımı üstlenen şirketin karşılıklı birtakım borçları söz konusudur (*sinallagmatik akit*). Yatırımcı şirket, sözleşme konusu edimi finanse etmek ve ihtiyaç duyulan sermayeyi temin etmekle yükümlüdür. Yatırımcı, ya kendi kaynakları ile ya da kredi kullanarak bu sermayeyi sağlayacaktır. 3996 sayılı Kanun'da ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında⁹⁰¹, finansman borcunun ne şekilde ifa edileceği ile sermayenin hangi yolla geri alınabileceğine dair hükümler mevcuttur. Esasında, bu hükümlerin yapılacak sözleşmede açıkça belirtilmesi yerinde olur. Yatırımcı, finansman borcunu, yatırım sahibi kuruluşun vereceği teminatlarla hafifletebilir⁹⁰². Ancak, kamunun teminat vermesi veya hazine garantisi talebi hususunda, YİD modelinde kamunun özel sektörün finans gücünden yararlanmakta olduğu gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte teminatlandırmanın getireceği kredibilite de yatırımın yapılabilirliğini ve daha kolay “kredilendirilebilir” olmasını sağladığı için bir denge kurulması gerekmektedir. Yatırımcı temin ettiği finansmanı, sözleşme konusu edimin yapımı aşamasında kullanacaktır. Bu borcun ifası, yatırımcı açısından işletme hakkının kullanılabilmesi için ön şartın sağlanması anlamına gelir⁹⁰³. Ayrıca yatırımcı açısından projenin diğer hedeflerine ulaşılması için de, eserin inşası bir ön şart niteliğini taşır. Bu borcun nasıl ifa edileceği hususunda, Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Yani yatırımcı, yatırım sahibinin yararına olacak her şeyi yapmak ve zarar verecek her davranıştan da kaçınmak zorundadır. Yatırımcı, işin gerektirdiği kuralların tamamına riayet ederek, tehlikelere karşı gerekli önlemleri zamanında alarak, yatırım sahibini zamanında uyarmak mükellefiyetindedir. Yatırımcı, üstlendiği projeyi bizzat yapmak veya denetimi altında yaptırmak zorundadır. Özel bir hüküm sözleşmeye konulduğu takdirde, alt müteahhitler de işin yapımında yer alabilirler. YİD, yapısı gereği anahtar teslimi yükümlülüğü içermektedir⁹⁰⁴. Bu nedenle alt müteahhitlere baştan cevaz verildiği kabul edilmelidir. Yatırımcı, proje için gereken bütün malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Zaten yatırımcı, finansmanı, bu borcunu ifa etmek için sağlar. İşin devamı süresince, işin sözleşmeye uygun olarak ve zamanında yapılmasını engelleyecek bir durum ortaya çıkarsa, yatırımcının bunu derhal yatırım sahibine ihbar etmesi gerekmektedir(ihbar mükellefiyeti). Bunun gibi projeyle ilgili birçok konuda,

⁹⁰¹ Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar Hakkında Karar, **Resmî Gazete**, 01.10.1994, S. 22068.

⁹⁰² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 128.

⁹⁰³ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 149.

⁹⁰⁴ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, a.g.e., s. 167.

basiretli bir işadami gibi davranma yükümlülüğü de bunu gerektirir⁹⁰⁵. Eser sözleşmesinde olduğu gibi, YİD sözleşmesinde, işe zamanında başlama ve ara vermeksizin devam etme borcu hayati önem taşımaz. Zira yatırım sahibine, işletme süresi sonunda, projeye uygun yapılmış ve çalışır durumda olan bir tesisin devredilmesi yeterlidir. Bu nedenle işe zamanında başlama noktasında yatırım sahibinin menfaatini etkileyen bir husus yoktur. Projenin inşası tamamlandığında, yatırımcı bunu yatırım sahibine bildirerek, işletme hakkını kullanmaya başlayabilir.

Bunların yanında yatırımcı, inşa ettiği tesisin bakımını ve onarımlarını yapma borcu altındadır. YİD sözleşmeleriyle ilgili yukarıda bahsi geçen kanunlar ve ilgili Bakanlar Kurulu kararında da bu borcun yatırımcı üzerinde olduğu belirtilmiştir. Nihayetinde, yatırımcı, işletme süresi sonunda, tesisi her türlü borç ve taahhütlerden arı olarak ve bedelsiz şekilde yatırım sahibine devretmekle yükümlüdür. Kanunda, bu devrin “kendiliğinden” gerçekleşeceği belirtilmiştir. Devir işlemi, tesisin tümünü kapsadığından, bu bağlamda işletme hakkı da yatırım sahibine geri dönmüş olacaktır. Bu devrin gerçekten doğru olup olmadığı da her projede ayrı ayrı sorgulanmalı, gerekirse YİD modeli dışında bir model kurulmalıdır. Zira iktisadi ömrünü tamamlamış bir tesisin kamuya devredilmesinin bir yararı da bulunmamaktadır⁹⁰⁶.

4501 sayılı Kanuna göre, taraflar, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları geçici veya kurumsal tahkime götürebilirler⁹⁰⁷. 4501 sayılı Kanunun 5. maddesinin 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁰⁸ ile yürürlükten kaldırılmasından önce, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay’da, tanıma ve tenfizi ise Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmüyordu. 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de Milletlerarası Tahkim Kanununa tabidir (m.1).

Ayrıca, Birleşmiş Milletler, milletlerarası ticari tahkim konusunda Birleşmiş Milletler üyesi devletlere milli mevzuatlarının birer parçası olarak benimseyip iktibas halinde ya da kısmen kanunlaştırabilecekleri UNCITRAL Kanun Örneği hazırlanmıştır⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, a.g.e., s. 178.

⁹⁰⁶ BERBER, a.g.s., s. 138.

⁹⁰⁷ DOST Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006, s. 84.

⁹⁰⁸ Resmi Gazete, 05.07.2001, S: 24453.

⁹⁰⁹ YERLİKAYA, a.g.e., s. 168.

Ancak Türkiye henüz UNCITRAL ile ilgili olarak mevzuatında bir düzenlemeye gitmemiştir.

Tahkim mevzuatının önemli bir parçası da, Devletler ve Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'dir⁹¹⁰ (ICSID Sözleşmesi). ICSID'in amacı, yatırım yapılan ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcılar arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasını sağlamaktır⁹¹¹.

Yap-İşlet-Devret modellerine tahkimin uygulanmasının kararlaştırılması, devletin de yaptığı işlemlerde kusurlu olabileceğini kabul etmek ve yabancı yatırımcıya güven vermek açısından önemlidir. Yabancı yatırımcı, kendisini, yatırımlarını ve yatırımlar için idarece verilen garantileri politik risklere karşı korumak; idare ile arasındaki eşitsizlik, yatırımcının üstlendiği yükümlülükler ve yerel idari yargının yetersiz olabileceği hatta taraflı davranabileceği gibi sebeplerden soyutlanmak için tahkim yolunu tercih eder.

3.5.3. Yap-Sahip Ol-İşlet

Özel kişi tarafından yapılacak tesisin mülkiyetinin de özel kişiye verildiği modeldir. Bu modelde tesisin belirli bir işletme süresi sonunda ilgili kamu kurumuna devredilip devredilmeyeceği yapılacak sözleşme ile belirlenir. Bu şekilde imtiyaz, yatırımcı üzerinde kalır. Yatırımcı projeyi süresiz olarak işletebilir ve bu olasılık da ilgili projeye olan katılımı artırır. Ancak bu model, bu açıdan ilgili tarafından hoş karşılanmayabilir. Bu nedenle alternatif model olan YİD modeli tercih edilmek istenebilir.

YİD modeli ise, dünyada büyük bir hızla yaygınlaşmakta olan küreselleşme ve PPP uygulamalarının de etkileriyle son yıllarda değişime uğrayarak Yap-Sahip Ol-İşlet (YSİ) modeline dönüşmüştür Build-Own-Operate (BOO). Bunun nedeni, belirli bir işletme dönemi sonrasında kamuya devredilen ve kullanılma ömrünün belli bir kısmını yitiren bu yatırımların kamuya uzun vadeli bir katkısının olamayacağı düşüncesidir⁹¹². Bu model aynı zamanda PPP uygulamalarının önemli bir türünü de oluşturmaktadır.

⁹¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes) Sözleşmesini 24.06.1987 tarihinde 3460 sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkındaki Kanunla onaylamıştır.

⁹¹¹ YERLİKAYA, a.g.e., s. 169.

⁹¹² BERBER, a.g.s., s. 138.

3.5.4. Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret

Bir yatırımcının bir altyapı projesini yaptığı, belirli bir süreliğine (ortalama 20-25 yıl) bu işletmeye sahip olduğu ve işlettiği, sonra da sözleşmede belirlenen tarafa devrettiği finansman modelidir. Tesis yapan yatırımcı, bir süreliğine mülkiyeti muhafaza eder, işletir ve sonunda devreder. Bu modelde, kamu hizmetinin sunulması aşamasında (BOOT) kamu üzerinde bir mali yük doğmamaktadır. Yatırımcı firma işletmeye başladıktan sonra yatırım maliyetini amorti etmeye başlayacağı için yatırımı çok hızlı bir şekilde bitirerek hizmete açma gayreti içinde olmaktadır.

3.5.5. Yap-Kirala-Devret

Bu model, özel kişilerin proje konusu tesisi inşa etmesi ve bu tesisin belirli bir süre için ve belirli bir bedel üzerinden kiralanmasını öngörür. Proje özel sektör tarafından yapılır, kamu idaresince kiralanır. Ancak kiracı devlet olabileceği gibi, bazı durumlarda, özel sektör de olabilir. Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri, Sağlık Bakanlığı uygulamasında Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince, ödenir. Bu kira sözleşmesinin konusu yalnızca yaptırılan tesis olabileceği gibi, gerekli araç, gereç ve donanım ile tesisin işletilmesi de olabilir. Ülkemizde özellikle sağlık sektörü tarafından gündeme alınmış bu PPP modeli çerçevesinde, devlet hastanelerinin yap-kirala-devret modeli kullanılarak, yönetimi özerk olan işletmeler haline getirileceği ifade edilmiştir. Belirtilmelidir ki sağlık hizmetlerine duyulan ihtiyaç ve buna karşı kamu sektöründe bu alana ayrılabilen finansmanın kısıtlı olması dünya genelinde sağlık hizmetlerinin görülmesine yönelik PPP projelerini artırmıştır. Litvanya, Bosna Hersek, Arnavutluk gibi finansman sıkıntısı içindeki ülkelerde dahi bu sektörde uygulanan projelerin başarıya ulaştığı görülmektedir⁹¹³. Genel olarak PPP projelerinde başarı için gerekli kriterler olan dengeli risk dağılımı, etkili hukuki düzenlemeler ve proje öncesi due diligence süreci başarının anahtarı olarak görülmektedir⁹¹⁴.

5683 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan *Kamu-Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı*'nın 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinde öngörülen iş ve işlemleri yapacağı belirtilmiştir.

⁹¹³ **KERSCHBAUMER Katja**, Public-Private Partnerships In Eastern Europe: Case Studies From Lithuania, Republika Srpska And Albania, Eurohealth, Volume 13 Number 2 2007, London, s. 7.

⁹¹⁴ **KERSCHBAUMER**, a.g.m., s. 9.

Bu maddeden Yap-Kirala-Devret modeli ile bir tesis yaptırılmak istenildiğinde uyulması gereken genel şartlara ilişkin bir model çıkarılabilir. Bu kanuna göre şartlar şöyledir: (1) Bu tesisin gerekli olduğuna ilişkin Yüksek Planlama Kurulundan karar alınması, (2) Bu tesisin ilgili Bakanlık tarafından verilecek ön proje ve temel standartlara uygun olması, (3) Yatırımcının, ihale ile belirlenecek bir gerçek veya tüzel kişi olması, (4) Kiralama süresinin belirli ve en fazla kırkdokuz yıl olması, (5) Arazinin yatırımcının kendisine ait veya Hazine tarafından üst hakkı⁹¹⁵ tesis edilerek devredilecek bir arazi olması, şeklinde belirlenmiştir. Ülkemizin Özelleştirme Kanunundan sonraki ilk liberal ve modern anlamda PPP kanunu olarak değerlendirilebilecek Kanun bu kanun olmuştur. Ancak, uyuşmazlıkların çözümünün de açıkça kanunla düzenlenmesi gerekirken düzenlemeye bu yönde gidilmemiş olması, Kanunda açıkça Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmayacağı düzenlendikten sonra Kanunda esasları belirlenmeksizin Bakanlar Kurulu Kararı ile ayrıntıların düzenlenmesi ve ihale komisyonu kurularak ihale yetkisi verilmesi, özel ve kamusal mülkiyet üzerinde tasarrufta bulunma hususlarının yönetmelik ile düzenlenmesi, Kanunda hiç düzenlenmemiş bulunan hususların yönetmelik kapsamına alınmış bulunması gibi hususları da içeren bu Kanunun Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi denetiminden henüz geçmiş değildir. Aynı şekilde Yönetmeliğin de Kanuna uygunluğu Danıştay denetiminden geçmiş değildir. Bu kanun, bu çalışmanın ana amacı olmadığı için sair yönleri burada incelenmemiştir.

3.5.6. Gelir Ortaklığı Modeli

Gerek Özelleştirme Kanununda, gerekse ilgili birincil mevzuatta gelir ortaklığı modeline ilişkin bir tanımlama yapılmış değildir. Uygulamada gelir paylaşımı modeli ihaleler olarak da anılan bu yöntemde, ihale makamına ait bulunan mal veya hizmet üretim birimi veya bizzat mal veya hizmetin ihale makamının uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetini karşılayacağı ve sağlanacak gelirin sözleşmede belirlenen esaslara göre taraflar arasında paylaşımını öngören modeldir. Bu modelde, idare üzerinde bir mali yük doğmamakta, finansman yüklenici tarafından yapılmakta ve elde edilen gelir paylaşılmaktadır. Bu yönüyle bu tür ihaleler kamu maliyesi üzerinde de borç yükü doğurmamaktadır.

Bir dönem ülkemizde uygulanmış bulunan gelir ortaklığı senetleri ile oluşturulan gelir ortaklığı modelinde ise; gelir ortaklığı yönteminin amacı, mülkiyetin devlette kalması

⁹¹⁵ Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin m.4/ö bendinde, bu hususta yatırımcı lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakkı tesis edileceği düzenlenmiştir. **Resmi Gazete**, 22.07.2006, S.10655.

gereken altyapı tesislerinin gelirlerine halkı ortak ederek tasarruf sahiplerine güvenilir bir yatırım imkanı tanımak ve elde edilen kaynaklarla da, benzer yatırımları finanse ederek, bunların süratle tamamlanmasını sağlamaktır⁹¹⁶.

Gelir ortaklığı bir toplumsal katılım modelidir⁹¹⁷. Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun'da⁹¹⁸ “*gelir ortaklığı senedi*” kavramının tanımı mevcuttur. Bu tanımdan yola çıkarak, gelir ortaklığı modelini anlamak mümkündür. Tanıma göre, Gelir Ortaklığı Senedi; Kamu kurum ve kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri dahil) *ait altyapı* tesislerinin gelirlerine hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak hamiline yazılı senetleri ifade eder. Kanundaki bu tanımın unsurları ile mesele tahlil edildiğinde, gelir ortaklığı modeli de, kamu kurum ve kuruluşlarına *ait altyapı* tesislerinin gelirlerine gerçek ve tüzel kişilerin ortak olabilmesini sağlayan bir kamu finansmanı modeli olarak tanımlanabilecektir. Ancak, kanaatimizce, gelir ortaklığı modeli sadece altyapı ile sınırlı tutulmamalı bunun dışındaki her türlü varlığın da gelir ortaklığına dahil edilmesini içermelidir. Ayrıca, sadece menkul kıymetleştirmeye hasredilmeyip, gelir paylaşımı mümkün olan projelerin de kapsama alınması isabetlidir ki, TOKİ bu yöntemi kullanagelmektedir. 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği⁹¹⁹, Toplu Konut İdaresi Kaynaklarının Kullanım Şekline İlişkin Yönetmelik⁹²⁰, Toplu Konut Kredileri Uygulama Yönetmeliği⁹²¹ ve Altyapılı Arsa Üretimi ve Bu Arsaların Tahsis Yoluyla Satışına İlişkin Yönetmelik⁹²² kapsamında gelir paylaşımı modeli şekillenmiştir. TOKİ uygulamaları Kanunda dayanağı bulunan-bulunmayan ancak gerekli olan düzenlemelerin ikincil mevzuatta düzenlenmesi şeklinde olmuştur. Bu anlamda, toplu konut konusunun da PPP Kanunu kapsamında yasal dayanağı oluşturulmalı ve ikincil mevzuata dayanak sağlanmalıdır. Mevcut hali ile uygulanan gelir paylaşım modelinde, taraflar arasındaki ilişki bir adi ortaklık şeklinde yürümektedir. Bu anlamda, özellikle TOKİ uygulamasında, akdi

⁹¹⁶ YAŞAR, (Yöntemler), s. 144; AKSU Ahmet, Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Gelir Ortaklığı Senetleri, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.

⁹¹⁷ BAYTAN, a.g.e., s. 15.

⁹¹⁸ Resmi Gazete, 17.03.1984, S.18344. bu kanun bugün de 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu olarak yürürlüktedir.

⁹¹⁹ Resmi Gazete, 03.05.2006, S:26157.

⁹²⁰ Resmi Gazete, 18.04.2002, S:24730.

⁹²¹ Resmi Gazete, 14.06.1997, S: 23019.

⁹²² Resmi Gazete, 11.09.2004, S: 25580.

PPP şeklinde yürüyen gelir paylaşımı modellerinin kullanılması mümkün olduğu gibi, kurumsal PPP şeklinde yürüyen gelir paylaşımı modellerinin oluşturulması da mümkündür.

Gelir ortaklığı modelinde, kamunun elinde bulunan ve gelir getiren bazı kamusal varlıkların gelirlerinin, çıkarılan senetleri alan yatırımcılar tarafından paylaşılması esasını da içeren bu model, aynı zamanda yeni yatırımlar için kaynak da sağlar⁹²³. Satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi yöntemlerinde, kamu kuruluşlarının mülkiyetleri veya zilyedlikleri özel kişilere aktarılmaktadır. Ancak bu yöntemde, kamu kuruluşundan *elde edilen gelir* PPP konusu olmakta fakat giderler kamu üzerinde doğmamaktadır. Bu açıdan bu yöntem geniş anlamda özelleştirme ve PPP tanımına dahil edilebilir.

Bazı yazarlar bu yöntemin mülkiyetin devri ile birlikte de yapılabileceğini ifade etmişlerdir⁹²⁴. Bu uygulamaya USAŞ örnek gösterilmiştir. Bu şirketin hisseleri blok satış yoluyla özelleştirilirken, idare ile alıcı arasındaki satış sözleşmesinde, satış bedelinin yanı sıra, on yıl süreyle elde edilen kardan da idareye bir pay ödenmesi kararlaştırılmıştır. Bu şekilde bakıldığında özelleştirme ile PPP uygulaması tek bir ihalede iç içe geçmiş görülmektedir. Bu açıdan bu yöntemin diğer özelleştirme yöntemleri ile birlikte kullanılabilen bir model olduğunu söylemek mümkündür⁹²⁵. Bunu savunan görüşe göre gelir ortaklığı modelinin, özelleştirmenin diğer yöntemlerinin kullanılmasının yanında bir şart olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁹²⁶. Yani mülkiyeti veya işletme hakkı devredilen bir kuruluşun, faaliyetinden dolayı elde edeceği gelirden de bir hisse ödenmesi şartının getirilmesi durumu söz konusudur. Bu şart sadece belirli bir payın belirli bir süre için idareye ödenmesine ilişkindir. Bu nedenle bu yöntemin tek başına bir özelleştirme yöntemi olamayacağı ancak PPP sistemine uygun bir model olacağı söylenebilir.

Doktrinde ikinci bir model de gelir paylaşımı kapsamında düşünülmektedir. Bu modelde, sözleşmeye konu varlığın veya hizmet karşılığında, kuruluşu işleten veya hizmeti yürüten kişinin, elde ettiği gelirden pay alınmasıdır⁹²⁷. Yazara göre, bu modelde özel kişinin elde ettiği gelirin, idare ile özel hukuk kişisi arasında sözleşme ile kararlaştırılan şekilde paylaşılması söz konusudur.

⁹²³ ÇETİNKAYA Özhan, Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme, Bursa 2001, s. 185.

⁹²⁴ BAYTAN, a.g.e., s. 343.

⁹²⁵ Aynı yönde BAYTAN, a.g.e., s. 344.

⁹²⁶ BAYTAN, a.g.e., s. 344.

⁹²⁷ YASİN, a.g.e., s. 149.

4046 sayılı Kanun ile bir özelleştirme yöntemi olarak kabul edilen gelir ortaklığı modelinin Kanuna dahil edilip edilmeme esnasındaki TBMM görüşmelerinde, diğer özelleştirme yöntemlerinin yeni ve ileri teknolojilere sahip olunması açısından yetersiz görülmüş; bu nedenle gelir ortaklığı modeli, bu konuda beklenen amaçları karşılayan bir model olarak görülmüştür⁹²⁸. Ayrıca bu görüşmeler esnasında bu modelin dünya çapında yaygın olarak kullanıldığı vurgulanmıştır. Bu açıdan söz konusu yöntemin uygulamaya geçirilmesi halinde yerli ve yabancı yatırımcılar devreye sokularak, gerekli alanlarda ülkeye teknoloji girişi hızlandırılabilir.

3.5.7. Sair Yöntemler

Kamu idareleri, görev ve sorumluluklarıyla uyumlu olmak kaydıyla, bir hizmetin sağlanması ve/veya bir eserin tasarımı, yapımı, işletilmesi, kiralanması, ortaklık, menkul kıymetleştirme ve finansmanının temininde özel sektörle genel hükümler ve özel kanunlarda belirtilen isimli sözleşmeler ile örnekleri verilen isimsiz sözleşme yöntemlerinin uygulanması suretiyle özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler yapabilir. Bu kapsamda yapılan sözleşmenin konusu veya unsuru olan şey üzerindeki mülkiyet hakkı sözleşmede belirlenen şekilde ve şartlarla kamuya geçebileceği gibi özel sektörde de kalabilir.

İdare yukarıda belirtilen yöntemlerin veya unsurlarının birinin veya birkaçının birlikte uygulanması suretiyle kendi ihtiyaçlarına uygun veya uluslararası uygulamalarda genel kabul gören yöntemler çerçevesinde başka modeller geliştirebilir.

⁹²⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 71, s.154 Naklen: **BAYTAN**, a.g.e., s. 341.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PPP UYGULAMALARINDAN DOĞAN UYUŞMALIKLAR

1. GENEL OLARAK

Ülkemizdeki PPP uygulamaları çok farklı açılardan ve farklı idari birimlerce incelemelere konu olacaktır. Özellikle Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın tabi olduğu denetim kurumlarının PPP uygulamalarının da denetleyicisi olması beklenmektedir. Uygulamada Özelleştirme İdaresi Başkanlığının denetimine ilişkin aşağıdaki denetim unsurlarının bulunduğunu belirtmekte yarar vardır.

Sayıştay Başkanlığı: 4046 sayılı Kanunda “Özelleştirme İdaresi Bütçesi”nin denetiminin 21.06.1967 tarih ve 832 sayılı Kanun uyarınca Sayıştay Başkanlığınca yapılacağı düzenlenmiştir. 832 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve giderleri ile mallarını TBMM adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini yargılama yoluyla kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir.

Bir Anayasa Mahkemesi kararında da, Özelleştirme İdaresinin Anayasa'nın 160. maddesi kapsamında –yani Sayıştay denetiminde- olduğu şöyle belirtilmiştir:

“Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın kurulmasına yetki veren Yasa, denetiminin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na yapılmasına olanak sağlamaktadır. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, Anayasa'nın 165. maddesinde belirtilen kamu kurum ve kuruluşları içinde değerlendirilmesi mümkün olmadığına göre bunun denetiminin de ancak 160. maddede öngörüldüğü gibi yapılması zorunludur. Çünkü Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetimi, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan ya da dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortakları için söz konusu olabilir. Bu nedenle, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın denetim yöntemlerine ilişkin düzenlemeler yapmak üzere verilen yetki, Anayasa'nın 160. maddesine aykırı olup iptali gerekir.”⁹²⁹

Bu çerçevede, 4046 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer aldığı üzere, 832 sayılı Kanunun “vize ve tescil”e ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağına da altını çizmek gerekir. Bunun nedeni, ÖİB'nin yasada belirlenen görevlerinin fazlalığı ve çeşitliliği ile değişkenlik gösteren işlemler olması ve genelde bu işlemlerin kısa sürede tamamlanması nedeniyle, özelleştirme işlemlerine uygulanması gerekliliğinin, işin niteliğine aykırı

⁹²⁹ AYMK, E.1994/49, K: 1994/45-1, T: 15.06.1994, Resmi Gazete, 28.06.1994, S: 21974.

düşeceği hususudur⁹³⁰. Yani, bu hükümlerin uygulanmaması ile özelleştirme işlemlerinin hızının kesilmemesi amaçlanmıştır.

Burada öngörülen denetim PFİ hakkında da PPP uygulamalarına ilişkin olarak aynen benimsenmelidir.

Devlet Denetleme Kurulu: Bu kurul yukarıda belirtilen hususlarda Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak görev yapan ve PPP uygulamaları ile ilgili işlemlerde ve hesaplarda usul ve yerindelik denetimi ile görevli bir teftiş ve inceleme heyetidir. Hazırlanan inceleme raporları gerekli olması halinde ilgili kuruma ve/veya TC Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığına intikal ettirilmektedir.

Başbakanlık Teftiş Kurulu: Gerekli durumlarda soruşturmaların yapılması, Başbakan onayının alınmasına müteakip gerekli hukuki prosedürün hayata geçirilmesi ve takibi ile görevli olan en üst seviyedeki teftiş heyetidir.

Kamuoyu: PPP uygulamalarının neticeleri ve yansımalarının kamuoyunca yakinen takip edilmesini ve hataların ya da sevapların sonuçlarının seçim sandığına yansımaları ve siyasi hesap verilebilirliği temin eder. Kamuoyunun denetiminin etkin olması, PPP sürecine destek sağlar. PPP uygulamalarında esas alınan “aleniyet” ilkesi de kamuoyu denetiminin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ayrıca PPP uygulamalarının yazılı, görsel ve sanal yayın organlarıyla duyurulması, PPP uygulamalarına olan önyargıyı gidereceği gibi, bu sürece pozitif etki edecektir. Bu anlamda Proje ve Finansman İdaresi başkanlığı’nın web sitesinin bulunması ve bunun da sürekli olarak güncel tutulması yararlı olacaktır.

2. PPP UYGULAMALARINDA YARGISAL DENETİM

PPP uygulamalarında sözleşmenin yapılmasından sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklar özel hukuka tabi bulunmaktadır. Ancak, Anayasa m.125’in İdarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasına ilişkin hükmü nedeniyle PPP uygulamalarının sözleşme öncesi döneminin denetiminin de yapılması gerekmektedir. Bu anlamda, Türk Patent Enstitüsünün verdiği idari nitelikli kararların özel hukuk yargısına tabi olduğu gerçeği karşısında bu alanın da özel hukuk yargısına tabi tutulması düşünülebilirse de, TPE’nin kararlarının özel hukuka ait ilişkiler hakkında verilmiş kararlar olduğu gerçeğinden hareketle özel hukuk yargılamasına tabi olması normaldir. Ancak, burada taraflar arasındaki uyuşmazlıklar özel hukuka tabi olmakla birlikte, sözleşme öncesi aşamanın ise Kamu Hukuku’na tabi olduğu bir gerçektir. Kamu hukuku alanında da Danıştay denetimi Anayasa m.155’te iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

⁹³⁰ BAYTAN, a.g.e., s. 181.

Konusu imtiyaz olan sözleşmelerde Danıştay'ın “*düşünce bildirmesi*” sözkonusu iken, konusu imtiyaz olmayan sözleşmelerde Danıştay'ın yetkisi yine Anayasa m.155/2'de “...*idarî uyuşmazlıkları çözmek*...” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla birincisi ön inceleme usulü iken ikincisi uyuşmazlık çözümleme alanına tabi bir hukuki durumdur.

2.1. İMTİYAZ NİTELİĞİNDEKİ PPP UYGULAMALARININ HUKUKİ DENETİMİ

Anayasa m.155 imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının Danıştay denetimine tabi olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Anayasa'nın 155. maddesi ve Danıştay Kanunu'nun 23/d bendi gereği, bu tür imtiyaz sözleşmeleri Danıştay ön incelemesine sunulmak zorundadır. Bu da, devletin bu model üzerinde denetim hakkı olduğu düşüncesini aklara getirir⁹³¹. Ancak, Danıştay Kanunun m.23/d'nin 4492 Sayılı Kanun'un 1.maddesi ile değişik halinde Danıştay'ın tüzük tasarılarını inceleme yetkisi devam ettirilmiş olmakla birlikte, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki yetkisi “*düşüncesini bildirmek*” ile sınırlandırılmıştır. Anayasa m.155/2, “(Değişik: 13.8.1999-4446/3 md.) ... *kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek*, ...” Bu durumda konusu imtiyaz olan durumlarda Danıştay'ın “*görüş bildirme*” yetkisi ve görevi bulunmaktadır. Anayasa, projenin sürüncemede kalmaması için bu görevin yapılacağı maksimum süreyi de “*iki ay*” ile sınırlandırmıştır.

Anılan Kanun değişikliği Danıştay'ın daha önceki dönem uygulamalarında meydana gelen durumlara karşı, görülen lüzum üzerine, yasama ve yürütme tarafından Danıştay'ın yetkisinin bu hale indirgenmesi niteliğindeki bir Kanun değişikliğidir. Bu değişiklik, esasen İdare Hukukunun özel hukuk ile, kamunun özel sektör ile kesişim kümesinde bulunmuş olmasının sonucunda meydana gelmiş bulunan bir politika değişimidir. Kamunun özel sektör ile işbirliği yaptığı yerlerde idari yargı denetimi dışına çıkıp, özel hukuk alanında kalmak istemesi, Danıştay'ın kamu-özel kesişimindeki hukuki sorunları dengeli bir çözüme kavuşturmakta daha dengeli olmasını talep etme, yani, Danıştay'ın ekonominin değişen yüzüne ayak uydurmasının istenilmesi anlamındadır. Bu değişim, Danıştay'ın, 18. ve 19. yüzyıl teorileri ile değil, *global ve ulusal anlamda ekonomik, toplumsal, kültürel, sosyal yaşamda meydana gelmiş bulunan değişimin kararlarına da yansımaları talebidir*. Dünyada ve Türkiye'de yaşanmış ve yaşanmakta bulunan değişimin Danıştay'ın bundan sonraki yorumlarına yansıtacağı ve Danıştay

⁹³¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, a.g.e., s. 852.

denetiminin, kamu-özel kesişiminde tarafların yapılan işteki menfaatlerini/beklentileri dengeli bir şekilde karara bağlayacağı inancındayız.

Öte yandan, Anayasanın 155. ve 47. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, konusu imtiyaz niteliğinde olan sözleşme ve şartlaşmalarda, diğerlerinden farklı olarak, Danıştay “görüşünün” de alınması gerekmektedir. Bu anlamda, anayasanın bu hükmü idari karar alma sürecinin usul-şekil ögesine zorunlu bir unsur daha eklemiştir. İdare bu usuli işlemi de yaparak işlem dosyasına Danıştay görüşünü de eklemek zorundadır. Anayasa m.47 gereğince imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin de özel hukuka tabi olması mümkün hale gelmiş olduğu için yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi olmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Yukarıdaki usul şekil ögesinin yerine getirilmesinden sonra işlem tamamlandığında “menfaati ihlal edilenler” bu işlemin iptali talebi ile dava açabilirler. İşte bu aşamada, Danıştay’ın istisari mütalaasının önemi artmaktadır. Zira, Danıştay ön görüşünü bildirdikten sonra işlemde Danıştay’ın da belirlediği bir hukuka aykırılık var idi ve bu da düzeltilmedi ise bunun nedeninin iyi açıklanması gerekir, aksi halde, işlemin iptali sözkonusu olabilecektir.

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin de özel hukuka tabi olması mümkün hale geldiği için kamu hizmeti imtiyazının nasıl belirleneceği de tesbit edilmelidir. Danıştay, İhale sonrasında yapılan sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi olduğu iddia edilerek açılan bir davada bu husustaki görüşünü şöyle açıklamıştır:

“... Böyle olunca, görüş istemine konu olan sözleşmenin, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir. ...Kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesi işi, imtiyaz usulüyle ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmek isteniyorsa, ..., yasal olarak bu işi yapmakla görevlendirilmiş bir kamu idaresinin var olması gerekir. ...Esasen, 4046 sayılı Yasanın, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi başlıklı 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve devamı fıkralarının hükümlerine göre de... kamusal bir hizmet üretim faaliyeti, tekel olma niteliğinden çıkmışsa ve genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise, bu hizmet kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılmayacaktır. ...⁹³²”

Bu karar dolayısıyla, kamusal bir hizmet üretim faaliyeti, tekel olma niteliğinden çıkmışsa ve genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise, bu hizmet kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılmayacaktır.

⁹³² Danıştay 1. Daire, E: 2005/307, K: 2005/668, T: 18.05.2005. Aynı yönde: Danıştay 1. Daire, E: 2005/754, K: 2005/1075, T: 26.09.2005.

Kamu hizmeti ile imtiyazın farklı rejimlerde değerlendirilmesine ilişkin kriter de bu şekilde belirlenmiştir.

2.2. İMTİYAZ NİTELİĞİNDE OLMAYAN PPP UYGULAMALARININ HUKUKİ DENETİMİ

İmtiyaz niteliğinde olmayan PPP uygulamalarında Anayasa m.155 hükmü uygulanmayacağı için denetim idare hukuku'nun klasik usullerine tabidir. Yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa m.47'deki özel düzenleme⁹³³ nedeniyle konusu "*imtiyaz*" olmayan her türlü PPP uygulaması doğrudan doğruya işleme alınarak devam edilecek ve sözleşme yapılacaktır.

Esasen, bu durum projenin hukuki risk faktörünü de artırmaktadır. Bu noktada projenin hukuki risk faktörünü azaltıcı bir model geliştirilmesi bütün tarafların ortak talebi durumundadır. Bizim de benimsediğimiz ve yukarıda İkinci Bölümde, "2. PROJE SÜRECİ" başlığı altında yapılan açıklamalarda öngörülen modelin benimsenmesi halinde, ihale, sözleşme imzalanmadan Danıştay denetimine tabi tutulabileceği için sorunun çözülmesi mümkün olacaktır. Buna ilave olarak Projenin Kabulüne ilişkin KPYK kararı ile ihale arasındaki sürecin de itirazlar yolu ile değerlendirilmesi mümkün olacağı için ihale sözleşmesinin yapıldığı aşamada projenin olası hukuka aykırılık riski de ortadan kaldırılmış olmaktadır. Buna rağmen, idarenin bilgisine sunulduğu halde kabul etmediği hususlarda hukuka aykırılık bulunması halinde nihai denetim yine Danıştay'da yapılacaktır.

2.2.1. GÖREVLİ VE YETKİLİ YARGI YERİ

PPP ile ilgili uygulamalar hukuken, kanunlar, idari işlemler ve idare ile özel kişi arasında yapılan özel hukuk sözleşmeleri olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle, PPP ile ilgili olarak görevli yargı yerini farklı açılardan incelemek gerekmektedir. Bunlardan ilki, her projede karşılaşılmayacak olan, PPP kapsamında ve programında yer alan kuruluşların yaptıkları iş ve işlemler ile ilgili görevli yargı yerinin belirlenmesidir. Diğerleri ise, PPP ihalesinin iptali ile ilgili davalarda görevli ve yetkili yargı yeridir. Sonuncusu ise, ihalenin sonuçlanmasından sonra ihale alıcısı ile idare arasında yapılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında görevli ve yetkili yargı yeri belirlemesidir.

⁹³³ "(Ek: 13.8.1999-4446/1 md.) Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

2.2.1.1. PPP Kapsamında ve Programındaki Kuruluşların İş ve İşlemlerinde

Bu tür uygulamalara her projede rastlanması mümkün bulunmamaktadır. Zira, bu durum ancak, mevcut bir işletmenin veya varlığın veya bir kuruluşun da dahil olacağı projelerde gündeme gelebilecek durumdadır. Bu da genellikle özelleştirme ile PPP'nin iç içe geçtiği durumlarda karşımıza çıkacaktır. Örneğin limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılamayacağı (4046 SK m.37/a/2) ve yine elektrik üretim tesisleri gibi, tabii kaynaklarda da mülkiyetin devri yoluna gidilemeyeceği (Anayasa m.168) kurala bağlanmıştır. Bu kuralların sonucu olarak da buralarda yapılacak uygulamaların daha çok PPP modeline uyacağı ve bu durumda da fiilen buralarda devam eden bir takım hukuki iş ve işlemler bulunduğu gerçeği karşısında, mevcut durumları içinde ortaya çıkacak hukuki ihtilaflarda görevli ve yetkili yargı yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bir kuruluşun özelleştirme veya PPP kapsamına/programına alınmadan özel sektör katılımına açılması mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla, zaman zaman kurumsal PPP projelerinde ve zaman zaman da akdi PPP projelerinde karşımıza çıkma ihtimali bulunan bu gibi durumlarda ortada, ihale öncesinde kamuya ait bulunan bir varlık ve dolayısıyla da bununla ilgili olarak istihdam edilmiş bir grup personel ve/veya yapılmış bulunan iş ve işlemler bulunması kaçınılmazdır.

Bu konuya ilişkin olarak 4046 sayılı Kanunun 37/a hükmü gereği, özelleştirme *programına* alınan kuruluşlar özel hukuk hükümlerine tabidir. Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği bir karar ile özelleştirme *kapsamına* alınan kuruluşların idari yargıya tabi olduğuna hükmetmiştir⁹³⁴.

Özelleştirme kapsamına ve programına alınan kuruluşların, kamu hukuku alanına giren eylem ve işlemlerinden doğan davalarda idari yargı mercii görevlidir. Bu kuruluşların özelleştirme kapsamına veya programına alınması, o kuruluşların bütün işlemlerini özel hukuka tabi kılmaz⁹³⁵. Ancak özelleştirme uygulamaları sonucunda yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Bu aşamada idare ile özel kişi arasındaki sözleşmenin niteliği bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olacağı da aşîkârdır. Bu uygulamanın PPP alanında da aynen geçerli olacağı kanısındayız. Ancak, PPP Kanununa açıkça Özelleştirme Kanunu madde 37/a benzeri bir hüküm koyulması gerekmektedir.

⁹³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 1995/1, K: 1996/1, T: 22.01.1996.

⁹³⁵ YASİN, a.g.e., s. 220.

2.2.1.2. İhale İşleminin Kendisi Hakkında

Her ne kadar PPP sözleşmeleri özel hukuka tabi sözleşmeler olsa bile, yapılan ihale işlemi bir idari karar olması nedeniyle idari yargı denetimine tabidir. Bu noktada, yapılacak kanuna görevli ve yetkili mahkemenin de açıkça dercedilmesi ve bu hususta Danıştay'ın ilk derece Mahkemesi sıfatıyla görevli olacağının belirtilmesi yararlı olacaktır. Özelleştirme Kanununun uygulanmasında bu konuda yaşanan tecrübeler nedeniyle bu hususun açıkça düzenlenmesi kaçınılmaz olmuştur.

4046 sayılı Kanun'da 5398 sayılı Kanun'la özelleştirme işlemlerine karşı açılacak davalarda yetkili ve görevli mahkeme belirlenmiştir. 5398 Sayılı Kanundan önceki özelleştirmeler hakkında İYUK'un genel yetki kuralları geçerli idi; bu dönemdeki işlemler aleyhinde genel yetkili mahkemelerde açılan davalarda itiraz mercii Bölge İdare Mahkemesi ve Temyiz Mercii de Danıştay (10.Dairesi) idi. Ancak anılan değişiklikten itibaren⁹³⁶, Özelleştirme Kanunu m.27/a/son hükmü gereği; *“Özelleştirme uygulamalarına ilişkin idari davalar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür”*. Dolayısıyla bu işlemlere karşı açılan davalar Danıştay'ın ilk derece Mahkemesi olarak bakmakla görevli ve yetkili olduğu davalar olarak Danıştay'da (13.Dairesinde) görülmektedir. Bu daire kararları aleyhinde itiraz ve temyiz mercii de Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruludur.

PPP uygulamalarında yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi olması ile sözleşme öncesinde idari aşaması yürütülen işlemlerin denetimi ayrı müesseselerdir. Anayasanın “B. Yargı yolu” kenar başlıklı m. 125 hükmü uyarınca *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”* Dolayısıyla, sözleşme öncesi işlemler idari işlem niteliğinde bulunduğu için, Anayasa m.125 cümle 1’de *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”* hükmüne yer verilmiş olmakla, sözleşme öncesi sürecin yine idare hukukuna tabi olduğu Anayasal olarak hükme bağlanmıştır. Bu noktada, sözleşme öncesi sürece ve yargısal denetim nedeniyle ihale sürecine belirlilik kazandırabilmek zımında, izlenebilecek yöntemlerden bir tanesi, YİD modelindeki gibi, Danıştay'ın *“Danıştay’a incelenmek ve onayı alınmak için değil sadece görüşü alınmak için gönderilmektedir”* veya yukarıda özelleştirme ile ilgili yaptığımız açıklamada olduğu şekilde bir proje döngüsü belirlenmesi yolu ile KPYK kararının sürecin kalan kısımlarını da belirleyici şekilde detaylı olarak oluşturulması ve bu kararın Resmi Gazetede ilan edilmesi yolu ile bu

⁹³⁶ Resmi Gazete, 03.07.2005, S: 25882.

karara karşı da 30 veya 60 günlük kanuni hak düşürücü süre belirlenerek sürecin ihale öncesinde yargı denetiminden geçirilmesinin sağlanması gerektiği kanısındayız. Bu yolla, KPYK kararı iptal edilmediği sürece, bundan sonraki işlemler de hukuka uygunluğu kesinleşmiş bulunan bir kararın uygulaması zımında yapılan işlemler olduğu için bu işlemlerin iptalinin dava edilmesi mümkün bulunmamak gerektir. Bunun yanında, mevzuatta projenin Kuruldan geçmesini müteakip KPYK onayı alınmasından sonraki usuli süreçlerin detaylı olarak belirlenerek yasal dayanağa da kavuşturulması yolu ile KPYK sonrasında yapılan işlemlerin belirlenmiş bulunan usul kurallarına uygun şekilde yapılması halinde hukuka uygunluğunun da garanti edilmesi sağlanmalıdır. Zira, projelerin hukuki risklerinin fiyatlaması da yapıldığı için bu risklerin de hukukçularca minimize edilmesi gerekmektedir.

PPP uygulamalarında da Özelleştirme Kanunundakine paralel bir düzenleme getirilerek PPP İhalesinin kendisi ile ilgili davalarda ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay'ın gösterilmesi yararlı olacaktır. Bu yolla PPP İhalesi ile ilgili Danıştay bünyesinde bir uzmanlık dairesi bulunacağı gibi, bu hüküm de özel hüküm olacaktır. Bu nedenle, her ne kadar, İYUK m. 34'e göre; *imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesi*⁹³⁷ ise de, kanaatimizce, hem özel hüküm hem de sonraki kanun olacağı için PPP Kanununa koyulacak yetki hükmü, PPP uygulamaları ile ilgili özel yetki kuralı olarak öncelikle uygulanacaktır. Bu açıdan, taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesi özel yetkili olarak, genel yetkili mahkemeyi bertaraf etmekle birlikte, dava konusu, taşınmazın PPP sözleşmesinin kapsamına dahil olmasını da içeren nitelikte bir işleme dayalı ise bu durumda da özel yetki kuralı olarak dava ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülmek gerekir. Ancak, kapsamdaki veya programdaki bir taşınmazın PPP uygulaması ile ilgili olmayan hususlarda veya İYUK m. 34'te düzenlenen durumlarda yine İYUK hükümleri uygulanır. Şu kadar ki, İYUK m. 34 ile PPP Kanununun ilgili hükmünün tam olarak kesiştiği durumlarda özel hüküm olarak PPP Kanununun ilgili hükmü uygulanır.

2.2.1.3. PPP İhalesinin Sonuçlanmasından Sonra Doğan Uyuşmazlıklarda

PPP Sözleşmelerinin niteliği gereği bu sözleşmeler özel hukuka tabi sözleşmeler oldukları için uyuşmazlıkların çözümünde de özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır. Anayasanın 47.maddesi gereğince bu husus Kanuna da açıkça dercedilmelidir.

⁹³⁷ Bu hususta dahi idari işlemi yapan yer idare mahkemesinin yetkili olacağına dair karar için Bkz: **Adana İdare Mahkemesi**, E: 1996/726, K: 1996/1014, T: 30.07.1997.

2.2.1.3.1. Yüklenici ile İdare Arasındaki Sözleşmeden Doğan Davalar

3996 Sayılı Kanunun 5.maddesinin Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesi⁹³⁸ ile konusu bir kamu hizmeti olan YİD sözleşmelerinin Anayasal temeli olmaksızın bir kanun ile özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesinin mümkün bulunmadığı, *bir hizmetin kamu hizmeti ve bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı hususunun kanun ile değil işin niteliği ile belirleneceği*, bu nedenle de bu madde hükümünün anayasa aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Bu kararın ülkenin ekonomi politikasının önemli bir kanadını ortadan kaldırması üzerine, h k met e, Anayasa m.47’de değişiklik yapılması yoluna gidilerek, maddenin kenar başlığına “ve  zelleştirme” eklenmiş ve madde metnine de son iki fıkra eklenmek suretiyle bugünkü halini almıştır.

Anayasadaki bu değişikliklerden sonra, Kanunla kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile ve özel hukuka tabi olarak gördürülmesine ilişkin yapılacak Kanunların Anayasal zemini oluşturulmuştur. “*Kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilen ği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi amaçlanmıştır. ‘yani kısaca, hangi kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile g rd r leceğini yasa koyucu belirleyecektir. Yasa koyucuya bir takdir yetkisi tanınmaktadır, bir yetki vermektedir, belli kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde özel hukuk sözleşmesinin yapılmasını mümkün kılacak yasal düzenlemeleri yapma konusunda yetki vermektedir*”⁹³⁹. Yapılacak bir kanunda açık hüküm bulunmak kaydıyla kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile ve özel hukuka tabi olarak gördürülmesi mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle de uzun zaman süren imtiyaz-özel hukuk sözleşmesi tartişmaları artık önemini yitirmiřtir⁹⁴⁰. Bu nedenle de PPP kanununa açıkça eklenecek bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğuna ilişkin bir hüküm ile konunun doğrudan doğruya özel hukuka tabi kılınması mümkün bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da HUMK’un genel yetki kuralları burada uygulanabilecektir.

Bununla birlikte, uygulamada sorun yaşanan konulardan birisi de ihale aşaması tamamlandıktan ve sözleşmesi imzalandıktan sonra bu sözleşmeden doğan

⁹³⁸ AYMK, E:1994/71, K:1995/23, T:28.06.1995, **Resmi Gazete**, 28.01.1995, S: 22185.

⁹³⁹ GÜNDAY, a.g.m., s. 189; KESK N, a.g.e., s. 203.

⁹⁴⁰ Aynı yönde, KESK N, a.g.e., s. 203; GÜNDAY, a.g.m., s. 189; PEKG   L  KARABULUT, a.g.e., s. 30. karşı yönde YERL KAYA, a.g.e., s. 149.

uyuşmazlıkların hangi yargı merciinde karara bağlanacağı sorun olmuştur. Bu hususta, ihale yapılıp sözleşmeye bağlandıktan sonra düzenlenen sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargının görevine gireceği de belirtilmiştir⁹⁴¹.

2.2.1.3.2. Yüklenci ile İdare Arasında Tahkim

Kanunda açıkça düzenlenmek kaydıyla, taraflardan birisi yabancı olmak kaydıyla, taraflar arasında doğacak uyuşmazlıklarda uluslararası tahkimin de öngörülmesi mümkün bulunmaktadır. 4501 sayılı Kanuna göre, taraflar, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları geçici veya kurumsal tahkime götürebilirler⁹⁴². 4501 sayılı Kanunun 5. maddesinin 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁴³ ile yürürlükten kaldırılmasından önce, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay'da, tanıma ve tenfizi ise Asliye Hukuk Mahkemelerinde görölüyordu. 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözölmesi de Milletlerarası Tahkim Kanununa tabidir (m.1).

Ayrıca, Birleşmiş Milletler, milletlerarası ticari tahkim konusunda Birleşmiş Milletler üyesi devletlere milli mevzuatlarının birer parçası olarak benimseyip iktibas halinde ya da kısmen kanunlaştırabilecekleri UNCITRAL Kanun Örneği hazırlanmıştır⁹⁴⁴. Ancak Türkiye henüz UNCITRAL ile ilgili olarak mevzuatında bir düzenlemeye gitmemiştir.

Tahkim mevzuatının önemli bir parçası da, Devletler ve Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözölmesi Hakkında Sözleşme'dir⁹⁴⁵ (ICSID Sözleşmesi). ICSID'in amacı, yatırım yapılan ev sahibi devlet ile

⁹⁴¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 2000/49, K: 2000/61, T: 18.12.2000.

⁹⁴² DOST, a.g.e., s. 84.

⁹⁴³ Resmi Gazete, 05.07.2001, S: 24453.

⁹⁴⁴ YERLİKAYA, a.g.e., s. 168.

⁹⁴⁵ Türkiye Cumhuriyeti ICSID(International Center for the Settlement of Investment Disputes) Sözleşmesini 24.06.1987 tarihinde 3460 sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkındaki Kanunla onaylamıştır.

yabancı yatırımcılar arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasını sağlamaktır⁹⁴⁶.

PPP modellerine tahkimin uygulanmasının kararlaştırılması, devletin de yaptığı işlemlerde kusurlu olabileceğini kabul etmek ve yabancı yatırımcıya güven vermek açısından önemlidir. Yabancı yatırımcı, kendisini, yatırımlarını ve yatırımlar için idarece verilen garantileri politik risklere karşı korumak; idare ile arasındaki eşitsizlik, yatırımcının üstlendiği yükümlülükler ve yerel idari yargının yetersiz olabileceği hatta taraflı davranabileceği gibi sebeplerden soyutlanmak için tahkim yolunu tercih eder.

PPP uygulamalarında kanuna eklenecek bir madde ile başvurulması zorunlu ancak kararı tavsiye niteliğinde olan bir iç tahkim uygulaması ile uluslararası tahkim öncesinde konunun sulhen çözülmesi de mümkün bulunacaktır. Bunun yanında, bu yolla konu uluslar arası tahkime gitmeden Kamu tarafının ve/veya yüklenici tarafın kendi belge ve bilgi durumunu analiz etmesi sağlanmış olacaktır. Bu yolla uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü kolaylaşacağı gibi, bilgi ve belge eksikliği de ikmal edilmiş olacağı için çözüm süresi de kısıllacaktır. Özellikle kamu tarafında eksik belge ve bilgi varsa bunlar bu iç tahkim aşamasında belirlenmiş olacağı için bu eksiklerin de bu aşamada farkına varılarak ikmalci cihetine gidilmesi sağlanmış olacaktır.

2.2.1.3.3. Hizmet Kusuruna Dayalı Davalar

Kamu hizmeti görülen durumlarda hizmet kusuruna dayalı olarak hizmetten yararlananların dava açması durumunda doğrudan doğruya idareye dava açılması söz konusu olacaktır. Bir hizmetin özel sektöre gördürülmesi onun kamu hizmeti olma vasfını ve dolayısıyla da kamu hizmetinin kusurlu işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi nedenlerine dayalı olarak idare aleyhinde tam yargı davası açılmasına engel değildir. Zira, hizmetin özel sektöre gördürülmesi idarenin sorumluluğunu kaldırmamaktadır. **PPP sözleşmesi ile Özelleştirme sözleşmesinin ayrıldığı en önemli hukuki farklılık burasıdır.** Özelleştirme uygulamalarından sonra idarenin bir sorumluluğu kalmamakta, mal veya hizmet tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olarak özel kesim tarafından sunulmaktadır. Oysa, Kamu hizmeti ile ilgili bir PPP sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda sunulan hizmet hala kamu hizmeti olma vasfını muhafaza etmeye devam etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da özelleştirme sözleşmesinden farklı olarak PPP Sözleşmesinde idare aleyhinde hizmet kusuruna dayalı dava açılmasına engel bulunmamaktadır. Bu davalarda ise görevli yargı yeri İYUK'un genel hükümlerine

⁹⁴⁶ YERLİKAYA, a.g.e., s. 169

göre belirlenmektedir. İdarenin tazminata mahkum olması halinde ise yükleniciye karşı açacağı rücu davası özel hukuka tabidir.

2.2.1.3.4. Yüklenici ile Üçüncü Kişiler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar

PPP ihalesinin yapılmasından sonra yüklenici ile çalışanlar dahil olmak üzere üçüncü kişiler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda da görevli yargı yeri özel hukuk mahkemeleridir. Benzer durum özelleştirme ile ilgili yaşanmış ve Danıştay özelleştirme sonrası çıkan kurum personeline ilişkin uyuşmazlıklar için de adli yargının görevli olacağına hükmetmiştir⁹⁴⁷.

2.2.2. TARAF SIFATI

Sıfat, dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir⁹⁴⁸. Davanın tarafları olan kişilerin, o davanın konusu ile ilişkili olup olmadığını mahkeme resen dikkate alır. Yani, ancak sübjektif hakka sahip olan kişi, o hakkı konu alan bir uyuşmazlığa taraf olabilecektir. Aksi halde dava reddedilir.

Özel hukuk davalarında, gerçek ve tüzel kişilerin dava açma sıfatının varlığı adli yargı mercilerince saptanırken; idari yargıda kamu tüzel kişilikleri ve kuruluşlarının sıfatları idare hukuku kurallarına göre saptanır. Bu bölümde PPP ihalesinin kendisi ile ilgili işlem aleyhinde açılacak davalar incelenmiştir.

Özelleştirmeye ilgili işlemlerde açılan davaların, dava ehliyetinin bulunmaması sebebiyle reddedildiği görülmektedir. Özelleştirilen kuruluşlardaki işçilerin, bu kuruluşlarda örgütlü sendikaların ve milletvekillerinin açtığı davalar, özelleştirme işlemleriyle ilgileri bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak bu içtihatlar yerleşik hale gelmemiştir. Aksi durumda özelleştirme işlemlerinin denetlenmesi imkânı ortadan kalkmış olurdu. Aynı uygulamaların PPP ile ilgili de görülme olasılığı çok yüksektir.

PPP ile ilgili konularda “sıfat” hususu, hem adli hem de idari hukuk bakımından ayrı değerlendirilmelidir. Zira PPP uygulamaları esnasında yapılan işlemlerin kimi idare hukukuna tabi iken, kimisi özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu açıdan idari yargıya tabi PPP işlemlerinde, sıfat hususu, işlemin taraflarının sınırlı olması nedeniyle dar yorumlanmayı gerektirir. Fakat özel hukuka tabi uyuşmazlıklarda, mahkemeler sıfat kavramını daha geniş yorumlamışlardır.

⁹⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E: 2005/55, K: 2005/82, T: 14.10.2005.

⁹⁴⁸ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Cilt 1, s. 1157.

“Davacı” başlığında belirttiğimiz üzere, sadece “vatandaş” olmak, PPP kararının iptali davasında taraf olmak için yeterli değildir. Ancak toplumun tümünü ilgilendiren konularda, vatandaşların açtığı davaların kabul edildiği de olmuştur⁹⁴⁹. Bu kararlarda sıfat konusunda bir gerekçe yer almamıştır.

Bir kuruluşu ilgilendiren PPP Projelerinde, bu kuruluşta çalışan işçilerin, bu kuruluşta örgütlenmiş sendikaların, PPP sözleşmesine konu edilen hizmetin bulunduğu yer sakinlerinin, ilgili meslek kuruluşlarının, PPP sözleşmesi ile ilgili menfaatleri bulunduğundan, bu kişilerin açtığı davalar dinlenecektir. Bu konularda mahkemeler önceden, davacının ihaleye alıcı taraf olarak katılmasını, davada taraf olabilmesi açısından önkoşul olarak görüyordu⁹⁵⁰. Ancak bu uygulamalar sadece basit bir ihale sürecinden ibaret bir işlem olmayıp, sonuçları itibariyle çok çeşitli konularda etkileri olan bir uygulamadır. Sonradan mahkemeler bu çeşitli unsurları da dikkate alarak, bu kişilerin açtıkları davaları kabul etmişlerdir.

02.08.2001 tarih ve 24481 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 3096 sayılı Kanun kapsamında işletme hakkı devir sözleşmesine konu olan işletme haklarının devrinde katma değer vergisi oranının %01 olarak belirlenmesine ilişkin 2001/2789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının; katma değer vergisi oranının düşürülmesi sonucu, sendikanın örgütlü bulunduğu kamuya ait enerji işletmelerinin özelleştirilmesinin kolaylaşacağı; özelleştirme sonucunda ise, üyelerinin, memur statüsünden işçi statüsüne geçirileceği, sendikaya olan üyeliklerinin sona ereceği, devir sonrası işten çıkarılmalarının kolaylaşacağı; bu nedenle, hem sendikanın varlığını hem de çalışanların iş güvenliği ve çalışma koşullarını etkileyecek söz konusu kararnamenin iptalinde güncel, meşru ve kişisel menfaatin bulunduğu; işin esasına yönelik olarak da, enerji sektöründe ilk yatırımın pahalı, işletme faaliyetinin ise ucuz ve karlı olduğu; kurulu bulunan enerji işletmelerinin işletme haklarının devredilmesinin, kamudan özel sektöre kaynak aktarımı anlamına geldiği; bunun ise, Anayasamızın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, işlemi konu yönünden sakatladığı; enerji sektörünün yüksek karlılıkla çalışmasından dolayı, enerji işletmelerinin işletme haklarının devralınmasında yoğun talep olduğu; bu yoğun talebe karşın, işletme haklarının devrinde katma değer vergisi oranının %01'e düşürülmesinin, işlemi sebep yönünden sakatladığı; ayrıca, Anayasanın 73'üncü maddesinde yer alan vergide eşitlik ilkesine aykırı olduğu; öte

⁹⁴⁹ **Danıştay 10. Daire**, E: 1993/4903, K: 1993/4528, T: 23.12.1993.

⁹⁵⁰ Bu durum, 10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan önceki İYUK m.2'nin, “*kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere kişisel hak ihlali*” koşulundan da kaynaklanmaktaydı. İptal kararı için Bkz: **AYMK**, E.1995/27 K.1995/47 T.21.09.1995, **Resmî Gazete**, 10.04.1996, S: 22607.

yandan, davaya konu işlemde idari işlemlerin nihai amacı olan kamu yararının bulunmadığı ileri sürülerek kararın iptali Danıştay'dan istenmiştir. Danıştay,

“...davacı Sendika tarafından ileri sürülen menfaat ihlalinin, işletme hakkının devrine ve kamu işletmelerinin özelleştirilmesine ait işlemler dolayısıyla doğmasının olanaklı bulunması ve işletme hakkı devirlerinde uygulanacak katma değer vergisi oranlarının düşürülmesi işleminin, kamu işletmelerinin özelleştirilmesi ve işletme haklarının devri üzerinde doğrudan etkisinin olmaması sebebiyle, olayda davacı Sendika yönünden doğrudan bir menfaat ihlali söz konusu değildir⁹⁵¹”.

Bu kararda görüldüğü üzere Sendikaların, her zaman bu tür ihalelerde menfaatlerinin ihlal edildiğini söylemek mümkün olmayabilir. Olayda, vergi oranının düşürülmesinin doğrudan ihaleyle ilgisinin olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle öncelikle yapılan işlemler veya değişikliklerin ihaleyle **doğrudan ilişkisinin** kurulması, akabinde bu ilişki nedeniyle sendikanın **menfaatlerinin ihlal edilmesi** gerekir ki dava reddedilmesin. Bu açıdan somut olayın özelliklerinin dikkatle incelenmesi gerekir.

Milletvekili sıfatıyla da ihale işlemlerine karşı dava açmak mümkün görülmüştür. Bugüne kadar birçok uygulama hakkında milletvekilleri tarafından iptal davaları açılmıştır. Ancak Danıştay'ın bu konudaki kararları çelişkilidir⁹⁵². Kanaatimizce, milletin kendisinin vatandaş sıfatıyla dava açmadığı bir konuda vekilinin dava açmasının da sözkonusu olmaması gerektir. Bu bağlamda, dava açma yetkisinin güncel, doğrudan ve kişisel bir menfaat olması gerektiği kanısındayız. Milletvekilleri, seçildikleri bölgenin veya kendisine oy verenlerin ya da belirli bir partinin temsilcisi olmayıp milletin tamamının, bütün vatandaşların temsilcisi durumundadır. Bu nedenle, milletvekilleri dava konusu işlemin her iki tarafının da vekili, işlemi kabul edenlerin de kabul etmeyenlerin de vekili oldukları için zıt menfaatleri temsil etme yasağı ilkesi gereğince milletvekillerinin dava açması durumunda esasa girilmeksizin usulden davanın reddine karar verilmek gerektir.

2.2.2.1. Davacı

PPP konusunda davacı olacak kişiler; kişisel, meşru ve güncel menfaatleri ihlal edilen gerçek veya tüzel kişilerdir. Davalı ise her zaman işlemi yapan idaredir.

⁹⁵¹ Danıştay 7. Daire, E: 2001/4058, K: 2001/3343, T: 31.10.2001.

⁹⁵² Danıştay 10. Daire, E: 1995/829, K: 1996/79, T: 09.02.1996. Danıştay 10. Daire, E: 1995/2009 K: 1995/3001, T: 08.06.1995. Kararda, milletvekilinin, “milletvekili” sıfatıyla değil, “vatandaş” olma özelliğine dikkat çekilerek, dava açma ehliyetinin bulunduğu vurgulanmıştır.

PPP uygulamalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle dava açabilmek için, bu işlemlerin davacının meşru, kişisel ve güncel bir menfaatini etkilemesi gerekir⁹⁵³. Davacı, menfaati doğrudan etkilenen gerçek veya tüzel kişilerdir. PPP işlemleri kamu yararıyla ilgili olduğundan, menfaatinin ihlal edildiği iddiasında bulunan kişilerin bu iddiasının tespiti kolay değildir. Bu nedenle PPP işlemlerinden doğrudan etkilenen kişilere dava açma hakkı verilmelidir. Zira dolaylı olarak toplumdaki her birey PPP uygulamalarından etkilenir. Ancak herkese dava açma hakkının tanınması, yani “*menfaat ihlali*” kavramının geniş yorumlanmasının kabulü mümkün değildir. Türk Hukukunda “*vatandaş sıfatı*” tek başına dava açmak için yeterli kabul edilmemiştir. Davacı olabilecekler arasında; çalışanlar, kuruluştaki hissesi bulunan diğer hissedarlar, bu kuruluşlarda toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili sendikalar, sivil toplum örgütleri (örn; KİGEM), milletvekilleri, ihaleye katılan diğer katılımcılar kabul edilmektedirler⁹⁵⁴. Davacı olabilmek için *aktif ve güncel bir menfaat* ihlali şarttır. Danıştay da davacının dava *konusu işlemler arasında ciddi bir ilişki* olmasını aramaktadır. Gerçek kişiler açısından verilen bir kararda bu yönde hüküm kurulduğu gibi⁹⁵⁵, Danıştay tüzel kişiler açısından da aynı kriterleri uygulamıştır⁹⁵⁶.

Mevzuatımızda, Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılmış olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik⁹⁵⁷(İYBHY) ihale süreçlerinde ortaya çıkabilecek yada çıkan aksaklıklara karşı gidilebilecek yollar düzenlenmiştir. Ayrıca Kamu İhale Genel Tebliği (İYBHT)’de. ile de ihale işlemlerinin doğru ve düzgün işletilmesi için detaylı düzenleme ve açıklamalar getirilmiştir⁹⁵⁸. Özelleştirme Hukuku alanında bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kamu İhale Hukukunun bu ilkeleri de nazara alınarak yapılacak PPP Kanununa da itirazlar ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme getirilmesinde yarar vardır.

Kamu İhale Hukuku alanında itiraz/şikayet yolu benimsenmiştir. İhaleye itiraz edebilmek için, bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının

⁹⁵³ **Danıştay 10. Daire**, E: 1998/3993, K: 1998/7250, T: 28.12.1998.

⁹⁵⁴ **BAKIRCI A.**, a.g.m., s. 5.

⁹⁵⁵ **Danıştay 10. Daire**, 1996/2608 E., 1997/5233 K., 03.12.1997 T.

⁹⁵⁶ **Danıştay 10. Daire**, E: 1997/2038, K: 1997/2464, T: 17.06.1997. Çalışanların, istihdam koşulları, işverenin hukuki niteliği ve çalışma hayatını ilgilendiren idari işlemlere karşı iptal davası açma ehliyetlerinin bulunduğu hakkındaki karar için Bkz: **Danıştay 10. Daire**, E: 1997/2003, K: 1998/2445, T: 09.06.1998.

⁹⁵⁷ **Resmi Gazete**, 03.01.2009, S: 27099. Değişiklik; **Resmi Gazete**, 19.12.2007, S: 26735, **Resmi Gazete**, 22.03.2008, S: 26824.

⁹⁵⁸ **Resmi Gazete**, 28.01.2009, S: 27124.

muhtemel olduğunu iddia eden; **istekli olabilecekler**; ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar, **adaylar**; ön yeterlik değerlendirmesine ilişkin idari işlemler, istekliler; tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması aşamalarına ilişkin idari işlemler, hakkında şikâyet başvurusunda bulunabilir. *İstekliler*, yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler, hakkında başvuruda bulunabilir. İhale ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayetler, genel şikayet başvuru süreleri aşılmaksızın başvuru veya teklif sunulmadan önce en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir (İYBHY m.5, İTBHT m.3)⁹⁵⁹. Dolayısıyla, istekliler ihaleye

⁹⁵⁹ KİK'in itiraz ve itirazın şikayet başvurusu hakkındaki hükümlerinin geniş yorumlaması nedeniyle, uygulamada "çantacılık" olarak anılan bir "meslek" doğmuştur. Buna göre, ihale sürecindeki herkes ihale için gerekli yeterliliği taşımasa bile ihalelere karşı şikayette bulunacağı ve ihale sürecini uzatacağı iddiası ile ihaleyi kazanan firmaya şantajda bulunarak para kazanmakta veya ihaleyi önceki yıllarda devam ettiren firma o yıl ihaleyi kaybederse itiraz yollarıyla ihale sürecini uzatarak kendi menfaatine pazarlık alımlarıyla birkaç ay daha idareye iş yapmaktadır. KİK de itirazlardan başını kaldıramaz duruma gelmiş bulunmaktadır. ***Bu nedenle, mevzuattaki menfaat şartının katı uygulanması, itirazların önce şekil açısından incelenmesi ihaleye katılma yeterliliği bulunmayan veya eksik evrakı bulunan firmaların yaptığı şikayetlerin esasına girilmeden reddedilmesi gerekmektedir. Özellikle ihaleye katılma yeterliliği olmayan firmaları nihale dokümanına değil ihale sürecine ilişkin şikayet ve itirazın şikayet haklarının bulunmasının önüne geçilmelidir.*** KİK, yaptığı mevcut hatalı uygulama nedeniyle kamu ihalelerinde ihale mafyalarının doğmasına ve ihaleye fesat karıştırmanın meslek haline gelmesine neden olmuştur. Türk, Özel Hukukunda davacı olabilmek için bu ehliyet ve menfaat şartı aranmaktadır. Ceza Hukukunda müdahil olabilmek için ehliyet ve menfaat şartı aranmaktadır. İdare Hukukunda davacı olabilmek için ehliyet ve menfaat şartı aranmaktadır. Özel Hukuk, Ceza Hukuku, İdare Hukuku alanlarının en temel usul kuralı, taraf olabilmek için ehliyet ve menfaat sahibi olmaktır. Oysa, KİK yönetmeliğin m.5/1'deki ***"Bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden..."*** hükmünü adeta "ihale sürecine katılan adaylar ve isteklilerin tamamı" şeklinde algılamaktadır. Oysa, mevzuat son derece açık bir şekilde, ihale yeterliliği bulunmadığı için zarara uğrama ihtimali bulunmayanlara itirazın şikayet hakkı tanımamaktadır. Bu durumda, Danıştay'ın bütün kararlarında istikrarlı bir şekilde şart olarak aradığı, şikayetçinin ***"güncel, meşru, doğrudan ve kişisel menfaatin bulunması"*** kriterini tarafından göz ardı ettiği için KİK, ülkemizde son dönemde ciddi bir ihale mafyacılığı doğmasına sebep olmuştur. Oysa, ***KİK'in yapması gereken, önce itiraz edenin itiraz edebilecek durumda olup olmadığına ilişkin şekli bir ön inceleme yapması, yani usuli ön inceleme yapıp ihale yeterliliği olup olmadığına bakmalı, sonra eğer itirazı kabul olursa bu firmanın bu ihaleyi kazanabilecek "yeterliliği" varsa işin esasına girerek inceleme yapmalıdır.*** KİK önce şekil, sonra esas denetimini yapmadığı sürece bir taraftan ülkemizi "çantacılar" ve ihale mafyalarına teslim edecek, diğer taraftan da aşırı iş yükü nedeniyle işleyemez durumda olacaktır. Son mevzuat değişikliği ile KİK'in bu yönde uygulama yapma yetkisi doğmuştur, ancak, eski Yönetmelik zamanında da bu yetkisi olmasına rağmen, KİK her şeyi denetleme yolunu seçtiği

teklif sunduktan sonra ihale dokümanına, adaylar ise ön yeterlik başvurusunda bulunduktan sonra ön yeterlik dokümanına yönelik şikâyet başvurusunda bulunamaz. Çünkü ihaleye katılmakla ihale dokümanındaki bütün hususların kabul edilip ona göre teklif verildiği kabul edilmektedir. İstekli ihaleye katılmakla ihalenin bütün koşullarını kabul etmiştir. Kamu ihale mevzuatı, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, ihalelere karşı yapılacak başvuruları belirli kesitler ile sınırlamıştır. İhaleye teklifin sunulmasından sonra ihale dokümanına itiraz edilmesine izin vermemiştir. Tekliflerin verilmesinden sonra ise teklif verenler için denetim; teklifler, tekliflerin değerlendirilmesi ve içerikleri ile sınırlı olarak yürütülmektedir. Esasen, usul hukukunda var olan bir ilkenin geniş anlamda uygulanması anlamında olan bir durum burada da kendini göstermektedir. Bu düzenleme de usul hukukundaki **“bir usul kesiti aşılmadan itiraza uğramaksızın kabili dermeyan olan bir husus, o usul kesiti aşıldıktan sonra dermeyan edilemez”** kuralının geniş anlamda uygulanması niteliğindedir. Oysa, usul hukukunda geçerli olan bu kuralın PPP ihalelerinde de uygulanması gerekmektedir. Dünyanın en ciddi hukuki işlemleri arasında yer alan PPP ihalelerinde, milyonlarca dolar paralar harcanarak ihalenin sonuçlandığı aşamaya gelindikten sonra bile *“bu projenin PPP kapsamında özel sektöre açılmasında kamu yararı yoktur”* şeklinde bir karar alınması en nazik ifade şekli ile ciddiyetten uzak bir yaklaşımdır. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği gibi, ihale sürecindeki her bir işleme karşı dava açma süreleri içinde bu işleme karşı ayrılabilir işlem teorisi içinde dava açılmadığı takdirde, bu usul kesiti aşıldıktan sonra bu işleme karşı dava açılmamak gerektir.

Kamu İhale Kanununda, *İdareye şikâyet süresi*; pazarlık alımları (KİK m.21/b ve c bendinde sayılan ihaleler hariç) ihale süreci içerisinde şikâyetle konu işlemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren on gündür. *KİK’e itirazın şikâyet süresi*; şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan iptal kararına karşı yapılacak başvurularda beş gün, diğer hallerde on gündür.. Süreler, ilana yönelik başvurularda ilk ilan tarihini, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın satın alındığı tarihi, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi, İdarenin işlem veya eylemlerine karşı yapılacak başvurularda şikâyetle yol açan durumun farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi, Şikâyet üzerine idare tarafından verilen kararın bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, on gün içerisinde karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini, İhalenin iptali kararına karşı yapılan itirazın

için uygulama bu hali almıştır. Bu nedenle, yeni Yönetmeliği anılan çerçevede uygulaması gerektiği kanısındayız.

şikayet başvurularında ise iptal kararının bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlar. Tatil günleri süreler dahildir. Sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, süre tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılması zorunludur.

En son yapılan değişikliklerle ihale sürecinin itirazlar nedeniyle uzun süre süruncemede kalmasını önlemek için kesin ve daha kısa süreler düzenlenmiştir ki, bu yaklaşımın son derece isabetli olduğu kanısındayız. PP uygulamalarında da benzeri bir modelin benimsenmesi düşünülmelidir. Ancak buradaki en önemli ve aksaklıklara sebebiyet veren bir durum da şu şekilde görülmekteydi; bazı firmaların kötü niyetli olarak yada firmalar arası rekabeti kötüye kullanmak amacı ile ihale günü yada ihaleden bir gün önce ihale dokümanı alarak, ihale dokümanına karşı başvuru süresi olan 15. gün de idareye şikayet başvurusunda bulunduğu ve idareleri zaman kaybına uğrattığı idarelerin karar almasını ve sonuçlanmasını uzattığı dolayısıyla kamunun ihtiyaçlarının uygun zamanda karşılanmasına engel teşkil ettiği gözlenmekteydi. Bu başvuruların büyük bir bölümü KİK e itirazen şikayet başvurusu olarak gitmediği görülmekteydi. Bu duruma ilişkin düzenlemenin net bir şekilde yapılması çok yerinde bir uygulama olmuştur.

Şikayet başvuruları idareye, itirazen şikayet başvuruları KİK'e hitaben yazılmış dilekçelerle yapılır. Dilekçelerde; başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı veya unvanı ve adresi ile imzası, başvuru konusu ihalenin adı ve/veya ihale kayıt numarası, ihaleyi yapan idarenin adı ve adresi, şikâyet edilen veya incelenmesi istenilen durumun farkına varıldığı tarih veya tebliğ, ilan veya bildirim tarihi, şikâyet edilen veya incelenmesi istenilen durumlar, sebepleri ve dayandığı deliller, itirazen şikayet başvurularında ayrıca idareye yapılan şikayetin tarihi ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikayete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedelinin, teminat alınan hallerde başvuru teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur.

Şikâyet dilekçelerine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmesi zorunludur. Ancak aday veya isteklinin *başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerin bulunması durumunda*⁹⁶⁰, dilekçe ekinde söz konusu belgeler sunulmamış olsa da başvurunun usulüne uygun olduğu kabul edilir. Başvuru dilekçesinde eksik belge bulunması halinde firmalara bir yazı ile bu eksik belgeler bildirilerek süresi içinde tamamlatılması

⁹⁶⁰ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mevzuatın düzenlenme şekli “çantacılık” uygulaması doğurmamayı amaçlamış olmasına rağmen KİK uygulamaları ile “çantacılık mesleği” doğmuştur.

gereklidir⁹⁶¹. Başvuruların avukat aracılığı ile yapılması durumunda, şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu belirten vekaletname ile imza sirküsü gereklidir.

İtirazen şikâyet dilekçelerine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, idareye sunulan şikâyet dilekçesi ve varsa bu dilekçeye idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi gerekmektedir. İlanda veya dokümanda itirazen şikayet başvuru bedeli belirtilmeyen hallerde, Kanunun 53 üncü maddesine göre hesaplanacak başvuru bedeli, İhale Kayıt Numarası üzerinden Kurumun internet sayfasından yapılacak sorgulama yoluyla öğrenilebilir. Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz. İdarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikayet başvurusuna konu edilemez (İYBHY m.8). Bu hükümde de açıkça görüldüğü üzere, başvuru belgelere dayanmak zorundadır ve bu belgeler ile menfaatin kesin olarak isbatlanması gerekmektedir. Ayrıca başvuru bedellerinin miktara ihale tutarına göre hesaplanarak gereksiz şikayetlerin önüne geçilmesi ve kamu idarelerinin elinin rahatlatılması amaçlanmıştır. İhalelere ilişkin olarak öncelikle ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusunda bulunulur. Bu şikayet başvuruları, süresinde ve usulüne uygun sözleşme imzalanmadan önce yapılmış olması halinde idare tarafından incelenerek sonuçlandırılır. İdare tarafından yapılan inceleme sonucunda on gün içerisinde bir karar alınarak başvuru sonuçlandırılır. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır. İnceleme, ihale yetkilisince bizzat yapılabileceği gibi ihale yetkilisinin görevlendireceği bir veya birden fazla raportör tarafından da yapılabilir. Bu inceleme sonucunda, ihale yetkilisi tarafından gerekçeli bir karar alınır. (İYBHY m.10) Şikayeti sonuçlandıran idare kararı, en geç üç gün içerisinde başvuru sahibi ile aday veya isteklilere bildirilir. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularında ve ilan veya dokümanda yer alan düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklara yönelik şikayet başvurularında istekli olabileceklere, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise adaylara da bildirim yapılır. Son bildirim tarihini izleyen günden itibaren süresi içerisinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulmamış ise, idare tarafından kararın gerektirdiği işlem veya eylemler yerine getirilir. İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi

⁹⁶¹ Uygulamada bu eksik belge tamamlama süreci, ihaleyi kazanan firmaya şantaj yapılması süreci olarak işletilmektedir. Bunun da önüne geçilmesi gerekmektedir.

içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin Kurumun internet sayfasından sorgulama yapılmadan, Kuruma itirazen şikâyet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikâyet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz. (İYBHY m.13)

İnceleme sonucunda tespit edilen ihlal düzeltme yoluyla giderilebiliyorsa düzeltici işlem kararı alınarak düzeltme işlemi yapılır. Giderilemiyorsa ihalenin iptali yoluna gidilecektir. Uygun görülmeyen şikâyetlerde, şikâyetin uygun görülmediği kararı verilir.

İdareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması hallerinde veya şikâyet ya da itirazen şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Başvuruya konu ihalenin incelenen kısmının açıkça Kanun ve ilgili mevzuata aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkânsız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, nihai kararın verilmesine kadar ihale sürecinin durdurulmasına KİK tarafından karar verilir. KİK tarafından ihale sürecinin durdurulmasına karar verilir ise ihale sürecinin durdurulmasına karar verildiği tarihten itibaren idarece bütün ihale işlemleri durdurulur. Ancak, Kurul tarafından ihale veya son başvuru tarihinden önce ihale sürecinin durdurulmasına karar verilmesi halinde, idare tarafından ihale veya son başvuru saatine kadar verilecek olan teklif zarfları alınarak, birinci oturum tamamlanır ve bundan sonraki bütün ihale işlemleri durdurulur. Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına karar verilir ise; başvuru sonuçlandırılıp nihai karar bildirilinceye kadar, idare tarafından sözleşme imzalanması dışındaki ihale işlemlerinin gereği yerine getirilir, ancak sözleşme imzalanamaz.

İtirazen şikâyet başvurusu üzerine Kurum, yapacağı ön incelemede ihale işlemlerini başvuru sahibinin iddiaları ve aşağıda belirtilen hususlar yönünden inceler: (1) *Başvuru konusunun Kurumun görev alanında bulunup bulunmadığı*, (2) *Başvuru ehliyeti*, (3) *Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı*, (3) *Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı, unvanı, adresi, imzası ile başvuruda bulunmaya yetkili olunduğuna dair belgelerin ve imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin bulunup bulunmadığı*, (4) *İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarasının belirtilip belirtilmediği*, (5) *Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği*, (6) *İdareye başvuru tarihi ile varsa idarenin cevabının başvuru sahibine bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği*, (7) *İdare tarafından şikâyet üzerine alınan karar başvuru sahibine bildirilmiş ise bu kararın bir örneğinin eklenilip eklenilmediği*, (8) *Başvuru bedelinin, teminat alınacak hallerde ise başvuru teminatının yatırılıp yatırılmadığı*, (9) *Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya birden fazla ihaleye tek dilekçe ile*

başvuruda bulunulup bulunulmadığı, (10) Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin belirtilip belirtilmediği, yönlerinden sırasıyla incelenir.

Başvuru dilekçesi ve ekinde yukarıda belirtilen ön inceleme konuları bakımından bir aykırılığın bulunmaması durumunda esasın incelenmesine geçilir. Birinci fıkrada yer alan bilgi ve belgeleri içermeyen ve henüz başvuru süresi dolmamış olan itirazen şikayet başvurularında, başvuru süresinin sonuna kadar söz konusu eksiklikler başvuru sahibi tarafından giderilebilir. Yapılan ön inceleme sonucunda, bir aykırılığın tespit edilmesi halinde bu hususa ilişkin ön inceleme raporu düzenlenir (İYBHY m.16). Eğer bu maddelere aykırı bir durum varsa başvuru kurul tarafından başvurunun reddine karar verilir.

İtirazen şikayet başvuruları Kurulda; İlan veya ön yeterlik/ihale dokümanına yapılan başvurular, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenir. İhale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir. Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır. Şikayet veya itirazen şikayet başvurusu üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararına karşı yapılacak itirazen şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir. Sözleşmenin Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan imzalanmış olması veya itirazen şikayet başvurusundan feragat edilmesi, Kurum tarafından itirazen şikayet başvurusunun incelenip sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez. Kurum, (Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler Pazarlık alım ihaleleri) ile şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi kararına karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularına ilişkin nihai kararını, ihale işlem dosyası ile ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren on iş günü içinde, diğer itirazen şikayet başvurularında yirmi gün içinde verir. (İYBHY m18)

Anılan prosedür ile iptali sağlanabilecek ihalelere bağlı olarak akdedilmiş sözleşmelerin geçerliliği, iptalden etkilenmeyecektir. Bu sözleşmeler, tabi olduğu hukuk alanında varlıklarını sürdürürler. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.18/4'e göre sözleşmenin usulüne uygun olmadan imzalanmış olması itirazen şikayet başvurusunun incelenip sonuçlandırılmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak Kamu İhale Kanunun 56. maddesinde Kanun Koyucu, inceleme yapılabilmesi için **sözleşmenin imzalanmamış** olmasını şart koşmuştur. Bu maddede; *“İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, Kurumun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, yukarıda belirtilen hallerde ve sürede Kuruma sözleşme*

imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.” Bu maddenin açıklığı karşısında Danıştay da kararlarında KİK’in yetkisinin sözleşme imzalanınca bittiğini hükme bağlamıştır⁹⁶².”

Kamu ihale kanununda öngörülen itirazın şikayet prosedürünün ana çerçevesi bu şekildedir. PPP ihalelerine karşı yapılacak başvurular ile ilgili de bu ilkeler ışığında bir düzenleme yapılmasının sürece belirlilik kazandıracığı kanısındayız. Her ne kadar bu tarz bir düzenleme, sürece ilave bürokrasi doğuracak ise de bürokrasinin yanında ciddi bir belirlilik de getireceği açıktır. Bu bağlamda, KPYK’nın kapsama ve/veya programa alma kararı ilan edildikten sonra denetim süreci başlamaktadır. Bu yönetmelikte belirlenmiş bulunan sisteme paralel bir sistemin PPP ihalelerinde de Kanunla kurulmasının gerekli olduğu kanısındayız.

2.2.2.2. Davalı

Mevcut tasarlardaki hangi model benimsenirse benimsensin PPP uygulamalarında ihale işlemleri tüzel kişiliği olan bir makam tarafından yapılacaktır. Bu nedenle, davalarda davacı olarak bu kurum gösterilecektir. Bizim de benimsediğimiz modelde, davalı olarak tüzel kişiliği bulunan PFİ gösterilecektir. Özelleştirme uygulamalarında ÖYK gibi, PPP uygulamalarında da KPYK’nın tüzel kişiliği yoktur. Ancak taraf olma ehliyeti, hukuki kişilik kazanmaya bağlı olmakla birlikte, Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, icrai karar alma yetkisini haiz fakat tüzel kişiliği bulunmayan kamu kuruluşlarının da davalarda taraf olabileceği kabul edilmiştir⁹⁶³.

KPYK, PPP sürecine ilişkin nihai kararları almaya yetkili olan kuruldur. KPYK’nın PPP sürecine ilişkin aldığı kararlar icrai kararlardır. Bu nedenle KPYK’nın davada taraf olma ehliyeti olduğu kabul edilmeli ve KPYK’nın PPP ile ilgili icrai kararları aleyhinde husumet PFİ’ye değil, KPYK’ya yöneltilmesi gerektiği kanısındayız. Özelleştirmelerde de ÖYK’ya yöneltilmelidir⁹⁶⁴. Özelleştirme yetkisi, ÖYK’ya ait olduğundan, bazı yazarlar husumetin ÖİB’ye yöneltilmesinin ÖİB’nin sekreteryaya kuruluşu niteliğini aştığını belirtmişlerdir⁹⁶⁵. Ancak özelleştirme ile ilgili davalarda, davalının ÖYK mı yoksa ÖİB mi olacağı konularında mahkemeler arasında görüş birliği

⁹⁶² Danıştay Birinci Daire, E: 2004/36, K: 2004/42, T: 13.4.2004.

⁹⁶³ GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, Ankara 2003, N.561.

⁹⁶⁴ Aynı yönde Bkz: YASİN, a.g.e., s. 225.

⁹⁶⁵ KARAHANOĞULLARI, a.g.m, s. 283. Yazar, ÖYK’nin davalarda ÖİB avukatlarınca hukuken temsil edildiğini, bu açıdan doğru hasmın(davalının) ÖYK olduğunu savunmuştur.

bulunmamakla birlikte⁹⁶⁶, genellikle ÖİB'nin hasım gösterilmesi gerekliliğine işaret edilmiştir. Özelleştirme uygulamalarına karşı davalar genel olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı aleyhine açılmakla birlikte, zaman zaman, Başbakanlık, Maliye Bakanlığı ve ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte Özelleştirme Yüksek Kurulu da davalı konumunda gösterilmektedir⁹⁶⁷. ÖYK'nın işlemlerine karşı açılan davalarda, yalnız ÖYK'ya husumetin yönlendirilmesi idare mahkemelerince bazen kabul edilmiş bazense husumetin ÖYK ile birlikte ÖİB'ye yöneltilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Ancak özelleştirme sürecinde ÖİB ve ÖYK'nın yetkili olduğu farklı aşamalar vardır. Bazı işlemlerde ise ÖİB ile ÖYK birlikte yetkilidir. Bu nedenle husumet yöneltilirken, dava konusu işlemde hangi kurumun yetkili olduğuna bakılmalıdır. Aynı karmaşanın PPP konusunda da yaşanması olasıdır. Ancak, Mahkemeler içtihatları ile bu hususa açıklık getirecektir.

1.2. İHALE SONRASINDA ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

İhale sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların analizini yapmadan önce, ihalenin tabi olduğu hukuki rejimin ortaya konulması yerinde olur. İhalenin bulunduğu uygulamalarda sıkça karşılaşılan sorunlardan biri, ihalenin yapılıp, sözleşmenin imzalanmasından sonra, ihalenin ilk aşamasının iptal edilmesi veya herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde, sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusudur. PPP uygulamalarının bütün sonuçları ile tamamlanmış ve ihale konusunun özel hukuk sözleşmeleri imzalanmak suretiyle özel sektöre devri gerekenlerin devredilmiş olduğu, sözleşmenin uygulanması zımında yapılması gereken edimlere başlandığı veya yapım gibi iş ve işlemlerin tamamlanmakta olduğu ve işletme süresine geçilmekte olduğu aşamada ihale işlemlerine ilişkin olarak tesis edilen/edilecek idari yargı kararlarının uygulanması noktasındaki hukuki tartışmaların da dava konusu yapılan idari işlemleri takiben idare ile yatırımcı arasında imzalanan özel hukuk sözleşmeleri ve idari yargı kararlarının bu sözleşmelere etkisi dikkate alınarak yapılmasının uygun ve yerinde olacağı düşünülmektedir. Zira, bütün sonuçları ile birlikte tamamlanmış idari işlemler ile

⁹⁶⁶ Davalı olarak Başbakanlığın gösterilmesine ilişkin karar için Bkz: **KARAHANOGULLARI**, a.g.m, s. 284'ten naklen, **Konya İdare Mahkemesi**, E: 1996/761. Kararda Başbakanlığın hasım gösterilmesine ilişkin gerekçe mevcut değildir. Ayrıca ÖYK, Başbakanlıktan bağımsız bir kuruldur. ÖYK bünyesinde Başbakan haricinde, dört bakan daha bulunmaktadır.

⁹⁶⁷ **BAKIRCI A.**, a.g.e., s. 5.

ilgili olarak idari yargı yerlerince yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilmesi halinde, dava konusu işlemden önceki durumun -kendiliğinden ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın- tesis edilmiş sayılamayacağı, bir başka deyişle yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının, dava konusu işlem sonucunda ve bu işleme dayalı olarak özel hukuk alanında meydana getirilmiş sonuçları ya da hak ve yükümlülükleri kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı, aleyhinde karar tesis edilen idarelerce karar gereğinin yerine getirilebilmesini teminen bir takım işlem ve eylemlerde bulunulmasının gerektiği izahtan varestedir⁹⁶⁸.

İdarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşamalı bir işlem söz konusudur⁹⁶⁹. Sözleşmenin yapılmasına kadarki dönem ilk aşamadır. Bu aşamada yukarıda bahsettiğimiz üzere, kapsama ve programa alma, in hazırlıkların yapılması, danışmanların tutulması, değer tespiti, ihale komisyonu oluşturulması, ihalenin yapılması ve sonuçlandırılmasından oluşmaktadır. Bu aşamada yapılan her işlem “*idari işlem*” niteliğinde olup, idare hukuku kurallarına tabidir⁹⁷⁰. İkinci aşamada, ilk aşamada yapılan idari işlemlerin uygulanmasına başlanmaktadır. İlk aşamada yapılan ihalenin sonucunda bir sözleşme imzalanır. Bu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olup, tümüyle özel hukuk mevzuatına tabidir.

Bu sınıflandırma “*iki aşama teorisi*” olarak bilinir. Bu teorinin sonuçlarına baktığımızda, ihale sonunda bir özel hukuk sözleşmesi yapıldığından, bu sözleşmeyle ilgili çıkabilecek bütün uyuşmazlıklar borçlar hukuku kuralları çerçevesinde ve adli yargıda çözülecektir⁹⁷¹. İlk aşamada meydana gelen bir sorun nedeniyle, yapılan özel hukuk sözleşmesi geçersizliğe uğramayacaktır⁹⁷².

Bu tarz bir sorun ilk defa, elektrik dağıtım faaliyetlerinin 3096 sayılı kanunla özelleştirilmesi esnasında ortaya çıkmıştır. Elektrik dağıtım faaliyetlerinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan ihaleler sonucu imzalanan sözleşmelerden sonra, Danıştay,

⁹⁶⁸ BAKIRCI A., a.g.e., s. 10-11.

⁹⁶⁹ BUZ Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007, s. 84(Kamu İhale).

⁹⁷⁰ BUZ, Kamu İhale, s. 84.

⁹⁷¹ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, E: 1997/2847, K: 1997/3122, T: 17.06.1997, www.kazanci.com, 06.02.2008.

⁹⁷² BUZ, Kamu İhale, s. 85.

sözleşmenin dayanağı olan idari işlemi iptal etmiştir. Bunun üzerine Danıştay 1.Daire şu şekildeki istişari⁹⁷³ görüşünü sunmuştur:

“... özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenen sözleşmelerin hukuki dayanağını da 3096 sayılı kanunun 5. maddesine göre alınan Bakanlar Kurulu kararı oluşturmaktadır.... Açıklanan nedenlerle elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin olarak 3096 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarının yargı yerlerince iptal edilmeleri karşısında, bu Bakanlar Kurulu kararlarına dayanılarak yapılan işletme hakkının devri sözleşmeleri ile buna bağlı olarak yapılan 3996 sayılı kanunun geçici 1. maddesine göre alınan Bakanlar Kurulu kararlarının ve bu kararlar gereğince akdedilen özel hukuk sözleşmelerinin de hukuki dayanaklarının kalmadığı sonucuna ulaşılarak...”⁹⁷⁴”

Bu iptal kararları üzerine şirketler, özel hukuk sözleşmesinde yer alan tahkim kaydı nedeniyle uyuşmazlığın çözümü için uluslararası tahkime başvurmuşlardır. Tahkim heyeti, verdiği kararda, Danıştay’ın iptal kararı ile özel hukuk sözleşmesinin geçersiz hale geleceği görüşünü kabul etmemiş ve sözleşmeyi bu gerekçe ile ifadan kaçınan idarenin şirketin müspet zararlarını tazminle mükellef olduğuna hükmetmiştir⁹⁷⁵.

Yapılan ihale işlemi sonucunda özel hukuk sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, ihale işleminin idare hukuku kapsamındaki bir ögesinin iptali veya geçersizliği, yapılan bu sözleşmeyi etkilememelidir. Zira özel hukuk sözleşmesinin geçerlilik şartları, kendi tabi olduğu hukuk alanına göre değerlendirilebilir. Her ne kadar akdin yapılmasına neden olan şartların ve sebeplerin ortadan kalkmış olduğu hususu da nazara alınmak gerekse de, yapılmış bulunan sözleşmenin geçersizliğine gidilmesinin de hukukiliği bulunmamak gerektir.

İptal kararıyla birlikte imzalanan sözleşmenin akıbetinin ne olacağı hususunda bir Bakanlar Kurulu Kararını da burada aktarmakta yarar vardır. Bakanlar Kurulu’nun 27 Nisan 1992 Tarihli Prensip Kararında konunun hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk

⁹⁷³ “Yasal düzenlemeler ve doktrinde, bir kararın yargı kararı niteliğini kazanabilmesi için kararın alt derece mahkemesince verilmesi ve üst mahkemeye başvuru hakkının bulunması koşulunu zorunlu görmektedir. Danıştay Yasasının 1 nci maddesinde, "Danıştay Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir." demek suretiyle Danıştay’ın yargısal ve danışma ve inceleme mercii olarak görev yapmak üzere kurulduğu açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Danıştay 1 nci Dairesi de danışma ve inceleme mercii olarak kurulmuş ve mahkeme niteliği bulunmayan bu Dairenin verdiği kararları da yargısal nitelik taşımamaktadır.” **Danıştay 6. Daire**, E: 1992/1437, K: 1994/3095, T: 21.09.1994.

⁹⁷⁴ **Danıştay 1. Daire**, E: 2001/88, K: 2001/96, T: 12.07.2001.

⁹⁷⁵ **TAN**, a.g.e., s.100’den Naklen: ICC Case No:12815/MS, 21.10.2004.

ve ülkemizin uluslararası taahhütleri açısından tahlil edilmesi ve “ahde vefa” prensibinin nazara alınması gerektiği, mülletrerarası hukuka iç hukuka üstünlüğünün kabul edildiği, devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun, bir iç hukuk organı vasıtasıyla iptal edemeyeceği esasının, açıkça olmasa bile zımnen kabul edilmiş bulunduğu, Danıştay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu’nun 09/07/1966 tarihli ve E.65/21 K.66/7 sayılı kararında da belirttiği gibi, iptal hükmü, idari işlem, idarece verildiği tarihten itibaren ortadan kaldırılmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz bakımından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesinin de tartışmaya açık olduğu, bu nedenlerle, satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkân bulunmadığına Bakanlar Kurulu’nca karar verilmiştir.⁹⁷⁶”

Ancak Danıştay bu kararı şu gerekçelerle iptal etmiştir:

“... yargı yerlerince verilen kararların, ilgili mercilerce uygulanması asıl olup, bu yoldaki hukuki işlemlerin de yine aynı merciler tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yapılması hukuka bağlı devlet ilkesinin bir gereğidir. ... Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen, 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır⁹⁷⁷”.

Bu bağlamda, milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkisinde **dualist** veya **monist** sistemin benimsenmesine göre farklı sonuçlara da gidilmesinin mümkün bulunduğu göz ardı edilmemek gerektir. Ancak ihale aşamasındaki bazı usulsüzlükler nedeniyle diğer ihale isteklilerinin uğradığı zararlar -her ne kadar sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmasa da- göz ardı edilmemelidir. Bu sorunun çözümünü İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinden esinlenerek çözmek yerinde olur. Zira bu iki ülke de iki aşama teorisini benimsemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme imzalandıktan sonra ihale kararının iptalinin istenebileceğini kabul etmekle beraber, bu talep sonucunda imzalanmış olan sözleşmenin geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceğini, ihale işleminde hukuka aykırılıklar bulunduğu tespitinin iptal talebinde bulunan kişinin idareden tazminat talep etmesi bakımından önem taşıyacağını hükme bağlamıştır⁹⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesinin diğer kararları da bu yöndedir. Bu

⁹⁷⁶ **KARAHANOGULLARI Onur**, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, AÜHFD, Cilt 45, S.1-4, 1996, s. 319-320.

⁹⁷⁷ **Danıştay 10. Daire**, E: 2002/4061, K: 2004/5219, T: 28.05.2004.

⁹⁷⁸ **TAN**, a.g.e., s. 92’den Naklen: Bundesgericht, 28.01.2004, Dosya: 2p.231/2003, Gerekçe 1.1.

kararların hepsi, idari işlem aşamasına ilişkin iptal kararlarının, ikinci aşamadaki özel hukuk sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği yönündedir. İsviçre doktrininden *Gauch*, ancak *özel hukuk sözleşmesinde ihalenin iptali olgusunun bir bozucu veya geciktirici şart olarak kararlaştırılması halinde, sözleşmenin geçersiz olabileceğini ifade etmiştir*⁹⁷⁹ ki, bu da borçlar hukukunun genel prensipleri doğrultusunda çıkarsaması doğal olan bir sonuçtur.

Birleşik Krallık hukukunda da ihalesi sözleşmeye bağlanmış bulunan işlemlerde tazminat dışında bir telafi yöntemi bulunmamaktadır⁹⁸⁰.

Alman hukukunda da aynı çözüm yolu benimsenmiştir. Ancak Almanya’da bu çözümün pozitif hukukta bir dayanağı da bulunmaktadır⁹⁸¹. Bu doğrultuda Alman Hukukundaki genel kabul, idarenin ihale aşamasındaki hukuka aykırı işlemlerinin, sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı yönündedir. Uygulamada öyle durumlar olmaktadır ki, Danıştay tarafından verilmiş bulunan iptal kararının uygulanabilirliği zaten fiili olarak bulunmamaktadır. Örneğin, bir şirket satışı veya işletme hakkı devri ya da imtiyaz verilmiş olmaktadır. Bu şirket bir birleşme sürecinden geçmiş, birleşme sürecinden geçmiş bulunan bu şirket başka gerçek veya tüzel kişilere devredilmiş, hatta halka arzı yapılmış olabilir. Bu durumda, projeye konu mal varlığının ayrıştırılarak son malikinden alınması imkansız durumdadır. Bazı durumlarda da, halka arz yapılan bir projede halka arz edilen hisseler onlarca kere el değiştirmiş olmaktadır. Bu tür durumlarda iyiniyetli malikin korunması gerektiği gibi, fiilen geri alınması mümkün bulunmayan mal varlığı değerlerinin geri alınması zaten imkansız bulunmaktadır. Bu durumda verilen Mahkeme kararının uygulanması fiilen imkansızdır⁹⁸². ***Hukuk düzeni kişiye/idareye “imkansız” yükümlülük olarak yükleyemeyeceğine göre, bu nitelikteki Mahkeme kararlarının uygulanması da mümkün bulunmamaktadır***⁹⁸³. ***Kaldı ki, imkansızlık teorisine gitmeksizin, “iki aşama teorisi” ile bakılması, bunun sonucu olarak da sözleşmesi yapılmış bulunan ihalelerde özel hukuk sözleşmesinin kesin olduğuna hükmedilmesi gerekmektedir.*** Bununla birlikte, bu uygulamaya da bir sınır

⁹⁷⁹ TAN, a.g.e., s. 94.

⁹⁸⁰ Simmons-Simmons & Group Law Office, a.g.e., s. 37-38.

⁹⁸¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. TAN, a.g.e., s. 94-95.

⁹⁸² Aynı yönde, YASİN, a.g.e., s. 231, s. 237, naklen, **ÖZDEMİR Halit Eyüp**, İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması ve Hukuki İmkansızlık Hali, MÜHFD, 2006/1, s. 92.

⁹⁸³ Aynı yönde, **ÇAĞLAYAN Ramazan**, İdari yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 197 ve orada anılan yazarlar.

getirilerek MK m.2'deki dürüstlük kuralları ile sınırlı şekilde uygulama yapılması, açıkça hukuka aykırı bulunan, hatta zaman zaman suistialin de belirlenebildiği durumlarda bile tarafların kötünietini veya bu kadar açık hukuk ihlalinin hukuk düzeni tarafından himaye edilmemesi gerektiği kanısındayız. Bu nedenle, mahkeme kararına uyulmasını sağlamak için yapılmış bulunan özel hukuk sözleşmesinin feshi amacıyla dava açmanın idarenin görevine dahil olmadığı yönündeki görüşe de, bunun aksini savunan görüşe de gerek bulunmadığı kanısındayız⁹⁸⁴.

Burada bir hususa daha değinilmesi gerekmektedir; idarenin yapılacak PPP sözleşmesine, sözleşmenin dayanağı olan idari işlemlerin iptali halinde bunun bir fesih sebebi olacağı yönünde hüküm koymasına ilişkin görüşün⁹⁸⁵ ve iptal kararından sonra devredilmiş işletmelerin geri alınmaması halinde ÖYK'nın veya KPYK'nın cezai sorumluluğu bulunacağı yönündeki görüşün⁹⁸⁶ ticari hayatın gerçekleri ile bağdaşır olmadığı kanısındayız. İMREGÜN'ün de belirttiği gibi; ***hukuk, ırmağın akışını düzenlemelidir, ırmağı tersine akıtmaya çalışmamalıdır. Nasıl bir nehir düzenlenirken, onun doğasına aykırı işlemler yapılamaz, örneğin akışı ters yöne çevrilemezse, hukuk bilimi de ekonomik yasaları yadsıyamaz. Hukuk ekonomik yasaları tersine çevirmeye değil, ancak belirli ve uygun bir sınır içinde düzenlemeye ve sakıncalarını azaltmaya muktedirdir***⁹⁸⁷. Örneğin, milyarlarca dolarlık bir tesisin devri ve alıcının da her yıl en az belirli bir miktar yeni yatırım yapması hükmünü içeren bir PPP sözleşmesine bu şekilde bir hüküm koyulması finans sektörü ve yatırımcılarca ihalenin hiçbir şekilde ciddiye alınmaması sonucunu doğuracak bir yaklaşımdır. Bu hüküm, yüklenicinin kullanacağı kredinin riskini maximize edeceği için, PPP işleminin kredilendirilebilirliğini neredeyse sıfıra indirecektir. Yüklenici kredi bulması halinde de kredi maliyetlerini, kredi riski nedeniyle maximize edecektir. Dünya finans sektörü, kredileri teminatları paraya çevirmek için vermemektedir.; kredi vermekten maksat kredinin amacına uygun şekilde işletilip kendi kendini geri ödemesidir. Bu riski içeren bir sözleşme kredinin geri dönüşümünü sıfıra indirmek demektir. Bu da kredi bulma ihtimalini azalttığı gibi, bulunabilecek kredinin de maliyetini artıracaktır. Bunun sonucu da alıcının alım teklifinde fiyatı azami derecede aşağıya çekmesine neden olacaktır. Oysa, değer tesbitleri yapılırken bu risk unsuru nazara alınmaksızın gerçek değerleri bulmaya yönelik yapıldığı için, ihalelerde değer tesbit rakamının aşılması adeta imkansız olacaktır. İkinci olarak,

⁹⁸⁴ YASİN, a.g.e., s. 239, naklen, ÖZDEMİR E, a.g.m, s. 93.

⁹⁸⁵ YASİN, a.g.e., s. 231.

⁹⁸⁶ ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 203.

⁹⁸⁷ İMREGÜN Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 1.

hiçbir yatırımcı, milyarlarca doları, bu kadar ağır bir risk içeren sözleşme ile yapılacak yatırımda “batırmaya” sıcak bakmayacaktır. İhale işleminin alıcı tarafında bir yatırımcı olduğu göz ardı edilmemelidir. Her ne kadar kamunun pazarlık gücünü iyi kullanılması gerekmekte ise de bu pazarlık gücünü kullanan idarenin karşısında da elinde nakit paranın gücünü bulunduran bir yatırımcı olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Anılan şekilde bir sözleşme yapılacağı şartnamede belirtilirse, gerçek anlamda ve ciddi yatırımcıların ihaleye katılmasını beklemek hayalden öteye gitmeyecektir. Bu nedenlerle, sözleşme aşaması geçilmiş ihalelerde, MK m.2’ye aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmenin iptali cihetine gidilmemek gerektir. Kanaatimizce PPP kanununda çok daha net bir düzenleme yapılarak, yapılan sözleşmelerin imzalanmasından sonra ihalenin iptal edilmesi halinde ne yapılacağına da kanuna işlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, anılan nitelikteki sorunların kanunla çözümlenmiş olması sonucunu doğuracaktır. Buna ilave olarak, ihale sürecinde doğması muhtemel hukuki hataları da önleyebilmek için Kanuna bir itiraz prosedürü ekleyip, potansiyel hataların da bu itiraz sürecinde düzeltilmesi son derece yararlı olacaktır⁹⁸⁸.

Uluslararası uygulama ve görüşler çerçevesinde, Türk hukukunun da aynı yönde ilerleyeceği ve uygulamanın “iki aşama teorisi” yönünde gelişeceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu çözüm yolunun bizim hukuk sistemimize, içtihatlarımızın gelişme doğrultusuna ve dürüstlük kuralına ve ticari hayatın gerçeklerine uygun olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay da, kamu ihalesinin feshi nedeniyle, ihale sonrası yapılan sözleşmenin geçersiz olmayacağını şöyle ifade etmiştir:

“Açıklanan ilke ve kurallar ışığında mahkemece yapılması gereken iş, taraflar arasındaki sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğu, sözleşmenin akdedilmesinde 2886 ve 1580 sayılı Kanunlara aykırılık olmadığı, davacının tek taraflı aldığı fesih kararının sözleşmeyi hukuken ortadan kaldıramayacağını ve davalının bu karara karşı idari yargıya başvurmamış olmasının sonuca etkili bulunmadığının benimsenmesi suretiyle, davanın reddine karar verilmesinden ibarettir. Yasa kurallarının yorumunda yanlışlığa düşülerek, olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırıdır, bozma nedenidir.”⁹⁸⁹

⁹⁸⁸ Bununla birlikte ihaleden usulsüz şekilde elenen veya ihale hukuka uygun yapılmış olsaydı, ihaleyi kazanmış olma ihtimali bulunan, adayların da ihalenin iptalini sağlamaları halinde, uğradıkları zararların tazminini isteme hakları bulunmak gerektir. Bu kişilerin talep edecekleri zarar miktarı da, ihale sürecinde yaptıkları masraflar gibi, ihale nedeniyle uğradıkları fiili kayıpları kadardır. Ayrıca, kusurun ağırlığına göre memurların sorumluluğu cihetine de gidilebilecektir.

⁹⁸⁹ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E: 1998/4614, K: 1998/5241, T: 09.06.1998.

Taraflar arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle ve bundan da ötesi, taraflar arasında bir sözleşme bulunması nedeniyle her iki tarafın da ahde vefa ilkesi uyarınca bu sözleşme hükümlerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması ve özellikle de kamu hizmeti niteliğinde bir hizmetin imtiyazını almış bulunan tarafın bu hizmeti hiç işletmemesi, kusurlu işletmesi veya geç işletmesi gibi hizmet kusurları görülmekte ise idare, ihale yüklenicisi ile yapılmış sözleşmenin feshi cihetine gidebilecektir⁹⁹⁰.

Her ne kadar yukarıdaki açıklamalarımızda sözleşmesi yapılmış bulunan bir ihalenin iptalinin mümkün olmadığı hususu belirginlik kazanmışsa da, uygulamaya açıklık getirmek için PPP Kanununa ihaleye itiraza ilişkin bir hüküm koyularak sürece belirginlik kazandırılması ve hataların sözleşme öncesinde çözümü sağlanmalıdır. Bu hususta getirilecek madde şu şekilde olmalıdır;

“Gerçekleştirilen ihaleler ile ilgili menfaati ihlal edilenlerce idareye yapılan itirazlar, bu Kanun hükümleri doğrultusunda hazırlanacak yönetmelikte belirlenecek itirazların yapılması ve incelenmesi usulleri çerçevesinde 3 kişilik⁹⁹¹ itiraz inceleme komisyonunca değerlendirilerek sonuçlandırılır. İtiraz inceleme komisyonu, sözleşmecî idare tarafından ihale komisyonu ile eş zamanlı olarak görevlendirmesi yapılması halinde biri sözleşmecî idareden olmak üzere, Başbakanca atanır. Komisyon, bütün üyelerin katılımı ve oy çokluğu ile karar alır ve ihale sürecinin usule uygun yapılıp yapılmadığını değerlendirmeye yetkilidir. Komisyon, ihaleye ilişkin bir hata tesbit ederse durumu gerekçeli kararında belirtir.

İtiraz komisyonunun kararı ilgililere bildirilir. İlk kararı alan birim, bu hatanın ihaleyi hukuka aykırı kılacak bir eksiklik içerdiği kanaatine ulaşırsa, hatalı işlem düzeltilerek, yeniden karar alınabilir.

İtirazlar (ihale komisyonu kararının / KPYK'nın ihaleyi onaylamasına ilişkin kararının⁹⁹²) resmi gazetede yayımı tarihinden itibaren 7 gün içinde idareye ulaştırılmış, bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumları da açıkça bildiren yazılı bir dilekçe ile yapılır. Dilekçede nihai karar üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilir. Süresinde ve usulünce yapılmayan itirazların mündericattaki hususlar nazara alınmaz. İhaleye usulüne uygun itirazda

⁹⁹⁰ Aynı yönde **Danıştay 13. Daire**, E: 2005/5390, K: 2005/2879, T: 31.05.2005.

⁹⁹¹ 3 kişi yerine az en az beş kişinin olması da değerlendirilebilecektir. Bu kişilerin yetkinliklerinin de belirtilmesi daha doğru olacaktır.

⁹⁹² Bunlardan birinin seçilmesi lazımdır. İhale komisyonu seçeneğinin seçilmesi halinde, Kanunun ilgili maddesinde buna ilişkin de bir hüküm eklenmesi lazımdır.

bulunmayanların ilk derece mahkemesi olarak bu davaya bakacak Danıştay'da dava açma hakları bulunmamaktadır.”

Burada bir hususa daha değinmekte yarar vardır. PPP İhale süreci KPYK kararı ile idari aşaması tamamlanan bir idari işlemdir. Bu aşamadan sonrası, özel hukuk hükümlerine tabi olan bir “*PPP Sözleşmesi*”dir. Bu açıdan, PPP, kamu hukuku alanında tamamlanan işlemler sonucunda özel hukuk alanında doğan sonuçların elde edilmesi sürecidir. PPP sözleşmesi ise sıkı şekilde şekle ve idari karara bağlı bir işlemdir. Bu bağlamda, kira, imtiyaz, işletme hakkı devri gibi belirli süreli sözleşmeler yapıldığı takdirde bu sürenin bitmesi ile başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sözleşme kendiliğinde sona ermektedir. Süre sonunda, PFI bu ihaleleri kazanan firmalar ile yeni bir sözleşme yaparak süresini uzatmak yetkisine sahip bulunmadığı gibi, ihaleyi kazanan firmalar da Borçlar Kanunu’nun kiraya ilişkin hükümlerinde olduğu gibi, süre sonunda fesih ihbarı yapılmaması gibi durumlarda sözleşmenin aynı şartlarla yenilendiğini iddia edemezler. İdare ile özel hukuk münasebeti tesisinin şekli kanunla belirlenmiştir, o da; PPP Kanununda belirlenen PPP süreci işletilerek ihale sonucunda ihale konusu varlığa ilişkin bir sözleşme yapmaya hak kazanmaktır. Bu süreç işletilmeksizin ne idarenin ne de ihaleyi kazanmış bulunan firmanın yeniden bir sözleşme yapılması veya sürenin uzatılması ya da sürenin uzatılmış sayılması gibi bir yol izlemesi mümkündür. Bunun aksine davranış idare açısından da özel hukuk kişisi açısından da batıl bir işlem olacağı gibi özel hukuk kişisi açısından füzuli işgal ve benzeri hukuki durumların da uygulanması gündeme gelebilecektir⁹⁹³.

⁹⁹³ Ayrıntıları için bkz., ‘3.1.2.8.3.2. Kiralayanın İdare Kiracının Özel Kişi Olduğu Durum’ başlığı altında yapılan açıklamalar.

SONUÇ

Dünyada giderek yaygınlaşan, ülkemizde ise başta Özelleştirme İdaresi Başkanlığı olmak üzere çeşitli Kurumlarımızın PPP uygulamaları bulunmaktadır. Ülkemizde artan proje stoku bulunmasına rağmen yaşanan bütçe kısıtlamaları nedeniyle yapılması gereken kamu hizmetlerine ilişkin altyapı yatırımları yapılamadığı için kamunun özel sektörün de finansmanı ile bu hizmetleri sunması daha fazla gerekli olmuştur. Buna paralel olarak, özel sektör de kamu projelerinde yüklenici olarak yer almakla yeni bir sektör oluşturmuştur. Bu yöntemle kamu altyapı yatırımları özel sektör ile yapılan uzun süreli özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yapılmaktadır. PPP ihaleleri kamu ihalesi olmadığı gibi teknik anlamda özelleştirme de değildir. Bazı özelleştirme projeleri PPP modeli ile yapılabileceği gibi, doğrudan özelleştirme şeklinde de yapılabilir. Teorik olarak, PPP yarı kamusal mal ve hizmetlere ilişkin iken, özelleştirmeler özel mal ve hizmetlere ilişkindir. PPP sözleşmesinde kamu üzerinde doğan risklerin özel sektöre aktarılması ve risklerin dengeli paylaşımı sözleşmenin en önemli unsurları arasındadır. Bu noktada, özel sektörün işletmecilik yaptığı durumlarda sunulan hizmetin bir kamu hizmeti olduğu nazara alınmalı ve bu hizmetin kusurlu işlemlerinden idare sorumlu olduğu belirlenmelidir.

Ülkemizde PPP uygulamalarının bazı modelleri kullanılmıştır. Birer PPP modeli olan elektrik piyasasında uygulanan yap-işlet, yap-işlet-devret ve Özelleştirme Kanunu çerçevesinde yapılan projeler gibi uygulamalar ülkemiz PPP uygulamalarının örnekleri olmuştur. Sağlık sektöründe uygulanmaya çalışılan yap-kirala-devret modeli de geliştirilmeye çalışılmaktadır.

PPP projeleri hem idare hem özel sektör açısından uzmanlaşmış bir kadro gerektirmektedir. PPP uygulamalarının, bilgi ve tecrübe birikiminin merkezini oluşturmak ve ihaleleri yapmakla görevli merkezi bir PPP İdaresine ihtiyaç bulunmaktadır. Her ihalenin farklı kurumlarca yapılmasının doğurduğu belirsizlik önlenmeli, sözleşmeciler idarelerin sektör tecrübesi ile PPP İdaresinin ihale ve PPP tecrübesinin, karma ihale komisyonu sistemi ile birleştirilmesinden elde edilecek sinerjiden istifade edilmelidir. Burada en önemli olan husus ise ülkemizde SPK ve Rekabet Kurumu örneklerinde olduğu gibi, konusunda uzman olan ve yetenekli uzmanlardan oluşan bir idare kurulması idarenin sektörün başarısını kendiliğinden sağlayacaktır. Uzun süreli ve risklerin paylaşıldığı karmaşık sözleşmelere dayanan PPP uygulamaları aynı zamanda kamusal mal ve hizmetlerin sunulduğu araçlardır. Güçlü siyasi irade ve merkezi bir PPP birimi, PPP projelerinin başarıya ulaşabilmesi için gereken hızlandırılmış karar alma süreçleri, proje yönetimi uzmanlığı ve hukuki güvenlik içinde hareket edebilmek açısından elzemdir. PPP uygulamalarının düzenlendiği birden fazla mevzuatın bulunması, yetkili kurumların birden fazla olması, merkezi bir PPP biriminin bulunmaması dağınık bir yapı arz etmektedir. Hukuki yapıyı güçlendirmek ve başarılı PPP projelerini gerçekleştirmek için esnek modelleri içeren, hızlı karar alma süreçlerini düzenleyen ve siyasi irade ile özel sektörü bir araya getiren tek bir mevzuatın bulunması ve merkezi bir PPP idaresinin kurulması gerekmektedir.

PPP projeleri idare ile özel sektörün büyük altyapı ve yatırımlarda beraber yer aldığı uygulamalardır. Akdi PPP ve kurumsal PPP olarak iki ayrı uygulaması bulunan PPP

modelinin en hassas noktası risklerin dengeli dağılımıdır. Risklerin dengeli dağılımı kamu üzerinde doğan bütün risklerin özel sektöre aktarılması değildir. Riskin o riski en iyi yönetebilecek tarafa ait olması PPP sözleşmelerine ilişkin emredici bir kural olarak düzenlenmelidir. Projenin kredilendirilebilir olması, verimliliğin sağlanması (value for money), maliyetlerin azaltılması ve rekabetin sağlanması açısından risklerin dengeli dağılımı büyük önem arz etmektedir. Bu anlamda, finansal risklerin özel sektör yüklenicisi üzerinde olması, hazine garantilerinin ise en son kaynak olarak ve projeye daha ucuz finansman temini gibi ek avantajlar sağlaması ve sair şartlar varsa kullanılması esas alınmalıdır. Bu yolla projenin bizzat kendisinin verimlilik doğurması ve uygulanabilirliği bulunmayan projelerin uygulamaya koyulmaması sağlanmalıdır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise esnek PPP modellerinin uygulanabilir olmasıdır. Gerçekten her proje aynı şartlar ve unsurlar ile yapıldığında aynı başarıya ulaşamayacaktır. Her proje kendine özgü nitelikler arz etmektedir. Modellerin sınırlı olması aslında birer iktisadi geridönüşüm modeli de içeren PPP yöntemlerinde esnekliği azaltmakta ve verimliliği düşürmektedir. Ortaya konulduğu gibi her PPP projesi aslında yapım, kiralama, işletme hakkının verilmesi, ortaklık, menkul kıymetleştirme, sınırlı aynı hakların tesisi ana unsurlarının bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. Yatırım gerektiren bir unsur, gelir getiren diğer bir unsur ile kombine edilmekte ve böylece iktisadi geri dönüşüm formülü oluşturulmaktadır. Her proje hem risklerin dağılımı hem maliyeti hem de geri dönüş araçları açısından farklı formüller gerektirebilmektedir. Her bir formül ise bir PPP yöntemi olmaktadır. Karma sözleşme niteliği arz eden PPP projelerinin dayandığı sözleşmeler bu unsurların bir araya getirildiği sözleşmelerdir. Her bir unsura PPP projelerinin özellikleriyle uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Yapım unsuru eser sözleşmesi hükümlerine göre, kiralama kira sözleşmesi hükümlerine göre, işletme hakkının devri ise hasılat kirası sözleşmesi hükümlerine göre de incelenecektir. *Burada dikkat edilmesi gereken her bir unsurun diğerinin bir tamamlayıcısı olduğu ve PPP projelerinin karakteristik özelliklerine göre hakkaniyetle yorumlanması gerektiğidir.*

PPP projeleri kamu mal ve hizmetlerinin bizzat devlet tarafından sunulduğu klasik yöntemlerden veya kamu sektörü tarafından özel sektörden satın alındığı kamu ihale sisteminden farklılık arz eder. Söz konusu olan uzun süreli bir anlaşma ile büyük kamu altyapı ve projelerinin, kamu mal ve hizmetlerinin sunulmasının kamu ve özel sektör tarafından birlikte bir proje çerçevesinde gerçekleştirilmesidir. Bu özellik projelerin ihale yönteminde de farklılık yaratmakta ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin bulunmasını daha önemli hale getirmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif demek sadece fiyatı en uygun olan demek değildir, çevre, istihdam, yatırım gibi unsurlar ile birlikte değerlendirildiğinde en avantajlı (Value for Money) teklif en doğru tekliftir. PPP projelerinin esnek ihale sistemleriyle özel sektörün tekliflerine açılması, yine PPP uygulamalarına mahsus bir özellik olarak projenin özel sektör tarafından tasarlanması imkânının bulunması yenilikçi bir çözüm olarak rekabetçi diyalog usulünün düzenlenmesini gerektirmektedir.

Diğer ihalelerden farklı olarak PPP ihaleleri, kamu ve özel sektörün işbirliğini gerektirdiği için, PPP uygulamalarında tarafların dürüst, hakkaniyetli ve açık bir şekilde süreci yönetmeleri önem arz etmektedir. PPP uygulamalarında, bir kamu alımı değil, bir projeye yatırımcı bulunması, proje finansmanı, sözkonusu olduğu için ihalelerin yatırımcıya güven vermesi ve ülkemizin son dönemde kazanmış bulunduğu güvenli yatırım ortamı havasını kırmayacak şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Buna paralel olarak, sözleşmenin uygulanması veya işletme döneminde de yine tarafların katı sözleşme kuralları yerine zaman içinde gelişen durumlara göre “işbirliği” içinde çözümler üretmeleri projelerin başarısında önemli bir etkidir.

PPP hukuku alanında rekabet düzenlemeleri özelleştirme uygulamalarındaki rekabet düzenlemelerine paralel şekilde mevzuatımızda düzenlenmelidir. Bu düzenlemede hem *birleşmeler* hem de *devralmalar*, yapılacak bu düzenleme kapsamına alınmalıdır veya Rekabet Kurumu’nun özelleştirmeler ile ilgili düzenlemesinde küçük bazı değişiklikler yapılarak uygulamaya devam edilmelidir.

Yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tavsiye niteliğinde ve zorunlu bir iç tahkim getirilmesi ve bunun dışındaki uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının hukukumuzun genel ilkelerine bırakılması gerekmektedir. PPP proje süreci devam ederken, itiraz yolu ile uygulamanın hukuki hatalarının düzeltilmesine imkan tanınmalı bu yolun kullanılmaması halinde projelerin sürüncemede kalmaması için ihale ve yargılama sürecine ilişkin kesin hak düşürücü süreleri içeren hak arama yolu eklenerek projelerin hukuki risklerinin bu yönü de güvenli bir zemine oturtulmalıdır.

Son olarak, ülkemizde daha önceki yıllarda yapılan uygulamalarda görülen uyuşmazlıklarda elde edilen bilgi ve tecrübe birikiminin PPP uygulamalarında nazara alınarak aynı veya benzer hataların tekrar edilmesi önlenmelidir. Uygulamalarda Anayasal ve yasal sınırlar gözetilerek uygulamaya yön verilmelidir. Kamunun özel sektör ile hakkaniyet zemini üzerinde müzakerede bulunması ve sözleşmeler hukuku alanındaki taraf eşitliği ilkesine dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

- **AKALIN Güneri**, KİT'ler ve Özelleştirilmeleri, Ankara, 1998.
- **AKÇAY Belgin**, Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Kamu Sektörü, SPK- Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.
- **AKILLIOĞLU Ethem**, Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzeine Notlar, Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2005 Sayı 21.
- **AKIN Hamdi**, Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu Konuşmaları, Ankara 2007.
- **AKIN Nesrin**, Özelleştirilen Kamu Teşebbüslerinde Altın Hisse Uygulaması, (Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi ile Birlikte), İstanbul 2004, http://www.ppp.org.tr/dokumanlar/Nesrin_Akin_Ozellestirmede_Altin_Hisse_Uygulaması.pdf, Erişim: 25.07.2009.
- **AKINTÜRK Turgut**, Borçlar Hukuku, İstanbul 2007.
- **AKİPEK Serap**, Build-Operate-Transfer Model For Foreign Capital Investment In Turkey and Its Legal Analysis, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI, S. 2, 2001.
- **AKKANAT Halil**, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul, 2000.
- **AKMAN Sermet Galip**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- **AKSOY DURSUN Sanem**, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- **AKSU Ahmet**, Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Gelir Ortaklığı Senetleri, SPK- Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.
- **AKTAN Coşkun Can**, “Özelleştirme ve Türkiye Deneyimi”, Özelleştirme ve İş Hukuku Alanında Ortaya Çıkan Sorunlar Semineri (İzmir 8-9 Nisan 1996) Tebliğ Kitabı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1998.
- **AKTAN Coşkun Can**, Privatization & The Turkish Experience, Ankara, 2004.
- **AKYOL Şener**, Know-How – Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1997.
- **AKYOL Şener**, Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri II. Fasikül, İstanbul 1997.
- **ALLEN & OVERY**, Public Private Partnership (Partnerství veřejného a soukromého sektoru), Legal feasibility study in the Czech Republic, Draft: 26th September, 2003 for comments by the expert platform and others, Unofficial working translation into English from Czech original, Eylül 2003.
- **ALTAŞ Hüseyin**, Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara 2009.
- **ALTINTAŞ M. Berra**, KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin SPK'ya Etkileri, SPK Yayınları, Ankara, 1988.
- **ALTOP Atilla**, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

- **ANGELIKI Liarigovinou**, The New Role of The Private Health Sector In the Welfare State In Greece, 2nd LSE PhD Symposium on Modern Greece, London 2005.
- **ARAL Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- **ARAT Ayşe**, Sözleşmenin Değişen şartlara uyarlanması, Ankara 2006.
- **ARKAN Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009.
- **ARSLANLI Halil**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Prensipler, İstanbul 1960.
- **ATHANAKIS Dimitrios**, Effective Dispute Regimes For Large Infrastructure Projects In Greece, 3rd Hellenic Observatory PhD Symposium Paper, LSE, 14 & 15 June 2007.
- **ATİYAS İzak / ODER Burak**, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, Tepav 2007.
- **AVERY Nicholas**, Introduction, Public-Private Partnerships: A Practical Analysis, London 2006.
- **AYDINLIYIM Suat**, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, Ankara 1972.
- **AYRANCI Hasan**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003.
- **BAKIRCI Aykut**, Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara 2008, (yayın öncesi metin).
- **BAKIRCI Mehmet Enes**, Teknoloji Transferinde “Patent ve Know-How Lisansı” Sözleşmeleri, İstanbul 2001.
- **BARLAS Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- **BAŞ Mustafa**, Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000.
- **BAŞPINAR Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- **BAYTAN İlhan**, Özelleştirme, Ankara 1999.
- **BERBER Recai**, Manisa Milletvekili ve TBMM KİT Komisyonu Üyesi Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **BİLGİN Pertev**, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970.
- **BİLGİN Aşlı**, Türk İhale Mevzuatı ile 2004/18/EC Sayılı Direktif Arasındaki Temel Farklar, <http://www.e-kutuphane.imo.org.tr/pdf/1545.pdf>, s.28, , Erişim:18.06.2008.
- **BİNGÖL Odak**, PPP Teşkilat Yapılanması ve AB Örnekleri Ankara 2008.
- **BOUSSABAIN Abdelhalim**, Cost planing of PFI and PPP Building Pojects, 2007.
- **BUTTON Maurice**, A Practical Guide to PPP in Europe, UK 2006.
- **BUZ Vedat**, İş Sahibinin BK. m. 369’a Göre Eser Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 21 S. 2, 2001.
- **BUZ Vedat**, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007.
- **BUZ Vedat**, Medeni Hukuk’ta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- **CANYÜREK Murat**, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003.

- **CRAIG F.C. VICTOR**, Risk & Due Diligence in Airport Privatization, http://www.icao.int/icao/en/ro/nacc/aps/09_craig.pdf, 11.04.2008.
- **CUMURCU Bekir**, Sermaye Piyasası Kurumları ve Araçlarının Kullanımı Yoluyla Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansmanı, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.
- **CUTTAREE Vickram**, International Experience in Establishing and Operating PPP Units, <http://siteresources.worldbank.org/PPPILP/Resources/1-Vikram.pdf>, Erişim: 10.06.2008.
- **ÇAĞLAYAN Ramazan**, İdari yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Ankara 2004.
- **ÇAKMAK Orhan**, Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin Yasal Çerçevesi, Rail Turkey 2009, International PPP Platform Turkey, Pre-Conference Workshop, İstanbul 2009.
- **ÇANAKÇI İbrahim H.**, . Uluslararası Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri (PPP) Zirvesi, Ankara 15.09.2006.
- **ÇETİNKAYA Özhan**, Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme, Bursa 2001.
- **DARCY Martin**, Kamu Özel Ortaklıkları (KÖO) Planlama ve Yönetimi, Kamu Yatırım Çalıştayı, İstanbul, 29 Şubat 2008.
- **DARE Joss**, Roads, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: AVERY Nicholas, London 2006.
- **DAYINLARLI Kemal**, İstisna Akdinde Müttaahhüdün ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1993.
- **DERYAL Yahya**, Ticaret Hukuku, Trabzon 2004.
- **DOĞANAY İsmail**, Ticari Alım- Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 1993.
- **DOĞANÇAY Haluk**, Sürdürülebilir Büyüme ve Gelişmenin Anahtarı: Kamu+Özel Sektör Kurumsal Ortaklık Modeli (I Kurumsal Ortaklık Modeli (I-PPP), Ankara, 09.06.2005, <http://www.projeyonetim.com/EN/images/expert/NewHorizonsANKARA9Haz.pdf>, Erişim: 10.05.2007.
- **DOMANIÇ Hayri**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988.
- **DOST Süleyman**, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006.
- **DÖNMEZ Çetin Ali**, Kamu Altyapı Yatırımları ve Borsa, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.
- **DUMAN İlker Hasan**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2005
- **DÜZCEER Ali Rıza**, Ecrimisil Davaları, Ankara 1997.
- **EGE Yavuz**, Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme, Hazine Dergisi, Ocak 200, S: 113.
- **EGGERS William D. / STARTUP Tom**, Deloitte Research, Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships, 2006.
- **EKER Ali Yıldırım**, Kamu Özel Sektör Ortaklıkları, Bütçe Dünyası Dergisi, Bahar 2007, Cilt2, Sayı 25.
- **EKİNCİ Hüseyin**, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004.
- **ERBAY İsmail**, Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

- **ERDOĞAN Hasan**, Tahliye Davaları, Ankara 2002.
- **EREN Erdal**, Türkiye Mütahhitler Birliği Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **EREN Fikret**, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996.
- **EREN Fikret**, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Turgut AKINTÜRK'e Armağan, Ankara 2008.
- **EREN Hüseyin**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **ERGEZEN Muaz**, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- **ERİŞGİN Nuri**, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a Eklenen Geçici Madde 7 Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20 S. 4, 2000.
- **ERMAN Hasan**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- **EROL Kemal**, Kamu İhaleleri ve Küçük ve Orta Boy İşletmeler, TES-AR Yayınları No:19, Ankara 1996.
- **ERSÖZ Halis Yunus/ÖZDEMİR Süleyman/YAVUZ Arif/AKGEYİK Tekin/ŞENOCAK Hasan**, Özelleştirme ve Çalışanların Mülkiyet Sahipliği: Kardemir Örneği, İstanbul 2004.
- **ERTAŞ Şeref**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine göre Eşya Hukuku, Ankara 2002.
- **FAULKNER Keith**, Public-Private Partnerships, Public-Private Partnerships Policy and Experience, (Ed.: **GHOBIADIAN Abby / GALLEAR David / O'REGAN Nicholas / VINEY Howard**) Chippenham Eastbourne 2004.
- **FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, İstanbul 1980.
- **FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977.
- **FLETCHER Glenn**, Application of the Competitive Dialogue in Practice, The European Public Procurement Policy New Procedures and Instruments, 2004/17 ve 18 No.lu AB Direktifleri- Avrupa Birliği'nin Yeni İhale Usulleri ve Araçları Semineri Sunumu, Ankara 5-6 Şubat 2008, <http://www.maliye.gov.tr/konferans/index.htm> Erişim:28.06.2008.
- **FOSTER Coralie**, Finding The Right Partner, Public-Private Partnerships Policy and Experience, (Ed.:**GHOBIADIAN Abby / GALLEAR David / O'REGAN Nicholas / VINEY Howard**) Chippenham Eastbourne 2004.
- **FOX Jason / TOTT Nicholas**, The PFI Handbook, Bristol 1999.
- **GARCIA-LOYGORRI Carlos Martínez**, Examples Of Infrastructure PPPs Promoted By Spanish Public Agencies, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploading/sunumlar/cmartinez.pdf> Erişim: 10.01.2005.
- **GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun**, İdare Hukuku, İstanbul 2001.

- **GLAISTER Stephen / SCANLON Rosemary / TRAVERS Tony**, The Way Out An Alternative Approach to the Future of the Underground, LSE London Discussion Paper No:1, The London School of Economics, London 20 Mart 1999.
- **GORDON Ian**, Capital Needs, Capital Growth and Global City Rhetoric in Mayor Livingstone's London Plan, *The Production of Capital Cities*, Association of American Geographers Annual Meeting, New Orleans 07.03.2003.
- **GÖKÇEOĞLU Kamil Haluk**, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007.
- **GÖNENÇ Levent**, "Özelleştirme ve Anayasalar - Orta Avrupa Deneyimi", AÜHFD, Cilt 54, Sayı 1, 2004.
- **GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2002.
- **GÖZÜBÜYÜK A.Şeref / TAN Turgut**, İdare Hukuku, Cilt I (Genel Esaslar), Ankara 2001.
- **GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut**, İdare Hukuku, Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), Ankara 2003.
- **GRIMSEY Darrin / LEWIS K. Meryn**, Public Private Partnerships, UK 2004.
- **GÜLEN Fikret**, Özelleştirme, Yap - İşlet - Devret, Kamu Özel Sektör İşbirliği, http://www.yayed.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=719&tipi=7&sube=0, erişim: 27.05.2008.
- **GÜMÜŞAY Hüseyin**, Teknik Şartnamelerin Belirli Bir Marka veya Modeli Tanımlaması Halinde Sorumluluk, Sağlık Haber Dergisi, 24.01.2008, <http://www.saglikyayincilik.com.tr/hbrkose/mkldty.asp?hbrid=2099>, Erişim: 20.02.2008.
- **GÜNDAY Metin**, İdare Hukuku, 3.Baskı, Ankara 1998.
- **GÜNDAY Metin**, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrarı Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB, Ankara 2001.
- **GÜROL Mehmet Ali**, Bir Sosyal Özelleştirme Yöntemi - Çalışanların Pay Ortaklığı (Türkiye Uygulaması), HAK-İŞ Yayınları No: 18, Ankara 1994.
- **GÜRPINAR Damla**, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.
- **GÜRZUMAR Osman Berat**, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.
- **GÜRZUMAR Osman Berat**, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil (Uygulamadan Sözleşme Örnekleri ile Birlikte), İstanbul 1998.
- **GÜVEN Pelin**, Özelleştirmelerde Gündeme Gelen "Altın Hisse" Uygulamasının Avrupa Birliği Hukuku'ndaki Sermayenin Serbest Dolaşımı ve Rekabet Hukuku'ndaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, e-akademi, Nisan 2005, S:38, Paragraf: 77, http://www.e-akademi.org/makaleler/pguven-1.htm#_ftnref5, 25.03.2008.
- **HALL Matthew**, EU Procurement, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006.
- **HARRIS Stephen**, PPP:Key Measures for Government Based on UK and International Experience, Uluslararası PPP Zirvesi ve Sempozyumu Ankara 2006.

- **HARRIS Stephen**, Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services, <http://www.iadb.org/sds/conferences/infrastructure/PPP.pdf>, *Erişim: 06.01.2008*.
- **HARRIS Stephen**, The Role of a Private Sector PPP Association, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **HICKMAN David**, PFI and Construction Contracts, Oxford 2000.
- **İMRE Erol**, Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, YDK, Ankara 2001, http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm#t5, 14.04.2008.
- **İMREGÜN Oğuz**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996
- **İNAL Tamer**, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004.
- **JOHNSON Robert**, Relationship between a financier and Special Purpose Vehicle, [http://www.eu.gov.hk/textonly/sc_chi/psi/psi_course/files/3-%20Relation_financier%20SPV \(R%20Johnson\)% 20Std%20Chartered.ppt](http://www.eu.gov.hk/textonly/sc_chi/psi/psi_course/files/3-%20Relation_financier%20SPV%20(R%20Johnson)%20Std%20Chartered.ppt), 12.08.2008.
- **KAPLAN İbrahim**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007.
- **KAPLAN İbrahim**, Yap İşlet Devret ve Yap İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XIX, S.4, 1998.
- **KARABABA Serdar**, “Halka Arz Yoluyla Özelleştirme”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 12, Ağustos 2007.
- **KARABABA Serdar**, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara, 2001.
- **KARAHAN Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2007.
- **KARAHANOĞULLARI Onur**, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, AÜHFD, Cilt 45, S.1-4, 1996.
- **KARAHASAN M. Reşit**, İnşaat İmar İhale Hukuku, Ankara 1979.
- **KARAHASAN Mustafa Reşit**, İnşaat İmar İhale Hukuku, C.I, Ankara 1997.
- **KARAHASAN Mustafa Reşit**, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1996.
- **KARAISKOU Elisavet**, Public–Private Partnerships: an innovative tool for decentralizing the production of public goods in contemporary Greece, http://www.lse.ac.uk/collections/hellenicObservatory/pdf/3rd_Symposium/PAPERS/KARAISKOU_ELISAVET.pdf, *Erişim: 05.03.2008*.
- **KARAKOÇ Mustafa**, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Ankara 2005.
- **KARATAŞ İzzet**, Eser –İnşaat Yapım- Sözleşmeleri, Ankara 2004.
- **KAYIHAN Şaban/ GÜNEROK Özcan**, Borçlar Kanunu M. 386/f.2 Karşısında İsimsiz İş Görme Sözleşmeleri Yapılabilir mi?, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 75. Yıl Armağanı, C. II S. 1, 1998.
- **KENDİGELEN Abuzer**, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.
- **KENDİGELEN Abuzer**, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999.
- **KERSCHBAUMER Katja**, Public-Private Partnerships In Eastern Europe: Case Studies From Lithuania, Republika Srpska And Albania, Eurohealth, Volume 13 Number 2 2007, London.

- **KESKİN Bayram**, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslar arası tahkim, İstanbul 2007.
- **KEŞLİ Ahmet / BİNGÖL Odak**, Public Procurement in EC, International PPP Platform Yaz Stajı 2008 Sunumu, İstanbul 2008.
- **KEŞLİ Ahmet**, Kamu Projelerinin Özel Sektör Tarafından Finanse Edilmesinin Hukuki Rejimi, İstanbul Barosu Proje Finansman Paneli Sunumu, 26.05.2009 İstanbul.
- **KEŞLİ Ahmet**, PPP Kanun Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008.
- **KEŞLİ Ahmet**, The European Finance Summit, The Republic of Turkey Business & Investment Summit, Invest in Turkey 2008.
- **KEŞLİ Ahmet**, Vize Alınamaması Sebebiyle Uluslararası Turların Gerçekleştirilememesinden Doğan Hukuki Sorumluluk (Sorumluluk), Prof. Dr. Hayri DOMANİÇ'e Armağan 2001.
- **KIRCA Çiğdem**, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997.
- **KOÇ Mehmet**, Finansal Kiralama (Leasing), İstanbul 2004.
- **KOÇ Nevzat**, PPP Kanunu Komisyonu Toplantıları, <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008.
- **KOSTAKOĞLU Cengiz**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- **KÖKTEN Erine Özlem**, 6570 Sayılı Kanuna Göre Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- **KUNTALP Erden**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- **KURU Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, Cilt 1.
- **LINK N. Albert**, Public Private Partnerships Innovation Strategies and Policy Alternatives, Newyork 2006.
- **Li Bing / AKINTOYE Akintola / HARDCASTLE Cliff**, Scholl of Built and Natural Environment, Glasgow Caledonian University, Glasgow G4 0BA, VFM and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects, <http://www.arcom.ac.uk/workshops/04-Edinburgh/06-Li.pdf>, 25.07.2008.
- **Linklaters**, PPP in France – 2006, <http://www.linklaters.com/pdfs/publications/projects/pppfranceoct06.pdf>, Erişim: 10.01.2007.
- **LOVELLS**, Engineering And Construction Projects, [http://www.lovells.com/Lovells/Publications/Brochures/ Engineering+and+Construction+ Projects.htm](http://www.lovells.com/Lovells/Publications/Brochures/Engineering+and+Construction+Projects.htm), Erişim: 13.04.2008.
- **MAHMUDOVA Muhabbat**, PPP/PFI Outlook 2008, Infrastructure Journal, 2008.
- **MANAVGAT Çağlar**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991.
- **McCORMICK Roger**, Legal Risk, Law and Justice İn A Globalising Financial Market, Law and Financial Markets Review, Temmuz 2007, [http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/lfm/LFMR_14_McC_283to292 .pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/lfm/LFMR_14_McC_283to292.pdf), Erişim: 08.10.2007.

- **McDOWALL Evelyn**, Risk Transfer In PPP Projects, Turner&Townsend Tecnical Article, [http://www.turnerandtowntsend.com/pdfs/Risk%20 transfer%20in%20PPP%20Projects.pdf](http://www.turnerandtowntsend.com/pdfs/Risk%20transfer%20in%20PPP%20Projects.pdf), Erişim: 27.11.2008.
- **MEMİş Tekin**, Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı İle Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukuki Durumu ve Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı.
- **MENTER Vahit**, Joint Venture (Ortak Girişim) Sözleşmeleri ve Türk Mevzuatındaki Durumu, Vergi Dünyası Dergisi, Ocak 2007, Sayı:305, <http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/vahit/001/'den naklen>, 04.02.2008.
- **MEUB Michael H.**, Borçlar Hukuku Reformu: Yeni İstisna Sözleşmesi Hukuku, Çev. **DEMİR Mehmet**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI S. 4, 2002.
- **MOROĞLU Erdoğan / KENDİGELEN Abuzer**, Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2007.
- **NAUTA Bernard**, Public Private Partnerships in Latvia Perspective or Illusion ?, 12th International PPP Conference 2006, 22.06.2006. <http://www.ba.lv/tools/download.php?name=Bernard%20Nauta.ppt>, Erişim:25.08.2006.
- **OCAK Tuğba**, Kira Sözleşmesinin 6570 Sayılı Kanuna Göre Sona Ermesi, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- **OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2004.
- **OKTAY ÖZDEMİR Saibe**, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM, C: LV, S: 1-2, Yıl 1995-1996.
- **OLGAÇ Senai**, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Açıklanması ve Uygulaması, Ankara 1978.
- **OLGAÇ Senai**, İstisna Akdi, İstanbul 1966.
- **ONUR Ayşenur**, Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri/Ortaklıkları(PPP Modeli), T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Bülteni, Sayı 10 Aralık 2007.
- **OTA Midori**, Delivering Water for the Urban Poor in Developing Countries, MPA Working Paper Series Policy Challenges, Volume 1 Issue 2, Nisan 2007.
- **ÖĞÜZ Tufan**, Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001.
- **ÖZ Turgut**, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mezuat, İstanbul, 2006.
- **ÖZCAN Tahir**, Yap İşlet Devret Modelleri ve Vergisel Problemleri, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/yid_vrg_prob.doc, Erişim: 20.04.2008.
- **ÖZDEMİR Halit Eyüp**, İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması ve Hukuki İmkansızlık Hali, MÜHFD, 2006/1.
- **ÖZDEMİR Halit Eyüp**, Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2005.
- **ÖZTÜRK Pınar**, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.
- **PADIYAR Vaijayanti / SHANKAR Tarun / VARMA Abhishek**, "Risk Management in PPP", http://www.persmin.nic.in/otraining/undp_modules/PPPID/Training%20Modules%5CAdvanced%20Module%5CReview%20Papers%20&%20Toolkits%5CRisk%20Management%20in%20PPP.PDF, Erişim: 25.07.2008.

- **PAŞAOĞLU Ahmet**, Uluslararası Kredi Kuruluşları Perspektifinden Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansman Sorunları, SPK- Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı Sunumu, 26 Aralık 2006.
- **PAVEL Jan**, PPP Projects in the Czech Republic: Implementation and Risks, Transparency International - Czech Republic, Prague 2007 http://www.transparency.sk/PPP/docs/vz_ppp_studie_en.pdf, Erişim:02.04.2008.
- **PEHLİVAN Özgür**, Kamu Özel Sektör İşbirliği - Hazine Müsteşarlığı'nın Perspektifi, Rail Turkey 2009, International PPP Platform Turkey, Pre-Conference Workshop, İstanbul 2009.
- **PEKDİNÇER Tamer**, Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi 2006/231 Esas Numaralı Dosyaya Sunulan Bilirkişi Raporu.
- **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Ankara 2007.
- **POROY Reha / YASAMAN Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2007.
- **PUTTEN Jan Van der**, Public Private Partnership Finance Model A New Trend For Turkey, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploadimg/sunumlar/jvdputten.pdf> Erişim: 10.01.2005.
- **REİSOĞLU Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997.
- **REDA Andrea/ SCHREFLER Lorna**, Public-Private Partnerships National Experiences In The European Union, Briefing note No. IP/A/IMCO/SC/2005-160 governed by the provisions of Framework Service Contract IP/A/IMCO/FWC/2005-33, Brussels, 22/02/2006.
- **SANCAKDAR Oğuz**, "Alman İdare Hukukunda Kamusal Yükümlülüklerin Özelleştirilmesinin Sınırları", DEHFD, Cilt 6, Sayı 2, 2004.
- **SAPTE Denton Wilde**, A guide to project finance, London 2004.
- **SAPTE Denton Wilde**, Project Finance The Guide To Financing Build-Operate-Transfer Projects, Hong Kong 1997.
- **SARISU Ayhan**, Altyapı ve Yatırımlarda Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-1, Yaklaşım Dergisi, Yıl 16, Sayı 181, Ocak 2008.
- **SARISU Ayhan**, International PPP Platform Turkey Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **SARISU Ayhan**, Kamu Yatırımlarında İsrar: Kim, Kimin Parasını Nasıl Harcamalı?, Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2008, Sayı 185, Yıl 16.
- **SARISU Ayhan**, Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme, ASOMEDYA, S. Kasım 2003.
- **SAVAS Emanuel S.**, Privatization And Public-Private Partnerships, New York 2000.
- **SELİÇİ Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müttaahhitin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- **SERVENAY Christian / MOREAU Olivier**, The European Public Procurement Policy New Procedures and Instruments, 2004/17 ve 18 No.lu AB Direktifleri- Avrupa Birliği'nin Yeni İhale Usulleri ve Araçları Semineri Sunumu, Ankara 5-6 Şubat 2008, <http://www.maliye.gov.tr/konferans/index.htm> Erişim:28.06.2008.

- **SEVİ Ali Murat**, Franchising İlişkinde Hakim Olan Etik Değerler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20 S. 3, 2000.
- **Simmons-Simmons & Group Law Office**, PPP Hukuku ve Sözleşmeleri / PPP Law and Contracts, İstanbul/London, 2008.
- **SMITH Cameron**, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006.
- **ŞAHİNİZ Salih**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.
- **ŞENOCAK Zarife**, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- **TAN Turgut**, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, Ankara 1999.
- **TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, C. ½, İstanbul 2008.
- **TARAKÇIOĞLU Nurettin**, Adi Kira Hukuku Adi Kirada Sözleşme Serbestisine Getirilen Sınırlamalar, İstanbul 1976.
- **TEKİL Fahiman**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.
- **TEKİN Ali Güner**, Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri - Kamu-Özel Ortaklıkları (Public Private Partnerships Veya PPP Modelleri), İdarecinin Sesi Dergisi, C:21, S:122, Mayıs-Haziran 2007.
- **TEKİNAY Selahattin Sulhi**, Borçlar Hukuku 3.Baskı, İstanbul 1974.
- **TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989.
- **TEOMAN Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, İstanbul 2000.
- **TEOMAN Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1 Hukuki Mütalaalar Kitap 8, Ankara 1997.
- **TEVFİK Arman**, Hisse Senedi Değerlemesi, İstanbul, 2005.
- **TOKALAŞ Sevinç**, Kamu Sağlık Hizmetlerinin Satın Alınması, İstanbul 2006 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- **TOKGÖZ Hülya**, Kamu Altyapı Yatırımlarının Finansmanında Alternatif Yaklaşımlar Kamu-Özel İşbirliği, Sermaye Piyasası Kurulu 7. Arama Konferansı, 26 Aralık 2006.
- **TUĞ Adnan**, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.
- **TUNABOYLU Müslim**, Açıklamalı- İctihatlı Kira Hukuku Tahliye Uyarlama Tesbit Alacak Davaları, C. 1, Ankara 1999.
- **TUNCEL Kürşat**, Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları (PPP) Modelinde Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Rolü, Kamu-Özel Sektör Ortaklığı Finansman Modeli / Türkiye İçin Yeni Bir Açılım Sempozyumu, İstanbul 09.12.2004, <http://www.tmmmb.org.tr/uploadimg/sunumlar/ktuncel.pdf> , Erişim: 10.01.2005
- **TURANBOY Asuman**, Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998.
- **TURGUTER Necip / TOKMAKLI Cafer**, Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Mayıs 2003.
- **TUTUMLU Mehmet Akif**, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Ankara 2001.

- **UÇAR Ayhan**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- **ULUSOY Ali**, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002.
- **UYSAL Tahir**, Uluslararası Yatırımcılar Derneği Başkanlığı Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **UZ Abdullah**, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005.
- **ÜLGEN Hüseyin**, Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005.
- **ÜLGEN Hüseyin/ TEOMAN Ömer/ HELVACI Mehmet/ KENDİGELEN Abuzer/ KAYA Arslan/ NOMER ERTAN N. Füsün**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009.
- **ÜNAL Oğuz Kürşat**, Katılma İntifa Senetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19 S. 3, 1998.
- **ÜNAL Oğuz Kürşat**, Sermaye Piyasalarında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara, 1999.
- **ÜNÜVAR Raşit**, Türkiye Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği Sunumu, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara-İstanbul 2008.
- **VINTER D. Graham**, Project Finance, London 2006.
- **von TUHR, Andreas**, Borçlar Hukuku, Çeviren **EDEGE Cevat**, Ankara 1983.
- **WERNER Michael Jürgen**, European Union, A Practical Guide to PPP in Europe, UK 2006.
- **WINSOR Tom**, Railways, Public-Private Partnerships; A Practical Analysis, Ed.: **AVERY Nicholas**, London 2006.
- **YALÇINDURAN Türker**, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- **YALMAN Süleyman**, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- **YAPANOĞLU Pınar**, Public Private Partnership (3P) İngiltere Modeli, <http://www.ppp.org.tr/dokumanlar/ingilterepppmodeli.pdf>, Erişim: 21.07.2008.
- **YASİN Melikşah**, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, İstanbul 2007.
- **YAŞAR Süleyman**, Özelleştirme, İstanbul 2005.
- **YAŞAR Süleyman**, Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi, İstanbul 2007.
- **YAVUZ Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2008.
- **YAVUZ Nihat**, Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, Ankara 2005.
- **YAYLA Yıldızhan**, İdare Hukuku, İstanbul 1985.
- **YERLİKAYA Gökhan Kürşat**, Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002.
- **YETGİN Feyzullah**, Kamu-Özel Sektör İşbirliği Modeli; Konut Üretiminde ‘Arsa Satışına Yönelik Gelir Paylaşımı Uygulamaları’, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 14 Sayı 1, 2006.

- **YILDIZ Şükrü**, “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması”, AÜEHFD, AÜEHF’nin 10. Öğretim Yılına Armağan, Cilt:V, Sayı:1-4, Erzincan 2001.
- **YILDIZ Şükrü**, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008.
- **YILMAZ Bekir Mustafa**, Kamu Alımlarında İdari Denetim, Ankara 2007.
- **ZENGİN Eyüp**, Yerel Yönetimlerde Özelleştirme, Konya 1999.
- **ZEVLİLİLER Aydın**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, Ankara 2008.

DDİĞER KAYNAKLAR

11 Adımda İhale Süreçleri, http://www.ihale.gov.tr/kilavuz_cd/ebook/menusys01/b10-5_1.htm, 25.04.2008.

- **A PFI Report For UNISON**, A Private Finance Initiative: A Policy Built On Sand, <http://www.unison.org.uk/acrobat/B2062.pdf> Erişim: 08.10.2007.
- Central Guidance Note No. 6 (Technical), Assessment of Projects for Procurement as Public Private Partnership, Ekim 2006, <http://www.ppp.gov.ie/key-documents/guidance/central-guidance/ppp-procurement-assessment.doc/>, Erişim: 16.01.2008.
- Commission Staff Working Paper, Report on the Public Consultation On The Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, Brussels, 3.5.2005, SEC(2005) 629.
- Commission of the European Communities, Commission Interpretative Communication, on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), Brussels, 05.02.2008, C(2007)6661.
- Commission of the European Communities, 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, Brussels, 15.11.2005 COM(2005) 569 final.
- Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Report on the Public Consultation on the Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brussels, 3.5.2005, SEC(2005) 629.
- Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, OJ, 30.4.2004 L 134/1.
- Directive 2004/17/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004, coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.
- European Commission – Directorate General – Internal Market and Services – Public Procurement Policy: Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, European Commission, Directorate General Internal Market and Services,
- European Commission, Directorate General Internal Market and Services, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf
- **European Parliament**, A6-0363/2006 / P6-TA-PROV(2006)0462, 26.10.2006.
- **European Parliament**, PE 369.858, 10.02.2006

- Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.04.2004.
- **HM TREASURY**, PFI: strengthening long-term partnerships, Norwich Mart 2006.
- **House of Commons Committee of Public Accounts**, The Termination Of The PFI Contract For The National Physical Laboratory, Fifteenth Report of Session 2006-07, London 13.03.2007.
- http://www.fhwa.dot.gov/PPP/faq_3.pdf , 23.07.2008.
- <http://www.ihale.gov.tr/basin/bultenbaskm.htm>, 21.02.2008.
- http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm; Erişim: 17.01.2008.
- http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yonteme_gore.htm, Erişim: 17.01.2008.
- <http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim:15.08.2008.
<http://www.ppp.org.tr/content/view/113/2/>, erişim tarihi 21.08.2008.
- <http://www.saglik.gov.tr/TR/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF6407999D5EC50F89C663EB3BA2011BDE>, erişim: 30.01.2009.
- http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm, Erişim 28.01.2008.
- **International PPP Platform Kanun Tasarısı Taslağı**,
<http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/>, erişim tarihi: 30.08.2008.
- **National Audit Office**, The Termination of the PFI Contract for the National Physical Laboratory, Report By The Comptroller And Auditor General, HC 1044, Session 2005-2006, 10 May 2006.
- **Official Journal of European Union**, L:134, 30.04.2004, s.1.
- **Official Journal of European Union**, L:134, 30.04.2004.
- **Official Journal of the European Communities**, C 095, 24.03.2001.
- **Official Journal of the European Communities**, C 101, 26.04.2003.
- **Official Journal of the European Communities**, C 121, 29.04.2000.
- **Official Journal of the European Communities**, C 217, 03.09.2005.
- **Official Journal of the European Communities**, C 296, 26.11.2005.
- **Official Journal of the European Communities**, C 300, 04.12.2004.
- **Official Journal of the European Communities**, C 369, 22.12.2001.
- **Official Journal of the European Communities**, C 47, 19.02.2000.
- **PPP Kanun Komisyonu Toplantıları**,
<http://www.ppp.org.tr/content/view/110/123/1/5/>, erişim: 15.08.2008.

