

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNDE KAMU YARARI

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

BAHAR BAYAZIT

Kamu Hukuku Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma

Yükümlülüklerinin Parçasıdır

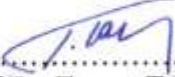
HUKUK BÖLÜMÜ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Ocak 2018

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.


.....
Prof. Dr. Turgut TAN
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.


.....
Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.


.....
Prof. Dr. Erdal ONAR
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.


.....
Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.


.....
Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı


.....
Prof. Dr. Halime DEMİRKAN
Enstitü Müdürü

ABSTRACT

PUBLIC INTEREST IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS

Bayazıt, Bahar

Ph.D., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Turgut Tan

January 2018

In this study, firstly public-private partnerships are tried to be defined and classified, and then they are compared with public procurement and privatization practices. Afterward, public-private partnerships are examined within the scope of public services, and the legal natures of public-private partnership agreements are determined. The uncertainty caused by the legal sub-structure which regulates the public-private partnership methods that are currently implemented has been determined, and the need for uniform regulation has been put forward. In the study, the issues that need to be considered both methodically and contractually in public-private partnerships have been discussed in order to ensure public interest, which is one of the basic concepts of administrative law.

Keywords: Contract, Procurement, Public Interest, Public-Private
Partnerships, Public Service

ÖZET

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNDE KAMU YARARI

Bayazıt, Bahar

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turgut Tan

Ocak 2018

Bu çalışmada, öncelikle, kamu-özel işbirlikleri tanımlanmaya ve sınıflandırılmaya çalışılarak, kamu alımları ve özelleştirme uygulamaları ile karşılaştırılmıştır. Kamu hizmetlerinin görülme usulleri kapsamında kamu-özel işbirlikleri incelenerek, kamu-özel işbirliği sözleşmelerinin hukuki niteliği saptanmıştır. Günümüzde uygulanmakta olan kamu-özel işbirliği yöntemleri incelenerek, hukuki alt yapıdaki dağınıklığın neden olduğu belirsizlik saptanmış ve yeknesak düzenleme ihtiyacı ortaya konulmaya çalışılmıştır. İdare hukukunun temel kavramlarından biri olan kamu yararının sağlanması için, kamu-özel işbirliklerinde hem yönetsel, hem de sözleşmesel olarak dikkat edilmesi gereken hususlar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İhale, Kamu Hizmeti, Kamu-Özel İşbirlikleri, Kamu

Yararı, Sözleşme

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	i
ÖZET.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	ix
MEVZUAT CETVELİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNİN TANIMLANMASI, ÖZELLİKLERİ VE DİĞER UYGULAMALARLA KARŞILAŞTIRILMASI	7

I. Kamu-Özel İşbirliklerinin Tanımı ve Gelişimi	7

A. Kamu-Özel İşbirliklerinin Tanımlanması.....	7

B. Kamu-Özel İşbirliklerinin Gelişimi	21

II. Kamu-Özel İşbirliklerinin Genel Özellikleri ve Sınıflandırılması.....	36

A. Kamu-Özel İşbirliklerinin Genel Özellikleri	36

1. Çok Taraflı Bir İlişki Olması.....	45

a. Proje şirketi.....	46

b. Kamu kesimi	48

c. Kreditorler	50

d. Danışmanlar	51

e. Kamu-Özel İşbirliği Birimi	52

2. Farklı Unsurların Bağlantılanması.....	53

3. Uzun Süreli Bir İlişki Olması.....	55
4. Paranın Karşılığının Alınması İlkesine Dayanması.....	55
5. Proje Finansmanı İlkesine Dayanması.....	58
6. Bütçe Dışı Bir İlişki Olması ve Muhasebeleştirilmesi.....	65
7. Yönetişimin Amaçlanması.....	71

B. Kamu-Özel İşbirliklerinin Sınıflandırılması 74

1. İşbirliğinin Hukuki Yapısına Göre Sınıflandırma.....	75
a. Sözleşmesel Kamu-Özel İşbirlikleri.....	76
b. Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri.....	82
2. İşbirliğinin Konusuna Göre Sınıflandırma.....	88
3. İşbirliğinin Finansman Şekline Göre Sınıflandırma.....	92

III. Kamu-Özel İşbirliklerinin Diğer Uygulamalarla

Karşılaştırılması	98

A. Kamu Alımları..... 101

B. Özelleştirme..... 107

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLME USULLERİ KAPSAMINDA

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİ.....	119

I. Kamu Hizmetinin Kamu Tüzel Kişilerince Yürütülmesi -

Emanet Usulü.....	126

II. Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülme Usulleri	128
A. Kamu Hizmetinin Statüter İlişki İçerisinde Özel Hukuk	
Kişilerine Gördürülmesi: Ruhsat/İzin Yöntemi	132
B. Kamu Hizmetinin Sözleşmesel İlişki İçerisinde Özel Hukuk	
Kişilerine Gördürülmesi	136
1. İdari Sözleşme Aracılığı İle	137
a. İmtiyaz	137
b. İltizam.....	142
c. Müşterek Emanet.....	143
d. Diğer İdari Sözleşmeler.....	143
2. Özel Hukuk Sözleşmesi Aracılığı İle	144
III. Kamu-Özel İşbirliklerinin Hukuki Niteliği.....	146
IV. Kamu-Özel İşbirliği Yöntemleri.....	166
A. Yap-İşlet-Devret	168
B. Yap-İşlet	172
C. Yap-Kirala-Devret.....	174
D. İşletme Hakkının Devri.....	179
E. Diğer Modeller	181
V. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usullerindeki Dağınıklık ve	
Toplu Düzenlemenin Gerekliliği	185

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNDE

KAMU YARARININ SAĞLANMASI..... 198

I. Yöntemsel Kamu Yararının Sağlanması: Kamu-Özel İşbirliği

Uygulamaları İçin İdari Yapılanma, İhale Usulü ve

Yargısal Belirsizliğin Engellenmesi 210

A. Kamu-Özel İşbirliği İçin İdari Yapılanma 211

B. İhale Aşamasında Kamu Yararı..... 221

1. İhaleye Ön Hazırlık Aşaması.....236
2. İhale Hukuku İlkelerine Uygun Davranılması.....243
3. İhaleye Hazırlık Aşaması.....248
4. İhale Yöntemleri.....255
 - a. Açık İhale Usulü.....258
 - b. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....258
 - c. Pazarlık (Müzakere) Usulü.....259
 - d. Diğer İhale Usulleri.....261
5. İhalenin Sonuçlandırılması.....263

C. İhale Sonrasında Kamu Yararı: Yargısal Belirsizliğin

Engellenmesi 270

1. İptal Kararları Nedeniyle Yargısal Belirsizlik.....271
2. Tazminat Kararları Nedeniyle Yargısal Belirsizlik.....285

II. Sözleşmesel Kamu Yararının Sağlanması:

Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmelerinin İçeriği.....	301
A. Tarafların Hak ve Borçları	311
B. Sözleşme Süresi	315
C. Ödemelerin ve/veya Tarifelerin Belirlenmesi.....	318
D. Riskler ve Devlet Destekleri	323
1. Riskler.....	323
2. Devlet Destekleri.....	335
a. Devlet Yardımları.....	339
b. Garantiler.....	341
c. Aynî Destekler.....	347
E. Denetim Yetkisi	355
F. Müdahale Hakkı.....	360
G. Sözleşmenin Uyarlanması.....	362
H. Sözleşmenin Sona Ermesi.....	373
SONUÇ.....	380
KAYNAKÇA	391

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz	Bakınız
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
C	Cilt
CIPFA	The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy
ÇED	Çevresel Etki Analizi
D	Daire
DİİK	Danıştay İdari İşler Kurulu
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
E	Esas
ed	edition / bası

edt	Editör
EC	European Commission / Avrupa Komisyonu
EFCA	European Federation of Engineering Consultancy Associations
EIB	European Investment Bank / Avrupa Yatırım Bankası
EIC	European International Contractors
EIPA	European Institute of Public Administration / Avrupa Kamu Yönetimi Enstitüsü
EPEC	The European PPP Expertise Centre / Avrupa Birliği KÖİ Uzmanlık Merkezi
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
ESCAP	United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pasific / Birleşmiş Milletler Asya ve Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu
EU	European Union / Avrupa Birliği
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
ILO	International Labour Organization/ Uluslararası Çalışma Örgütü
IMF	International Monetary Fund / Uluslararası Para Fonu

IPFA	International Project Finance Association / Uluslararası Proje Finansmanı Birliği
İDDK	İdari Dava Daireleri Kurulu
İDDGK	İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHD	İşletme Hakkının Devri
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
K	Karar
KÖİ	Kamu-Özel İşbirliği
KSK	Kamu Sektörü Karşılaştırmacısı
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NAO	National Audit Office (United Kingdom)
No	Numara
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development / Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü
ÖİB	Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
ÖYK	Özelleştirme Yüksek Kurulu
PPI	Private Sector Participation in Infrastructure/ Altyapıya Özel Sektörün Katılımı

PFI	Private Finance Initiative / Özel Finansman Girişimi
PPIAF	Public-Private Infrastructure Advisory Facility
PPP	Public-Private Partnership(s) / Kamu-Özel İşbirliği
prf	Paragraf
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFDA	Revue française de droit administratif
RG	Resmi Gazete
s	Sayfa
S	Sayı
ss	Sayfa aralığı
SIGMA	Support for Improvement in Governance and Management / Yönetişim ve Yönetimi Geliştirmek için Destek
TEPAV	Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UN	United Nations / Birleşmiş Milletler
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law / Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

UNECE	United Nations Economic Commission for Europe / Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu
US	United States of America / Amerika Birleşik Devletleri
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb	Ve benzeri
vd	Ve devamı
VfM	Value for Money / Paranın Karşılığının Alınması
Vol	Volume
WB	World Bank / Dünya Bankası
Y	Yıl
Yİ	Yap- İşlet
YİD	Yap- İşlet- Devret
YKD	Yap- Kirala- Devret
YPK	Yüksek Planlama Kurulu

MEVZUAT CETVELİ

2886 sayılı Yasa

Devlet İhale Kanunu

351 sayılı Yasa

Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar

Kurumu Kanunu

3096 sayılı Yasa

Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki

Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi,

Dağıtımı ve Ticareti ile

Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

3465 sayılı Yasa

Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki

Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu

(Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi

ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

3653 sayılı Yasa

Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve

İşletilmesi Hakkında Kanun

3996 sayılı Yasa

Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-

Devret Modeli Çerçevesinde

Yaptırılması Hakkında Kanun

4046 sayılı Yasa

Özelleştirme Uygulamaları Hakkında

Kanun

4283 sayılı Yasa

Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi
Üretim Tesislerinin Kurulması ve
İşletilmesi ile Enerji Satışının
Düzenlenmesi Hakkında Kanun

4734 sayılı Yasa

Kamu İhale Kanunu

5710 sayılı Yasa

Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve
İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin
Kanun

6001 sayılı Yasa

Karayolları Genel Müdürlüğünün
Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

6428 sayılı Yasa

Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği
Modeli ile Tesis Yaptırılması,
Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile
Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde
Kararnamelerde Değişiklik Yapılması
Hakkında Kanun

652 sayılı KHK

Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve
Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde
Kararname

3465 Uygulama Yönetmeliği

Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki
Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu
(Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi

6428 Uygulama Yönetmeliği	ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği Sağlık Bakanlığının Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği
EÖT Yönetmeliği	Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşıılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşıılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik
Nükleer Güç Yönetmeliği	Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik
Yİ Yönetmeliği	Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik

3996 Uygulama Kararı

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin
Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde
Yaptırılması Hakkında Kanunun
Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin
Karar

KÖİ Tebliği

Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel
Tebliği (Sıra No:45) Kamu Özel İşbirliği
Uygulamalarının Muhasebe İşlemleri

2014/23/EU sayılı Direktif

Directive 2014/23/EU of the European
Parliament and of the Council of 26
February 2014 on the award of
concession contracts

2014/24/EU sayılı Direktif

Directive 2014/24/EU of the European
Parliament and of the Council of 26
February 2014 on public procurement
and repealing Directive 2004/18/EC

2014/25/EU sayılı Direktif

Directive 2014/25/EU of the European
Parliament and of the Council of 26
February 2014 on procurement by
entities operating in the water, energy,
transport and postal services sectors and
repealing Directive 2004/17/EC

GİRİŞ

İdarenin, kamu düzenini korumak için yerine getirdiği kolluk faaliyetlerinden ve toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak için sunduğu kamu hizmetlerinden oluşan ikili bir faaliyet yapısı bulunmaktadır. Kolluk faaliyetlerinin, kural olarak, bizzat idare tarafından, emanet yöntemi ile görülmesi gerektiği kabul edilirken, kamu hizmetlerinin yürütümüne özel hukuk kişilerinin katılımı, ülkemizde Osmanlı Devleti zamanından beri söz konusu olmaktadır. Günümüzde, kamu hizmetlerine özel kişilerin katılımını ifade eden birçok uygulama görülmekte, bu uygulamaları ifade etmek için kullanılan ve bu nedenle şemsiye bir kavram olarak nitelendirilen kamu-özel işbirlikleri (KÖİ) kavramı karşımıza çıkmaktadır.

KÖİ'ler kamu ile özel sektör arasında kurulabildiği gibi, 'üçüncü sektör' olarak adlandırılan sivil toplum kuruluşları ile veya başka kamu kuruluşları ile de kurulabilmektedir. Üçüncü sektörle veya başka kamu kuruluşlarıyla kurulan ilişkilerin dinamikleri ile, kâr amacı güden özel sektörle kurulan ilişkilerinki tamamen farklılaştığı, ve üçüncü sektörle veya diğer kamu kuruluşlarıyla kurulan ilişkilerde ancak kamu yararlarının çatışması incelenebileceği için, çalışmanın konusu özel sektör ile kurulan işbirlikleri ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, çalışmada, kamu-özel işbirlikleri kavramı ile özel sektörle kurulan işbirlikleri anlatılmaktadır.

KÖİ uygulamaları, kamu hizmetlerinin sunumunda yararlanılan altyapı yatırımlarının özel sektörce finanse edilerek kurulması ve/veya işletilmesi, yenilenmesi ve kamu hizmetinin sunulması için kamu otoriteleri ile özel sektörün

uzun süreli bir ilişki içerisine girmesini ifade etmektedir. Taraflar arasındaki iş dağılımı ile bağlantılı olarak KÖİ uygulamaları farklı isimler almakta, bunlara KÖİ modelleri adı verilmektedir.

Ülkemizde 1980’li yıllarda başlayan özelleştirme süreci ile birlikte kamunun hizmet sektöründeki varlığının daraltılması amaçlanmış ve bu çerçevede uzun yıllardır uygulaması görülmekte olan imtiyaz yönteminin yanı sıra, özel sektörün kamu hizmetlerine katılımını sağlayan farklı yöntemleri öngören yasal düzenlemeler yürürlüğe konularak, kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımı arttırılmıştır.

Ülkemizde 1984 yılında 3096 sayılı ‘Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’ ile başlayan yasal altyapı süreci 1988 yılında 3465 sayılı ‘Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’ ile devam etmiş, 1994 yılında 3996 sayılı ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun’ ile 4046 sayılı ‘Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’, 1997 yılında 4283 sayılı ‘Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun’ yürürlüğe girmiştir.

2000’li yıllara gelindiğinde ise önce var olan kimi yasal düzenlemelere KÖİ yöntemlerine ilişkin hükümler eklenmiştir. 2004 yılında 3653 sayılı ‘Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun’da yapılan değişiklik ile kaplıcaların kiralanması veya restore et-işlet-devret yöntemi ile devredilmesi mümkün hale gelmiş, 2005 yılında ise 3359 sayılı ‘Sağlık Hizmetleri Temel

Kanunu’nda yapılan değişiklik ile yap-kirala-devret yöntemi hukukumuza girmiştir. Ayrıca 2005 yılında yürürlüğe giren 5335 sayılı ‘Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile havaalanlarında kiralama ve işletme hakkının devri yöntemleri kabul edilmiştir. 2007 yılında 5710 sayılı ‘Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun’ yürürlüğe girmiş, 2010 yılında 351 sayılı ‘Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu’nda değişiklik yapılarak özel sektörün katılımı sağlanmıştır. 2011 yılında 652 sayılı ‘Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ ve son olarak 2013 yılında 6428 sayılı ‘Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ ile kamu-özel işbirliklerinin yasal altyapısı oluşturulmuştur.

Günümüzde, kamu hizmetlerinin büyük bir bölümüne statüter veya sözleşmesel yöntemlerle özel sektörün katılımı söz konusu olmakta, sözleşmesel ilişki ise özel hukuka veya idare hukukuna tabi olabilmektedir. Kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı yüksek olmasına rağmen, konuya ilişkin temel bir yasal düzenleme olmaması ve hukuki altyapının mevzuatta dağınık bir şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, gerek sözleşmenin kurulması gerekse uygulanması aşamalarında sorunlarla karşılaşlabilmektedir. Ayrıca söz konusu yöntemlerin yargısal denetimine ilişkin olarak da yasal düzenlemelerde özel bir hüküm bulunmaması, mevcut yargı düzeninde senelerce süren yargılama sonrasında verilen kararlar doğrultusunda hem tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçları, hem de imzalanan sözleşmelerin geçerliliği bakımından duraksamalara neden olabilmektedir.

KÖİ, imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği bakımından özel hukukun ve idare hukukunun, kamu yönetiminde etkinliğin sağlanması açısından kamu yönetiminin çalışma alanına giren bir konu olmakla beraber, kamu hizmetlerinin gördürülme yöntemlerinden biri olarak idare hukukunun çalışma alanına girmektedir. Kamu hizmetlerinin gördürülme yöntemlerinden biri olan KÖİ'lerin hukuka uygun olarak ihale edilmeleri, sözleşmelerinin hukuka uygun ve kamu yararına düzenlenmiş olmaları, ihale şartnamelerinin kamu yararı gözetilerek hazırlanması, açılan davalarda iptal edilmemeleri bakımından önem arz etmektedir.

Bu kapsamda, yönetsel olarak, uygun idari yapılanmanın kurulması, doğru ihale yöntemi ve ihale ilkeleri çerçevesinde kamu yararına uygun bir şekilde KÖİ projesinin ihale edilmesi, yargısal belirsizliğe neden olan iptal kararlarının önüne geçilmesi için etkin başvuru prosedürünün oluşturulması ve yargılama usulünün düzenlenmesi, ve tazminat kararlarının önüne geçilmesi için yasal düzenlemelerde gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Sözleşmesel ilişki çerçevesinde ise, sözleşmenin içeriğinin kamu yararına uygun olarak oluşturulması, müzakerelerin idare aleyhine sonuçlanmaması için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir.

Bu çalışma, erişilebilen yargı kararlarını, Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerini ve uluslararası kuruluşlarca hazırlanan belgeleri inceleyerek, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olan kamu-özel işbirliklerinde, sözleşmesel ilişkinin kurulması ve uygulanması aşamalarında kamu yararının sağlanması açısından mevcut hukuksal ve kurumsal yapıları değerlendirmeye çalışmakta ve ülkemizde yapılması gereken düzenlemeler için öneri getirmeyi amaçlamaktadır. Her ne kadar AB mevzuatı ve Birleşmiş Milletler ile bağlı kuruluşları, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlarca

hazırlanan belgeler ülkemiz açısından bağlayıcı nitelik taşımasa da tam üyelik müzakereleri çerçevesinde AB mevzuatı ile uyumlulaştırma söz konusu olduğundan ve uluslararası kuruluşların tavsiye niteliğindeki düzenlemelerine uyumluluk, ilişkilerin ilerlemesi için kaçınılmaz olduğundan, çalışmada bu belgeler de inceleme konusu yapılmıştır.

“Kamu-zel İşbirliklerinde Kamu Yararı” başlıklı çalışmada, günümüzde kamu hizmetlerinin gördürülmesi açısından önemli bir yere sahip olan kamu-özel işbirliklerinin idare hukuku açısından dikkat çekici yönleri üzerine yoğunlaşmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde kamu-özel işbirlikleri tanımlanarak tarihsel olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesi içerisindeki yeri ortaya konulacaktır. Ardından kamu-özel işbirliklerinin genel özellikleri belirlenerek kamu otoriteleri ile özel sektör arasındaki bir ilişkinin KÖİ olarak nitelendirilmesi için, ilişki içerisinde bulunması gereken unsurların neler olduğu irdelenecektir. Hukuki yapıları, konusu ve finansman şekline göre değişiklik gösteren kamu-özel işbirliklerinin sınıflandırılmasının ardından, bu uygulamaların benzerlik gösterdiği kamu alımları ve zelleştirme uygulamaları ile karşılaştırılması yapılarak KÖİ uygulamalarına ilişkin genel bir görünüm ortaya konulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, idare hukukunun temel çalışma alanlarından biri olan kamu hizmetlerinin görülme usulleri kapsamında kamu-özel işbirlikleri irdelenecektir. Bu kapsamda öncelikle kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik yöntemler incelenecek, ardından KÖİ’lerin hukuki niteliği irdelenecek ve KÖİ modellerinin neler olduğu ortaya konulacaktır. Kamu hizmetlerinin görülme usullerindeki dağınıklılığının neden olduğu belirsizlik saptanarak yeknesak düzenleme ihtiyaı ortaya konulacaktır.

Çalışmanın son bölümü, idare hukukunun temel kavramlarından biri olan kamu yararı kavramı çerçevesinde kamu-özel işbirliklerini ele almaktadır. Bu bağlamda, hem yöntemsel hem de sözleşmesel olarak yapılması gerekenler irdelenecektir. Kamu-özel işbirliklerine ilişkin idari yapılanma ve kamu yararına uygun ihale sürecinin nasıl olması gerektiği saptanacaktır. Ardından idare ile özel sektör arasında imzalanacak bir sözleşmenin kamu yararına olması için dikkate alınması gereken temel unsurlar irdelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNİN TANIMLANMASI, ÖZELLİKLERİ VE DİĞER UYGULAMALARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. Kamu-Özel İşbirliklerinin Tanımı ve Gelişimi

A. Kamu-Özel İşbirliklerinin Tanımlanması

'*Public Private Partnership(s)*' (PPP) kavramının içeriği ülkeye ve zamana göre değişiklik göstermekte, resmi bir tanımı bulunmayan kavramın içeriği konusunda da doktrinde bir uzlaşma bulunmamaktadır. PPP'lere atfedilen amaç ve ele alınış şekli kavramın tanımlanmasında etkisini göstermektedir. PPP'lerin tanımı konusunda uzlaşma bulunmadığı gibi, kavramın Türkçeleştirilmesi üzerinde de uzlaşma bulunmamaktadır. Bu nedenle kavram tanımlanmaya çalışılmadan önce, kavramın Türkçeleştirilmesinin nasıl olması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Doktrinde kamu-özel işbirliği kavramıyla beraber kamu-özel ortaklığı, kamu-özel sektör işbirlikleri, kamu-özel sektör ortaklıkları, eksik imtiyaz, özel finansman girişi (*private finance initiative-PFI*), altyapıya özel sektörün katılımı (*private sector participation in infrastructure-PPI*) gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. Eksik imtiyaz kavramı, PPP modellerinden biri olan yap-kirala-devret için kullanılmaktadır. PFI kavramı da benzer şekilde, PPP yöntemlerinden yalnızca kamu

alımı özelliği taşıyan bir kısmını ifade etmektedir¹. Bu nedenle, bu kavramlar PPP kavramının alt kümesinde yer almakta olup, PPP yerine kullanılmamaktadırlar. Öte yandan, Dünya Bankası tarafından özel sektörün altyapı sektörlerindeki tüm faaliyetleri dikkate alınarak kullanılmakta olan PPI kavramı, altyapı sektörlerindeki özelleştirmeleri, PPP yöntemleriyle gerçekleştirilen projeleri ya da tamamen serbestleştirilmiş piyasalarda özel sektörün yaptığı yatırımları kapsamaktadır². Ancak Dünya Bankası tarafından da PPP kavramının kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Diğer kavramlar arasında söz konusu olan farklılaşmanın nedeni İngilizcesi *public private partnership(s)* olan kavramın Türkçeye çevrilmesi ile ilgilidir.

Kamu kesimine atıf yapılırken ‘sektör’ kavramı kullanılmadığı için, ilişkinin diğer tarafını oluşturan özel kesime atıf yapılırken de ‘sektör’ kavramının kullanılmaması gerektiği düşünülmektedir. Bu nedenle ‘kamu-özel ortaklığı’ ve ‘kamu-özel işbirliği’ kavramlarından hangisinin kullanımının daha uygun olduğu araştırılacaktır. Bir görüşe göre ‘*partnership*’ kavramının doğru çevirisi ‘ortaklık’ kavramı olup, ‘ortaklık’ kavramı kamu ile özel sektör arasında kurulan bağı daha iyi tanımladığı ve kamunun özel girişimcileri gerçek ve eşit birer ortak olarak görmesini sağlayacağı için kullanılmalıdır³. Diğer görüşe göre ise ‘*partnership*’ kavramı, hukuki anlamda bir ortaklığı değil, PPP sözleşmesine dayanarak ortaya çıkan

¹ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009, (**Kamu & Özel İşbirlikleri**), s. 139; Simmons&Simmons ve Group Law Office, **İngiltere ve Galler’de PPP Hukuku ve Sözleşmeleri**, İstanbul/Londra, 2008, s. 11.

² TC Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014, (**KÖİ Komisyon Raporu**), s. 7.

³ GÜRKAN Mehmet Fatih, **Kamu Özel Ortaklığı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 6-7; TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 6.

sözleşmesel ilişkiyi ifade etmektedir⁴. Uzun süreli bir ilişkiyi gerektiren PPP’lerin işbirliğine dayanmasının gerektiği ve PPP’lerde tarafların birbiriyle uyumlu amaçlarının bulunmasından ziyade karşılıklı menfaatlerine uygun olarak devam ettirdikleri bir ilişkinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁵.

Taraflar arasındaki herhangi bir ilişkinin işbirliği niteliklerini taşıması, belli hedeflerin aynı tanımları varsa ve ortak bir çabanın sürdürülmesinde sorumluluklar ve yetkiler net bir şekilde ayrılmışsa söz konusu olmaktadır⁶. Öte yandan sözleşmeyle kurulan ve müşterek bir amacın elde edilmesine hizmet eden bir kişi birliği olarak tanımlanan ortaklığın, kişi, sözleşme, sermaye, ortak amaç ve *affectio societatis* olmak üzere beş esaslı unsuru içerdiği kabul edilmektedir⁷. Ortaklık kavramının temel unsurlarından biri olan ortak amaç, ortakların ortak bir amaç için bir araya gelmesini, amacın bütün ortaklar açısından tek ve aynı olmasını ifade etmekle birlikte, her bir ortağın ortaklık ilişkisine dâhil olmakla elde etmeyi hedeflediği çıkar ortak amaç olmayıp, ortakların kişisel saiki olarak

⁴ YESCOMBE E. R., **Public Private Partnerships, Principles of Policy and Finance**, Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007, (PPP), s. 3; USA National Council for Public-Private Partnerships, <http://www.ncppp.org/wp-Content/uploads/2017/02/Public-Private-Partnership-P3-Facilities-and.pdf> , 2006, s.10.

⁵ FAULKNER Keith, “Public-Private Partnerships”, **Public Private Partnerships- Policy and Experience**, ed. Abby GHOBADIAN/David GALLEAR/Nicholas O’REGAN/Howard VINEY, Hampshire-New York: Palgrave Macmillan, 2004, ss. 65-70, s. 65; TVARNØ Christina D., “PPPs in an international legal, economic and political perspective”, **Public-Private Partnerships: An international analysis - from a legal and economic perspective**, Asia Link Project 2010, ss. 224-257, (PPP), s. 228.

⁶ GÜNGÖR Harun, **Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye için Değerlendirme**, Uzmanlık Tezi, Ankara: TC Kalkınma Bakanlığı Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No: 2831, 2012, s. 6.

⁷ Çok taraflı sözleşme niteliği taşıyan ortaklık sözleşmelerinin temel özellikleri, ortak amaç, amacın elde edilmesi için birlikte çaba ve sonuçların ortaklara ait olması olarak sıralanmaktadır. Bu çerçevede tarafların iradeleri aynı amaca yönelmekte, aynı yönde menfaatleri bulunmaktadır. Ortak amaç, ortakların ulaşmak konusunda anlaşmaya vardıkları, bunun için mallarını ve emeklerini birleştirdikleri, ortak ve uyumlu çaba gösterdikleri son hedef olarak tanımlanmakta, ortaklığın başarıya ulaştırılması niyeti anlamına gelen *affectio societatis* ise, ortak amaca erişilmesi için ortakların eşit konumda, gayret ve özen sarf etmek yükümü altında olmasını ifade etmektedir. POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 20, 22-25.

nitelendirilmektedir⁸. PPP’lerde tarafların kişisel saiklerine bakıldığında, özel sektörün nihai amacı hem pay sahiplerine ödeme yapacak hem de başka projelere yatırım yapmasını sağlayacak kadar kâr elde etme, kamunun ise kamu hizmetlerinin zamanında ve kaliteli sunulması suretiyle kamu yararının sağlanması olduğu için, tarafların ortak bir amaçta birleşmesi mümkün değildir⁹, ancak ortak çaba için yetkiler ve sorumluluklar paylaşılmıştır. Bu nedenle söz konusu olan bir ‘ortaklık’ değil, ‘işbirliği’dir¹⁰. Ayrıca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1531. maddesi uyarınca ‘ortaklık’ ve ‘şirket’ kavramları, “*eş anlamda kanuni terimlerdir ve bu terimler birbirleri yerine kullanılabilir*”. Bu nedenle her ne kadar kamu ve özel sektörün bir şirket bünyesi içinde yer aldığı kurumsal PPP’ler söz konusu olduğunda şirketleşme söz konusu olsa da, PPP daha geniş bir kavramdır¹¹. Bu nedenle PPP kavramının Türkçeleştirilmesinde, daha kapsamlı olan kamu-özel işbirliği (KÖİ) kavramının kullanılması daha uygun olacağı düşünülmektedir.

KÖİ kavramı, hukuki açıdan ele alındığında, ortaya çıkarılan projeler ve yapılan sözleşmeler ekseninde, konusu ve amacı esas alınarak kavramın tanımlanması söz konusu olmaktadır. Ancak, hukuki niteliği ötesinde kavramın, yönetim reformu, problem çözme, zihniyet değişimi, risk transfer, kamu hizmetlerini

⁸ KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 56.

⁹ NG Andrew/LOOSEMORE Martin, “*Risk allocation in the private provision of public infrastructure*”, International Journal of Project Management, Vol: 25, 2007, ss. 66-76, s. 67. KÖİ’lerde devletin kamu hizmeti sunma amacı ile özel sektörün kâr etme amacı uzlaştırılarak hizmetin özel sektör tarafından sunulması düzenlenmekte ve bu uzlaşmanın etkinliği de özel sektöre yeterli risk transferine bağlı bulunmaktadır. OECD, **Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money**, Paris: OECD Publishing, 2008, (VfM), s. 17.

¹⁰ Aynı yönde bkz. BOZ Selman Sacit, “*Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, ss. 277-332, s. 291-292.

¹¹ Aynı yönde bkz. YALÇIN Fatma Ceren, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, s. 36; EVREN Çınar Can, **Kamu-Özel İşbirlikleri (Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 26-28.

yeniden yapılandırma ve iktidar/güç paylaşım aracı olarak kullanılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir¹². Bu kapsamda geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak kurumsal düzenleme aracı haline gelen KÖİ'ler¹³, ortaya çıkarılan projelerin ötesinde, kamu hizmetlerinin geliştirilmesinde kamu ile özel sektörün nasıl bir etkileşim içerisinde olması gerektiğine ilişkin kamu politikası niteliğine sahiptir¹⁴.

Doktrinde, kamu-özel işbirlikleri genellikle özelleştirme uygulamaları çerçevesinde ele alınarak nitelendirilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda KÖİ'nin, 1990'lı yıllarda özel sektörün kamu hizmetleri alanına katılmasını sağlayan bütün mekanizmaları kapsayan bir kavram olduğu¹⁵, kamu hizmetlerinin geleneksel usullerle temini ile dar anlamda özelleştirme (tam özelleştirme- *full privatisation*) arasında kalan yöntemlere verilen genel bir isim olduğu¹⁶ savunulmaktadır. Benzer

¹² LINDER Stephen H, "Coming to Terms With the Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings", **Public Private Policy Partnerships**, ed. Pauline VAILLANCOURT ROSENAU, Cambridge: The MIT Press, 2000, ss. 19-35, s. 25-32.

¹³ GÜNGÖR, s. 4.

¹⁴ HODGE Graeme/GREVE Carsten, "Public-Private Partnership in Turbulent Times", **Rethinking Public-Private Partnerships- Strategies for Turbulent Times**, ed. Carsten GREVE/Graeme HODGE, London-New York: Routledge, 2013, ss. 1-32, s. 3. Nitekim doktrinde KÖİ'lerin kamu politikalarını uygulamak için kamu otoritesi ile ekonomik operatörler arasında kurulan ilişki olduğu, KÖİ'lerde amacın kamunun kararlaştırdığı kamu hizmetini sunmaktan öte, izlediği kamu politikası sonucunu elde etmek olduğu ve bu bağlamda KÖİ'lerin istenen kamu politikası sonucunu elde etmek için, kamu ve özel sektör arasında paylaşılan görev ve risk dağılımı ilişkisi olduğu belirtilmektedir. ANDRECKA Marta, "Innovative Public-Private Partnerships", **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 242-267, s. 243; ERSÖZ Melis, **Avrupa Birliği ve Türk Hukuku İçinde Public Private Partnership Uygulamaları**, İstanbul: İktisadî Araştırmalar Vakfı, 2010, s. 19.

¹⁵ GÜZELSARI Selime, "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme" **Kamu Yönetimi: Yapı, İşleyiş, Reform**, ed. Barış ÖVGÜN, Ankara: KAYAUM Yayınları, 2009, ss. 43-77, s. 44.

¹⁶ GRIMSEY Darrin/LEWIS Mervyn K., "Developing a Framework for Procurement Option Analysis", **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, ed. Akintola AKINTOYE/Matthias BECK, Oxford: Blackwell Publishing, 2009, ss. 398-413, s. 398; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 38.

şekilde KÖİ'lerin özelleştirmenin yeni bir aşamasını oluşturduğu¹⁷ ve kamusal hizmet ve mülkiyet tamamen özel sektöre devredilmeden özel sektörün belirli ilkeler ve kurallar çerçevesinde bu hizmetlerin sunumuna katılmasını sağlayan bir piyasalaştırma yöntemi olduğunu¹⁸ savunanlar da bulunmaktadır.

Öte yandan, KÖİ kavramının hukuki bir kavram olmaktan ziyade kamu hizmetlerine özel sektörün katılımına imkân veren politikaların ismi olduğu¹⁹, kamu otoritelerinin tek taraflı işlemlerle sözleşmeleri gruplandırarak ekonomik bir faaliyeti özel kişiye devrettikleri, geniş bir yelpazede sözleşmesel ilişkileri tasarlamalarını sağlayan bir kavram olduğu²⁰ ve maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli olduğu²¹

¹⁷ Kamunun sahip olduğu değerlerin, kamusal/ekonomik etkinliğin ve verimliliğin artırılması amacıyla ekonomide liberalleşme akımının ilk aşaması olarak özelleştirme uygulamalarının, ikinci aşama olarak ise KÖİ uygulamalarının söz konusu olduğu; ayrıca KÖİ'nin, özelleştirmenin engellendiği alanlarda özelleştirmeye alternatif bir yöntem olarak görüldüğü belirtilmektedir. IMF, **Public-Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk**, Washington: IMF Publications, 2006, (**Guarantees**), s. 2; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 19; PPP Kanunu Komisyon Toplantıları, KEŞLİ Ahmet T., **Kamu Özel Sektör İşbirliği PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, İstanbul: Group Law Yayıncılık, 2016, s. 57'den naklen.

¹⁸ ŞAHİN Mehmet/UYŞAL Özge, “*Kamu Maliyesi Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme*”, Maliye Dergisi, S. 162, 2012, ss. 155-174, (*Değerlendirme*), s. 155, 158.

¹⁹ EMEK Uğur, “*Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye*”, Rekabet Dergisi, C. 10, S. 1, 2009, ss. 7-53, (*Avrupa Topluluğu ve Türkiye*), s. 9. Benzer bir görüş de KÖİ'nin hukuki bir terim olmadığını, altyapı projelerinde özel sektörü asli unsur haline getiren ve gelişmekte olan sözleşme yapılarını açıklamak için kullanılan toplama bir kavram olduğunu belirtmektedir. MITTENDORFER Franz, “PPP und Vertragsrecht”, *Public Private Partnerships, Gestaltung aus Ökonomischer und Juristischer Sicht*, Franz Mittendorfer und Stefan Weber (drl), LexisNexis, Wien, 2004, s. 105, YALÇIN Fatma Ceren, “*Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Y.13, S. 25, 2014, ss. 133-162, (*Özelleştirme*), s. 142'den naklen.

²⁰ AMILHAT Mathias, **La Notion de contrat administratif- L'influence du droit de l'Union européenne**, Bruxelles: Bruylant, 2014, s. 119.

²¹ SİRMEN Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 11-17, (YİD), s. 11. Anayasa Mahkemesi'ne göre geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak görülen KÖİ modelleri bir kamu yatırımı finansman çeşididir. Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92-K.2016/6. RG; 03.03.2016, sayı: 29642. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da 6428 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan yap-kirala-devret modelini özel bir finansman modeli olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel

görüşleri de dile getirilmiştir. Kamu-özel işbirliği modellerinden yararlanmada amaçlardan biri kamu hizmetinin sunumu için finansman sağlanması olmakla birlikte²², finansmanın yanı sıra altyapının projelendirilmesi, yapımı veya yenilenmesi ya da bakım ve onarımının yapılması, kiralanması veya işletilmesi gibi unsurlar da özel sektöre devredildiğinden, günümüzde KÖİ'nin yalnızca bir finansman modeli olarak kabul edilmesi eksik kalacaktır. Zira, KÖİ sadece bir finansman modeli değil, bir işlemler ve sözleşmeler bütünüdür ve bunların tümü bir süreç oluşturmaktadır²³.

KÖİ'nin, somut proje kapsamında kamu alımı, örgütlenme biçimi, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemi, finansman yöntemi özelliklerini içeren şemsiye niteliğinde bir kavram olduğu; KÖİ yöntemi ile kamu hizmetlerinin örgütlenmesine, inşaat, hizmet ve finans gibi farklı sektörlerden gelen özel örgütlerin, mal, hizmet ve yapım işi sağlama gibi farklı rollerle dâhil edildiği, maliyet ve verimlilik hesapları dikkate alınarak yönetim ilişkisinin sözleşme temelinde kurulduğu, bu yönüyle de sözleşme ilişkisinin kendine özgü özelliklerini içinde barındıran, esnek bir örgütlenme ve finansman modeli olduğu belirtilmektedir²⁴. Bu

hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50-K.2015/38. **RG**; 15.4.2015, sayı: 29327.

²² Dünya’da yerleşik ekonomi politikalarının etkisiyle kamu hizmetlerinin büyük ölçüde özelleştirilerek hükümetlerin rekabetçi piyasa ilkelerine göre çalışması gerektiği varsayımının kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde KÖİ gibi alternatif finansman modellerine başvurulmasına neden olduğu belirtilmektedir. YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 188.

²³ ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 45-54, s. 53.

²⁴ KARASU Koray, “Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi”, **Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform**, edt. Barış ÖVGÜN, Ankara: KAYAUM Yayınları, 2009, ss. 79- 91, (Sözleşme

bağlamda, idarenin faaliyetleri ile piyasanın mantığı arasında yatmakta olan²⁵ kamu-özel işbirliği, bilimsel olarak tanımlanmış kısıtlı ve sınırlı bir sistem değil, kamu hizmetlerinin bizzat Devlet tarafından görülmesi ile tamamen özelleştirilmesi arasında kalan bütün olasılıkların içinde yer aldığı bir koridor olarak tanımlanabilir. Bu koridorda yer alan modeller, bir araç veya yöntem olmaktan ziyade kamu otoritelerinin hiyerarşik düzenin ötesinde kamu hizmetlerinin etkin sunumu için maliyetleri ve yararları göz önünde tuttuğu yeni bir problem çözme mekanizmasını ve kültürü ifade etmektedir²⁶.

Doktrinde KÖİ kavramı tanımlanırken kimi yazarlarca işbirliklerinin konusu ön planda tutulmakta, kimi yazarlarca işbirliği modelleri temel alınmakta, kimi yazarlarca amaç ve özellik temelinde tanımlama yapılmakta, kimi yazarlar ise birden çok temeli birlikte kullanmaktadırlar. Söz konusu tanımlar birbirlerine benzemekle birlikte, her biri bazı unsurları dışlayarak farklı sonuçlara varılmasına neden olmaktadır.

KÖİ, konusu temel alınarak tanımlanacak olursa, hem kamu hizmetinin sunumu için gerekli olan altyapı yatırımlarının²⁷ finansmanı, inşası, onarımı, yönetimi veya bakımı, hem de esasen kamunun görevi olan kamu hizmetinin

Sistemi), s. 80; KARASU Koray, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı”, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, ss.217-262, (Kamu-Özel Ortaklığı) s. 219.

²⁵ TAFOTIE YOUSSEF Roger Nimrod, **Build, Operate and Transfer: Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics**, Bruxelles: Larcier, 2013, s. 98.

²⁶ BOLZ Urs/KUNZMANN Melanie/WILHELM Thomas, “Introduction”, **Partenariat Privé Public (PPP) Guide pratique Bâtiment avec rapport sur l’expérience du projet pilote Neumatt/BE**, Genève-Zürich-Bâle: Schultess, 2011, ss. 1-14, s. 6; COLLINS Hugh, **Regulating Contracts**, Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 303.

²⁷ Kamu hizmetinin sunumu için gerekli altyapı, esasında alt ve üstyapı projelerini içerisinde barındırmaktadır. Kamu hizmetinin hayata geçirilmesi amacıyla gerekli altyapı ve üstyapı projeleri, özellikle çevre, konut, ulaşım, su, kanalizasyon ve katı atık yönetimi alanlarında kamu ile özel sektör arasında işbirliği kurulmasını gerektirmektedir. GÜLEN Fikret, <http://www.yayed.org/id81-incelemeler/ozellestirme-yap-islet-devret-kamu-ozel-sektor-isbirligi.php>

sunulması için kamu ve özel sektör arasında oluşturulan işbirlikleri olup²⁸ kamu hizmetlerinin geleneksel yollarla görülmesinin alternatifini oluşturmaktadır²⁹. Kamu-özel işbirliği temel olarak üç farklı ilişkiyi ifade etmek için kullanılabilmektedir. Bir yanda kamu ve özel sektör arasında kamu hizmetinin sunulması için girilen her türlü ilişki, diğer yanda altyapı yatırımlarının kurulması için girilen çok taraflı ve karmaşık ilişki ve öte yanda iş dünyası ile kamunun kentsel gelişim için girdiği her türlü ilişki söz konusu olabilmektedir³⁰. Bu bağlamda, kamu ile özel sektör arasında bir altyapının veya hizmetin topluma sunulması için yapılan işbirliği, kurumsal veya sözleşmeye dayalı olabilmektedir³¹.

İşbirliğinin amaçları temel alınarak yapılan tanımlara göre KÖİ önceleri, gerek merkezi gerek yerel yönetimlerce başta altyapı yatırımlarının karşılanması için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamak üzere başvurulmuş bir yol, bir tedarik yöntemi olarak görülmüştür. Günümüzde ise, özel sektörün ticari ve yönetsel yeteneğini kullandığı verimli işletmecilik becerilerinden yararlanılan, kamunun ise sosyal

²⁸ EC, **Guidelines for Successful Public – Private Partnerships**, Brussels, 2003, (**Guideline**), s. 16; EC, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004, COM(2004) 327 final, (Green Paper), s. 3; SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 26; DELMON Jeffrey, “Introduction to Public-Private Partnerships”, **International Project Finance and PPPs: A Legal Guide to Key Growth Markets**, ed. Jeffrey DELMON/Victoria Rigby DELMON, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, ss. Introduction to PPPs 1-23, (PPP), s. Introduction to PPPs 3-4; ALİCAN Nesrin, **Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**, Ankara: TC Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, 2008, s. 29.

²⁹ AKINTOYE Akintola/BECK Matthias/HARDCASTLE Cliff, “Introduction: Public-Private Partnership in Infrastructure Development”, **Public Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, ed. Akintola AKINTOYE/Matthias BECK/Cliff HARDCASTLE, Oxford: Blackwell Publishing, 2003, ss. xix-xxiv, s. xix; IMF, **Guarantees**, s. 1; IMF, **Public-Private Partnerships**, Washington: International Monetary Fund Fiscal Affairs Department, 2004, www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf, (PPP), s. 4. KÖİ’nin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde ve hizmetlerin örgütlenmesinde, özel finansmandan yararlanmada sözleşme esasına dayalı bir ilişkiyi, yeni bir örgütlenme biçimini ifade etmekte olduğu belirtilmektedir. KARASU, **Sözleşme Sistemi**, s. 79, dn. 4.

³⁰ SAVAS Emanuel S., **Privatization and Public-Private Partnerships**, New York-London: Chatham House Publishers, 2000, s. 105-106.

³¹ GÜNGÖR, s. 7.

sorumluluk, çevresel duyarlılık ve kamusal fayda çerçevesinde hareket ederek yatırımların koordinasyonu, genel planlama, denetleme ve politika belirleme gibi alanlarda odaklanması sağlanan bir yöntem olarak kabul edilmektedir³².

KÖİ, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu otoriteleri ile özel sektörü bir araya getiren, yeni kamu yönetimi anlayışını benimseyen³³, kamu kaynakları ile özel kaynakların birleştirilmesini sağlayan³⁴, mal ve hizmet üretimindeki sorumluluklar ile projeye yönelik maliyet, risk ve fayda gibi sonuçların tüm aktörlerce paylaşılması³⁵ suretiyle kamu hizmetlerinin sunumunda verimlilik sağlanmasını öngören bir yöntemdir³⁶. KÖİ'ler ile hizmetlerin geliştirilmesinde

³² UZUN A. Meral/YAVİLİOĞLU Cengiz, “Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri (PPP)”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, ed. Cengiz YAVİLİOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 67-104, s. 71; TC Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, Ankara, 2012, (KÖİ Uygulamaları), s. 7.

³³ Yeni kamu yönetimi (işletmeciliği), kamu hizmeti üretimi ve sunumunda işletme benzeri bir anlayış getirmiş olup KÖİ modeli kamu hizmeti-piyasa etkileşiminin niteliği ve kamuda yeniden yapılanma tartışmalarında yer almıştır. YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 30-31. Yeni kamu işletmeciliği, kamu sektöründe rekabeti ve ademi merkezileşmeyi teşvik etmekte, rekabetin, özelleştirme, tedarik, kamu-özel işbirlikleri ve kamu hizmetlerinin ücretlendirilmesi gibi yöntemlerle sağlanabileceğini savunmaktadır. AKDOĞAN A. Argun, “*Habermas’ın Sistem Kuramı Eleştirisi Çerçevesinde Yeni Kamu İşletmeciliği*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, 2007, ss. 21-44, s. 35. Yeni kamu yönetimi anlayışına göre, kamu kaynaklarının sınırlılığı kamu hizmetlerinin sunumuna olumsuz etki ettiğinden, kamu hizmetlerinin temininde verimlilik, adalet ve kalitede olumlu sonuçlar elde etmek adına, özel sektörün yüksek rekabet ve aktif katılımını sağlayan KÖİ’lerin, fiziki altyapı yatırımlarının inşasından, sağlık ve sosyal hizmetlerin teminine ve yeni kamu yönetimi anlayışının yorumlanmasına kadar kullanılabileceği kabul edilmektedir. AYDIN Eyüp Vural, **Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 33.

³⁴ KÖİ uygulamalarının, kamusal projelerin tamamıyla özel sektör tarafından finanse edilemediği durumlarda, toplumsal fayda-maliyet analizi ile ticari finansal analiz arasında kalan farkın kamu tarafından karşılandığı bir iş ortaklığı düzenlemesi olduğu belirtilmektedir. SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 157. Ayrıca KÖİ sözleşmeleri ile, bir kamu tüzel kişinin kaliteli kamu hizmeti vermekten finansal veya teknik eksiklikler yüzünden çekindiği alanlarda özel hukuk tüzel kişiyle hizmetin inşası ve sunumunda paylaşımına gidildiği kabul edilmektedir. BOZ, s. 289.

³⁵ KERMAN Uysal/ALTAN Yakup/AKTEL Mehmet/EKE Erdal, “*Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2012, ss. 1-23, s. 4; TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Uygulamaları**, s. 6.

³⁶ AKINTOYE Akintola, “PPPs for Physical Infrastructure in Developing Countries”, **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, ed. Akintola AKINTOYE/Matthias BECK, West Sussex- Oxford: Wiley- Blackwell Publishing, 2009, ss.123-144, s. 124.

riskler ve sorumluluklar paylaşıldığından sosyal, politik ve ekonomik hedefleri gerçekleştirecek her sektörde kullanılmaları mümkündür³⁷.

Doktrinde yer alan bazı tanımlar yalnızca kimi KÖİ modellerini esas almaktadır. Bir tanıma göre KÖİ sözleşmesi, bir kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen uzun süreli bir sözleşme uyarınca, özel hukuk kişisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurmasını, kamu tüzel kişisinin de bunun karşılığında özel hukuk kişisine her yıl belli miktarda para/kira ödemeyi taahhüt etmesi olarak tanımlanmıştır³⁸. Ancak bu tanım, 6428 sayılı Yasa, 351 sayılı Yasa ve 652 sayılı KHK ile düzenlenen ve KÖİ modellerinden biri olan yap-kirala-devret modeli için geçerli olup, KÖİ'nin tanımını bu şekilde yapmak, oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım olacak ve diğer modelleri dışlayacaktır. Nitekim KÖİ Tebliği'nin³⁹ 3/1-f maddesi uyarınca KÖİ, “*yap-işlet-devret veya yap-kirala-devret modellerine göre gerçekleştirilen kamu yatırımları ile işletme hakkının devri gibi kamu hizmeti sunumunun devredilmesini içeren idari sözleşmeleri ya da özel hukuk sözleşmeleri*

³⁷ AKTAN Coşkun Can/DİLEYİCİ Dilek, “Altyapı Reformu: Altyapı Hizmetlerinin Sunumu ve Finansmanında Yeni Trendler- Alternatif Yöntemler”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, ed. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 43-63, (Altyapı Reformu), s. 57; ERSÖZ, s. 26.

³⁸ GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2016, s. 464. Benzer bir tanıma göre KÖİ modeli, idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan bir sözleşme uyarınca, idarece ödenecek bedel ve/veya özel hukuk kişisinin belirli hizmet alanlarını işletmesi karşılığında, idarenin denetim ve gözetimi altında belli hizmetlerin özel hukuk kişisince yürütülmesine imkân veren yapım ve yenileme işlerinin özel hukuk kişilerince gerçekleştirilmesi yöntemidir. ÇAKIR Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, (Sağlık Hizmetleri), s. 445. KÖİ modelinin geniş anlamda ele alınması durumunda özelleştirmenin yeni bir kılıfla uygulama alanı bulmasının söz konusu olduğu, oysa dar anlamda KÖİ modeli ile sağlık tesislerinin, kiralama karşılığı yaptırılması ile tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesinin amaçlandığı savunulmaktadır. ACARTÜRK Ertuğrul/KESKİN Sabiha, “*Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, 2012, ss. 25-51, s. 30-31.

³⁹ Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No:45) Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Muhasebe İşlemleri. RG; 08.07.2015, sayı: 29410.

ile kanunlarla belirlenmiş bu modellerin belirli bölümlerini kısmen içeren diğer kamu özel işbirliği modellerini” ifade etmektedir. Bu çerçevede farklı modellerin kimi özellikleri birleştirilerek yeni modeller oluşturulması mümkündür.

Daha kapsamlı tanımlar, KÖİ'nin amaçları ve özellikleri ile konusunu birlikte ele alarak kavramın sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır. Kamu mal ve hizmetlerinin özel teşebbüslere açılmasının kamu yararının bir gerekliliği olarak kabul edilmesinde, işletmelerin kamu mülkiyetinde kalmasının ve kamu tarafından kontrol edilmesinin veya karar aşamasında siyasi müdahalelere tabi olmalarının verimsizliğe ve israfa yol açtığı, bunun da ulusal ekonomik büyümeyi geriletliği düşüncesi bulunmaktadır⁴⁰. Kamu-özel işbirlikleriyle, kamu otoriteleri ile özel sektör verimliliği arttırmak ve karmaşık kamusal görevlerin daha iyi sunulmasını sağlamak için, bir altyapı projesinin veya bir kamu hizmetinin tasarımı, inşası, finansmanı ve işletimi için işbirliği içerisine girmektedir⁴¹.

KÖİ, 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 ve hazırda bulundurma veya hizmetin sunulmasını sağlama riskini taşıdığı ve diğer risklerin ise o riski en iyi yönetecek tarafta bulunduğu⁴², sunulan hizmetten yararlananlar açısından kamunun

⁴⁰ UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013, s.129.

⁴¹ BOLZ/KUNZMANN/WILHELM, s. 5.

⁴² Kamu-özel işbirliklerinde, özel sektör daha iyi öngörebileceği ve/veya yönetebileceği riskleri üstlenmekte; kamu yararını sağlama ve kâr elde etme amacıyla kaynaklarını ve uzmanlığını bir yatırımın gerçekleştirilmesi veya hizmetin sunulması için ortaya koymaktadır. TAFOTIE YOUMSI, s. 110.

sorumluluğunun devam ettiği, esnek sözleşme modelleri ile kurulan sözleşmelerin tümü olarak nitelendirilebilir⁴³.

Dar anlamda KÖİ, kamu hizmetlerinin sunumuna devlet tarafından özel sektörün de dâhil edilmesi sürecini ifade ederken, geniş anlamda KÖİ, kamusal mal ve hizmetlerin inşasında ve/veya ifasında kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme vasıtasıyla, kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımını sağlayan, kamu hizmetlerinin finansmanlarında alternatif yöntemler sunarak sosyal devlet ilkesi önündeki finansal engelleri ortadan kaldıran, riskleri kamu ve özel sektöre paylaştıran ve yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala devret gibi modelleri de içerisine alan şemsiye bir kavramdır⁴⁴. Kamu-özel işbirliklerinde özel sektör önemli oranda risk ve işletme sorumluluğu üstlenmekte, bu çerçevede, uzun süre için sağlanan özel sektör finansmanı, hizmet sunumu için gerekli altyapının ve/veya ekipmanın oluşturulması veya dönüştürülmesi, bakımı ve işletilmesi olmak üzere en az üç unsurun bulunması gerekmekte olup⁴⁵ özel sektöre tesisi hazır bulundurma (elverişlilik/emre amadelik) ve/veya hizmet sunumuna bağlı olarak performans (kullanım) temelli ödeme yapılması söz konusu olmaktadır⁴⁶.

Aslında, yeni bir yöntem gibi sunulmakla beraber, kamu-özel işbirlikleri, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde uygulanan idare hukukunun klasik kurumlarından kamu hizmeti imtiyazının veya

⁴³ KEŞLİ, s. 46.

⁴⁴ GÜRKAN, s. 10; ÇAKIR Mehmet Kadir, **6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala- Devret**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, (**Yap-Kirala-Devret**), s. 22.

⁴⁵ CHANG Huei-Tung, **Contrat de partenariat public-privé –une nouvelle forme d’entente-** Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne École Doctorale de Droit Public et de Droit Fiscal, 2010, s. 230.

⁴⁶ EUROSTAT, **A Guide to the Statistical Treatment of PPPs**, 2016, (**Statistical Treatment**), s. 18; WB-PPIAF, **Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0**, Washington: World Bank Publications, 2017, (**Reference Guide**), s. 5.

yap-işlet-devret yönteminin bir türü olarak görünmektedir⁴⁷. Kamu-özel işbirlikleri, kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi ve sayılarının artmasıyla ve Dünya’da yayılan liberal politikaların etkisiyle, özel sektörün hizmetlerin sunumuna katılımını ifade etmek için kullanılan ve bu katılımın çeşitli türlerini içine alan bir üst kavramdır⁴⁸.

Kamu-özel işbirliklerinin yalnızca konuları temel alınarak tanımlanması söz konusu olduğunda, kavramın fazla genişlemesi mümkün olabilmekte; yalnızca amaçları ve özellikleri dikkate alınarak tanımlanması ise, en ufak bir eksiklik olduğunda kavramın fazla daralmasına neden olabilmektedir. Uygulamada olan KÖİ modelleri esas alınarak tanımlama yapılması, kısıtlayıcı bir yaklaşım olup, kavramın içeriğini açıklamamakta ve kısırlaşmasına neden olmaktadır. Bu nedenle kamu-özel işbirliklerinin hem konuları hem de özellikleri ve amaçları dikkate alınarak kapsamlı bir şekilde tanımlanmaları gerektiği düşünülmektedir. KÖİ’lerin konuları ve özellikleri dikkate alınarak yapılan pek çok tanım yalnızca sözleşmesel kamu-özel işbirliklerini dikkate almış olup, kurumsal kamu-özel işbirlikleri arka planda bırakılmıştır. Bütün bu unsurlar dikkate alınarak, KÖİ’lerin şu şekilde tanımlanması mümkündür:

Kamu-özel işbirliği, kamu otoriteleri ile özel sektör arasında sözleşmesel veya kurumsal nitelik taşıyan işbirlikleri oluşturularak, altyapı yatırımlarının özel

⁴⁷ TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, (**Ekonomik Kamu Hukuku**), s. 425. Aksi görüş için bkz. KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 219-220. Yazar’a göre KÖİ uzun yıllardır uygulanan kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ile bazı açılardan benzerlik gösterse de, “mal-hizmet-yapım işinin aynı örgütten blok halinde temini, finansman yöntemi ve tarafların üstlendiği rol ve riskler” gibi birçok özelliği ile farklılaşmaktadır. Bir başka görüşe göre de esnek finansman yöntemi, tarafların üstlendiği roller, kamusal faaliyetlerden doğan riskin ve kazancın kamu ile özel sektör arasında paylaşılarak devletin kamusal faaliyetlerde geri planda tutulmasının hedeflenmesi KÖİ’nin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden ayrılan yönleridir. YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 2-3.

⁴⁸ EVREN, s. 29.

sektörce finanse edilerek kurulması ve/veya işletilmesi, yenilenmesi ve kamu hizmetinin sunulması işlerinin, taraflar arasında uygun risk dağılımı ve getiri paylaşımı yapılarak bölüşüldüğü, uzun süreli, karmaşık ve esnek ilişkileri ifade etmektedir. Kurumsal nitelik taşıyan KÖİ'ler tarafların bir ortaklık kurmak suretiyle ilişki içerisinde olmasını ifade ederken, sözleşmesel KÖİ'ler yapılan iş dağılımı uyarınca farklı isimler almakta, KÖİ modelleri bu şekilde adlandırılmaktadır. Bu modeller dikkate alındığında KÖİ'lerin kamu hizmetlerinin sunumuna özel kişilerin katılımını sağlayan tüm sözleşmesel yöntemleri kapsayan bir şemsiye kavram olma özelliği ortaya çıkmaktadır.

B. Kamu-Özel İşbirliklerinin Gelişimi

Tarihsel olarak kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma çok eskiye dayanmakta, toplum menfaatini sağlamak adına, kamu ile özel sektörün ilişki içerisine girmesi söz konusu olmaktadır. Yüzyıllardır kullanılmakta olan KÖİ'lerin bir tarafta kamu malları üzerinden gelir ve vergi elde etmek, diğer tarafta kamuya sürdürülebilir bir şekilde hizmet sunmak olmak üzere siyasal ve ekonomik iki hedefi bulunmaktadır. Eski Mısır'da, eski Yunan ve Roma'da, bir kişi veya kuruluş ile Devlet arasında, kamu arazilerinin uzun süreli kiralanması (*emphyteusis*), vergilerin toplanması ve hatta kentlerin sabit yatırım gerektiren altyapı ihtiyaçlarının giderilmesi veya kamu hizmetlerinin sağlanması için sözleşmeler yapılmıştır⁴⁹. Roma İmparatorluğu döneminde, kamu-özel işbirliklerinin unsurlarını taşıyan ve imtiyaza

⁴⁹ BEZANÇON Xavier, **2000 ans d'histoire du partenariat public-privé - pour la réalisation des équipements et services collectifs**, Paris: Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2004, s. 27-29.

benzeyen yollarla, İmparatorluk ve belediyeler tarafından, kanal ve su yolları, termal banyolar, pazar yerleri ve limanlar, kamu idaresi adına vergi toplama gibi kimi işleri yapma (*locatio censoria*) ve posta hizmetlerini sunma gibi değişik alanlarda özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti alanına girmeleri sağlanmıştır⁵⁰.

Amerika’da 17. yüzyılda toplumun yararı için özel sektörden faydalanma fikri ilk defa ortaya çıkmış, 18. yüzyılda ilk kamu alımı yapılmış, 19. yüzyılda kolera salgınına karşı özel sektör ile kamu işbirliği içine girmiş ve kamu-özel sektör işbirlikleri görülmeye başlanmış, 20. yüzyılda bilimsel gelişim için özel sektör desteklenmiştir. Günümüzde ayrıca altyapı çalışmalarında da kamu-özel işbirlikleri görülmektedir⁵¹.

Ülkemizde kamu hizmetlerinin gelişimi incelendiğinde, kamu hizmetlerinin sunumuna, kamuya yararlı faaliyetlerin, ortak ve genel ihtiyaçların özel hukuk kişileri tarafından kurulan vakıflar yoluyla yerine getirilmesi ile başlamış, ardından dış borçların ve teknik yetersizliklerin etkisiyle, Osmanlı İmparatorluğu’nun son döneminde yabancı sermaye tarafından yürütülen kamu hizmeti imtiyazları dönemine geçilmiştir⁵². Osmanlı İmparatorluğu döneminde mali ve teknik yetersizlik ile sermayenin yokluğu nedeniyle, hem doğal kaynakların işletilmesi hem de kamu

⁵⁰ BERGÈRE François/BEZANÇON Xavier/DERUY Laurent/GOULARD Guillaume/FORNACCIARI Marc, **Le guide opérationnel des PPP**, 3^e ed., Paris: Le moniteur, 2010, s. 21; GARSSE Steven van, “Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.568.341&rep=rep1&type=pdf>; USA National Council for Public-Private Partnerships, s.10; BEZANÇON, s. 32.

⁵¹ CELLUCI Thomas A., **A Guide to Innovative Public-Private Partnerships: Utilizing the Resources of the Private Sector for the Public Good**, Lanham-Toronto-Plymouth: The Scarecrow Press, 2011, s. 67-73.

⁵² GÜLAN Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S. 1-4, 1998, ss. 97-107, s. 99.

hizmetlerinin büyük kısmı imtiyaz sözleşmeleri ile yabancı şirketlere verilmiştir⁵³. Ancak İmparatorluk imtiyaz verirken diplomatik baskı altında kaldığı ve imtiyaza kamu hizmetini gördürme yönteminden çok gelir aracı olarak yaklaştığı için kamu yararı arka planda kalmıştır⁵⁴. Osmanlı döneminde verilen imtiyazların ortak özellikleri incelendiğinde, ilk imtiyaz sözleşmelerinde belirlenen sürelerin sonradan uzatıldığı, imtiyaz sahibinin yapım ve işletme sırasında işlerin denetlenmesi masraflarına katlandığı, imtiyazcıya bazı vergi ve gümrük muafiyetleri tanındığı, imtiyaz süresinin sonunda kamu hizmetinin görülmesi için gerekli tesisatın her türlü borçtan arı idareye döndüğü saptanmıştır⁵⁵. Osmanlı döneminde, önceleri imtiyaza talip olan kişilerin başvuruları değerlendirilerek imtiyaz verilmekteyken, imtiyaz alan kişilerin, imtiyazları üçüncü kişilere satma gibi uygulamaları sonucunda, II. Meşrutiyet döneminde imtiyazların verilmesinde konuyla ilgili istekliler arasında yarışma yapılarak, en uygun teklifi verene imtiyazın ihale edilmesine başlanmıştır⁵⁶, kamu hizmeti imtiyazı verilmesi 1910 yılında çıkarılan Menafi-i Umumiyyeye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

İmtiyaz dönemini, Cumhuriyetin ilk yıllarında kapitülasyonlara son verildikten sonra başlayan ve güçlü bir özel sermaye birikimi bulunmaması sebebiyle, sosyal amaçlar ve istihdam oluşturmak da hedeflenerek kamu

⁵³ AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 523. Osmanlı İmparatorluğu'ndan itibaren imtiyazların tarihine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YERLİKAYA Gökhan Kürşat, **Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 52-62.

⁵⁴ ÖZTÜRK Kaya Burak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000, s. 39-41.

⁵⁵ TAN Turgut, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *AÜSBFD*, C. 22, S.2, 1967, ss. 285-326, s. 323-325.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖRSTEN ESİRGİN Seda, **Osmanlı Devleti'nde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 72-79.

hizmetlerinin bizzat idare tarafından emanet usulüyle görüldüğü ve hizmetlerin çeşitlendiği dönem izlemiştir. Ardından özellikle ekonomik kamu hizmetleri sayesinde gelişen özel sektörün, ekonomik bakımdan elverişli gördüğü, hazır müşterisi bulunan ve pazarlama sorunu olmayan kamu hizmetlerini idare adına yürütme taleplerinin arttığı döneme girilmiştir. Bu dönemi kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülüş usullerine yeni ve özel hukuk güvenceleri verilmesi suretiyle açılması talebinin kabul görmemesinden hareketle, idarenin sadece niteliği gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerde yoğunlaşması, bu niteliği taşımayan faaliyetlerin ise kamu hizmeti olmaktan çıkarılarak, kolluk denetimi altında, tamamen özel sektöre bırakılması talebinin yükseldiği dönem takip etmiştir⁵⁷. Bu dönemde, Menafi-i Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un imtiyaz sahibinin tespitine ve imtiyaz verme usulüne ilişkin kısıtlamaları, 1980'lerden itibaren etkisini gösteren serbest piyasa ekonomisi ve benimsenen devlet politikaları ile uyumlu olmadığı için, özel ve farklı mevzuat düzenlemeleri yapılmaya başlanılmıştır⁵⁸. Bu kapsamda 3096 sayılı Yasa ile başlayan ve kamu-özel işbirliği kavramının hukukumuzda girişi kabul edilen süreç, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olan kamu hizmeti imtiyazının günümüz koşullarına uydurulma çabasının bir sonucudur⁵⁹.

Avrupa'da Ortaçağ'da, her şeyden önce, vergi toplamada özel kişilerden yararlanılmış, özellikle Fransa'da fethedilen şehir ve köylerin yeniden

⁵⁷ GÜLAN, *Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, s. 99.

⁵⁸ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 95. 1982 Anayasası'nda açıkça bir ekonomik düzenin benimsenmemiş olduğu, Anayasa'nın hem liberal iktisadi politika takibine hem de karma iktisadi politika takibine uygun olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 78-85.

⁵⁹ ÖZCAN Elvin Evrim, "Public-Private Partnerships in Turkey", **Public-Private Partnership: International Academy of Comparative Law XVIIIth Congress**, edt. François LICHÈRE, Bruxelles: Bruylant, 2011, ss. 497-507, s. 497; ÖZCAN Elvin Evrim, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 45.

yapılandırılmasında özel kişiler yer almış, Ortaçağ'dan Rönesans'a kadar, kraliyete ait olan ve yatırım yapılmasını gerektiren hizmetler özel kişilere gördürülmüştür. 16. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar, iletişim ağlarını kurmak ve kentlerde kamu hizmetlerinin düzenli sunumunu sağlamak için imtiyazlar kademeli olarak oluşturulmuş; zamanla yol, kanal ve köprülerin yapımı, atık toplama, kamusal alanların ışıklandırılması, posta dağıtımı, toplu taşıma ve opera binalarının yapımı gibi alanlara yayılmıştır. Kamu yatırımlarının finansmanına özel sektörün katılımı 1782 yılında Perier Brothers'a Paris'in içme suyunun temini imtiyazının verilmesi, Mısır Devletince yetkilendirilen Süveyş Kanalı Şirketi tarafından, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla 1879'da Süveyş Kanalı'nın açılarak 99 yıllığına işletmesinin üstlenilmesi, Trans-Siberian demiryollarının yapımı gibi projelerle devam etmiştir⁶⁰. 19. yüzyılda kamu hizmetleri neredeyse tamamen imtiyazlar ile görülmekteyken, 20. yüzyılda, dünya savaşlarının da etkisiyle sözleşmeler uyarınca kamu hizmetlerinin görülmesi sektöre uğramış ve kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi sorgulanır hale gelmiş, liberal bir politika ile özel sektöre bırakılmış olan kamu hizmetlerinin devlet kontrolünde yerine getirilmesi ön plana çıkmıştır⁶¹.

Toplumsal ve siyasi çalkantılara neden olan 1929 Krizi, üretimin azalması ve işsizliğin artması gibi ekonomik sorunlara yol açmış, ekonomik sistemin yeniden inşasında devletin ekonomik hayatta bir aktör olarak yer alması fikri kamu

⁶⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT Güzin, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 5.

⁶¹ UNECE, **Guidelines on Private Public Partnerships for Infrastructure Development**, ECE/TRADE/NONE/2000/8, New York, 2000, **(Guideline)**, s. 5-6; BEZANÇON, s. 32-33, 232. Roma İmparatorluğundan günümüze kadar kamu-özel işbirliği yönteminin geçirdiği evrim ve kullanıldığı alanlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BEZANÇON, s. 37-263.

girişimciliğini çözüm olarak gündeme getirmiştir⁶². Bu dönemde etkili olan Keynesyen öğretisi, özel girişim düzeninin ideale yakın olduğunu kabul etmiş ancak ekonomide talep yetersizliğinden kaynaklanan dengesizliğin giderilmesi için devletin ekonomiye müdahale etmesini ve kamu harcamalarının arttırılmasını önermiştir⁶³. Devletin girişimci olarak yer aldığı, II. Dünya Savaşı'yla kesintiye uğrayan ekonomik büyüme ve uluslararası bütünleşme süreci 1970'lere kadar devam etmiştir.

1970'li yıllarda başlayan yüksek enflasyon ile yüksek işsizliğin aynı anda yaşanması ve bu dengesizliğin ortadan kaldırılmasında başarısız kalınması, talep yönlü politikaların terk edilerek, arz yönlü iktisat politikalarının ağırlık kazandığı bir sürece girilmesine neden olmuştur⁶⁴. Petrol krizi ile birlikte "Keynes öğretisinin yerini monetarizm almış, kamu gelirlerini ve kamu harcamalarını, dolayısıyla devletin ekonomideki rolünü azaltmayı haklı gösteren kuramlar geliştirilmeye başlanmıştır"⁶⁵. Krize çözüm olarak ortaya çıkan ve neo-liberal ilkelerle belirlenen yeni iktisat politikalarıyla⁶⁶, devletin ekonomideki yerinin küçültülmesi hedeflenmiş, devletin üreticilikten çekilmesi, işlevlerini düzenleyicilikle sınırlandırması ve kamu harcamalarını kısıması beklenmiş; bu kapsamda kolluk faaliyetleri devletin temel

⁶² DELİCE Güven/YAVİLIOĞLU Cengiz, "Özelleştirme: Kavramsal ve Teorik Çerçeve", **Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, ed. Cengiz YAVİLIOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 7-40, s. 11.

⁶³ KAZGAN Gülten, **İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, 19. Bası, Ankara: Remzi Kitabevi, 2014, s. 224.

⁶⁴ SARAÇOĞLU Metin, **Kamu Yararının Analizi: Kamu Malları Sorunsalı**, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1999, s. 160.

⁶⁵ KAZGAN, s. 256.

⁶⁶ Neo-liberal görüşle birlikte, siyasal karar alma mekanizması, piyasanın üstünlüğü, toplumun bireysellik anlayışının gelişerek kişilerin yönetime bağımlı olmaktansa kendi kararlarını almayı tercih etmeleri ve güçlü hükümet fikri ile şekillenmiştir. MORRIS D.S./HAIGH R.H., "Management of the Changing Public Sectors", **Public and Private Sector Partnerships in the Global Context**, ed. Luiz MONTANHEIRO/Rui NUNES/Glyn OWEN/Efigénio REBELO, Sheffield: Sheffield Hallam University, 1995, ss. 372-382, s. 375-377.

işlevi olarak varlığını sürdürürken, devletin faaliyette bulunduğu diğer alanları terk ederek özel girişimcilere bırakması, kamu mülkiyetinde bulunan kuruluşların özelleştirilmesi söz konusu olmuştur⁶⁷.

Birçok ülkede otoyollardan hastanelere, okullardan su sistemlerine kadar büyük bir altyapı eksikliğinin ya da eskiliğinin bulunması toplumlara büyük maliyet getirmekte, verimliliği ve rekabeti azaltmakta, sağlık problemlerini ve kazaları arttırmakta, bireylerin hayat beklentisini olumsuz etkilemekteyken özelleştirme uygulamalarının 1990'lı yıllarda yavaşlaması ve pek çok ülkede altyapı yatırımlarının henüz tamamlanamamış olması, hükümetlerin kamu hizmetlerinin finansmanı konusunda yetersiz kaldıklarını, söz konusu altyapı ihtiyaçlarını vergi gelirleriyle karşılayamayacaklarını anlamaları ve kamu hizmetlerinin görülüş usulleri konusundaki arayışların devam etmesi, özel sektörün sermaye ve yönetim becerilerinden yararlanılmasına olanak sağlayan KÖİ modellerinin bir çözüm olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır⁶⁸. Kamu hizmetlerinin görülmesinde yeni model

⁶⁷ YALOVA Yüksel, **Türkiye-Avrupa İlişkileri Işığında Özelleştirme**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2005, s. 6; KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, **(Kamu Hizmeti)**, s. 93-94, 323; BOVIS Christopher, *"The Private Finance Initiative (PFI) as the Prelude of Public Private Partnerships (PPPs)"*, EPPPL, 1/2006, ss. 24-32, **(PFI)**, s. 24. Özelleştirme teorisi, kamu sektörü ve özel sektörün birbiri yerine geçebileceğini ve tek yapılması gerekenin devletin aradan çekilerek engelleri kaldırması olduğunu savunmaktadır. BAYLISS Kate, "Özelleştirme Teorisi ve Uygulaması: Kalkınma Bağlamında Politika Evriminin Eleştirel Bir Analizi", **Neoliberal Küreselleşme ve Kalkınma- Seçme Yazılar**, ed. Fikret ŞENSES, İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2013, ss. 545-572, s. 554. Özelleştirmenin ardında pragmatik, ideolojik, ticari ve popülist baskı unsurlarının bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, pragmatik yaklaşımda hedef, daha etkin olan, daha başarılı bir devlettir. Konuya ideolojik açıdan bakanların hedefleri ise özel kurumlar karşısında daha rolü azalmış daha küçük bir devlettir. Ticari faydacıların hedefi ise devletin kendilerine yönelteceği kamu harcamalarından almakta oldukları payı artırarak daha fazla iş yapmaktır. Popülistlerin hedefi ise, geniş bir örgütlenmeye sahip kamusal ve özel bürokrasinin gücü azaltılırken toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olarak daha fazla yetkiyi ellerine alarak daha iyi bir topluma ulaşmaktır. DEMİRBAĞ Cengiz, **Kamu Özel Sektör İşbirliği Modeli Çerçevesinde Türkiye için Büyük Kamu Yatırımlarının Gerçekleştirilmesine İlişkin Model Önerisi**, Ankara: TC Maliye Bakanlığı Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, 2007, s. 41.

⁶⁸ UNECE, **Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships**, Geneva: UN Publications, 2008, **(Guidebook)**, s. 5; IMF, **PPP**, s. 4; YILDIRIM Turan/YASİN

arayışlarına gidilmesinde, nüfusun ve ihtiyaçların hızla artması ancak kaynakların kısıtlı olması ve aynı oranda artmaması sonucunda devletlerin yavaşlayan büyüme oranları nedeniyle karşı karşıya kaldıkları ‘bütçe açığı’; devlet rekabetçi olmayan bir anlayışla yönetildiği için kaynakların mikro ve makro düzeyde etkin bir şekilde dağıtımının gerçekleştirilememesinden ve toplanılan vergilerin kamu hizmetlerinin sunulmasında verimsiz bir şekilde kullanılmasından kaynaklanan ‘performans açığı’ ve kamu kaynaklarının kullanılması ve hizmetlerin sunulmasında karşılaşılan yolsuzluk ve kayırmacılığın neden olduğu ‘güven açığı’ olarak gruplandırılabilen ekonomik ve sosyal sorunlar etkili olmuştur⁶⁹. Merkezi ve yerel yönetimlerin daha verimli olması ve kamu finansmanını daha etkili kullanması baskısı yalnızca işletmelerden değil, aynı zamanda toplumdan gelmiştir⁷⁰.

Küreselleşmenin ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki yansımaları ile özelleştirme ve neo-liberal politikaların devlet yapılanmasında yarattığı regülasyon, deregülasyon gibi akımlar, toplumun artan ve çeşitlenen hizmet taleplerinin kamu yönetiminin geleneksel bürokratik yapısıyla karşılanamayacağı savı, yönetimin yeniden yapılandırılması, yeni kamu yönetimi, kamu sektörünün küçültülmesi, minimal devlet ve yönetim gibi kavram ve uygulamaların dünya genelinde

Melikşah/KAMAN Nur/ÖZDEMİR Eyüp/ÜSTÜN Gül/TEKİNSOY OKAY Özge, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016, s. 529.

⁶⁹ ÖZBEK Taner, **Türkiye’de ve Dünya’da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 71; ALİCAN, s. 14-16. Bir başka sınıflandırmaya göre, KÖİ’lerin büyümesinin ve çoğalmasının, mikroekonomik faktörler ve makroekonomik faktörler olarak iki temel başlıkta toplanabilecek çok sayıda ekonomik, sosyal ve politik neden ve motivasyonları bulunduğu; mikroekonomik faktörlerin, kamu harcamalarının etkinlik ve etkililiği ile; makroekonomik faktörlerin ise bütçeler ve kamu yatırım kaynaklarının bulunabilirliği ile ilgili olduğu belirtilmektedir. ŞAHİN/UYŞAL, *Değerlendirme*, s. 159.

⁷⁰ MARTIN Brendan, **Privatization of municipal services: Potential, limitations and challenges for the social partners**, ILO Sectoral Activities Programme Working Paper No: 175, Geneva: ILO, 2001, s. 9.

Ülkelerin gündem maddelerinden biri haline gelmesini saėlamıřtır⁷¹. Neo-liberal anlayış çerçevesinde, özel sektörün verimliliği ön plana çıkartılmış, “verimlilik” ve “etkililiğe” vurgu yapan “kalite yönetimi”, “yönetişim” gibi kavramlar ışığında kamuda yeniden yapılanma ve reform çalışmaları önem kazanmış ve böylece özel sektörün, kamu altyapı hizmetlerinin sunulması ve finansmanına dâhil edilmesine ilişkin çalışmalar hız kazanmıřtır⁷². Bu çerçevede yapılan kamu ile özel sektörün işbirliğine yönelik bütün düzenlemeler, bir yandan idari teşkilatlanmanın küçültülmesine ve kamu harcamalarının azaltılmasına, diğer yandan yönetimde verimliliğin arttırılmasına yönelik reform niteliėindedir⁷³. Özellikle altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde benimsenen K modelleri, neo-liberal politikaların, zelleştirme uygulamalarının ve yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının bir uzantısı olarak karşımıza ıkmaktadır⁷⁴.

1990’lı yılların başlarında yaşanan ekonomik kriz sonrasında makro-ekonomik istikrarın sürekliliğini sağlayacak, ekonominin esnek, verimli ve etkili bir yapıda hareket etmesini sağlayacak yapısal reformlar ve zelleştirme uygulamaları hem özel sektörün ekonomideki önemini ve ağırlığını arttırarak K gibi uygulamaları gündeme taşımış, hem de kamunun ekonomideki denetleyici ve düzenleyici işlevini kuvvetlendirmiřtir⁷⁵. Öyle ki, bazı yazarlarca neo-liberal dönemin 2000’li yıllara karşılık gelen zaman diliminde devlete biçilen rolün,

⁷¹ YALÇIN, **Kamu-zel işbirlikleri**, s. 24-25, 177-178.

⁷² ALİCAN, s. 12.

⁷³ CHANG, s. 46. Nitekim K uygulamaları ile kamusal proje risklerinin özel sektörle paylaşılması, tüm alanlarda rekabet ve katma değer yaratılması, vatandaşların en iyi ve en yüksek kaliteyi mümkün olan en düşük maliyetle satın alması ve kamunun küçültülmesi hedeflenmektedir. SARISU, **Kamu & zel işbirlikleri**, s. 157.

⁷⁴ YALÇIN, s. 32-33; BAKİĞLU Ayşen/KİRİşçİ SARIKAYA Aylin, **Eğitimde zelleştirme, Avantaj ve Dezavantajlar**, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2015, s. 5.

⁷⁵ SARISU, **Kamu & zel işbirlikleri**, s. 269; YALÇIN, **Kamu-zel işbirlikleri**, s. 267-269.

küçülme ve kamu hizmetlerinin piyasalaşması sonrası yapıda düzenleme ve denetleme görevleriyle yetinme, gerektiğinde piyasayı rahatlatmaya yönelik kaynak aktarımı yaparak piyasaya doğrudan müdahale etme ve KÖİ gibi büyük yatırım projeleri ile özel sektöre kârlı alanlarda yatırım olanağı sağlama olduğu dahi savunulmaktadır⁷⁶.

İdare fonksiyonunun amacı, her zaman ve her yerde toplumun gündelik ve ortak gereksinimini karşılayarak kamu yararının gerçekleşmesini sağlamaktır. Ülkede liberal bir düzen geçerli ise, idarenin görev ve faaliyetleri, esas itibarıyla toplumun iç ve dış güvenliğinin korunması ve sağlanmasından ibarettir. Buna karşılık sosyalizm, kamu yararının bireylerin ve topluluklarının faaliyetleri ile değil ve fakat bizzat devletin üstlenip yürüteceği hizmet ve faaliyetlerle gerçekleştirebileceği düşüncesine dayandığından, sosyalist bir devlet idaresinin görevleri toplumsal yaşamın her yanına ve yönüne yapılan sayısız müdahalelerden oluşur. Liberal devlet ile sosyalist devletin oluşturduğu iki aşırı uç arasında ise, bazı alanlarda kamu yararının gerçekleştirilmesi, sosyal barış ve sosyal adaletin sağlanabilmesi için, bizzat kendisinin de kimi faaliyetleri üstlenerek yürütmesinin ve böylece toplumsal yaşama müdahale etmesinin zorunlu olduğunu kabul etmekte olan sosyal devlet yer almaktadır. Bu nedenle, sosyal devletin idaresinin görevleri, ne liberal devlette olduğu gibi sadece toplumun iç ve dış güvenliğini korumak ve sağlamaktan ibarettir ne de sosyalist devlet gibi bireylerin ve topluluklarının her türlü uğraş ve faaliyetlerine müdahale edecek bir kapsamdadır⁷⁷. Devletin kamu hizmetlerinin sunulması bakımından müdahaleci veya liberal bir tavır izlemesi, devletin yapısına

⁷⁶ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, 2011, ss. 217-262, s. 218; YALÇIN, *Kamu-Özel İşbirlikleri*, s. 10.

⁷⁷ GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2011, s.18-19.

bağlı siyasi bir tercih meselesi olup⁷⁸ 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin 'sosyal devlet' olma niteliği belirtilmiştir.

Devlet ekonomiye, optimal kaynak dağılımını gerçekleştirme, ekonomik istikrarı sağlama, ekonomik büyümeyi gerçekleştirme ve gelir dağılımını adil hale getirme gerekçeleriyle müdahale etmektedir⁷⁹. Kamu yararı teorisi (*public interest theorem*) piyasaların aksadığı durumlarda; etkinliği ve iktisadi refahı artırmak adına Devlet'in piyasaları düzenleyip denetleyerek müdahale etmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁰. Ancak, ekonomik yaşamda devlet müdahalesi, derecesi değişkenlik göstermekle birlikte her zaman bulunmaktadır. Liberal ekonomilerde Devlet, değişik biçimlerde ekonomik olayları etkilemekte; vergileme, kamu harcamaları yoluyla üretimin oluşmasını, bölüşümünü değiştirebilmekte; yapacağı hukuki düzenlemelerle ekonomik yaşamdaki işlemleri yönlendirebilmektedir; ancak günümüzde önceden belirlenmiş hedeflere, belli sürelerde ulaşmak için, iktisadi kaynak ve faaliyetlerin,

⁷⁸ ÖZTÜRK Funda, **Özelleştirmede Kamu Yararı**, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 169.

⁷⁹ ÇETİNKAYA Özhan, **Türkiye'de Kamu İşletmeciliği ve Özelleştirme**, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2012, s. 19-25. Hukuk ekonomi ilişkisi kapsamında idare ile piyasa ilişkilerindeki kamu yararı, verimlilik ve adalet ilkeleri arasında bir denge kurarak toplumsal faydayı ençoklaştırma şeklinde somutlaşmaktadır. Bu çerçevede tam rekabet piyasasının koşullarının sağlanması gibi kimi durumlarda kamu yararı, idarenin piyasaya müdahale etmemesini gerektirmekte; piyasa aksaklıkları gibi ekonomik gereklilikler olması durumunda kamu yararı, idarenin piyasalara müdahalesini gerektirmekte; kamu hizmeti gibi toplumsal gerekliliklerde kamu yararı, idarenin piyasaya müdahalesini mümkün kılmakta; ekonomik ve toplumsal ihtiyaca doğrudan bağlı olmaksızın kalkınma amacıyla piyasaya müdahalede kamu yararı, piyasaya müdahaleyi engellememektedir. UYANIK, s. 59-62.

⁸⁰ EMEK Uğur, "Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon", İktisat, İşletme ve Finans, Y.16, S. 184, 2001, ss. 42-53, (*Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme*), s. 48. Piyasaların aksaklığı kalıcı veya geçici nitelikte olabilmektedir. Kalıcı piyasa aksaklıkları, tam rekabet piyasasının şartlarının gerçekleşmemesi durumunda görülmektedir. Tam rekabet piyasasının şartları ise piyasada çok sayıda oyuncunun olması, piyasaya giriş-çıkış engellerinin bulunmaması, tarafların tam bilgiye sahip olması, işlem maliyetlerinin düşük olması, ürünlerin homojen olması ve sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkının iyi korunması olarak sayılmaktadır. Geçici piyasa aksaklıkları ise piyasalardaki oyuncuların piyasayı manipüle etmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Kalıcı piyasa aksaklığı olan durumlarda devletin ekonomik hayata müdahale etmesi beklenirken, geçici piyasa aksaklıklarının olması durumunda bağımsız idari otoritelerce müdahalede bulunulması gerekmektedir.

ülkenin bütünü düzeyinde yönlendirilmesi için planlama faaliyetinde bulunmaktadır⁸¹.

1982 Anayasası'nın 166. maddesinde düzenlenmiş olan planlamanın temel yapı taşlarından biri kamu yararıdır. Ekonomik alana ilişkin işlemlerde kamu yararı 'ekonomik kamu yararı'na dönüşmekte, belirli bir dönemdeki ekonomik kamu yararının belirlenmesinde planlama işlemlerinden referans-norm olarak yararlanılabilmektedir⁸². Piyasa ekonomisinin benimsenmesi planlamayı tümüyle dışlamamakta olup, planlama ödevi, plan hedef ve stratejisinin belirlenmesinin ardından uzun vadeli planlar, orta vadeli programlar ve yıllık programları içeren kalkınma planları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir⁸³. Kamu-özel işbirliklerinde hem özel sektör hem de kamu tarafından karşılaşılabilecek riskleri azaltmak için sözleşmelerin dikkatli hazırlanması, projelerin milli ve bölgesel politikalarla ve önceliklerle uyumlu olması gerektiğinden, doğru projelerin seçilmesi için KÖİ projelerinin planlama faaliyeti ile yakın bir ilişki içerisinde olması gerekmektedir⁸⁴.

Türkiye'de emredici ve özendirici planlama yaklaşımlarından biri olan demokratik rekabetçi planlama yaklaşımı benimsenmiş olup, özel sektörün plan hedeflerine uygun davranışını sağlamak için makroekonomik politikalar ve teşvik

⁸¹ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 264; ULUATAM Özhan/TAN Turgut, **Türk İktisat Politikasının Hukukî Çerçevesi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 487, 100. Doğum Yılında Atatürk'e Armağan Serisi 30, 1982, s. 15.

⁸² TAN Turgut, *"Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi"*, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 2, 1975, ss. 33-49, (Yargısal Denetim), s. 45.

⁸³ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 269-273.

⁸⁴ DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 16. İhaleye ön hazırlık aşamasında kalkınma planlarının rolü için bkz. Üçüncü Bölüm, I., B., 1.

tedbirleri içeren kalkınma planları kamu kesimi için emredici, özel kesim için özendirici, yol gösterici ve destekleyici nitelik taşımaktadır⁸⁵.

Planlama kendi içerisinde makro planlama, sektörel planlama ve mikro planlama evrelerini içermektedir. Makro planlamada, siyasi amaç ve direktifler doğrultusunda, kamu gelir ve harcamaları ile özel sektör gelir ve harcamaları veri alınarak, belirlenen hedeflerin gerçekleşmesi için izlenecek politikaların makroekonomik çerçevesi çizilir. Makro planlamanın ardından, mikro planlama (proje planlaması) ile köprü görevi sürdürmekte olan sektörel planlamalar yapılarak sektörlerin üretim hedefleri ve bu hedeflere ulaşılması için gerekli yatırım miktarı belirlenir. Sektörel planlamanın ardından mikro planlama ile yatırım projeleri belirlenir⁸⁶.

Serbest piyasanın ve rekabetçiliğin avantajlarından yararlanmak için, kamunun piyasada daraltıcı değil tamamlayıcı olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kamu öncelikle, mevzuat düzenlemeleri yoluyla özel sektörün alanını genişletmeli ve girişimcilere yapacakları yatırımlar için hukuki güvence sağlayacak tedbirleri arttırmalıdır. Ayrıca kamu, piyasada aktif rol almaktansa piyasayı düzenleyici ve denetleyici olarak özel girişimcilere yol gösteren konumda olmalı, piyasayı düzenlerken toplumsal ihtiyaçları ve sosyal dengeleri de göz önünde

⁸⁵ ULUATAM/TAN, s. 24; TAN Turgut, **Planlamanın Hukuki Düzeni**, Ankara: TODAİE Yayınları No: 154, 1976, (**Planlama**), s. 152; AYANOĞLU Kamil/DÜZYOL M.Cüneyd/İLTER Niyazi/YILMAZ Cevdet, **Kamu Yatırım Projelerinin Planlanması ve Analizi**, DPT İktisadi Sektörler Koordinasyon Genel Müdürlüğü Proje, Yatırımları Değerlendirme ve Analiz Dairesi, 1996, s. 5-7. Planlama işlemleri idarenin takdir yetkisini kendisinin bağlamasının bir örneğini oluşturmakta olup yargı organları planlardan "referans-norm" olarak yararlanarak hukuka uygunluk denetimi yapmaktadırlar. GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku - Cilt II – İdari Yargılama Hukuku**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 542; Ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, **Planlama**, s. 254 vd; TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 282 vd.

⁸⁶ AYANOĞLU/DÜZYOL/İLTER/YILMAZ, s. 30-41.

bulundurarak teşvik, destek ve hibelerle özel sektörü yönlendirmelidir. Son olarak kamu, yatırım kararı alırken, piyasayı destekleyici selektif altyapı projelerine yönelerek, özel sektörün hareket alanını genişletmelidir⁸⁷.

Kamu yatırımlarına ilişkin planlamanın iyi yapılması, yapılacak projelerin orta ve uzun vadeli planlar ve bütçe ile uyumlu olması, KÖİ projelerinin önemli açılarını içeren hukuki düzenlemelerin ve kurumsal altyapının oluşturulması ve şeffaf muhasebeleştirme ve raporlama sistemlerinin kurulması mali risklerin iyi yönetilebilmesi için gereklidir⁸⁸. Yatırım politikaları kapsamında kamu yatırımları incelendiğinde, kamu yatırımlarının büyümeye, özel sektör yatırımlarını desteklemeye, bölgeler arası gelişmişlik farkını azaltmaya, istihdamı ve ülke refahını arttırmaya katkısının azami seviyeye çıkarılması temel amaç olarak belirlenmiştir⁸⁹. Kamu yatırımları, devletin önemli bir maliye politikası aracı olup ekonomiye müdahil olmak ve piyasayı yönlendirmek için kullanabileceği uygun bir enstrümandır. Devlet, kamu yatırımları aracılığıyla, özel sektörün risk alamayacağı altyapı gibi alanlarda girişim yapma, sosyal devlet ilkesini sağlamak adına kamu imkânlarını ülkenin tüm bölgelerine yayma, istihdam yaratma, teşvik etmek istediği sektörlerle öncülük yapma ve bu sektörlerin gelişmesine katkı sağlayacak altyapı hizmetlerini sunma imkânına sahiptir. Ayrıca rasyonel hedeflerle etkin şekilde yapılan kamu yatırımları, özel sektör için rekabet ve gelişme ortamı sağlayarak

⁸⁷ KALEM Ali, **Türkiye’de Kamu Yatırımlarının Özel Sektör Yatırımlarına Etkisinin İncelenmesi**, TC Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No: 2922, 2015, s. 114.

⁸⁸ CORBACHO Ana/SWARTZ Gerd, “PPPs and Fiscal Risks: Should Governments Worry?”, **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, IMF Publication, ed. Gerd SCHWARTZ/Ana CORBACHO/Katja FUNKE, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008, ss. 85-104, s. 91-100.

⁸⁹ 2016 Yılı Programı, s. 201; 2017 Yılı Programı, s.184.

ekonomik büyümenin önünü açmaktadır⁹⁰. Bu kapsamda 2016 Programında kamu yatırımlarının, özel sektör tarafından gerçekleştirilemeyecek ekonomik ve sosyal altyapı alanlarında yoğunlaştırılması gerektiği⁹¹, 2017 yılı Programında ise kamu yatırımlarının özel sektörün üretken faaliyetlerini destekleyecek nitelikteki altyapılara yönlendirilmesi; bu bağlamda demiryolu, liman, lojistik merkezi gibi alanlara özel önem verilmesi gerektiği⁹² kararlaştırılarak özel yatırım desteklenmeye çalışılmaktadır.

KÖİ uygulamalarına ilişkin temel amaç, KÖİ sisteminin uluslararası standartlara uyumunu sağlamak ve etkinliğini arttırmak olarak belirlenmiş; bu çerçevede KÖİ projelerinin yönetilmesi esas alınarak kurumlar arası koordinasyonun ve işbirliğinin geliştirilmesi gerektiğine dikkat çekilerek gerekli politika ve tedbirler belirlenmiştir. Yıllık programda, KÖİ politika uygulamalarının koordinasyonun güçlendirilmesi, projelerin bütçe üzerindeki risk ve etkilerini ölçebilecek etkin bir izleme ve değerlendirme sisteminin oluşturulması; kamu yatırım projelerinin planlanması, uygulanması, izlenmesi ve değerlendirilmesi sürecinin güçlendirilerek, bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşlarının kapasitelerinin geliştirilmesi; KÖİ uygulamalarına ilişkin bir strateji belgesi hazırlanması; dağınık yapıdaki KÖİ mevzuatının çerçeve bir KÖİ kanunu altında toplanması gerektiği belirlenmiştir⁹³.

⁹⁰ KALEM, s. 109; Nitekim, OrtaVadeli Program (2016-2018)'da, kamu yatırımlarının özel sektörün üretken faaliyetlerini destekleyecek nitelikteki ekonomik ve sosyal altyapı alanlarına yönlendirilerek verimlilik, rekabet gücü ve istihdama destek olunması ve böylece büyümeye katkı sağlanması öngörülmüştür. Orta Vadeli Program (2016-2018), prf. 137.

⁹¹ 2016 Yılı Programı, s. 201.

⁹² 2017 Yılı Programı s. 184

⁹³ 2016 Yılı Programı, s. 201 vd.

Strateji belgesi ve kanun taslağı 2016 yılında hazırlanmış, diğer tedbirler 2017 yılı programına alınmıştır⁹⁴.

II. Kamu-Özel İşbirliklerinin Genel Özellikleri ve Sınıflandırılması

A. Kamu-Özel İşbirliklerinin Genel Özellikleri

Altyapı yatırım kararları, yalnızca ekonomik bir amaç taşımayıp, hükümetin takip ettiği belli bir politika çerçevesinde, toplum refahını arttırmak için verildiğinden, politik ekonomi ve kamu yararı kavramları etrafında şekillenmekte olup, kamu yatırımlarında özel sektörden yararlanılması, hizmet kalitesini yükseltme, yatırım maliyetlerini uzun döneme yayma, mevcut idari kapasitenin karşılayabileceğinin üzerinde talebe yanıt verme, yeni finansman yöntemlerinden yararlanma ve özel sektörün iyi yönetim özellikleri, yaratıcılığı, dinamizmi ve uzmanlık bilgisi (*know-how*) gibi etkenlere bağlı olarak yatırım ve hizmetlerde verimliliğin artırılması amaçlarına dayanmaktadır⁹⁵. Bu kapsamda yer alan KÖİ

⁹⁴ 2017 Yılı Programı, s. 185-186. Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan Kamu-Özel İşbirliği Kanun Tasarısı henüz kamuya açıklanmamış olduğu için bu çalışmada inceleme konusu yapılamamıştır.

⁹⁵ DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 3, 13; Commonwealth Secretariat, **Introducing New Approaches: Improved Public Service Delivery**, Managing the Public Service Strategies for Improvement Series, No: 5, London: Commonwealth Secretariat, 1998, s. 46-47; BOVIS, *PFI*, s. 24; UZ Abdullah, “*Kamu-Özel Ortaklığı/Public Private Partnership (PPP)- (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, 2007, ss. 1165-1182, (PPP), s. 1167. Danıştay da kamu hizmetlerinin sunumunda devletin yanında özel sektörün yer alması sağlanarak, “kamu hizmetinin en hızlı, verimli ve etkin biçimde yürütülmesi, özel sektörün deneyiminden, mali ve teknolojik olanaklarından yararlanılması”nın beklendiğini belirtmektedir. Danıştay 10.D, 08.06.2004, E.2002/2288- K.2004/5401, TEKİN M. Önder, **Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları**, Ankara: Elektrik Mühendisleri Odası Yayınları, 2006, (Kararlar), s. 467-469’dan naklen. Her ne kadar KÖİ uygulamalarıyla büyüme ve verimlilik sağlanması amaçlansa da, kamu kaynaklarının yetersizliği nedeniyle KÖİ projelerinin tercih edilmesi söz konusu olduğunda, ihtiyaç duyulan yatırımların derhal hayata geçirilmesi politik gündemde ön plana çıktığından verimlilik kazancı önceliğini yitirmektedir. EMEK Uğur, “*Turkish Experience with Public Private Partnerships in Infrastructure: Opportunities and Challenges*”, Utilities Policy, No: 37, 2015, ss.120-129, s. 121.

uygulamalarının ilave sermaye sağlama, özel sektörün alternatif yönetim ve uygulama becerilerinden yararlanma, tüketicilere ve topluma katma değer sağlama (değer ençoklaştırma) ve ihtiyaçların daha doğru bir şekilde belirlenmesini ve kaynakların etkin kullanımını sağlama yararları bulunmaktadır⁹⁶. Bir projenin geleneksel kamu yatırımı olmasıyla KÖİ olması arasındaki temel fark, en uygun miktarda riskin özel sektöre transfer edilmiş olmasıdır⁹⁷. Özel sektörün getirdiği yönetim ve diğer faydalar sayesinde, paranın karşılığının alınması (Value for Money-VfM) ve riski en iyi yönetecek tarafa riskin reel olarak transferi sağlanmaktadır⁹⁸.

KÖİ projeleri ile, ilişkinin farklı taraflarını ilgilendiren yararlar ortaya çıkmaktadır. Kamu sektörü açısından sağlanan faydalar, özel sektörün bilgi ve tecrübesinden faydalanma, teknolojik gelişmelerden ve özel sektörün AR-GE kapasitesinden yararlanma, projelerin daha düşük maliyetle geliştirilmesi, risklerin onları en iyi yönetebilecek tarafça yüklenilmesi ilkesi uyarınca risklerin bir kısmının özel sektöre devredilmesi ve kamu varlıklarının daha etkin kullanımıdır⁹⁹. Toplum açısından sağlanan faydalar, hizmet kalite standardının yükselmesi ve toplumsal refahın artmasıdır. Özel sektör açısından sağlanan fayda ise, daha önce yer alamadığı yeni bir alanda hizmet sunmaya başlayarak büyüme olanağı ve kâr elde etmektir.

⁹⁶ EC, **Guideline**, s. 4.

⁹⁷ OECD, **VfM**, s. 18.

⁹⁸ KEŞLİ, s. 42; Simmons&Simmons ve Group Law Office, s.14.

⁹⁹ Ayrıca KÖİ yöntemlerinin kullanılmasının, deregülasyon, zaman ve para tasarrufu, kamu üzerinde bulunan risklerin azalması, piyasaların genişlemesine olanak sağlama, kârlılık olasılığını yükseltme, yenilikçi çözümlerin çoğalmasını sağlama gibi avantajlarının bulunduğu kabul edilmektedir. CHINYIO Ezekiel/GAMESON Rod, “Private Finance Initiative in Use”, **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, edt. Akintola AKINTOYE/Matthias BECK, West Sussex- Oxford: Wiley- Blackwell Publishing, 2009, ss. 3-26, s. 10-12.

Kamu yatırımları, toplumun bedelsiz olarak yararlanacağı kamu hizmetlerini sağlamak için, özel sektörün finanse edemeyeceği geniş ölçekli projelerin gerçekleştirilmesi için veya özel sektörün tekelleşmesinin toplum içinde huzursuzluk teşkil edeceği alanlardaki hizmetleri sunmak için yapılabildiği gibi siyasi iktidarın iradesine bağlı olarak rasyonellikten uzak ve popülist yaklaşımlarla belirlenen diğer alanlarda da yapılabilmekte¹⁰⁰, bu nedenle kamu yatırımları genellikle iktisadi açıdan özel sektör kadar etkin ve verimli olamamaktadır¹⁰¹.

Kamu hizmetleri, devlete kâr ve kazanç sağlamak için yürütülen faaliyetlerden olmadığı ve zarar edilse dahi işletilmeye devam edilmesi gerektiği için, özel sektörün ‘kâr’ esasına dayanan usullerinden yararlanılmasının anlamlı olmadığı; ancak milletin parasının harcanmakta olduğu gerçeği dikkate alındığında, kamu hizmetlerinde ‘rasyonel’ bir düzenleme ve yönetim biçiminde ‘kârlılık’ değil ama ‘verimlilik’ yollarının araştırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır¹⁰². Altyapı hizmetlerini sunan kamu işletmelerinin, aşırı istihdam, kötü yönetim, teknolojik gelişmelere ayak uyduramama, finansman zorlukları ve bütçe kısıtları nedeniyle genellikle verimsizlik sorunuyla karşı karşıya kalabildikleri belirtilmektedir¹⁰³.

¹⁰⁰ Değerli oldukları için terk edilemeyen ancak sürdürülmesi pahalı ve kullanım değeri olmayan varlıklar için kullanılmakta olan ‘beyaz filler’ deyimini, kamu projeleri açısından yapım, işletme ve bakım maliyetleri yüksek olmasına rağmen siyasi nedenlerle yapılan, üretken olmayan altyapı ve üstyapı projeleri olarak tanımlanan kamu yatırımlarını ifade etmektedir. KÖİ projeleri ile ekonomik açıdan uygulanabilir projeler ön plana çıkacağından, ‘kamusal beyaz filler’ olarak sınıflandırılan projelerin azalabileceği savunulmaktadır. BERKSOY Turgay/ ŞAHİN Mehmet/UYSAL Özge, “Kamusal Beyaz Filler ve Kamu Özel Sektör Ortaklıkları”, Bankacılar Dergisi, S. 83, 2012, ss. 77-98, s. 78-80, 82, 90.

¹⁰¹ KALEM, s. 109.

¹⁰² ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, 1972-1973, (Ankara Hukuk Fakültesi öğrencileri için çoğaltılmış ders notları), <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/793.pdf>, s. 63-64.

¹⁰³ AKTAN Coşkun Can/ VURAL İstiklal Y., “Gelişmekte Olan Ülkelerde Altyapı Reformlarının Etkileri ve Sonuçları”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, edt. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 177-188, s. 182.

Kamu-özel işbirliklerinin faydalarına ilişkin pek çok sav, KÖİ'lerin hizmet sunumunda etkinliği arttıracığı düşüncesine; bu düşünce de, piyasada, rekabetçi bir ortamda, kârlılık güdüsüyle hareket eden özel sektörün, kamuya oranla daha verimli olacağı varsayımına dayanmaktadır¹⁰⁴. Özel sektör kârlılık amacı ile kamu sektörü ise üretim, istihdam ve adil gelir dağılımı gibi toplumun geneline yönelik sosyal faydayı sağlama amacıyla hareket ettiğinden, iki sektör arasında verimlilik kıyaslaması yapmanın yanıltıcı sonuçlara varılmasına neden olacağı belirtilmektedir¹⁰⁵. Ancak, kamu hizmetlerinin kâr getiren faaliyet türlerini kapsamaması, hizmetin işleyişinde kâr elde etmeyi temel amaç haline getirmemekle birlikte, kâr amacı gütmeme verimsiz çalışma anlamına gelmemektedir¹⁰⁶. Öte yandan özel sektör yatırımları, bireysel veya kurumsal fayda beklentisi ve kâr güdüsüyle yapılmasına rağmen, istihdam, çevre düzenlemesi, teknolojik yenilikler gibi alanlarda yarattığı pozitif dışsallıklar nedeniyle toplumsal faydaları da beraberinde getirmektedir¹⁰⁷. Nitekim, yapılan bazı çalışmalar mülkiyet şekli ile firmanın verimliliği arasında bir ilişki olmadığını ortaya koymakta¹⁰⁸, bazıları ise

¹⁰⁴ FOURIE Frederic C v N/BURGER Philippe, “An Economic Analysis and Assessment of Public - Private Partnerships (PPPs)”, South African Journal of Economics, Vol: 68, Issue 3, 2000, ss. 694-725, s. 698; SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 400.

¹⁰⁵ KOÇAK Yüksel, **Neo-Liberalizmin Türkiye’deki Belediye Hizmetlerinin Görülmesi Üzerine Etkisi: Özelleştirme**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2011, s. 62. Organizasyonların faaliyetlerinin, kuruluş amaçlarına ulaşma yüzdelerini dikkate alarak başarı oranlarını belirleyen performans analizi yapıldığında, kamu kuruluşlarının, görev alanlarına giren faaliyetleri yerine getirirken genellikle kaynakların etkinliğini dikkate almaksızın, hizmetlerden herkesin eşit ve adil bir şekilde yararlanması hedefine ulaşmayı öngören etkililiği ön plana alan bir anlayış içinde bulunduğu; özel girişimcilerin ise varlık nedenin kâr etme ve temel güdülerinin büyüme olması nedeniyle öncelikle faaliyetlerinde üretkenliğin gerçekleşmesini öngören etkinlik anlayışını benimsedikleri görülmektedir. İLKORKOR Yunus Emre, “Kamu Hizmetlerinde Etkinliği Sağlama”, İdarecinin Sesi, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2013, ss. 31-36, s. 33.

¹⁰⁶ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 308.

¹⁰⁷ KALEM, s. 5.

¹⁰⁸ Kamu teşebbüslerinin birden fazla hedefe yönelik işleyişleri ve diğer sistematik farklılıkları nedeniyle özel teşebbüslerle performanslarının karşılaştırılması zor olmasına rağmen, rekabetçi bir ortamda faaliyet gösterdikleri sürece, kamu teşebbüslerinin özel sektöre kıyasla daha az etkin olduklarını ortaya koyan bir bulgu bulunmamaktadır. ORAK Cem Çağatay, **Kamu Hizmetleri ve**

özel sektörün daha verimli faaliyette bulunduğunu göstermektedir¹⁰⁹. Kamu-özel işbirlikleri, ekonomik açıdan bakıldığında, finansman kaynaklarını çoğaltma, kamu borçlarını azaltma, sermaye harcamalarını arttırma, maliyetleri azaltma, yatırım ve hizmetlerde tasarruf sağlama, risk dağılımı ve bütçe dengesini sağlama gibi gerekçelerle kullanılmaktadırlar¹¹⁰. Kamu-özel işbirlikleri ile kamunun ve özel sektörün kendilerine mahsus üstün yanlarının birbirini tamamlayacağı ve toplam maliyetleri azaltacağı¹¹¹, böylece kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorlukların aşılarda kamu yararının sağlanacağı savunulmaktadır¹¹².

KÖİ projelerinde finansman, tasarım, yapım, işletim ve bakım gibi birden fazla iş birlikte ihale edildiğinden, sürecin tümüne yönelik uzun vadeli bir yaklaşım (*whole life approach*) söz konusu olmaktadır. KÖİ projelerinde yaşam döngüsünün tümünü kapsayan bütüncül yaklaşım çerçevesinde, kamu sektörü ile özel sektör arasında uzun vadeli işbirliği kurarak altyapı projelerinin verimliliğini arttırmak

Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011, s. 420-421. Çimento işletmeleri bazında yapılan inceleme için bkz. ZAHİR Osman/ÇAKMAK Erol H, “Kamu Sektörü, Özelleştirme ve Etkinlik”, **Özelleştirme Tartışmaları**, edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1994, s. 147-165.

¹⁰⁹ İşletme hakkının devri yöntemiyle özelleştirilen liman ve marinalar üzerine yapılan bir incelemede, özel şirketlerin limanlardan elde ettikleri gelirleri yükseldiği, marinalarda ise personel sayısını yarı yarıya azaltmasına rağmen aynı kalitede hizmeti sunduğu, dolayısıyla daha verimli olduğu görülmüştür. ÇETİNKAYA, s. 186-187.

¹¹⁰ GÜZELSARI, s. 43. Avrupa Parlamentosu da 2006 yılında yayımladığı Tavsiye Kararında KÖİ sözleşmelerinin amacının, idarelerin özel sektörün tasarım, yapım ve yönetim becerilerinden ve finansmanından yararlanmalarına olanak sağlamak olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bütçe kısıtları karşısında özelleştirmeye alternatif yaratan KÖİ’ler sayesinde, kamu ile özel sektör arasındaki işbirliğinin sinerji yaratacağını, kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılacağını ve kamu sektörünün modernleşmesinin sağlanacağını vurgulamıştır. European Parliament, Resolution on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, 2006/2043 (INI), 26.10.2006, G, H.

¹¹¹ Özel kesimin uzmanlığı finansman riskini iyi yönetebilme ve zamanı iyi örgütleme becerisinden (üretim organizasyon becerisinden), kamu kesiminin uzmanlığı ise makro ölçekli planlama yapabilme becerisinden gelmektedir. KARAHANOGULLARI Yiğit, “Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirilmesi”, AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2012, ss. 95-125, (*Mali Değerlendirme*), s. 98. Altyapı yatırımlarına özel sektörün katılımı, imtiyaz ve benzeri sözleşmeler yoluyla verimliliği ve performansı arttırarak altyapı hizmetlerinin maliyetini azaltır. AKTAN/VURAL, s. 187.

¹¹² YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 110.

amaçlanmaktadır¹¹³. Bu yaklaşım altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi ve kamu hizmetlerinin sunulması için yapılan projenin farklı aşamaları arasında etkileşim olmasını sağlayarak maliyetlerin uzun vadeye yayılmasına, performansın tüm süreç göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesine imkân vermekte, projelerde ölçek ekonomisinden yararlanılarak yaşam döngüsü maliyetinin düşmesini sağlamaktadır¹¹⁴. Ancak, KÖİ uygulamalarında sektörel belirsizlikler bulunması, çok fazla unsuru içeren, uzun süreli ve belirsiz sözleşmeler imzalanması, birbirleriyle sözleşme ilişkisi içerisinde olan çok sayıda örgütün yönetim-karar sürecinin çatışma yaşanması olasılığını arttırması işlem maliyetlerini yükseltmektedir. KÖİ projelerinde özel amaçlı şirketin, kendi işlem maliyetlerini sözleşme öncesi aşamada ihale bedeline yansıtacağı, ilerleyen yıllarda çıkabilecek yeni maliyetlerin de kira artışlarına yansıtılmasını talep edeceği düşünüldüğünde modelin ‘işlem maliyetleri açısından verimli olduğu’ varsayımı temelsiz kalmaktadır¹¹⁵.

Hizmetlerin değerlemesini, dar anlamda maliyet tasarrufu incelemesi yaparak ve sözleşmede belirlenen hizmeti ve/veya amacı yerine getirme oranını hesaplayarak yapmak mümkünken, geniş anlamda ise işbirliğinden etkilenen tüm tarafların beklentilerini karşılama oranı, hizmet kalitesi, memnuniyet gibi etkenleri dikkate alarak yapmak mümkündür¹¹⁶. Kamu-özel işbirliği projesinin performans

¹¹³ SARISU, *Kamu & Özel İşbirlikleri*, s. 140.

¹¹⁴ ALİCAN, s. 24-25; The US Committee on the Marine Transportation System Arctic Marine Transportation Integrated Action Team, Recommendations and Criteria for Using Federal Public-Private Partnerships to Support Critical US Arctic Maritime Infrastructure, http://www.cmts.gov/downloads/NSAR_1.1.3_Recommendations_and_Criteria_2017_FINAL.pdf, 2007, s. 16.

¹¹⁵ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 249.

¹¹⁶ ÇETİNKAYA, s. 192; JEFFARES Stephen/SULLIVAN Helen/BOVAIRD Tony, “Beyond the Contract: The Challenge of Evaluating the Performance(s) of Public-Private Partnerships”, **Rethinking Public-Private Partnerships- Strategies for Turbulent Times**, ed. Carsten GREVE/Graeme HODGE, London-New York: Routledge, 2013, ss. 166-187, s. 170. Kamu

değerlendirmesi yapılırken, etkilerinin görüldüğü farklı alanlara ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. Demokratik alanda işbirliğinin demokratik ilkelere uygun olup olmadığı, siyasal/politik alanda işbirliğinin hedeflenen amaca ulaşip ulaşmadığı; dönüşümsel olarak işbirliğinin amaçlanan sonuca ulaşmak için yeni yöntemler bulup bulmadığı; etkileşim açısından işbirliğinin taraflar arası ilişki ile yenilik getirip getirmediği; koordinasyon açısından işbirliğinin girdi, süreç, çıktı veya sonuçlar bakımından sinerji yaratıp yaratmadığı; ayrıca sürdürülebilir olup olmadığı incelenmektedir¹¹⁷.

Kamu hizmetlerinin sunumunda vergi yükümlülerine mümkün olduğunca az yük getirmek, hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşılamak, ulusal politikalara uygun davranmak ve demokratik ve kamusal değerlere bağlı kalmak gibi birbirleriyle çelişebilecek gereksinimler arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır¹¹⁸. Kamu-özel işbirliklerinde de tarafların farklı beklentileri bulunmaktadır. Sözleşmecinin beklentisi, tasarruflu ve etkin hizmet sunumu veya gelişimi; idarenin beklentisi, performans geliştirici bir birliktelik içine girme; hisse sahiplerinin beklentisi, projeden kâr elde etme ve itibar kazanma, kamusal faaliyetler alanına girme ve uzmanlaşma; toplumun beklentisi, hizmetin kalitesinin yükselmesi ve vaat edildiği şekilde sunulması; işbirliğinin taraflarının beklentisi, yakın çalışma ilişkisi içerisinde olma, güven duygusu ve bağlılık içinde sektörler arası öğrenme; finansal beklenti, işbirliğinin finansal olarak güçlü ve sürdürülebilir olması ve bazı durumlarda kâr elde

hizmetlerinde, teknolojik olarak modernleşme ihtiyacının yanı sıra, kamu işletmelerindeki yatırım eksikliğinin hizmet kalitesi ve etkinliğini olumsuz etkilemesinden kaynaklanan tatminsizliğin söz konusu olduğu belirtilmektedir. MARTIN, s. 11.

¹¹⁷ JEFFARES/SULLIVAN/BOVAIRD, s. 174.

¹¹⁸ Commonwealth Secretariat, s. 10.

etme; kültürel beklenti ise işbirliğinin bir yaklaşım olarak görülmesidir¹¹⁹. KÖİ ilişkisinde tarafların beklentileri çelişebileceği için tüm beklentilerinin aynı anda karşılandığı bir performans her zaman söz konusu olmayabilir. Hükümetlerin oy toplama eğilimi, firmaların kâr elde etme eğilimi, hizmetten yararlananların bedava altyapı hizmeti isteme eğilimi ve vergi mükelleflerinin rasyonel habersizliği ile dar görüşlülüğü genelde öngörülebilir birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Bir görüşe göre, hükümetler, ‘para kiralarak’ KÖİ projeleri için politik ekonomik bir motivasyon oluşturmakta ve sosyal faydanın azalmasına neden olmaktadır¹²⁰. Bu nedenle, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde, piyasanın rekabetçi gücünden yararlanarak, hizmet sunumunun kamu maliyesine daha az yük getirmesi amaçlanmaktaysa, elde edilen mali kazancın kaybedilen sosyal faydadan daha düşük olması durumunda, hizmetin bizzat idarece görülmesi gerekmektedir¹²¹.

KÖİ uygulamalarında karşılaşılan en önemli sorunlar ve uygulamanın dezavantajları ise mevzuatın ve/veya imzalanan sözleşmelerin yetersiz olması, ilgisiz bilgi birikimi ve bilgi asimetrisi¹²², işlem maliyetlerinin yüksek olması, müzakerelerin zaman, para ve emek gerektirmesi, sözleşmeleri hazırlayan kamu personelinin yetersiz olması ve gerekli titizliği göstermemesi, risklerin sınıflandırılmasında karşılaşılan zorluklar, sözleşme imzalandıktan sonra yapılan değişiklikler nedeniyle maliyetin çok yükselmesi, olağandışı yüksek kâr elde

¹¹⁹ JEFFARES/SULLIVAN/BOVAIRD, s. 172.

¹²⁰ BOARDMAN Anthony E./VINING Aidan R., “*The Political Economy of Public-Private Partnerships and Analysis of Their Social Value*”, Annals of Public and Cooperative Economics, Vol: 83:2, 2012, ss. 117-141, s. 126, 131.

¹²¹ TOPRAK Eren, **Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri, Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 153.

¹²² Kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı, önemli bilgi ve kaynak asimetrisi nedeniyle düzenleme ve finansal sürdürülebilirlik açısından yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. BAYLISS, s. 565.

edilmesi ve sözleşmelerde yer alan gizlilik kayıtları nedeniyle kamu denetimine tabi olamamasıdır¹²³. KÖİ modelinin kârın özelleştirildiği, buna karşılık farklı türdeki risklerin kamusallaştırıldığı bir örgütlenme modeli olduğu, karmaşık bir ilişkiler yumağına dayanan sözleşme sistemini egemen kılarak idarenin bütünlüğüne zarar verdiği, denetlenemezlik, hatta yönetilemezlik sorunlarına yol açtığı düşünülmektedir¹²⁴. KÖİ uygulamaları, projede yer alan bütün risklerin hesaba katılması, fayda-maliyet analizi ve tarafların imzalayacakları sözleşmede fiyatlandırma yapılması suretiyle büyük sabit sermaye yatırımı projelerinin uygulanmasına imkân sağlamakla birlikte, ortaya çıkan ve uzun vadede sürdürülen sorumlulukları değerlendirme ve sadece nakit hesabına dayanarak kısa dönemli politikalara dayalı karar alma imkânını ortadan kaldırmaktadır¹²⁵. Ayrıca, kamu otoritesinin, kamu hizmeti üretimi için, bu kadar uzun süreli bir ilişkiye giriyor olması ise hizmet üretiminde esneklikleri ortadan kaldırmaktadır¹²⁶.

Her ne kadar KÖİ'lerin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmasa ve avantajlı bir yöntem olup olmadığı konusunda uzlaşma olmasa da, kimi ortak özelliklerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu özelliklerin başında KÖİ'nin çok taraflı, karmaşık ve uzun süreli bir ilişki olması gelmektedir¹²⁷. KÖİ'lerin karmaşık niteliğe sahip olmasında projenin büyüklüğü ve unsurları, süresi, yararlanılacak teknoloji,

¹²³ CHINYIO/GAMESON, s. 12-13; SARISU Ayhan, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009, s. 195.

¹²⁴ KARASU, Sözleşme Sistemi, s. 90.

¹²⁵ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 166.

¹²⁶ NAO, **Lessons from PFI and other projects**, London, 2011, s. 13.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu-özel işbirlikleri, "hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır." Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92- K.2016/6. RG; 03.03.2016, sayı: 29642.

finansman yapısı ve piyasaya uyumu gibi unsurlar rol oynamaktadır¹²⁸. Ayrıca KÖİ’lerde, kamu otoriteleri ihtiyaçlarını çıktılar ve hizmet standartları olarak belirlemekte ve yapılacak ödemeler özel sektörün performansına bağlı olmaktadır¹²⁹. KÖİ’lerin bir başka ortak özelliği, bütçe dışı olması, projenin finansmanının özel sektör tarafından ya da içerisinde özel sektörün de bulunduğu çeşitli aktörler arasında yapılacak karmaşık düzenlemelerle sağlanması ve projenin karakteristik unsurların işbirliğinin tarafları arasında müzakere edilerek değişik aşamalarındaki risklerin ve sorumlulukların paylaşıldığı bir ilişkinin söz konusu olmasıdır¹³⁰. Kamu-özel işbirliklerinde, mali çerçeveye ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken hususlar, özel sektör tarafından sunulacak kamu hizmetlerinde paranın karşılığının alınmasının sağlanmasını, finansman yöntemlerini ve yapılan işlerin muhasebeleştirilmesine ilişkin hususları kapsamaktadır¹³¹.

1. Çok Taraflı Bir İlişki Olması

KÖİ projelerinde ihtiyaç sahibi idare ve proje kapsamında gerekli izinleri verecek idarelerden oluşan kamu kesimi, ihaleyi kazanan ve hizmetleri sunacak olan ‘özel amaçlı şirket’ olarak kurulan proje şirketi, proje şirketinin tesislerin inşası, mal ve hizmet alımları için sözleşme ilişkisi içerisine gireceği inşaat ve tedarik şirketleri ile alt işverenleri, proje şirketinin tesislerin yapımı için gerekli finansmanı

¹²⁸ HM Treasury, **Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value**, London, 2008, (Procurement), s. 13-14.

¹²⁹ EVREN, s. 533; UZ, *PPP*, s. 1174.

¹³⁰ EC, Green Paper, s. 3; BING Li/AKINTOYE Akintola, “An Overview of Public-Private Partnership”, **Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, ed. Akintola AKINTOYE/Matthias BECK/Cliff HARDCASTLE, Oxford: Blackwell Science, 2003, ss. 3-30, s. 6.

¹³¹ ALİCAN, s. 82.

sağlayacağı kreditorler, idareye veya proje şirketine destek olmak için görevlendirilen danışmanlar, sigorta şirketleri, hizmetten yararlananlar ve kamu-özel işbirliği birimi gibi çok sayıda aktör sürece dâhil olmaktadır. İhtiyaç sahibi olan sözleşmeciler idare ile proje şirketi arasında temel sözleşme olan uygulama sözleşmesi imzalanmakta, diğer kişi, kurum ve kuruluşlarla ise uydu sözleşmeler imzalanmakta ve böylece KÖİ ilişkisi geniş bir sözleşmeler ağı oluşturarak karmaşık bir ilişki haline gelmektedir.

a. Proje şirketi

KÖİ projelerinde istekliler ihale öncesinde şirket kurma taahhüdünde bulunmakta ve ihaleyi kazanan istekli, projenin gerçekleştirilmesinden sorumlu olan ve idareye verilen imtiyazın yasal sahibi konumunda bulunan¹³² proje şirketini (özel amaçlı şirket- *special purpose vehicle*) kurmaktadır¹³³. KÖİ projesinin başarılı olabilmesi için somut projenin gerçekleştirilmesi bakımından gerekli beceri ve yeteneklere sahip bir proje şirketinin kurulması gerekli olup¹³⁴ proje şirketi

¹³² ALSHAWI Mustafa, Concept and Background to Public Private Partnership (PPP)/ Private Finance Initiative (PFI) UK Experience, 2009, s. 4.

¹³³ “İhale uhdesinde kalan İstekli’nin ön yeterlik değerlendirmesi başvurusunda sunduğu şirket kurma taahhütnamesi doğrultusunda İdare ile sözleşmeyi imzalamak üzere bir özel amaçlı şirket kurması gerekmektedir. Yönetmelik kapsamında yükleniciye ilişkin olarak belirtilen iş ve yükümlülükler ile Sözleşme kapsamında Şirket’e ilişkin olarak belirtilen iş ve yükümlülüklerden işbu özel amaçlı şirket sorumlu olacaktır.

“İhale uhdesinde kalan İstekli’nin bir iş ortaklığı olması durumunda bu özel amaçlı şirket iş ortakları tarafından kurulacaktır. İş ortaklıkları tarafından yapılan ön yeterlik değerlendirmesi başvurularında sunulan iş ortaklığı beyannamesinin hükümleri mahfuzdur.” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşine İlişkin İne Ait Genel Şartname, s. 34.

¹³⁴ GOMEZ Christy/GAMBO Muhammad, “Evaluation of Special Purpose Vehicle Organisation Skill Sets Taxonomy for Effective Public-Private Partnership Infrastructure Project Delivery”, Journal of Construction in Developing Countries, 21(1), 2016, ss. 147-165, s. 151.

vasıtasıyla KÖİ projesi ayrı bir hukuki yapı olarak korunmakta ve projeye ilgili olmayan durumların, proje şirketini etkilememesi sağlanmaktadır¹³⁵.

Proje şirketi, mevzuatta özel bir düzenleme olmadığı takdirde, birden fazla kişinin/şirketin bir araya gelmesiyle konsorsiyum, joint venture gibi adi şirket olarak veya sermaye şirketi olarak kurulabilmektedir¹³⁶. Uygulamada sorumluluğu sınırlı tutmak amacıyla genellikle sermaye şirketi kurulması tercih edilmekte olup¹³⁷ istekliler adi şirket kurmakta, ihaleyi kazanmaları halinde bu şirketi sermaye şirketine dönüştürmektedirler¹³⁸.

Şirket tiplerinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliği incelendiğinde, ortak girişimlerin limited şirket veya anonim şirket olarak yapılanmaya elverişli oldukları görülmektedir. Limited şirketlerin sınırlı sorumluluğunu zayıflatan kamu borçlarından dolayı kişisel sorumluluk ilkesi, şirketin kurumsal ve şeffaf bir örgütlenme yapısına sahip olmaması ve sürekli finansman gerektiren bir ekonomik faaliyet söz konusu olduğunda sermaye

¹³⁵ YESCOMBE, PPP, s. 109.

¹³⁶ Hukukumuzda, özel amaçlı şirketin anonim şirket statüsünde olmasını gerekli kılan düzenleme örneğine de, sermaye şirketi statüsünde olmasını yeterli gören düzenleme örneğine de rastlandığı gibi, şirketin statüsü konusunda düzenleme yapmaksızın sadece şirket kurulmasını zorunlu kılan düzenleme örneğine de rastlanmaktadır. 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (6428 sayılı Yasa) m.1/2-o ve 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 4/1-y uyarınca özel amaçlı şirket, “ihale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirketi” ifade eder. Ayrıca 6428 Uygulama Yönetmeliği’nin 12. maddesi uyarınca “Yapım işleri ihalesi sonuçlandıktan sonra, sözleşme imzalanmadan önce yükleniciler tarafından ayrı ve yeni bir özel amaçlı anonim şirket kurulması şarttır...”

EÖT Yönetmeliği m. 4/1-22 uyarınca özel amaçlı şirket, “652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Yönetmelik hükümleri uyarınca imzalanacak sözleşmenin tarafı olmak ve sözleşme hükümlerini ifa etmek üzere, faaliyet konusu sadece sözleşme konusu ile sınırlı olmak kaydıyla, ihale üzerine bırakılan birden fazla gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi veya bunlardan müteşekkil ortak girişimlerce Türk hukukuna göre kurulan sermaye şirketini” ifade eder. 3996 Uygulama Kararı m. 17 uyarınca “Görevlendirme kararı verilen isteklinin görevlendirilmesini müteakip, her YİD projesi için ayrı bir şirket kurulur. Bu şirketin ana sözleşmesinde YİD projesi, faaliyet konusu olarak belirtilir.”

¹³⁷ KARAHANOGULLARI, Mali Değerlendirme, s.101; KEŞLİ, s. 378.

¹³⁸ EVREN, s. 155.

piyasasına özgü finansman yöntemlerinden yararlanamaması dikkate alındığında limited şirketlerin ortak girişim için elverişli bir yapı oluşturmadığı görülmektedir. Öte yandan, ortak girişimleri çevreleyen risklerle mücadele etmeyi kolaylaştıran bir yapıya sahip olan ve pay sahiplerinin sınırlı sorumluluk bakımından hukuki konumunu daha fazla güvenceye alan anonim şirketler¹³⁹, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından en elverişli şirket tipidir¹⁴⁰.

Stratejik konularda¹⁴¹ KÖİ yapılması halinde idarenin proje şirketinin yapısı içerisinde yer alması ve bazı konularda altın hisse sahibi olması gerektiği savunulmakla birlikte, devletin imtiyazlı hisse sahibi olmasının KÖİ'ye olan katılımı azaltabileceği ve ihale sürecini etkileyebileceği de dikkate alınarak stratejik alanların hassasiyetle tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴².

b. Kamu kesimi

KÖİ projelerinde yer alabilecek birçok kurum ve kuruluş bulunmaktadır. KÖİ projelerinde her şeyden önce ihtiyaç sahibi ve sözleşmeci olan idare yer almaktadır. Ayrıca, Hazine ve gerekli izinleri verecek idareler ile birlikte somut KÖİ projesinin

¹³⁹ Anonim ortaklıklarda, alacaklılar yalnızca ortaklığın malvarlığına başvurabildiğinden, ortaklığın alacaklılara karşı sorumluluğu bütün malvarlığıyla ve sınırsız olmakla birlikte, ortaklığın malvarlığı sınırlı olduğundan sınırlı sorumluluk ilkesi olduğu kabul edilmektedir. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 104.

¹⁴⁰ ALTAY Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, (**Ortak Girişim**), s. 158-159, 188. Ortaklık tiplerinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliğine ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. s. 142-188.

¹⁴¹ Stratejik konu, fonksiyonu, etkileri ve konumu bakımından toplum için hayati öneme sahip olan konuları ifade etmektedir. BAYTAN İlhan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009. Ekonomik, güvenlik, jeopolitik açıdan devletin üstün çıkarları ile doğrudan ilgili olan, işlememesi veya kötü işlemesi halinde devletin zor durumda kalacağı faaliyetler, stratejik faaliyetler olarak adlandırılmaktadır. YASİN Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Bası, İstanbul: Betaş, 2007, s. 42. Anayasa Mahkemesi de elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetleri ile telekomünikasyon faaliyetlerini güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden sakınca doğurabilecek faaliyetler olmaları dolayısıyla stratejik olarak nitelendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E.1994/49- K.1994/45-1. **RG**; 10.09.1994, sayı: 22047.

¹⁴² KEŞLİ, s. 389, 391.

tabi olduğu mevzuat uyarınca sürece dâhil olacak idareler projenin kamu kesimi tarafını oluşturmaktadır.

İlgili mevzuat incelendiğinde, bağımsız idari otoriteler (5710 sayılı Yasa m.3/1-d, 4054 m.7/2¹⁴³), Bakanlar Kurulu (3996 uygulama kararı m. 41/1; 3096 m.3/1), Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (ÇED Yönetmeliği m. 9), Danıştay, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (5335 m.33/1), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (3096 sayılı Yasa m.3/1, 3/2), Hazine Müsteşarlığı (3996 Uygulama Kararı m.46/1-b), İçişleri Bakanlığı (3152 m.11, 15), Kalkınma Bakanlığı (641 sayılı KHK m.13; ayrıca DPT'ye yapılan atıflar dolayısıyla 3096 m.3/1, 4283 m.3/3), Karayolları Genel Müdürlüğü (6001 m.4/1), mahalli idareler (5393 m.18/1-j; 5302 m.10/1-i), Maliye Bakanlığı (3996 Uygulama Kararı m.46/1-c, 351 m.20/8), Milli Eğitim Bakanlığı (652 sayılı KHK m.23/3), Milli Emlak Genel Müdürlüğü (178 sayılı KHK m.13), Özelleştirme İdaresi Başkanlığı/Özelleştirme Yüksek Kurulu (4046 sayılı Yasa m.3/2-c, 4), Sağlık Bakanlığı (6428 m. 2/1), Sayıştay, TBMM (6085 m.4 ve 45), Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı (655 sayılı KHK m.15/1), Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu (2016/1 sayılı Bakanlar Kurulu Prensip Kararı), Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu (351 sayılı Yasa

¹⁴³ Rekabet Kurumu'nun KÖİ proje sürecindeki konumu tartışmalıdır. Rekabet Kurumu'ndan izin alınmasının gerekli olması için mülkiyeti özel sektöre devredilecek bir varlık veya tesisin bulunması gerektiği, yeni tesislerin yapımı veya mevcut tesislerin Özelleştirme Yüksek Kurulu dışındaki kamu karar organlarınca özel sektör katılımına açılması işlemlerinin rekabet mevzuatına tabi olmadığı savunulmaktadır. EMEK Uğur, "YİD Modeli ile Yapılacak Üçüncü Havalimanı İhalesinden Sonra Rekabet Kurulu'ndan Görüş ve/veya Ön İzin Alınması Gerekli Midir?" <http://uemek.blogspot.com.tr/2012/11/yid-modeli-ile-yapilacak-ucuncu.html>. Öte yandan, her ne kadar 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de, tesis inşasını gerektiren projelerin Kurum denetimine tabi olmasına ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, proje sürecini yönetecek idarelerin rekabete ilişkin hususları gözden kaçırmalarına engel olmak açısından Rekabet Kurumu'nun sürece katılmasında yarar olduğu da savunulmaktadır. EVREN, s. 120.

m.20/6), Yüksek Planlama Kurulu (3996 m.4/3, 351 sayılı Yasa m.20/7) KÖİ projelerinde yer alabilmektedirler.

c. Kreditörler

KÖİ projelerinde taraflardan biri de mali kaynaklarını projede riske eden kreditörler/finansörler olmaktadır. Nitekim ülkemizdeki proje finansmanlarında da kamu kurumları ile özel sektör girişimcisi arasında imzalanan uygulama sözleşmesi yanında, finansörlerle de bir ‘direk anlaşma’ ya da ‘garanti mektubu/anlaşması’ imzalanmasının örnekleri görülmekte, sonuçta üçlü bir ortaklık ilişkisi doğmaktadır. Ayrıca, finansörlerin ‘step-in’ denilen, “projeye müdahil olma, sözleşmeyi imzalayan proje şirketinin başarısızlığı, temerrüde düşmesi vb hallerinde yeni bir şirketi aynı projeyi yürütmek üzere görevlendirebilme” anlamına gelen müdahale hakkının¹⁴⁴ da, finansörlerin KÖİ modelinde resmi bir taraf olduğunu tescillediği belirtilmektedir¹⁴⁵.

KÖİ projelerinde finansman, proje şirketinin öz sermayesi ile kreditörlerden aldığı borçlarla sağlanmaktadır. Öz sermaye, proje şirketinin belirli hisse payına sahip olan ve hizmetin sunulmasında yer alacak firmaların getirdikleri ana sermayedir. Bu firmaların hak ve yükümlülükleri ‘Hissedar Sözleşmesi’ (*Shareholder Agreement*) ile düzenlenmektedir. Diğer taraftan, proje şirketine borç veren yatırımcılar ise finans kuruluşları (kreditörler) olmaktadır. Kreditörler ile proje şirketi arasında tarafların hak ve sorumluluklarının düzenlendiği “Finansman Anlaşması” yapılmaktadır. Kreditörlerin, verdikleri kredilerin geri dönüşünün olacağından emin olmak için, projenin borç ödeme yeterliliğini ölçmek amacıyla,

¹⁴⁴ Müdahale hakkına ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Üçüncü Bölüm, I., F.

¹⁴⁵ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 9-10.

sözleşmenin imzalanmasından önce değerlendirme çalışması (*due diligence*) kapsamında proje hakkında gerekli denetimleri ve incelemeleri yapmaları, sözleşme aşamasında karşılaşılabilecek sorunları azaltmaktadır¹⁴⁶. Ayrıca kreditorlere tanınması mümkün müdahale yetkisi projenin uygulanması aşamasında risklerin yönetilmesi ve ödemelerin yapılması açısından önemli rol oynamaktadır.

d. Danışmanlar

KÖİ projeleri, uzmanlık gerektiren alanlarda yapıldığı için, hem idarelerin hem de proje şirketinin sürecin çeşitli aşamalarında dışarıdan danışmanlık hizmeti alması söz konusu olabilmektedir.

İdareler, yapılacak işlerle ilgili olarak araştırma-geliştirme, plan, yazılım geliştirme, tasarım, proje yapımı ve uygulama, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje hazırlanması, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı hazırlanması, ÇED raporu hazırlanması, ön fizibilite raporu hazırlanması, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, teknolojik, mali, hukuki ve benzeri konularda danışmanlık hizmeti alabilmektedirler¹⁴⁷.

Proje şirketinin başarılı olabilmesi için hukuk ve sözleşme bilgisinin yeterli olması, paranın karşılığı değerlendirmesi yapabilmesi, sunulacak hizmetler için gerekli teknik özellikleri ve standartları belirleyebilmesi, müzakere ve tahkim konularında deneyimli olması, proje işletim becerilerinin iyi olması, iletişim ve koordinasyon becerilerinin gelişmiş olması, performans denetimi için uygun ölçütleri belirleyerek gerekli denetim mekanizmasını geliştirebilmesi, teknik ve operasyonel

¹⁴⁶ NAO, s. 13.

¹⁴⁷ 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 4/1-e; EÖT Yönetmeliği m.4/1(3).

gelişim becerilerinin yüksek olması ve paydaşlar arası ilişkileri iyi yürütebilmesi gibi özelliklerinin bulunması gerekmektedir¹⁴⁸. Bu çerçevede, belirlenen özelliklerin bir kısmını sağlayabilmek için proje şirketinin de değişik aşamalarda alanında uzman danışmanlardan yararlanması gerekebilmektedir.

e. Kamu-Özel İşbirliği Birimi

KÖİ birimi¹⁴⁹, KÖİ konusu işi geliştirmek için tekliflerin nasıl takip edileceği konusunda rehberlik sağlama, taraflar arasında koordinasyonu sağlama, araştırmacılar ile özel sektör arasında iletişim sağlayarak gelişime katkıda bulunma, teknolojik araştırmalar ve piyasa değerlendirmeleri yapma gibi işlevleri yerine getirmektedir¹⁵⁰. Ayrıca, projenin yapılabilirliğinin araştırılması, sözleşme dokümanlarının hazırlanması, bütçe hesaplamalarının yapılması, sözleşmenin uygulanması ve denetimi gibi uzmanlık gerektiren unsurlar konusunda görev almaktadır.

KÖİ projelerinde tasarım, finansman, yapım, bakım, işletme gibi unsurlar birlikte ihale edildiğinden, her bir unsurun özellik ve gerekliliklerinin belirlenmesinin zaman ve harcama yapmayı gerektirmesi, projelerin hazırlık süreçlerinin uzun ve masraflı olmasına neden olmaktadır. KÖİ projelerinin en iyi şekilde yönetilmeleri ve bu sayede kamu yararının sağlanması için uzmanlaşmanın sağlanması gerekmektedir. Bu noktada ülkeler ya özel ve bağımsız bir KÖİ biriminin kurulması, ya ilgili Bakanlık veya sözleşmecii idare bünyesinde bir KÖİ birimi kurulması ya da kamu ve özel sektör temsilcilerinin yer aldığı özerk bir birim

¹⁴⁸ GOMEZ /GAMBO, s. 155.

¹⁴⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. Üçüncü Bölüm, I., A.

¹⁵⁰ CELLUCI, s. 18.

kurulması yoluna gidebilmektedirler¹⁵¹. KÖİ biriminin örgütlenme tarzında ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik koşulları etkili olup¹⁵² kurulan KÖİ birimi de projelerde yer alan bir taraf olarak kabul edilmektedir.

2. Farklı Unsurların Bağlantılanması

Kamu hizmetlerinin sunumu için yapılan tesislerin inşasına ve altyapı yatırımlarına özel sektör uzun zamandan beri katılmakla birlikte, kamu-özel işbirliklerinde özel sektöre devredilen görevlerin çoğalması ve bu unsurların birbirleriyle bağlantılı olarak ihale edilmesi KÖİ'lerin yenilik getiren, karakteristik özelliği olarak kabul edilmektedir¹⁵³. KÖİ modelleriyle, bir tesis veya hizmetin tasarımı, finansmanı, işletilmesi ve yenilenmesi gibi birden fazla unsurun özel kişiye devri söz konusu olmakta¹⁵⁴, bu amaçla bir uygulama sözleşmesi imzalanmaktadır. Uygulama sözleşmesi, tek bir sözleşme olarak imzalanabileceği gibi, modelin içerdiği her bir unsur için ayrı sözleşme imzalanması da mümkündür¹⁵⁵.

KÖİ projelerinde sözleşmeciler idare ile proje şirketi arasında imzalanan 'uygulama sözleşmesi' temel sözleşme olup, bunun dışında sürece dâhil aktörler arasında imzalanan bütün sözleşmeler 'uydu sözleşmeler' olarak adlandırılmaktadır.

¹⁵¹ OECD, **Dedicated Public Private Partnership Units: A Survey of Institutional and Governance Structure**, Paris: OECD Publishing, 2010, (PPP Units), s. 31; WB-PPIAF, **Developing a Public-Private Partnership Framework: Policies and PPP Units**, 2012, (PPP Framework), s. 3.

¹⁵² KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 245.

¹⁵³ GRIMSEY/LEWIS, s. 398; DE BETTIGNIES Jean-Etienne/ROSS Thomas W., *"The Economics of Public-Private Partnerships"*, Canadian Public Policy – Analyse de Politiques, Vol: XXX, No: 2, 2004, ss. 135-154, s.138.

¹⁵⁴ EC, Green Paper, s. 8

¹⁵⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 102.

KÖİ sözleşmeleri, uygulama sözleşmesi ve uydu sözleşmelerinden oluştuğu için bir sözleşmeler zinciridir¹⁵⁶.

KÖİ projesi aslında yapım, onarım, kiralama, işletme hakkının verilmesi, ortaklık, menkul kıymetleştirme, sınırlı ayni hakların tesisi ana unsurlarının bir araya getirilmesinden oluşmaktadır; yatırım gerektiren en az bir unsur, gelir getiren en az bir unsur ile kombine edilerek iktisadi geri dönüşüm modeli oluşturulmaktadır¹⁵⁷. Bu bağlamda KÖİ projeleri, geleneksel olarak çeşitli sözleşmelerden oluşan bir ağır işletilmesini gerektirmekte¹⁵⁸, çok sayıda sözleşme, tüm tarafların belirli bir rol üstlendiği özgün bir prosedür içinde birleştirilerek verimlilik kazançları ve ölçek ekonomilerinden yararlanmayı mümkün kılmaktadır¹⁵⁹. Ancak yapılan bazı araştırmalar, KÖİ uygulamalarında ölçek büyümesine bağlı olarak maliyetin düşmesi beklenirken, hizmetlerin maliyetlerinin arttığı ve yüklenici tarafından işletilen kantin, otopark vb gibi hizmetlerin de çok daha pahalı sunulduğunu ortaya koymaktadır¹⁶⁰. Buna karşın, altyapı hizmetlerinde kamu-özel işbirliğinin gerçekleşmesi halinde, piyasa aktörleri ön plana çıkmakta, özel kaynaklı sermaye ilgili finans kurumlarınca uygun koşullarda ve miktarda sunulabilmekte, işletme maliyetleri hizmetten yararlananlarca karşılanabilmekte ve bu sayede kamunun ürettiği hizmetler için talep ettiği fiyattan daha uygun fiyat verilebilmekte ve vergi ile finanse edilen bu

¹⁵⁶ JABER Rita Waked, **Le contrat administratif international: Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate, Transfer)**, Beyrouth: Les Editions Universitaires du Liban, 2013, s. 78. Örneğin, YİD sözleşmesi, tesisin kurulmasına ilişkin inşaat sözleşmesi ve bu sözleşmenin uydu sözleşmeleri ile tesisi işletme sözleşmesi ve tesisi devir sözleşmelerinden oluşmaktadır. KAPLAN İbrahim, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, C. XIX, S. 4, 1998, ss. 9-42, s. 24-26.

¹⁵⁷ KEŞLİ, s. 524.

¹⁵⁸ JABER, s. 51.

¹⁵⁹ UZUN/YAVILIOĞLU, s. 92.

¹⁶⁰ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 243.

hizmetlerin toplumun tamamına olan faydası dikkate alındığında daha adil bir hizmet sunma alternatifi yaratılabilmektedir¹⁶¹.

3. Uzun Süreli Bir İlişki Olması

KÖİ'ler kamu ve özel kesim arasında kamu hizmetlerinin üretilmesi ya da altyapının geliştirilmesi amacıyla gerçekleştirilen uzun süreli ilişkilerdir¹⁶². İlişkilerin uzun süreli olarak kurulması, KÖİ sözleşmelerinin klasik kamu alımlarından farklılaşmasına neden olan unsurlardan biridir.

KÖİ sözleşmelerinin süresi bakımından genel bir kural bulunmamaktadır¹⁶³. Genellikle yasalarda sözleşme süresi için azami bir süre belirlenmektedir. Ancak, her bir somut projenin özelliklerine göre süre, işletme ömrü, hizmete ihtiyaç duyulacak süre, proje ile ilişkili yatırımların işletme ömürleri, kullanılacak teknolojinin değişim hızı ve yüklenicinin borçlarını ödeyerek yatırımını amorti etme süresi gibi hususlar göz önüne alınarak belirlenmektedir.

4. Paranın Karşılığının Alınması İlkesine Dayanması

'Value for Money' (VfM) kavramının Türkçeleştirilmesi aşamasında farklı kavramlar kullanılmıştır. VfM, 'kamu kaynaklarının değerinin korunması', 'hesaplılığın sağlanması', 'maliyet etkin proje', 'harcama getirisi', 'kaynakların

¹⁶¹ ŞAHİN Mehmet/UYŞAL Özge, **Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**, Bursa: Ekin Yayınları, 2008, (**Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**), s.117.

¹⁶² UZUN/YAVILIOĞLU, s. 69.

¹⁶³ Sözleşme süresinin belirlenmesine ilişkin geniş bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II., B.

verimli kullanılması' ve 'paranın karşılığının alınması' gibi kavramlarla çevrilmiştir. Geniş anlamda VfM kavramı öncelikle bir projenin yapılıp yapılmamasına, projenin yapılmasına karar verildiği takdirde klasik kamu alımı yoluyla mı yoksa KÖİ yoluyla mı yapılmasının daha uygun olduğuna ve sözleşmecinin seçimine karar verilmesini ifade etmektedir¹⁶⁴. Dar anlamda VfM kavramı ise, sözleşmecinin seçimi aşamasına ilişkin olup, ihale sürecinin ilk aşamalarında dikkate alınacak ölçütlerin neler olacağının belirlenmesini, hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik mal ve hizmetler bakımından, sözleşme süresi boyunca miktar, kalite, özellik ve maliyetin en uygun düzeyde birleşiminin sağlanmasını ifade etmektedir¹⁶⁵.

Kavramın 'kamu kaynaklarının değerinin korunması' olarak çevrilmesi, böylece kavramın projelerin ticari bir değerlendirmesinden ziyade, kamu maliyesi merkezli olmak üzere, planlama, denetleme, kamu yönetimi perspektifleriyle yapılacak bir değerlendirmeye işaret edeceği söylenmiştir¹⁶⁶. Bu çeviri geniş anlamda VfM kavramı için kullanılabilecek olmakla birlikte, dar anlamda VfM kavramı bakımından proje için ödenen bedel ile karşılığında elde edilen değerlerin karşılaştırmasını içeren 'paranın karşılığının alınması' kavramının kullanılmasının daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Paranın karşılığının alınması, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bütün usullerde esas amaç olup KÖİ uygulamaları ile kamu sektörü, varlıkların mülkiyetini ve işletmeciliğini doğrudan üstlenmek yerine kamu hizmetlerini en uygun maliyetle

¹⁶⁴ SMITH Courtney A., **Making Sense of the Private Finance Initiative- Developping Public-Private Partnerships**, Oxon: Radcliffe Medical Press, 1999, s. 89.

¹⁶⁵ HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, London, 2006, (VfM), s. 7; BURGER Philippe/HAWKESWORTH Ian, "How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement", OECD Journal on Budgeting, Vol: 2011/1, 2011, ss. 1-56, s. 1-2; KEŞLİ, s. 141.

¹⁶⁶ KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s.102.

özel teşebbüs eliyle sunmakta, kamusal mal veya hizmetin tedarikinde en iyi finansal kaynağın en uygun finansman imkânı ile temin edilmesi ilkesini sağlamaya çalışmaktadır¹⁶⁷.

Paranın karşılığının alınması için, taraflar arasında dengeli risk dağılımı yapılması, projelerin yatırımın karşılığının alınmasını sağlayacak kadar uzun süreli olması, çıktı odaklı şartname hazırlanması, ihalelerde rekabet ortamının sağlanması, hizmetlerin sunulmasında performansın değerlendirilmesi ve özel sektörün altyapı projelerine ilişkin bilgi ve tecrübesinin olması gerekmektedir¹⁶⁸. Paranın karşılığının alınması ilkesinin ölçülmesi çerçevesinde, projenin kapsamı, maliyetlerin azaltılmasında özel sektöre devredilebilecek riskler, kullanıcı ücretleri, alternatif gelir kaynakları, proje maliyetinin düşmesini sağlayacak diğer finansman olanakları gibi faktörler dikkate alınmaktadır¹⁶⁹. Paranın karşılığının alınmasının hesaplanmasında, aktüeryal hesaplama ve proje yaşam döngüsü kavramları kullanılmakla birlikte¹⁷⁰, yapılan araştırmalarda paranın karşılığının alınmasının esasen risk dağılımına bağlı olarak değişiklik gösterdiği kanıtlanmıştır¹⁷¹. Ancak risk dağılımında amaç olabildiğince çok riski özel sektöre devretmek değil, özel sektörün öngörebileceği ve yönetebileceği riskleri devretmektir.

¹⁶⁷ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 141. VfM ile ilgili detaylı inceleme için bkz. 3. Bölüm, I., B., 1; 3. Bölüm, I., B., 5; 3. Bölüm, II., D., 1.

¹⁶⁸ ALİCAN, s. 83.

¹⁶⁹ EC, **Guideline**, s. 57.

¹⁷⁰ TAFOTIE YOUMSI, s. 273.

¹⁷¹ BALL Rob/HEAFEY Maryanne/KING Dave, “Risk Management and the Private Finance Initiative”, **Public Private Partnerships- Policy and Experience**, ed. Abby GHOBADIAN/David GALLEAR/Nicholas O’REGAN/Howard VINEY, Hampshire-New York: Palgrave Macmillan, 2004, ss. 179-188, s. 181-184.

5. Proje Finansmanı İlkesine Dayanması

Kamu-özel işbirlikleri, özel sektörün tek başına sunmaktan çekindiği veya devletin tümüyle çekilmek istemediği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve kamu harcamalarında yaşanan daralmalar nedeniyle devletin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu aşmak amacıyla geliştirilmiştir¹⁷². Kamu hizmetlerinin kamunun kontrolünde özel sektör tarafından yerine getirilmesi ve yatırım finansmanının özel sektörçe sağlanması esasına dayanan KÖİ¹⁷³, kreditorlerin riskini azaltıcı yönlerinin de bulunması sebebiyle günümüzde kamu yatırımlarına özel sermayeyi çekmek için en uygun uygulama¹⁷⁴ olarak kabul edilmektedir.

Bir KÖİ projesinin gerçekleştirilmesi için öncelikle geniş anlamda VfM testini geçen projenin olması, diğer yanda dar anlamda VfM'nin sağlanması için dengeli risk dağılımının yapılmış olması ve özel sektörün riskleri üstlenerek projeyi gerçekleştirmek için güvence olarak istediği devlet desteklerinin verilmesi¹⁷⁵, öte yandan projenin yapılacağı ülkenin koşullarının uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle KÖİ, proje uygulanabilirliği, devlet garantisi, ekonomik koşulların ve finansal piyasaların uygunluğu üzerine gelişen bir kavramdır¹⁷⁶. KÖİ projelerinin

¹⁷² ACARTÜRK/KESKİN, s. 29; ERDEM Ebru, **Sağlık Hizmetinde Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Kamu Maliyesine Etkileri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 89.

¹⁷³ ŞAHİN/UYSA, **Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**, s. 13; ALİCAN, s. 20.

¹⁷⁴ TIGANESCU Ana-Maria, "Legal Aspects of the Contract of Public-Private Partnership", *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Vol: 5(2), 2013, ss. 519-526, s. 519; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 78.

¹⁷⁵ Özellikle yabancı kredi kuruluşları geliştirmekte olan ülkelerdeki büyük altyapı projelerinde riskleri üstlenmek istemedikleri için, ev sahibi ülkeden risklere karşı koruma sağlanmasını talep etmekte, örneğin proje şirketinin nakit akışı yetersiz olduğunda ev sahibi ülkenin krediler sağlayarak bazı riskleri üstlenmesini istemektedirler. LEBLEBİCİLER Okan, **Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 60.

¹⁷⁶ AKINTOYE, s. 140.

artmasında, özelleştirme akımının öncülüğünün yanı sıra, devletlerin doğrudan borçlanma imkânlarının daralması ve aynı zamanda uluslararası finans kurumlarının da devletlere borç vermek yerine projeleri kredilendirmeyi tercih etmeye başlamaları nedeniyle proje finansmanı modelinin kullanımının artması etkili olmuştur¹⁷⁷. Özel sektörün kredibilitesini göz önünde bulunduran bir fon bulma mekanizması¹⁷⁸ olarak nitelendirilen proje finansmanı, belirli bir yatırımın gerçekleşmesi için kaynak yaratma sorumluluğunun yatırımcı üzerine bırakılması ilkesine dayanmaktadır¹⁷⁹.

KÖİ'lerin finansmanı genellikle bankalar tarafından sağlanmakla birlikte, bankaların görüş mesafeleri sınırlı ve likiditeleri kısıtlı olduğundan, bankalar uzun vadeli finansman konusunda isteksizdirler. Bu nedenle, KÖİ projelerinde finansmanı güvenceye almak için kimi zaman birden çok bankayla aynı zamanda müzakere edilmesi gerekebilmekte, bu da projelerin finansman bedelinin yükselmesine neden olabilmektedir¹⁸⁰. Proje finansmanı tekniğinde, büyük yatırımların gerektirdiği yüksek finansman tutarlarının, klasik bankacılık teknikleriyle tek bir banka tarafından karşılanmasında yaşanan zorluklar nedeniyle, çok sayıda banka proje riskini paylaşarak finansman sağlamak üzere 'sendikasyon' adı altında bir araya gelmekte ve projenin tüm ömrü boyunca oluşacak gerçek maliyetleri, riskleri ve tahmini getirileri hesaplayarak, projeyi gerçekleştirmek için kurulan proje şirketine (özel amaçlı şirket) finansman sağlamaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 16.

¹⁷⁸ AYDIN, s. 86.

¹⁷⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 12.

¹⁸⁰ DAVIS Alan, "Financing PEI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid", EPPPL, 3/2009, ss. 152-157, s. 152.

¹⁸¹ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 5-6. Projeyi gerçekleştirmek için kurulan özel amaçlı şirkete finansman sağlanması sayesinde, projenin başarısızlığı durumunda çapraz finansal

Altyapı yatırımlarının finansmanının kamu eliyle veya özel sektör eliyle yapılması mümkündür. Kamu eliyle finansman yöntemleri, bütçe kaynaklarıyla finansman veya dış kaynak yoluyla finansman iken, özel sektör eliyle finansman yöntemi kamu-özel işbirlikleridir¹⁸². Kamunun altyapı yatırımlarını gerçekleştirmek için bütçe kaynakları ile iç ve dış borçlanma olmak üzere iki finansman kaynağı bulunmakta olup bütçe kaynakları altyapı yatırımları için yeterli olmadığından genellikle borçlanma yoluna gidilmektedir¹⁸³. Bu amaçla ya iç finansman piyasalarından devletin borçlanması (iç borçlanma) ya da tahvil ihracı veya devletin doğrudan borçlanması şeklinde dış finansman kaynaklarına müracaat edilmesi (dış borçlanma, proje finansmanı) söz konusu olmaktadır. Proje finansmanı, yüksek hacimli projelerde, projeden elde edilecek gelir karşılığında finansmanın geri ödenmesini öngören uzun vadeli bir borçlanma yöntemi olduğu için tercih edilmekte olup¹⁸⁴, finansman ihtiyacı olan ülkelere, kamunun borçlanmasının dışında bir alternatif sunmakta ve kamu kaynaklarının israf edilmesinin önüne geçilmesini sağlamaktadır¹⁸⁵. Altyapı yatırımlarının özel sektör eliyle yapılması halinde de, iç

ilişkilere girilmemekte, risk sadece ilgili proje ve finansman üzerinde kalmaktadır. KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s.101.

¹⁸² GÜLNAR Halil, **Yüksek Hızlı Tren Yatırımlarının Gelir Ortaklığı Senedi ile Finansmanı**, Ankara: TC Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No: 2958, 2016, s. 9-23.

¹⁸³ Ülkemizde kamu yatırımları büyük ölçüde bütçe ve dış kaynaklı finansman yöntemiyle finanse edilirken, Toplu Konut Fonu ve Kamu Ortaklığı Fonu, menkul kıymet ihracı (gelir ortaklığı senetleri ve tahvil) ve KÖİ gibi bütçe dışı kaynak sağlama yöntemleri de kullanılmıştır. GENÇ Ömür/ERTUĞRUL Erdal, **Altyapı Yatırımlarının Finansmanı**, Ankara: Türkiye Kalkınma Bankası AŞ- Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2007, s. 4.

¹⁸⁴ YESCOMBE Edward R., **Principles of Project Finance**, California: Acedemic Press, 2002, s. 5-6; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 77.

¹⁸⁵ AKINTOYE, s. 138; ALİCAN, s. 20. Hükümetlerle birlikte politik tercihlerin ve projelerin sektörel önceliklerinin değişmesi, plansızlık ve sektörel politika eksikliği, fizibilite çalışması yapılmamış da olsa bazı projelerin siyasi baskılarla yatırım programına alınıyor olması kamu kaynaklarının israf edilmesine neden olmuş, mevcut sorunların aşılması ve kıt kamu kaynaklarının akılcı kullanılmasında temel arayış, kamu hizmetlerinin özel sektör kaynakları ile finanse edilebilmesini sağlayan KÖİ uygulamalarının geliştirilmesini ön plana çıkarmıştır. SARISU Ayhan, “*Kamu Yatırımlarında İsrâf: Kim, Kimin Parasını Nasıl Harcamalı?*”, Yaklaşım, Y. 16, S. 185, 2008, ss. 214-221, (*Kamu Yatırımları*), s. 221.

finansman imkânlarının kısıtlı olması nedeniyle proje finansmanı yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Bir ülkeye kredi veren yabancı kreditorler için belirli bir ülke riski söz konusu olup buna dayanılarak öngörülen dış kredi sınırı sabit olduğundan KÖİ projelerinin finansmanı için ister devlet ister özel sektör kredi alacak olsun, her iki tarafın da yararlanacağı kredi havuzu, bir başka deyişle başvurulabilecekleri kurumlar aynı olduğundan KÖİ'ler yeni finansman kaynaklarına ulaşım sağlamamaktadır. Bu nedenle, altyapıda özelleştirmenin finansman açısından bir rahatlık sağlayacağı gerekçesiyle tercih edilmesi gerçekçi bir değerlendirme olamayacaktır¹⁸⁶. Ayrıca, kamu hizmetlerinin vergilerle finanse edilerek bizzat idare tarafından görülmesi halinde alım gücü yüksek olandan düşük olana transfer imkânı sağlanarak gelir adaletsizliğinin giderilmesi söz konusu olmaktadır, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ve karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması halinde, bazı kişilerin hizmetten yararlanması engellenebileceği gibi, özel sektöre yapılan kira ve benzeri ödemeler yine vergilerden karşılanacağı için kamu aleyhine bir durum söz konusu olabilecektir¹⁸⁷. Kamu alımı tipi KÖİ projelerinde de özel sektör girişimcisi sermaye finansmanını sağlasa da, nihai tahlilde bu borçlar vergiler yoluyla halktan tahsil edildiğinden KÖİ uygulamaları serbest para kaynağı değildir

¹⁸⁶ HALL David, **Why Public Private Partnerships Don't Work: The many advantages of the public alternative**, PSIRU, 2015, s. 30; ÇAL Sedat, **Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Ankara: TOBB Yayın No: 58, 2008, (**İmtiyaz**), s. 152, 252; ÇAL Sedat, *"Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi"*, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, ss. 163-197, (*Kamu Hizmeti Kavramı*), s. 167-169.

¹⁸⁷ EVREN, s. 45.

ve iyi tasarlanmamış, maliyeti karşılanamayacak, verimsiz projeleri uygulamanın bir yolu olarak değerlendirilmemelidir¹⁸⁸.

Bir KÖİ projesinde en iyi finansmanın sağlanması için finansörler (finansman ortakları) istekli tarafından önceden belirlenmeli ve projenin taraflarının talepleri üzerinde anlaşılmış olmalıdır. Ayrıca ortaklar kendi sermayeleriyle proje finansmanına dâhil olarak projenin uzun vadede sürdürülebilirliğini sağlamalı ve finansman için yeterli güvenlik yapıları oluşturulmalıdır¹⁸⁹.

KÖİ projelerinin finansmanında, devlet teşvikleri, projeyi gerçekleştirmek için kurulan özel amaçlı şirketin sermayesi (ana sermaye/öz kaynak), banka kredileri, tahvil ihracı, menkul kıymetleştirme gibi kaynaklar kullanılabilir¹⁹⁰. Proje şirketleri belirli bir ana sermaye getirmek zorunda olmakla birlikte, genellikle ana sermaye dışında gerekli olan tüm finansman kredi kuruluşlarından temin edilmektedir¹⁹¹. Proje şirketlerinin getirmesi gerekli olan öz sermaye oranı genellikle en az %20 olarak belirlenmektedir¹⁹². Ana kredi finansmanı (*senior loan*), ticari bankalar, kurumsal yatırımcılar, ihracat kredi kuruluşları ve bazen ev sahibi ülke

¹⁸⁸ SARISU Ayhan, “Sağlık Bakanlığı’nca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkında 6428 sayılı Kanun’un Değerlendirilmesi II”, Yaklaşım, Y. 21, S. 245, 2013, ss. 251- 260, (6428 sayılı Kanun’un Değerlendirilmesi), s. 260.

¹⁸⁹ BINGISSER Stefan/KUNZMANN Melanie, “Principes Directeurs PPP Suisse Bâtiment-Financement”, **Partenariat Privé Public (PPP) Guide pratique Bâtiment avec rapport sur l’expérience du projet pilote Neumatt/BE**, Gêneve-Zurich-Bâle: Schultess, 2011, ss. 53-64, s. 54-61. Bir yatırım aracı olarak yararlanılabilen KÖİ projelerinin finansman esasları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOVIS Christopher, “Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration”, EPPPL, 2/2013, ss. 186-199, (Efficiency), s. 194-196.

¹⁹⁰ INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, **Partenariats public privé: Mode d’emploi juridique et approche économique**, Paris: La Documentation française, 2006, s. 237-239.

¹⁹¹ Bir yatırımın proje finansmanı ile gerçekleştirilmesi, tüm finansman devlet güvencesi altında olmadığından, kreditorlerin projeye olan inancını gösterir. MRAK Mojmir, “Managing Risks in BOT Model of Project Financing”, **Public and Private Sector Partnerships: Learning for Growth**, ed. Luiz MONTANHEIRO/Bob HAIGH/David MORRIS/Zarjan FABJANCIC, Sheffield: Sheffield Hallam University, 1997, ss. 299-309, s. 300.

¹⁹² 3996 Uygulama Kararı m. 17/1; 6428 sayılı Yasa m.6; EÖT Yönetmeliği m.34/1.

hükümetleri gibi birçok kaynaktan sağlanabilmektedir. Bu krediler doğrudan Hazine garantisine sahip değildirler, anapara geri ödemesiyle faiz ve masraflarından proje şirketi sorumludur. Ana kredi finansörleri projenin finansörleri içerisinde en öncelikli grup olup, ilk olarak onlara geri ödeme yapılmaktadır¹⁹³. Ara finansman (mezzanine borç), ana kredi finansmanı ile öz kaynak finansmanın arasında bir nitelik taşımakta olup genellikle ana kredi veren kurumlar tarafından sağlanmaktadır. Ara finansmanın tipik türleri arasında ikincil nitelikli teminatlı krediler, bonolar ve imtiyazlı hisse senetleri ile bunların birbirleriyle olan kombinasyonları yer almaktadır. Bu çerçevede köprü krediler ve destek kredileri söz konusu olabilmektedir. Köprü krediler (*bridge loan*), görevli şirketin hatası dışında, projenin beklenmeyen ve öngörülemeyen finansman gereksinimlerini karşılamak amacıyla, kısmen veya tamamen Hazine garantisine sahip kısa veya orta vadeli krediler olup genellikle ikincil kredi (*subordinated loan*) niteliğindedir. Destek kredisi (*stand-by loan*), sözleşmede öngörülmüş olan koşullarda, şirketin kusuru nedeniyle ortaya çıkan nakit sıkıntısının giderilmesi amacıyla, yine şirketçe sağlanan ve Hazine garantisini haiz olmayan kredilerdir. KÖİ projelerinde menkul kıymetleştirme bono ihracı yoluyla veya gelir ortaklığı senetleriyle yapılabilmektedir. Bono ihracı yönteminde proje şirketi tarafından projenin gelecekte sağlayacağı nakit akımlarına karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edilen proje bonoları karşılığında, bu bonoları satın alan yatırımcıya önceden belirlenen zamanlarda bononun değeri ve belirlenen faiz oranına göre hesaplanan tutarda ödeme yapılması söz konusudur¹⁹⁴.

¹⁹³ DELMON Jeffrey, **Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 72.

¹⁹⁴ ÇAL, **İmtiyaz**, s. 168; GÜLNAR, s. 24-29; ALİCAN, s. 106.

Devlet, kredi geri ödemesi bakımından özel sektöre nazaran daha fazla ödeme gücüne sahip olduğundan daha düşük masrafla ve faiz oranları ile borçlanabilmektedir. Bu nedenle, kamu finansmanı özel finansmandan daha ucuz olduğu için KÖİ yönteminin paranın karşılığının alınmasını sağlayamayacağı savunulmaktadır¹⁹⁵. Oysa KÖİ projelerinde, yenilikçi finansman yöntemleri kullanarak daha az masraflı ve esnek bir şekilde sermayeye ulaşım sağlanabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁶. Ayrıca, yapıma ilişkin maliyetlerin finansmanında proje finansmanı kullanılmakta olup proje, ana sermaye ve borçlanma ile finanse edilmektedir. İşletim ve bakıma ilişkin maliyetler ile yapım aşaması için alınan borçlar ise, ‘proje nakit akışı’ ile finanse edilmekte¹⁹⁷ olduğundan, kreditorlere ödemelerin yapılabilmesi ve belirli düzeyde kâr elde edilmesi için nakit akışı temel araçtır¹⁹⁸. Projelerin finansman maliyetlerinin toplam maliyetin yaklaşık üçte biri olduğu ve özel finansman maliyeti ile kamu finansmanı arasındaki %1-3 oranındaki farkın günümüzde daraldığı dikkate alındığında, gerekli risk yönetimi önlemleri ve sermaye yatırımında daha iyi kararlar alınarak sağlanan verimlilik kazançlarıyla kamu finansman maliyeti ile özel finansman maliyeti arasındaki fark dengelenebilir¹⁹⁹.

¹⁹⁵ HALL, s. 46.

¹⁹⁶ Office of Inspector General, **Financial Analysis of Public Transportation-Related Public Private Partnerships**, USA Federal Highway Administration Report No: CR-2011-147, 2011, s. 8-12.

¹⁹⁷ UNECE, **Guideline**, s. 56.

¹⁹⁸ ALİCAN, s. 106.

¹⁹⁹ SARISU Ayhan, “Bütçe Katılığına Etki Açısından Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kirala-Devret Projeleri”, Tarih Okulu Dergisi, Y. 9, S. XXVI, 2016, ss. 203-567, (YKD), s. 521, 528-529. KÖİ projeleri gerçekleştirerek kamunun, özel sektörünün kredi maliyeti ve kârı kadar net değer transferinde bulunmasının tercih edilmesinin ardındaki varsayım, KÖİ ile elde edilecek verimlilik artışının bu transferi telafi edecek ölçüde olacaktır. Ancak modelin özünde böyle bir verimlilik artışını garanti edecek hiçbir mekanizma yoktur. KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s.103. KÖİ projeleri diğer kamu yatırımlarına göre daha fazla harcama yapılmasına neden olacak olup,

Altyapı yatırımlarının finansmanında makroekonomik istikrarın, gerek finansman araçlarının çeşitlenmesine sağladığı katkı açısından, gerekse de projelerin finansman maliyetinin daha düşük gerçekleşmesi açısından büyük önemi bulunmaktadır²⁰⁰. Kalkınma planları ve ilgili dokümanlarda, gerçekleştirilmesi planlanan ulaştırma altyapı projelerinin finansmanında KÖİ modelinin mümkün olduğunca kullanılması vurgulansa da²⁰¹, önümüzdeki dönemde dünyada artan proje stoku ve finansal piyasalarda fon arzında yaşanan daralmaya bağlı olarak uzun vadeli fon kaynağı sorununun gündeme gelmesi beklenmektedir. Bunun yanı sıra, projelerin finansman sorununun çözümü için kamunun borç üstlenimi ile talep garantisi türü yükümlülüklerin altına girmesi kamu için ilave riskler doğurmaktadır²⁰².

6. Bütçe Dışı Bir İlişki Olması ve Muhasebeleştirilmesi

Bütçeleme yapılırken iyi ve şeffaf bir uygulama yapılması için dört unsura gönderme yapılmaktadır²⁰³. Öncelikle, bütçenin tüm kamu gelirlerini ve harcamalarını içerecek şekilde kapsayıcı olması gerekmektedir. Ayrıca bütün

yalnızca her borçlanma yöntemi gibi maliyetin uzun döneme yayılmasını sağlamaktadırlar. HALL, s. 30.

²⁰⁰ GÜLNAR, s. 139.

²⁰¹ Onuncu Kalkınma Planı'nda (2014-2018), kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilecek yatırımlar içinde en yüksek paya sahip olan ulaştırma sektörünün payının bazı otoyollar, büyük limanlar, havalimanları, gar kompleksleri gibi projelerin KÖİ yöntemiyle gerçekleştirilecek olması nedeniyle azalması beklendiği belirtilmektedir. Onuncu Kalkınma Planı, s. 82. Kamu yatırımlarında öncelik verilecek sektörler arasında ulaştırma sektörü yer almaktadır. Orta Vadeli Program (2016-2018), prf. 138; 2016 Yılı Programı, s. 201; 2017 Yılı Programı, s. 184. Ayrıca Orta Vadeli Program (2016-2018)'da KÖİ yöntemiyle başlatılan büyük projelerin tamamlanması, yeni otoyollar, yüksek hızlı tren hatları dâhil olmak üzere, birçok alanda yeni projelerin hayata geçirilmesi öngörülmüştür. Orta Vadeli Program (2016-2018), prf. 85. 2017 yılı Programı'nda da büyük altyapı projelerinin tamamlanması ihtiyacının devam ettiği belirtilerek bu çerçevede bir dizi politika ve tedbir belirlenmiştir. 2017 Yılı Programı, s. 247 vd.

²⁰² GÜLNAR, s. 150.

²⁰³ OECD, "OECD Best Practices for Budget Transparency", OECD Journal on Budgeting, Vol: 1(3), 2002, ss. 7-14, s. 8-14.

raporların (bütçe öncesi, aylık, altı aylık, yıl sonu, seçim öncesi, uzun dönemli) ve sürdürülebilirlik analizlerinin önem arz etmesi nedeniyle düzgün yapılmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak finansal ve şarta bağlı yükümlülüklerin raporlanması ve muhtemel etkilerin değerlendirilmesi, şarta bağlı yükümlülüklerin miktarının tahmin edilmesinin zor olduğu durumlarda ise bunların sıralanması ve tanımlanması beklenmektedir. Son olarak, muhasebe kurallarının ve politikalarının açık bir şekilde tanımlanması ve genel kabul görmüş muhasebe uygulamalarıyla aralarındaki farklılıkların en aza indirilmesi gerekmektedir.

Devletin temel amacı, kamu kaynaklarının kamu yararını en iyi sağlayacak şekilde kullanılmasını sağlamaktır. Büyük yatırımlara ihtiyaç duyulması ve kamu bütçelerinin bu yatırımlar için sınırlı olması, kaynak sıkıntılarının ortaya çıkmasına neden olmuş ve özelleştirme uygulamalarını da beraberinde getirmiştir²⁰⁴. Devletler kamu harcamalarındaki daralmalar sonucunda karşılaştıkları bütçe kısıtları nedeniyle ve AB ülkeleri de Birlik düzeyinde mali istikrarı koruyan Maastricht Anlaşması ile belirlenen ölçütler²⁰⁵ uyarınca bütçe ve borçlanma kısıtları içerisinde hareket etmeleri nedeniyle KÖİ'yi alternatif bir finansman yöntemi olarak benimsemektedirler²⁰⁶.

²⁰⁴ LEBLEBİCİLER, s. 33-34.

²⁰⁵ Maastricht Kriterleri ile enflasyon oranı, kamu kesimi dengesi, kamu brüt borç stoku, uzun dönemli faiz oranları ve döviz kuru istikrarı olmak üzere beş kural getirilmiştir. Enflasyon oranı ölçütü uyarınca, üye devletlerde fiyat istikrarı bakımından en iyi performansa sahip üç ülkenin yıllık enflasyon oranları ortalaması ile, bir üye ülkenin enflasyon oranı arasındaki fark 1,5 puanı geçmemelidir. Kamu kesimi dengesi ölçütüne göre, üye ülkelerin bütçe açıkları GSYH'nın %3'ünden fazla olmayacaktır. Kamu brüt borç stoku ölçütüne göre, üye ülkelerin kamu borçları GSYH'nın %60'ını geçmemelidir, eğer borç sınırın üzerindeyse de %60 sınırına doğru istikrarlı bir biçimde azalma eğiliminde olacaktır. Uzun dönemli faiz oranları ölçütü uyarınca, herhangi bir üye devletin uzun dönem faiz oranları ortalaması, en düşük enflasyon oranına sahip üç üyenin uzun dönem faiz oranları ortalamasını 2 puandan fazla geçmeyecektir. Döviz kuru istikrarı ölçütüne göre ise son 2 yıl içinde üye ülke parası diğer bir üye ülke parası karşısında devalüe edilmiş olmamalıdır. DİLEKLİ Selin/YEŞİL KAYA Kadriye, Maastricht Kriterleri DPT Müsteşarlığı, 2002, s. 1-2, www3.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/2976/kriter.pdf;

https://www.ab.gov.tr/files/EMPB/fasil_sunumlari/ekonomik_kriterler_2016_ocak.pdf

²⁰⁶ ALİCAN, s. 81-82.

KÖİ'ler hükümetin veya kamu kuruluşlarının dönemler arası bütçe sınırları dâhilinde karşılanabilir olan ancak bütçe kısıtları, mali kurallar veya merkezden yapılan bütçe tahsisleri nedeniyle geleneksel yöntemlerle yapılamayan projeleri üstlenilebilmesini sağlamaktadır²⁰⁷.

Mali alan kavramı, hükümetin finansal pozisyonunun sürdürülebilirliğine zarar vermeksizin, gerçekleştirilmek istenen bir amaca yönelik olarak hükümete ek kaynak sağlayan bütçe olanaklarını ifade etmektedir. Sağlıklı oluşturulan KÖİ'ler mali alan yaratarak kamu maliyesi üzerindeki baskıları azaltabilir, bütçeleri daha iyi yönetilebilir hale getirebilir, kamu borcunun azaltılmasını sağlayabilir, mevcut kaynaklarla daha etkili ve daha kaliteli kamusal hizmetler üretilmesini garanti altına alabilir²⁰⁸. KÖİ'ler ile altyapı yatırımlarının, kamu bütçesi ile normalde yapılacaklarından yıllar önce yapılması sağlanmakta²⁰⁹, hem özel sektörün sermayesinden yararlanılması hem de risklerin bir kısmının özel sektöre devredilmesi sayesinde, projelerde idarelerin, paranın karşılığının alınması ilkesinden yararlanması söz konusu olmaktadır²¹⁰. Bu nedenle bugünkü bütçe imkânları ile büyük kamu yatırımlarının orta vadede bile gerçekleştirilmesi mümkün görülmediğinden, iyi

²⁰⁷ GÜNGÖR, s. 19.

²⁰⁸ ŞAHİN/UYŞAL, *Değerlendirme*, s. 162-168.

²⁰⁹ “Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin [imtiyaz] uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43- K.1994/42-2. RG; 24.01.1995, sayı: 22181. Kamu hizmeti imtiyazı da, kökeninde, idarenin o sırada sahip olmadığı teknoloji, para, tesis ve uzman personel eksikliğini, bu işleri özel kişiye gördürerek giderme yoludur. YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s. 170.

²¹⁰ ENGLISH Linda M., “*Public Private Partnerships in Australia: An Overview of their Nature, Purpose Incidence and Oversight*”, University of New South Wales Law Journal, Vol: 29(3), 2006, ss. 250-262, s. 251; FORWARD Paul, “*Public Private Partnership or Conflict: Is it Time for a New Approach?*”, University of New South Wales Law Journal, Vol: 29(3), 2006, ss. 263-269, s. 264.

düzenlenmiş KÖİ uygulamaları ile mali alan yaratılmasına ihtiyaç bulunduğu belirtilmektedir²¹¹.

Kamu ihale hukukuna göre, bütçede ödenek ayrılmamış bir konuya ilişkin olarak ihale yürütülemeyeceğinden, ihaleler başta beş yıllık kalkınma planları ve yıllık planlar olmak üzere yıllık bütçeler tarafından disipline edilmektedir²¹². Bu neden de idarelerin, büyük yatırım projelerinde, kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde bütçe kısıtlamalarını aşabilmek için özel finansman desteğinin sağlanması ve özel sektörün işletme kapasitesi ve tekniklerinden yararlanma gibi iki temel ihtiyaca dayandırılan KÖİ modellerini tercih etmelerinde etkili olmaktadır²¹³.

Avrupa İstatistik Ofisi'ne (Eurostat) göre özel sektör yapım riski ile birlikte kullanılabilirlik veya talep risklerinden en az birini üstleniyorsa varlıkların kamu varlığı olarak bütçede gösterilmesi gerekmemektedir²¹⁴. Eurostat'ın belirlediği kurallar imtiyaz tipi KÖİ projelerinde yani hizmetten yararlananların ödeme yaptığı projelerde değil, kamu alımı tipi olan ve idarenin ödeme yaptığı KÖİ projelerinde uygulanmaktadır²¹⁵. Riskin çoğu özel sektörde ise de varlığın özel sektörün hesaplarında yer alması gerekirken; özel sektörün yasal olarak varlığın sahibi olduğu durumda dahi, riskin çoğunluğu kamu üzerinde bırakılmış ise kamunun bu varlığın ekonomik sahibi olduğu, varlığın özel sektörün değil kamunun hesaplarında gösterilmesi ve projenin KÖİ olarak değil finansal kiralama olarak sınıflandırılması

²¹¹ SARISU, 6428 sayılı Kanun'un Değerlendirilmesi, s. 260.

²¹² UZ Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 14.

²¹³ OECD, **PPP Units**, s. 22.

²¹⁴ EUROSTAT, New decision of Eurostat on deficit and debt Treatment of public-private partnerships, news release, STAT/04/18, 2004, (Decision), s. 1.

²¹⁵ EUROSTAT, **Statistical Treatment**, s. 22; EUROSTAT, Decision, s. 2.

gerektiği savunulmaktadır²¹⁶. Avrupa Hesapları Sistemi'ne göre (*European System of Accounts- ESA 95*), devlet garantileri şartlı yükümlülükler oldukları için, kullanılacakları zamana kadar hükümetlerce muhasebeleştirilmemektedirler. KÖİ modelinin kamu kesiminde hızla yaygınlaşmasının ardındaki nedenlerden biri, kamunun yükümlülüklerini bilanço dışında tutabilmesi olmuştur. Kamu borçlanma ve açık oranlarının uluslararası anlaşmalarla sınırlandırıldığı, uluslararası finansal kuruluşlar tarafından kamu kesimi mali performansının izlendiği bir dönemde, kamu yükümlülüklerinin bilanço dışında tutulabilmesi, modelin sunduğu önemli bir esneklik olarak ortaya çıkmaktadır²¹⁷.

KÖİ projelerinin muhasebeleştirilme yöntemi, kamunun üstlendiği risklerin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Kullanılan muhasebe sistemine göre KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan risklerin bütçe dışına çıkarılabilmesi mali riskleri artırmakta ve mali performansı olumsuz etkilemektedir. Ayrıca kamunun üstlendiği risklerin muhasebe sistemi içerisinde bilançoda gösterilmemesi kamu hizmetlerinin sunumunda KÖİ yöntemlerinin sorgulamasız biçimde kullanılması yönünde teşvik sağlamakta; alternatif yöntemlerle karşılaştırıldığında KÖİ projelerinin gerçek anlamda etkinlik artışı sağlayıp sağlamayacağı hususu test edilmeden KÖİ yönteminin tercih edilmesi söz konusu olabildiği gibi KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerin gelecekte kamu finansmanı üzerinde oluşturacağı baskı, bu yükümlülüklerin karşılanabilme kapasitesi ve gelecek dönemlerin

²¹⁶ GÜNGÖR, s. 40.

²¹⁷ KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s.113. Ancak, şartlı yükümlülükler dâhil olmak üzere, KÖİ uygulamalarının bütün mali etkilerinin bütçe dokümanlarında açık bir şekilde yer alması ve borç sürdürülebilirlik analizlerine bütünleştirilmesi, KÖİ uygulamalarında karşılaşılabilecek sorunları azaltmak için alınması gereken tedbirler arasında sayılmaktadır. IMF, IMF Country Report 12/16 - Turkey, 2012, s. 22. (*Turkey*)

finansman ihtiyaçları analiz edilmeden özel sektörle ilişki içine girilebilmektedir. Bu durum da KÖİ sözleşmelerinin hesapsız biçimde artmasına ve KÖİ projeleri kapsamında kamu otoritelerinin daha çok risk almasına bağlı olarak, kamu borçlarının ve kamu açıklarının resmen olmasa da fiilen artış göstermesine neden olmaktadır²¹⁸. Nitekim, kıt kamu kaynakları ile çok sayıda yatırım projesinin, yapılabilirlik çalışmaları ve bütçe kısıtları gözetilmeden yatırım programına alınması sonucunda, finansal yetersizliklerden dolayı mevcut yatırımlara ayrılan ödeneklerin de azalması ile birlikte, projelerin tamamlanma süreleri uzamış ve maliyetleri artmış, bu nedenle de Yüksek Planlama Kurulu 2001/30 sayılı kararı ile kamu yatırım programının gözden geçirilerek rasyonelleştirilmesine karar vermiřtir²¹⁹.

KÖİ'nin, politika, planlama ve denetim arasında bağ kuran, en önemli siyaset yapma araçlarından biri olan bütçeyi işlevsizleştirmesi nedeniyle karar alma noktasında geleceğin siyasetini apolitize edici bir özelliğe sahip olduğu belirtilmektedir²²⁰. Model çerçevesinde ilgili projelerin bütçe dışında kalması, kamu kesiminin net borçlanma gereksinimi tanımını etkilememesi, kamu mali disiplini ve saydamlık bakımından önemli sorunlar yaratmaktadır. Büyük çaplı ve uzun vadeli ticari ilişkilerin bu sözleşmelerle kurulması, kamu otoritesinin planlama becerisini kısıtlamakta, türlü katılıklar yaratmaktadır²²¹. Bu nedenlerle, KÖİ projelerinin, uzun yıllara yayılan, yüksek tutarlarda mali yük oluşturma potansiyeli dikkate alınarak²²²,

²¹⁸ EMEK Uğur, “Kamu-zel İşbirliklerinin Devlet Muhasebe Sistemindeki Yeri ve nemi”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 29, S. 337, ss. 9-38, (Muhasebe), s. 31.

²¹⁹ SARISU Ayhan, “Altyapı Yatırımlarında Kamu ve zel Sektör İşbirlikleri-I”, Yaklaşım, Y. 16, S. 181, 2008, ss.199-205, s. 202.

²²⁰ KARASU, *Kamu-zel Ortaklığı*, s. 255.

²²¹ KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s. 122.

²²² Altı adet sağlık kampüsünün kamuca yapılması durumunda bunların sabit yatırım bedelinin 6 milyar 683 milyon TL olacağı, diğer yandan bu kampüslerin özel kesimce yapılması halinde, ödenecek 25 yıllık kira bedelinin ise 19 milyar TL olacağı ifade edildiğinden, sadece bu altı hastane

proje süreçlerinin stratejik bir yaklaşımla ele alınması kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasına katkı sağlayacağından 2015 yılında Maliye Bakanlığı tarafından KÖİ Tebliği yayımlanmıştır.

KÖİ projelerinin sadece bütçe dışı faaliyetler olmaması için proje seçiminde önceliklerin belirlenmesi; özel ortağın piyasa riskini üstlenmesinin esas olduğu KÖİ projelerinde kamu kesiminin üstleneceği risklerin analizlerinin iyi yapılması ve minimize edilmesi; projelerin Devlet'in genel yatırım plan ve programları çerçevesinde muhasebeleştirilmesi ve izlenmesi gerekmektedir²²³. KÖİ projelerinin mali raporlanmasının, idari faaliyetlerde iyi yönetişimi ve şeffaflığı, hesap verilebilirliği, iyi mali yönetimi, makroekonomik planlamayı, uluslararası uygulama örnekleriyle karşılaştırma yapabilmeyi, denetim ve kontrolü sağladığı kabul edilmektedir²²⁴.

7. Yönetişimin Amaçlanması

Yönetişim kavramı ile yönetim ve karar alma süreçlerinin, ilişkiden etkilenen tüm paydaşların işbirliği ve katılımı ile yürütülmesi; yöneticilerin uzlaşmacı, hesap verebilir, etkin ve sorumlu bir yönetim anlayışı içerisinde davranmaları ifade edilmektedir. Yönetişim, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlüklerine önem veren, katılımcılığın, etkinlik ve etkililiğin, denetimin, yerinden

kampüsü için kamu maliyesinin yaklaşık olarak en az üç kat fazla külfet altına gireceği belirtilmektedir. SARISU, 6428 sayılı Kanun'un Değerlendirilmesi, s. 251.

²²³ EMEK Uğur, "Devletleştirme ve Özelleştirme Arasında: Kamu-Özel İşbirlikleri", İktisat, İşletme ve Finans, 22/261, 2007, ss. 155-159, (KÖİ), s. 159.

²²⁴ EPEC, **Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships Purposes, Methodology and Recent Trends**, 2010, s. 5.

yönetimin, açıklık, saydamlık ve hesap verebilirliğin, kalitenin, liyakatin ve etiğin hâkim olduğu, sivil toplumu ön plana çıkaran ve sivil toplum kuruluşlarının gelişmesinin önünü açan, bağımsız işleyen bir yargı düzenine sahip olan, teknolojiadaki gelişmelerle uyumlu bir ekonomik ve siyasi düzene işaret etmektedir²²⁵.

Yönetişime ilişkin üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşımda yönetim, verimlilik esas alınarak, ortalama üzeri getiri, düşük işsizlik oranı ve yüksek gayri safi milli hasıla gibi unsurlardaki ekonomik başarıyla ölçümlenmektedir. İkinci yaklaşımda, hukukun üstünlüğü, yolsuzluğun engellenmesi, yönetimin etkinliği, düzenleyici kalite, politik istikrar ile şiddet yokluğu, katılım ve hesap verilebilirlik olarak sıralanabilen altı ölçüt dikkate alınmakta; bu ölçütlere atfedilen değerler toplamı ile yönetim yakalanmaya çalışılmaktadır. Üçüncü yaklaşım yönetişime ‘tarafsızlık’ olarak yaklaşmakta ve kamu gücünün kullanımında vakayla ilgili önceden belirlenmemiş hiçbir ilke ya da yasal düzenlemeyi dikkate almamaktadır²²⁶.

KÖİ projelerinde iyi yönetişimi sağlamak için izlenmesi gereken ilkelere ve karşılanması gereken hedeflere uygun davranılması halinde KÖİ’lerin ekonomik başarıya ulaşacağı kabul edilmektedir. KÖİ projelerinde, şeffaf ve adil bir ihale sürecinin olması, paranın karşılığının alınması ilkesine uygun davranılması, işbirliği konusu kamu hizmetinin geliştirilerek daha kaliteli ve iyi yürütülmesi, işbirliğinde yer alan paydaşların üstlendikleri risklerle orantılı olarak kazanç elde etmeleri,

²²⁵ TC Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Kamuda İyi Yönetişim Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2007, s. 5.

²²⁶ CALLEJA Antoinette, “*Procurement Beyond Award: On the Integration of Governance Principles when Executing Public Private Partnerships*”, EPPPL, 4/2013, ss. 294-301, s. 295.

uyuşmazlık çıkması halinde müzakerelerin kamu hizmetinin devamlılığını etkilemeyecek ve kamu israfına neden olmayacak şekilde yürütülmesi, KÖİ sözleşmesinde öngörülen kamu hizmetinin sunumunda ortaya çıkabilecek tehditler için önlem alınması ve hizmetin güvenliğinin artırılması gerekmektedir²²⁷.

KÖİ projelerinin başarılı olabilmesi için yönetişimin sağlanması gerekmektedir; bu nedenle özellikle idarenin kullanıcı olmadığı KÖİ projelerinde hizmetten yararlananların da sürece dâhil edilmesi, sözleşmeci özel kişinin yanında bu kişilerin de bulunduğu üçlü bir diyaloga girilerek ‘katılım’ sağlanmalıdır²²⁸.

Yönetişim, başarılı KÖİ uygulamalarında kilit bir rol oynamakta, katılımcılık, hukuka uygunluk, şeffaflık, hesap verilebilirlik, eşitlik ve verimlilik gibi ilkelere uygun davranılmasını gerektirmektedir²²⁹. Yönetişimin sadece ihale aşamasında yani KÖİ sözleşmesi imzalanıncaya kadar *ex-ante* sağlanmış olması yeterli değildir, aynı zamanda sözleşmenin imzalanmasından sonra *ex-post* olarak da yönetim ilkelerine uyulması gerekmektedir.

Ekonomik açıdan bakıldığında, iyi yönetişimin, etkin ihale prosedürü sayesinde daha kaliteli hizmetin daha uygun fiyatla alınmasını sağlama, iyi proje yönetimi sayesinde toplumun KÖİ projelerine desteğinin artması ve buna bağlı olarak hükümetlerin siyasi sahiplenmesinin yükselmesi, katılımcılık ilkesi uyarınca tarafların katılımı ve uzlaşısı ile hazırlanan ve iyi planlanmış projelerde açığa kavuşturulmamış durumlar daha sınırlı olacağı için ileride yüksek maliyet getiren

²²⁷ UNECE, **Guidebook**, s. 14; RAQUEL Andre Santos/ANDRADE Alexandre, “Corporate Governance in Public Private Partnerships”, EPPPL, 4/2010, ss. 209-214, s. 210.

²²⁸ EVREN, s. 48.

²²⁹ UNECE, **Guidebook**, s. 13-14.

hukuki ihtilaf çıkma olasılığının düşmesi, kamu yönetiminin karar mekanizmasının şeffaf olması sayesinde katılımcıların güven duygusunun artması, iyi yönetim ve etkin yapılanma sayesinde rekabet düzeyinin, ekonomik büyümenin ve gelişmenin artması gibi yararları bulunmaktadır²³⁰.

KÖİ'lerin, hesap verilebilirlik²³¹, demokrasi, saydamlık gibi kamusal değerlere uygun olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. KÖİ projelerinde taraflardan biri özel hukuk kişisi olduğundan ve imzalanan bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan, tarafların ticari sır perdesi arkasına gizlenme olasılıklarının bulunmasının hesap verilebilirliği ortadan kaldıracağı savunulmaktadır²³². Ancak, KÖİ projelerinde klasik anlamda hesap verilebilirlik standartları olmamasına rağmen, doğru düzenleme ve yaptırım yapısı ile kamudan daha şeffaf ve hesap verilebilir bir yapı oluşturma mümkün olduğu, demokrasi açısından da daha geniş bir katılımın mümkün olduğu, dolayısıyla KÖİ projelerinde kamusal değerlerin yok olmasının değil, farklılaşmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir²³³.

B. Kamu-Özel İşbirliklerinin Sınıflandırılması

Kamu-özel işbirliklerinde temel amaç kamu altyapı yatırım ve hizmetlerinin yine kamunun denetim ve gözetimi altında belli bir ölçüde özel sektöre

²³⁰ UNECE, **Guidebook**, s. 15.

²³¹ Hesap verilebilirlik kapsamında kimin, kime karşı, ne için, nasıl ve hangi sonuçlarla sorumlu olduğunun belirlenmesi söz konusudur. ACAR Muhittin, **Accountability in Public-Private Partnerships: Perspectives, Practices, Problems and Prospects**, Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, 2009, s. 24-37.

²³² EVREN, s. 45.

²³³ REYNAERS Anne-Marie/GRAAF Gjalte de, "Public Values in Public-Private Partnerships", *International Journal of Public Administration*, Vol: 37/2, ss. 120-128, s. 123-125.

göndürülmesidir. KÖİ modelleri arasında farklılaşmaya projelerin amacı değil, yapılacak işin kapsam ve niteliği ile risklerin taraflar arasında nasıl ve ne oranda paylaştırılacağı ve yatırım ve hizmetlerin bedelinin kimden karşılanacağı neden olmaktadır²³⁴. Kamu-özel işbirlikleri, işbirliğinin kurulması sırasında tercih edilen hukuki yapılanmanın sözleşmesel veya kurumsal olmasına göre, işbirliğinin sıfırdan yatırım yapılmasını gerektirip gerektirmediğine göre ve kamu hizmetlerinden yararlanmanın karşılığının idare tarafından mı yoksa hizmetten yararlananlar tarafından mı ödendiğine göre farklı şekillerde sınıflandırılabilir.

1. İşbirliğinin Hukuki Yapısına Göre Sınıflandırma

Kamu-özel işbirlikleri, hukuki yapıları uyarınca sözleşmesel KÖİ ve kurumsal KÖİ olmak üzere iki başlıkta incelenebilir. Sözleşmesel KÖİ’lerde kamu ile özel sektör arasındaki işbirliği sözleşmesel temellere dayanmaktadır. Oysa kurumsal KÖİ’lerde kamu yararı gözetilerek bir yapının yapılması veya hizmetin sağlanması için kamu ve özel sektörün ayrı bir tüzel kişilik altında bir araya gelmesi söz konusu olmaktadır.

Sözleşmesel ilişki kavramı geniş anlamda ele alındığında, kurumsal KÖİ’ler de bir sözleşme ile kuruldukları için ‘sözleşmesel’ olarak nitelendirilebilecek olmakla birlikte, ayrımın yapılmasında temel alınan tarafların bir ortaklık ilişkisi içerisine girme amaçlarının olup olmadığıdır. KÖİ terimi, genellikle, kamu hizmetlerinin göndürülmesinde özel sektör ile gerçekleştirilen ilişkileri nitelendirmek

²³⁴ UZ, *PPP*, s. 1168-1169.

üzere kullanılmakta olup, büyük çoğunluğu hukuki bir ortaklık değildir ve kamu ile özel sektör arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkileri ifade etmektedir²³⁵.

a. Sözleşmesel Kamu-Özel İşbirlikleri

Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığı ile gördürülmesi 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesine eklenen "*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" hükmü ile mümkün hale gelmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yapılan kamu-özel işbirliği sözleşmeleri ile ilgili olarak, yasal düzenlemelerinde 'özel hukuk sözleşmesi' nitelendirilmesi yapılırsa, söz konusu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olacak, aksi takdirde, sözleşmenin niteliği, içeriği dikkate alınarak belirlenecektir. KÖİ sözleşmelerinin yasal düzenlemelerde özel hukuk sözleşmesi olduğunun düzenlenmesi halinde de, uygulanacak düzenlemelerin belirlenmesi için söz konusu sözleşmenin bileşik sözleşme mi, karma sözleşme mi yoksa *sui generis* sözleşme mi olarak nitelendirilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında düzenlenen sözleşme tipleri, içerikleri ve amaçları göz önüne alınarak gruplandırılabilir. Bu şekilde incelendiğinde sözleşmeler, temlik borcu doğuran sözleşmeler, bir malın veya hakkın kullanılmasını sağlayan kullandırma sözleşmeleri, bir emek sarfını gerektiren iş görme sözleşmeleri, muhafaza (saklama) sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı olan sözleşmeler (ciddi bir iktisadi gaye olmaksızın, bir kazanç

²³⁵ EMEK, KÖİ, s. 157.

teminine veya bir iddiayı takviyeye yönelmiş sözleşmeler) ve ortak bir gayeye erişmeye yönelmiş ortaklık sözleşmeleri olarak sınıflandırılabilir²³⁶. Temlik borcu doğuran sözleşmeler, bir hakkın kesin olarak başkasına devrine yönelmiş olan sözleşmelerdir; Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında yer alan temlik borcu doğuran sözleşmeler bir şeyin mülkiyetinin başkasına naklini hedef tutan satım, trampa ve bağışlama sözleşmeleridir. Kullandırma sözleşmeleri, bir şeyin mülkiyetinin naklini, bir hakkın kesin olarak devrini değil, sadece o şey veya hakkın kullanılmasının devrini hedeflemektedirler; para ve misli eşyadan başka bir şey veya hakkın kullanılması bir ivaz karşılığında devredildiğinde kira, fikrî veya sınaî bir hakkın kullanılması devredildiğinde ise lisans sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Finansal kiralama (leasing) sözleşmesi bir çeşit kredili kullandırma sözleşmesidir. İş görme sözleşmeleri, taraflardan birinin ediminin bir iş görme olduğu, hizmet/iş sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi sözleşmelerdir. Teminat sözleşmeleri ile bir kimse bir başkasını belli bir hareket tarzına sevk etmek için bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri üzerine alır. Ortaklık sözleşmeleri ile iki veya daha ziyade kimse ortak bir gayeye erişmek için ve servetlerini birleştirmeyi borçlanmaktadır²³⁷.

Kamu-özel işbirlikleri kamu hizmetlerini ve özellikle de ileri teknoloji veya yüksek sermaye gerektiren altyapı hizmetlerini sunmak amacıyla kamu idareleri ve

²³⁶ Bu sınıflandırmaya bir kimsenin hayatı boyunca geçiminin, ard arda edimlerle karşılanmasına yönelmiş sözleşmeler, bazı sınıflandırmalarda sonuçları az çok talih ve tesadüfe bağlı olan sözleşmelerin içerisinde yer alırken, bazı sınıflandırmalarda ayrı bir başlık olarak ele alınmaktadır. KUNTALP Erden, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, (**Karışık Muhtevalı Akit**) s. 100-101; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 2-7.

²³⁷ TANDOĞAN, s. 2-7.

özel teşebbüsler arasında oluşturulan sözleşmeye dayalı ilişkilerdir²³⁸. Söz konusu ilişki kamu otoriteleri ile özel sektör arasında yeni bir tüzel kişilik oluşturulması şeklinde oluşturulduğunda bir ‘ortaklık’ ilişkisi söz konusu olmakta ve söz konusu işbirliği kurumsal kamu-özel işbirliği olarak sınıflandırılmaktadır. Ancak bunun dışında kalan olasılıklarda, taraflar arasında tamamen imzalanan sözleşmeye dayalı bir ilişki söz konusu olmakta ve tasarım, finansman, yenileme, işletme veya bir hizmetin sağlanması gibi görevlerin bir kısmının yükleniciye devredilmesini öngören ilişki sözleşmesel kamu-özel işbirliği olarak sınıflandırılmaktadır.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, tarafların diledikleri içerik ve tipte sözleşme yapabilmelerini ifade etmektedir. Sözleşmeleri teşkil eden unsurların tamamı veya bir kısmı yahut bu unsurların bir araya getirilme tarzı kanunda öngörülmemiş ise, isimsiz sözleşme söz konusu olmaktadır. İsimsiz sözleşmeler, kendisine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak iki gruba ayrılmaktadır. Kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler, sözleşmenin içeriğinin tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiç birinde bulunmayan unsurlardan meydana gelmesini ifade ederken, karma (karışık muhtevalı) sözleşmeler ise kanunda farklı sözleşme tiplerine ait unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesini ve tek bir sözleşme oluşturmasını ifade etmektedir²³⁹.

KÖİ sözleşmesi Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş isimli bir sözleşme değildir; kanunda düzenlenmiş kimi sözleşmelere ait edimlerin birleştirilmesinden oluşmaktadır ve birleştirilen edimler, yapılan KÖİ projesine göre değişiklik

²³⁸ EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 8.

²³⁹ KUNTALP, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 15 vd, 157; TANDOĞAN, s. 12.

göstermektedir. Özel hukukta KÖİ modellerinden biri olan YİD modelinin uygulanması için karma ve bileşik sözleşmelerden yararlanıldığı belirtilmektedir²⁴⁰. Ayrıca, KÖİ sözleşmelerinde, bir araya getirilen edimlerin kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait olup olmadığı dikkate alınarak, bu sözleşmeler *mixti generis* (karma sözleşme) veya *sui generis* (kendine özgü yapısı olan) sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁴¹. Dolayısıyla KÖİ sözleşmelerinin bileşik sözleşme mi, karma sözleşme mi yoksa *sui generis* sözleşme mi olarak nitelendirilmesi gerektiği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, kamu ile özel sektör arasındaki sözleşme ilişkisi, projenin gerçekleştirilmesi sürecinde planlama, yapım, işletme gibi birçok farklı aşama bulunduğu ve aynı zamanda hizmet, eser, kullanma gibi birçok sözleşme tipine ait farklı öğeler bir araya getirildiği için tek bir sözleşme tipine indirgenemez. Bu öğeler haricinde, finansal işlemlerin yürümesi için yapılan işlemlerin ve finanse edilen esas anlaşmayı destekleyen bütün ticari anlaşmaların, lisansların, sözleşmelerin, kira sözleşmelerinin ve müşterek bütün anlaşmaların dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle KÖİ sözleşmesi, tarafların, nitelikleri bakımından bağımsız ve başka başka tipte birden fazla sözleşmeyi tek bir sözleşmeymiş gibi yaptıkları isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilebilir ve bu tarz isimsiz sözleşmeler, bileşik sözleşmeler sınıfına dâhildir²⁴². Karma sözleşmelerde birden fazla tipe ait unsurlar tek bir sözleşmede bir araya getirilerek ortaya yeni bir tip çıkarılırken bileşik (mürekkep) sözleşmelerde, birbirinden bağımsız ve başka tipte birden fazla sözleşme, mahiyetlerine bir halel gelmeksizin tarafların iradesiyle, her birinin varlığı ve

²⁴⁰ SİRMEN Lale, YİD, s. 11.

²⁴¹ KAPLAN, s. 27.

²⁴² ERSÖZ, s. 45-47.

geçerliliği diğerininkine veya diğerlerinininkine tabi bir şekilde birbirine bağlanmakta ve iktisadi olarak bir bütün oluşturmaktadır²⁴³. KÖİ sözleşmeleri açısından bakıldığında, finansman unsuru, inşa unsurunun gerçekleştirilmesini; işletme unsuru da, finansmanın geri ödenmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede finansman sözleşmesindeki geri ödeme borcu, inşaat sözleşmesindeki bedel borcu ve hasılat kirasındaki kira bedeli borcu doğmadığından müstakil niteliklerini koruyan üç ayrı sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceğinden KÖİ sözleşmeleri bileşik sözleşme olarak kabul edilememektedir²⁴⁴.

Bir başka görüşe göre, KÖİ sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ana sözleşme türlerinden bir veya birkaçını ana unsurları itibariyle içerdiği için *sui generis* sözleşme değil, karma sözleşmelerdendir. Karma sözleşmede yer alan edimin düzenlendiği sözleşme tipine ilişkin hükümler, KÖİ sözleşmelerinin niteliğine ve özelliğine uygun olduğu ölçüde dolaylı olarak uygulanmalıdır²⁴⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, KÖİ sözleşmeleri *sui generis* sözleşmelerdir. Bu görüşe göre, KÖİ sözleşmelerinden biri olan YİD sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan bir değerlendirmede, yatırımcının finansmanı temin etmekte ve bizzat inşa ettiği tesisin gerek inşası gerek işletilmesi masraflarını bu finansman kaynağından karşılamakta olduğu, yani yatırım sahibi olan idarenin finansmanın tüketilmesi aşamasında asli bir rol üstlenmediği ve sadece sözleşme hükümleri dâhilinde denetleyici olabildiği belirtilmektedir. Bu nedenle, YİD'in finansman unsurunun, kendine özgü bir yapı gösterdiği ancak *sui generis* bir sözleşmenin tip unsurunu

²⁴³ TANDOĞAN, s. 75-76.

²⁴⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 97-102.

²⁴⁵ KEŞLİ, s. 214-215.

oluşturan bir edim özelliğini de haiz bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, YİD sözleşmesindeki tipik edim görüntüsündeki “inşa” açısından da, YİD modelindeki yatırımcının taahhüdünün özellik arz ettiği, yatırımcının tesisi inşa ederken istisna akdindeki bir müteahhidinkinden çok daha farklı bir amaçla hareket ettiği ve bu nedenle de, tipik edim vasıtasıyla bir tipler karışımı yaratıldığının söylenemeyeceği ve YİD sözleşmesinin karışık muhtevalı bir sözleşme sayılamayacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, YİD sözleşmelerindeki hukuki ilişkinin tamamını etkileyen ve diğer edimlerin muhtevalarının değişmesine neden olan finansman unsurunun özgünlüğü, ayrıca bu özgünlüğün bütün üzerindeki esaslı etkisi nedeniyle YİD sözleşmelerinin kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü tipik sözleşmelerin hiçbirinde mevcut olmayan unsurları içeren sözleşmeler olarak tanımlanan *sui generis* sözleşmeler grubuna dâhil edilmesi gerekmektedir²⁴⁶.

KÖİ sözleşmeleri oluşturulurken sözleşmenin unsurlarını oluşturan sözleşme tipleri müstakil niteliklerini korumadıklarından bileşik sözleşme olarak nitelendirilemezler. Ancak KÖİ sözleşmelerinin karma sözleşme mi yoksa *sui generis* sözleşme mi olduğu konusunda karar verilirken finansman unsurunun diğer bütün unsurların niteliklerini değiştirecek nitelikte olup olmadığına göre karar verilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin tipleşmesi, esaslı unsurlarının yasa veya uygulama tarafından belirlenmesiyle söz konusu olduğundan, yasada düzenlenmemiş (isimsiz) bir sözleşmenin de tipik olması mümkündür²⁴⁷. YİD sözleşmeleri, eser inşası, finansman ve işletme hakkı unsurlarından oluşan, finansman teminini amaçlayan ve tam iki

²⁴⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 106, 112.

²⁴⁷ KUNTALP, **Karışık Muhtevalı Akit**, s. 7-8.

tarafa borç yükleyen sözleşme olup YİD modeline ilişkin yasal düzenlemeler, her türlü yatırımı ve her nitelikteki yatırım sahibini kapsayacak bir genellik ve soyutluk düzeyinde olmadığı için YİD sözleşmeleri kanunla düzenlenmiş tipik bir sözleşme olarak nitelendirilemez²⁴⁸. Aynı genelleştirme diğer KÖİ modellerini düzenleyen düzenlemeler için de geçerlidir. Her bir KÖİ projesinin özelliklerine uygun olarak sözleşmenin içerisinde yer alacak unsurlar belirlendiği için KÖİ sözleşmeleri tipik sözleşmeler de değildir.

b. Kurumsal Kamu-Özel İşbirlikleri

Kurumsal kamu-özel işbirlikleri (kamu-özel ortaklıkları), idare ile bir veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya geldiği ve her birinin arazi, sermaye, fikri haklar, deneyim, teçhizat gibi çeşitli değerler getirerek bir işletme kurdukları ve bu işletme çerçevesinde hizmet ürettikleri ve gerçekleştirecek risk ve kârları paylaştıkları ortaklıklar olarak tanımlanmaktadır²⁴⁹. Kurumsal KÖİ'lerde kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği ayrı bir tüzel kişilik altında gerçekleşmektedir; bu tüzel kişiliğin kuruluşu, kamu ile özel sektörün birlikte yeni bir şirket kurması şeklinde olabileceği gibi, var olan bir kamu iktisadi teşebbüsünün özel sektöre devri ile de mümkün olabilir²⁵⁰.

Kurumsal kamu-özel işbirliklerinin de sözleşmesel kamu-özel işbirlikleri gibi uzun bir tarihi olduğu, 1602 yılında Hollanda'da kurulan ve Amsterdam

²⁴⁸ Yasal düzenlemelerin ayrıntılı açıklaması için bkz. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 67-73, 83-94.

²⁴⁹ HM Treasury, **Joint Ventures: A Guidance Note for Public Sector Bodies Forming Joint Ventures with the Private Sector**, London, 2010, (**Joint Ventures**), s. 4-5.

²⁵⁰ EC, Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), 2008/C 91/02, Brussels, 2008, s. 2; EC, Communication From The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions COM(2005) 569 final, Brussels, 2005, s. 10.

Belediyesi'nin %50 hissesine sahip olduğu Doğu Hindistan Şirketi'nin ilk kurumsal KÖİ örneklerinden biri olduğu belirtilmektedir²⁵¹.

İdarenin zamanın ekonomik koşullarına ayak uydurabilmek ve hizmet standartlarını yükseltebilmek için kamu hizmeti olarak gördüğü sektörlerde ekonominin temel öznelerini bünyesinde barındırma zorunluluğu doğmuş ve bu sebeple de sermayesinin tamamı veya bir bölümü Devlet'e ait olan ve idarenin kontrolünde bulunan birçok şirket kurularak faaliyete başlamıştır²⁵². Kurumsal KÖİ'nin var olan kamu iktisadi kuruluşunun özel sektöre devri ile oluşturulması durumunda, bu şirketlerin hisselerinin özel sektöre satılması söz konusu olmaktadır. Ancak özel şirketin hisse satın alması tek başına kurumsal KÖİ'den bahsedilebilmesi için yeterli olmayıp, özel ortağın şirket yönetimine aktif katılımı gereklidir²⁵³. Özel sektöre hisse satışı yoluyla özel sektörün stratejik (azınlık) hissedar olduğu bir stratejik ortaklık kurulabilir ya da hisselerin çoğu özel sektöre satılabilir. Birinci olasılıkta güç kamu sektörünün elindedir ve özel sektörün uzmanlığı kullanılarak KÖİ'nin işlemesi sağlanmaktadır. İkinci olasılıkta ise pay çoğunluğu özel sektörün elindedir²⁵⁴. Ancak, bir şirkette kamu, hisselerin yarısından fazlasına sahipse ve şirket kamu tarafından kontrol ediliyorsa şirket kamu şirketi olarak değerlendirileceğinden, şirketin özel hukuka tabi olması isteniyorsa şirketteki kamu

²⁵¹ KLIJN Erik-Hans, "Public-Private Partnerships in the Netherlands: Policy, Projects and Lessons", Economic Affairs, Vol: 29, Issue 1, 2009, ss. 26-32, s. 26, UZUN/YAVİLİOĞLU, s. 72'den naklen.

²⁵² UYANIK, s. 2

²⁵³ EC, IPPP, s. 4.

²⁵⁴ Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 28-29.

payının %49'u geçmemesi ve idareye hissesine oranla güçlü yetkiler tanınmaması gerekmektedir²⁵⁵.

Kamu-özel işbirliği, idarenin sahip olduğu bir şirkete özel hukuk kişinin katılmasıyla kurulabileceği gibi, taraflar arasında işbirliğini gerektiren dernek ya da başka bir yapı kurulması şeklinde de söz konusu olabilir²⁵⁶. Yeni bir şirket kurulması durumunda ortak girişim söz konusudur; kamu ile özel sektör risk ve kârı paylaşarak ortak bir işletme kurar ve her iki taraf da kendisinin uzman olduğu spesifik görevler üstlenir. Genellikle özel sektör teknik ve ticari görevleri üstlenir ve projeyi finanse eder; kamu ise proje yönetimini ve kontrolünü üstlenir²⁵⁷. Yeni bir şirket kurulması durumunda, bazı ülkelerde şirketin ihale gerçekleştikten sonra, işin kendisine ihale edilmesi halinde tüzel kişilik kazanması mümkün olabilmektedir²⁵⁸.

Yürütülecek faaliyetin bünyesinde barındırdığı ağır riskler, bu risklerin uzmanlık ve yüksek finansman gerektirmesi ve faaliyetin sürekliliği, teşebbüslerin tercih edecekleri işbirliği modeline doğrudan etki etmektedir. 'Ortak girişimler' (joint ventures), riskli faaliyetlerin, kazanç elde etme amacına yönelik olarak ortak yönetim anlayışıyla yürütülmesini konu edinen stratejik işbirliği modelleri olup, ortak girişimin konusunu oluşturan risk, tarafların koydukları özellikli sermaye unsurları aracılığıyla ve *affectio societatis* unsuru çerçevesinde aynı amaç doğrultusunda çaba göstermeleri sayesinde aşılmaya çalışılmaktadır²⁵⁹.

²⁵⁵ EVREN, s. 196.

²⁵⁶ MÖRİC Kim Éric, **Les partenariats public-privé, Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire**, Bruxelles: Larcier, 2009, s. 20.

²⁵⁷ Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 29.

²⁵⁸ EC, Green Paper, s. 19.

²⁵⁹ ALTAY, **Ortak Girişim**, s. 31-32, 38, 50.

Ortak girişimler, sözleşmesel ortak girişim veya sermayeye katılmalı ortak girişim olarak görülebilmektedir. Sözleşmesel ortak girişim, bir adi ortaklık türü olup, iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için, kâr elde etme ve paylaşma gayesiyle, katkılarını birleştirdikleri ortaklıktır²⁶⁰. Sözleşmesel ortak girişimler yaygın olarak tek bir teşebbüsün kapasitesini aşan altyapı yatırımlarında görülmekte olup kâr elde etme amacı dışında bir faaliyet yürütemezler ve girişimin ömrü genellikle yürütülen proje ile sınırlı kalmaktadır²⁶¹.

Sermayeye katılmalı ortak girişim ise adi ortaklık niteliğini taşıyan bir temel sözleşme uyarınca bir ticaret ortaklığının kurulmasına zemin hazırlamakta olup sözleşme özgürlüğü prensibinin bir yansıması olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, kurucular şirket tipinin seçilmesinde özgür iradeleriyle hareket edebilmektedirler²⁶².

Türk Hukukunda kurumsal KÖİ'lere işaret eden hükümler bulunmaktadır. Örneğin, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un (3996 sayılı Yasa) 3/1-b maddesi uyarınca sermaye şirketi "*Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) ortak olduğu ve... anonim şirketi*" ifade etmektedir.

²⁶⁰ Adi ortaklık, kişisel ögelere göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının sermayeye dayalı değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği; ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletmeyi işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 14, 40.

²⁶¹ ALTAY, **Ortak Girişim**, s. 39-40, 56-57. Ortak girişimin kendi amacı belirli bir ticari faaliyetin yürütülmesi ve bu faaliyetten kâr elde edilmesi amacına yönelik olmasa dahi, nihai olarak ortak girişim sözleşmesine taraf olan teşebbüslerin kâr elde etmesi amacına yönelmektedir.

²⁶² ALTAY, **Ortak Girişim**, s. 36, 143.

5393 sayılı Yasa'nın 18/1-i maddesi uyarınca belediye meclisleri *“Bütçe içi işletme ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar verme”* yetkisine sahiptirler. Ayrıca, 70. maddesi uyarınca *“Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir.”*

5302 sayılı Yasa'nın 52. maddesi uyarınca *“İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir.”*

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca *“(1) Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. (...) Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir. (Ek cümle: 12/11/2012-6360/10 md.) Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir”*²⁶³.

²⁶³ Anayasa Mahkemesi bu hükmün bir kısmının iptali için açılan davada “Büyükşehir belediyelerince kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, büyükşehir belediyelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağı”, kamu hizmetlerinin doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim

5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'un 6. maddesi uyarınca “ (1) Bu Kanundan yararlanmaya hak kazanan şirket ile bir iktisadi devlet teşekkülü, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde iştirak ilişkisi kurabilir.

(2) Bakanlığın görev vermesi halinde kamu şirketleri bu Kanun kapsamındaki santralleri yapabilir, yurt dışında benzer yatırımları yapabilir veya yatırımlara iştirak edebilir. Bu amaçla Bakanlar Kurulunca, yurt içinde veya yurt dışında santral kurmak, kurdurmak, işletmek ve/veya işlettirmek ve üretilen elektriğin satışını yapmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi şirket kurulmasına karar verilebilir. Bu kapsamda kurulacak şirkette özel sektör şirketlerinin hisse sahibi olmasına izin verilebilir. Kurulacak şirketin denetimi 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna göre yapılır.”

biçimine göre yürütülmesinin asıl ve olağan olduğu ancak, yasa koyucunun “kimi zaman hukuki ve fiili eşitliği sağlamak kimi zaman da kamu yararını korumak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla temel kanunlardaki prensiplere istisna teşkil eden düzenlemeler” yapabileceği ve bu kapsamda Büyükşehir belediyelerine görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabilme olanağı verildiği, “kanun koyucunun, bu şekilde doğrudan belediye meclislerince alınacak bir kararla, 2886 sayılı Kanun’da yer alan kurallara uyulmasına gerek bulunmaksızın kuralda sayılan yerlerin işletme haklarının belediye şirketlerine devrini bu alanlardaki kamu hizmetlerinin kamu yararına uygun bir şekilde yürütülmesine engel olmayacağı değerlendirmesinde bulunurken, işletme haklarını devralan şirketlerin bu haklarını 3. kişilere devrini genel kurala (2886 sayılı Kanun hükümlerine) tabi tutarak ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanması açısından kamunun yararına uygun olacağı değerlendirmesinde bulunduğu” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E.2011/63- K.2013/28. RG; 31.12.2013, sayı: 28868. Kararın eleştirisi için bkz. EVREN, s. 206-207.

Kurumsal KÖİ'ler altyapı hizmetlerinin görülmesi amacıyla kamu sermayeli yeni şirketler yaratılması anlamına gelmekte olup altyapı hizmetlerinin görülmesini özel sektöre devretme düşüncesine zıt bir geri dönüş oluşturmaktadır²⁶⁴.

2. İşbirliğinin Konusuna Göre Sınıflandırma

Kamu-özel işbirliği yöntemi, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel sektör kişileri arasında yapılan bir sözleşmeye dayanarak altyapı hizmetlerinin sunumu amacıyla özel sektörün görevlendirilmesini ifade etmekte olup, hizmet konusu mevcut ya da yapılacak tesislerin tasarımı, inşası, yenilenmesi, geliştirilmesi, değiştirilmesi ile işletmesinin, bakımının ve onarımının özel sektör tarafından sağlanarak yapılmasıdır²⁶⁵. Altyapı yatırımları, yeni altyapı yatırımlarının tasarımı, yapılması, geliştirilmesi, iyileştirilmesini veya var olan altyapı yatırımlarının üzerinde büyük yatırım/ yenileme yapılmasını gerektirmekte, altyapının bakımı, onarımı ve işletilmesini ifade etmektedir²⁶⁶. Yeni altyapı yatırımları, sıfırdan yatırım projeleri (*greenfield projects*) olarak, mevcut altyapı projeleri ise ilave yatırım projeleri (*brownfield projects*) olarak adlandırılmaktadır.

Altyapı, kamu yararına olmak üzere kullanılan tesis ve hizmetler ile doğrudan veya dolaylı olarak kamuya hizmet sağlayan maddi varlıklar olarak tanımlanabilir²⁶⁷. Kamu altyapı yatırımı, yollar, devlet binaları, köprüler gibi fiziksel altyapıya (*hard infrastructure*) ilişkin yatırımlar veya teknoloji desteği, araştırma-geliştirme ve beşeri

²⁶⁴ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 8.

²⁶⁵ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 14.

²⁶⁶ YESCOMBE, **PPP**, s. 3; UNCITRAL, **Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York: United Nations Publications, 2004, (**Model Provisions**), s. 5.

²⁶⁷ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 5.

sermaye gibi teknik altyapıya (*soft infrastructure*) ilişkin yatırımlar olabilmekte²⁶⁸, fiziksel altyapı kavramı dar ve geniş anlamda kullanılabilir. Dar anlamda altyapı, bir yatırımın gerçekleştirilebileceği yerde aranan ulaştırma, haberleşme, enerji, su gibi maddi olanakları kapsar. Geniş anlamda altyapı ise ekonominin sahip olduğu ya da olması gereken ulaştırma, haberleşme, enerji, su ve kanalizasyon gibi tesisleri, eğitim ve sağlık alanlarındaki kuruluşları, hapishaneleri ve ayrıca bu konularla ilgili bilgi ve beceriyi içine alan sosyal sabit sermayeyi ifade etmektedir. Buna göre dar anlamda altyapı, maddi veya ekonomik altyapı olarak adlandırılırken; geniş anlamda altyapı kavramı, maddi (ekonomik) altyapı yanında, eğitim ve sağlık hizmetlerini kapsayan sosyal altyapıyı da içerir²⁶⁹. Kamu-özel işbirliklerinin, hem yapım hem de işletmenin özel sektöre bırakılabildiği, yüksek geri dönüş sağladığı için özel sektörün ilgisini çeken ve hizmetten yararlananlardan doğrudan ödemelerin toplanabildiği ‘ekonomik’ altyapı projeleri için daha uygun olduğu kabul edilmektedir²⁷⁰.

Altyapının temel özellikleri, piyasa yoğunlaşmasına ve rekabet kısıtına neden olan kapsam ve ölçek tasarrufları (doğal tekeller); üretimin durdurulması halinde yatırımların satılamaması nedeniyle tamamen üstlenilmek zorunda kalınan ve bu nedenle pazara giriş kısıtı yaratan büyük (batık) maliyetler; geniş halk kitleleri tarafından kullanıldıklarından siyasi yatırım ve fiyatlandırma kararları (kamu düzenlemeleri); dışlayıcı ve rekabetçi olmadıkları için rekabetçi piyasalar tarafından

²⁶⁸ OECD, **Recommendation on Effective Public Investment Across Levels of Government**, 2014, s. 4.

²⁶⁹ AKTAN Coşkun Can/DİLEYİCİ Dilek, “Genel Olarak Altyapı Hizmetleri”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, edt. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 11-20, s. 11.

²⁷⁰ IMF, **Guarantees**, s. 7.

yeterince sağlanamamaları (kamu malları); hizmeti kullananlar dışındakilere de gösterdikleri fayda ve maliyet etkileri (şebeke dışsallıkları) olarak sıralanabilmektedir²⁷¹.

Birçok altyapı yatırımının doğal tekel niteliğinde olması, hizmetlerin kamu açısından stratejik önem taşımasının yanı sıra doğal tekellerin yasal tekellere dönüşmesi ve/veya özel sektöre bırakılması durumunda özel sektörün monopolcü kâr elde etmeye çalışması kapsamında tüketici faydasının azalması riski nedeniyle bu yatırımlara dayalı hizmetlerin sunumunda kamu aktif olarak yer almıştır. Ancak, özellikle nüfus artışı ve hızlı kentleşme yaşayan ve bunun neticesinde daha fazla altyapı yatırımına ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkelerin içerisinde bulundukları mali yetersizlik, kamunun tekelinde bulunan bu hizmetlerin gerektirdiği yatırımların yapılmasında ve sunumunda aksaklıkları da beraberinde getirmiş, altyapı yatırımının yapılmasında ve finansmanında özel sektörün de yer almasını sağlayacak görüşler ortaya çıkmıştır²⁷².

Altyapı hizmetlerinin tek bir firma tarafından yerine getirilmesi durumunda maliyetin daha düşük olması, bu faaliyetlerin doğal tekel olarak nitelendirilmesine neden olduğundan ve imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu kuruluşu, imtiyazlı şirkete altyapı hizmetlerini sağlaması için izin ve sorumluluk verdiğinden, hukuktaki imtiyaz kavramı ile iktisattaki doğal tekel kavramı birbirlerini tamamlayan kavramlardır²⁷³. Bütün imtiyaz sözleşmelerinde, bir kamu kuruluşu özel bir şirkete

²⁷¹ EMEK Uğur, “Türkiye’de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, ne zaman, nasıl?”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 24, S. 284, ss. 9-45, (Altyapı Hizmetleri), s. 15.

²⁷² GÜLNAR, s. 6.

²⁷³ EMEK Uğur, “İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, edt. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 23-35, (Doğal Tekel), s. 25-26.

(imtiyazlı şirket/doğal tekel) altyapı hizmetlerini sağlaması için izin ve sorumluluk verir. Doğal tekel/imtiyazlı şirket, imtiyaz sözleşmesinde verilen izne göre liman, havaalanı, demiryolu, boru hattı, gaz, enerji, içme suyu ve sulama, ulaşım ve telekomünikasyon gibi hizmetler sunmaktadır. İmtiyazlı şirket sunulan hizmetin işletme sorumluluğu ve ticari riskini almaktadır²⁷⁴.

Altyapı kavramı değişik yasal düzenlemelerde tanımlanmıştır. 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde altyapı tesisleri, *“köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerleri”* olarak tanımlanmıştır. 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun 2. maddesinde altyapı, *“evrensel hizmetin sağlanmasını teminen hizmetin verilebilmesi için gerektiğinde öncelikle fiziki ortamın oluşturulmasına yönelik her türlü teçhizat, ekipman, bilgisayar, yazılım ve donanım”*dır. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (m.3/1-1) elektronik haberleşme altyapısını, *“elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dâhil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçaları”* olarak tanımlamış, Yasa'nın 27. maddesinde *“İşletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesi ve bunların destekleyici ekipmanları, geçiş hakkının kullanılacağı taşınmaz üzerinde hâlihazırda bulunan, kanalizasyon, su, gaz kanalları, demiryolları, elektrik tesisleri, diğer elektronik haberleşme şebekesi ve benzeri kamu hizmeti alt yapısına zarar vermeyecek şekilde ve mesafede”* tesis edileceği düzenlemiştir. Ayrıca ‘altyapı’ kavramını

²⁷⁴ EMEK Uğur, “Özelleştirme Uygulamalarında Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 15, Nisan 2000, ss. 74-86, s. 78.

kullanmamakla birlikte kamu-özel işbirliği modellerini kapsamakta olan yasalar da dikkate alındığında, hukukumuzda KÖİ projelerinin hem fiziksel hem de teknik altyapıyı kapsayabileceği görülmektedir.

3. İşbirliğinin Finansman Şekline Göre Sınıflandırma

Özel sektör ile kamu otoritesi arasında risk dağılımının yapıldığı, finansmanın özel sektör tarafından karşılandığı ve ödeme mekanizmalarının farklılaştığı karmaşık ilişkiler²⁷⁵ olan kamu-özel işbirliklerinde, farklılaşan ödeme mekanizmaları işbirliğinin finansman şekli uyarınca sınıflandırmasında kullanılmaktadır. KÖİ modelleri, kamu otoritelerinden garanti adı altında önemli oranda finansal destek olarak, hizmetten yararlananlara doğrudan hizmet sunmak için kullanılabileceği gibi, idareye ve dolaylı olarak hizmetten yararlananlara çeşitli hizmetler sunmak şeklinde de söz konusu olabilmektedir²⁷⁶.

KÖİ projelerinde, özel sektörün gelir elde etme yöntemi değişiklik göstermektedir. İlk olasılık hizmetten yararlanarlardan tahsil edilen ücretlerle gelir elde edilmesi olup, bu tip KÖİ projeleri imtiyaz tipi projelerdir. Bu halde ücretler sözleşmede belirlenen şekilde hesaplanmakta ve gerektiğinde uyarlanmaktadır. İkinci olasılık özel sektörün gelirini idarenin yapacağı ödemelerden elde ettiği kamu alımı tipi projelerdir. Üçüncü olasılık ise KÖİ projesinde, hem idarenin doğrudan yaptığı

²⁷⁵ SON Seungwoo, Legal Analysis on Public-Private Partnerships Regarding Model PPP Rules, 2012, s. 8.

²⁷⁶ BUDINA Nina/POLACKOVA BRIXI Hana/IRWIN Timothy, **Public-Private Partnerships in the New EU Member States Managing Fiscal Risks**, World Bank Working Paper No: 114, Washington: The World Bank, 2007, s. 3.

ödemelerin hem de belirli hizmetlerin sunulmasına bağlı olarak hizmetten yararlananlardan elde edilen ücretlerin olmasıdır²⁷⁷.

Sözleşmesel KÖİ’lerde en sık kullanılan model, yüklenici ile son kullanıcı arasında doğrudan bir bağlantı bulunan ‘imtiyaz’ modelidir²⁷⁸. İmtiyaz modelinde yüklenici, kamu hizmetinin sunulması için yeni bir tesisin tasarımı, yapımı, bakımı, yönetimi, finansmanı, sözleşme sürecinde idarenin denetimi altında kamu hizmetinin işletilmesi ve ücretlerin tahsili işlerini üstlenmekte, hizmetten yararlananlardan aldığı ücret ile finansmanın geri dönüşünü elde etmekte ve imtiyaz süresinin sonunda tesisleri devretmektedir. İmtiyazların karakteristik özellikleri imtiyazcının işletme riskini üstlenmesi ve gelirinin önemli bir kısmını hizmetten yararlananlardan karşılamasıdır. Özel sektörün, üretilen mal ve hizmetleri doğrudan hizmetten yararlananlara sattığı imtiyaz modelinde, yüklenicinin, idareye imtiyaz ücreti veya kârdan pay verebileceği belirtilmektedir²⁷⁹. Ülkemizde, imtiyaz tipi KÖİ projelerinde, yüklenicinin idareye imtiyaz ücreti veya kâr payı ödemesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 3996 sayılı Yasa’nın 8/3 maddesi uyarınca, görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilmesi halinde, garanti edilen mal ve hizmet düzeyinin üzerinde talep gerçekleşmesi durumunda, hasılat paylaşımının ne şekilde yapılacağı düzenlenir.

²⁷⁷ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 25.

²⁷⁸ İmtiyaz tipi KÖİ kavramında yer alan ‘imtiyaz’ terimi, hukukumuzda kullanılmakta olan ‘kamu hizmeti imtiyazı’ kavramından farklı bir içeriğe sahip olup, yüklenici ile hizmetten yararlananlar arasında, projenin gelir akışı açısından direkt bir bağlantı olmasını, yüklenicinin, hizmetten yararlananlardan, yararlanma karşılığında ücret tahsil etmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, imtiyaz tipi KÖİ sözleşmeleri içerisinde yer almakla birlikte, imtiyaz tipi KÖİ modelleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile sınırlı değildir.

²⁷⁹ IMF, **Guarantees**, s. 5.

İmtiyaz tipi KÖİ projelerinde, harcamaların geri ödeneceğinin garanti edildiği ve risk transferinin yapılmadığı durumlarda, sözleşmecî tesisleri işletse bile, ortada imtiyaz değil, bir kamu alımı sözleşmesi olmaktadır. Benzer şekilde, yapım maliyetinin idare tarafından karşılandığı ve sözleşmecinin tesislerden yararlananlardan doğrudan bir ödeme almadığı sözleşmeler de kamu alımı sözleşmesi niteliğindedir²⁸⁰. KÖİ projelerinde idareler, ‘katkı payı’ ya da ‘gölge ücret’ olarak adlandırılan hizmetin kullanılmasına bağlı olan ödemeler yapabileceği gibi talepten bağımsız ve düzenli olarak, tesisi hizmete hazır bulundurması için kira ödemesi gibi düzenli ödemeler (elverişlilik/emre amadelik ödemesi) de yapabilmektedir. İdare tarafından yapılan katkı payı ödemesi, mal veya hizmetin bedelinin tamamen ödenmesi şeklinde ise, söz konusu proje kamu alımı tipi bir KÖİ projesiyken, idare tarafından kısmen ödeme yapılmakta ve yüklenici hizmetten yararlananlardan ücret tahsil etme yetkisine sahip olmakta ise, imtiyaz tipi bir KÖİ projesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca, imtiyazcının ödemelerini işletmeden bağımsız olarak alması halinde veya yapılan harcamaların sözleşmecî idare tarafından garanti edilmesi halinde de imtiyaz sözleşmesi değil²⁸¹, bir kamu alımı söz konusu olmaktadır.

İdare ile özel sektör arasında yapılan bir sözleşme ile idarenin ödeyeceği bir bedel karşılığında özel sektörün yapım ve/veya hizmet işlerini üstlendiği sözleşmelere kamu ihale sözleşmesi veya tedarik sözleşmesi adı verilmektedir²⁸². İmtiyaz sözleşmeleri ise kamu ihale sözleşmelerine benzeyen, ancak yapılan işin

²⁸⁰ EC, Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law, 2000/C 121/02, 2000, (Concessions), s. 3.

²⁸¹ EC, Concessions, s. 10, dn. 9.

²⁸² AB Hukukunda tedarik sözleşmeleri kamu yapım ve kamu hizmet sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır.

karşılığında sadece bu hizmetin veya yapının yüklenici tarafından işletilmesi hakkının verildiği ve böylece, işletilme hakkına bağlı olarak, yüklenicinin hizmetten yararlananlardan ücret alma hakkı elde ettiği veya işletme hakkının tanınmasının yanı sıra idare tarafından yükleniciye ilave ödeme de yapılan sözleşmelerdir. İdare tarafından yükleniciye ilave ödeme yapılması, riskin bir kısmının kamu tarafından üstlenilmesi anlamını taşımaktadır. Tedarik sözleşmeleri ile imtiyaz arasındaki farkı işletme hakkı ve işletme hakkına bağlı risklerin devri oluşturmakta olup, işletme riskinin idare üzerinde kalması halinde kamu ihale sözleşmesi söz konusu olmaktadır²⁸³. İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetinin devri sözleşmesi niteliğindeyken, hizmet alımları kamu alımlarının kapsamında kalmaktadır. Fransız Danıştay kararına göre, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde üçüncü bir kişinin yetkilendirilmesi için, kamu otoriteleri ile görevlendirilen kişi arasında, kural olarak kamu hizmetinin devri sözleşmesi; görevlendirilen kişinin ücreti, direkt olarak hizmetin sunumuna bağlı değil ise, kamu alım sözleşmesi imzalanması gerekir²⁸⁴. Hem kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde hem de hizmet alımı sözleşmelerinde idare, kamu hizmetinin yürütülmesini özel kişiye devretmektedir. Ancak, kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde yüklenici hizmetten yararlananlardan gelir elde ederken, hizmet alımı sözleşmelerinde ise idare yükleniciye ödeme yapmaktadır²⁸⁵.

²⁸³ EC, Green Paper, s. 6; CLARKE Charles M., “An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions: Does the New Concessions Directive Reflect the Court's Progressive Functional Methodology and Provide for Legal Certainty?”, EPPPL, 4/2015, ss. 273-285, s. 276.

²⁸⁴ GUGLIELMI Gilles J./KOUBI Geneviève, **Droit du service public**, 3^e ed., Paris: Montchrestien Lextenso éditions, 2011, s. 395.

²⁸⁵ TRUCHET Didier, **Droit administratif**, Paris: PUF, 2008, s. 340. Sözleşme teorisi açısından bakıldığında, günümüzde, ödemelerin dönemsel olarak yapılması veya hizmet sunumuna bağlı olarak performans temelli yapılması, kamu alım sözleşmeleri ile kamu hizmetinin devri sözleşmelerini ayırt eden esaslı unsurlardan biri değildir. Ayrıca, kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde, hizmetten yararlananlardan ücret alınması zorunlu değildir ve kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde ödeme

İşbirliği sözleşmeleri ile, kamu otoritesi ve özel sektör, yüklenicinin kamu yararına bir altyapıyı tasarlayarak yapması ve altyapıyla ilişkili hizmeti sunması için sözleşme imzalamakta, yüklenici sözleşme konusu işi finanse etmekte ve idare tarafından yapılan ödemelerle masrafını çıkarmaktadır²⁸⁶. Kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde finansal risk yüklenicinin üzerinde olduğundan, yüklenicinin hizmetin karşılığını hizmetten yararlananlardan almadığı, yükleniciye dönemsel ödeme yapılan kamu-özel işbirlikleri hizmet devri sözleşmesi niteliğinde değildir²⁸⁷. Uluslararası alanda, özellikle AB mevzuatı çerçevesinde incelendiğinde, KÖİ’lerde proje şirketinin ürettikleri idare tarafından satın alındığı için sözleşmeler kamu alımı niteliğindedir²⁸⁸. Kamu hizmetinin devri niteliğinde olan imtiyaz tipi KÖİ’ler imtiyaz sözleşmeleri ile yapılmaktadır.

Kamu-özel işbirliklerinde Fransız modeli imtiyaz tipini, İngiliz modeli ise kamu alımı tipini işaret etmektedir. Fransız modeli uzun yıllardır pek çok alanda uygulanmakta olup deneyimlerle gelişmiş bir sözleşme yapısına sahiptir. İngiliz modeli ise, kamu yatırımlarının ve hizmetlerinin özel sektör tarafından gerçekleştirildiği ve devletin asli görevlerine odaklanması gerektiği anlayışına dayanan, risk transferi ve paranın karşılığının alınması ilkelerine odaklanan ‘Özel Finansman Girişimi’ne dayanmakta ve kamu alımı niteliği taşımaktadır²⁸⁹. AB’de doğrudan ekonomik çıkar getiren bir işin özel kişiye yaptırılması kamu alımı olarak

mekanizmasının hizmet sunumuna bağlı olması, risklerin taraflar arasında dağılımında etki göstermektedir. GUGLIELMI/KOUBI, s. 418- 422.

²⁸⁶ GAUDEMET Yves, “*Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique*”, BJCP, No: 36, 2004, ss. 331-339, s. 331.

²⁸⁷ ESPLUGAS Pierre, **Le Service Public**, 3^e ed., Paris: Dalloz, 2012, s. 90, 95-96.

²⁸⁸ MÖRİC, s. 23; INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, s. 16. KÖİ modelleri için ‘kamu ödemeli imtiyaz’ nitelemesi yapılmıştır. LIGNIÈRES Paul, **Partenariats public-privé**, 2^e ed., Paris: Litec, 2005, s. 118.

²⁸⁹ UNECE, **Guideline**, s. 10, dn. 4.

nitelendirme için yeterliken Fransız Hukukunda ayrıca projenin kamu tarafından yürütülmesi koşulu aranmaktadır²⁹⁰. Fransız modelinin geleneksel KÖİ'yi, İngiliz modelinin ise, yeni nesil KÖİ'yi temsil ettiği; yeni nesil KÖİ'lerde, devletin hem kamu hizmetlerinin sunulmasında 'müşteri' olduğu hem de düzenleme, denetleme rollerini üstlendiği belirtilmektedir. Yeni nesil KÖİ, özel sektör tarafından kamu hizmetlerinin sunulmasında ve finansmanındaki engellerin kaldırılmasını öngörmekte, devletin hizmetlerin sunulmasında özel sektörle işbirliği ilişkisi içerisinde olmasını gerektirmekte ve imtiyaz modelinin yanı sıra farklı formlarda da gelişmektedir²⁹¹.

KÖİ sözleşmelerinde, yükleniciye hem işletme hakkı verildiği hem de idare tarafından ek ödeme yapıldığı takdirde, sözleşmenin imtiyaz niteliğinde mi yoksa kamu alımı niteliğinde mi olduğunun tespiti her zaman kolay olmadığından, ihale usullerinin ortak olarak düzenlenmesi önerilmektedir²⁹².

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde uygulanacak olan hukuk, yöntemin kamu alımı veya imtiyaz olmasına göre değişiklik göstermektedir²⁹³. Ancak Türk Hukuku açısından incelendiğinde imtiyaz tipi KÖİ ve kamu alımı tipi KÖİ ayrımı bulunmamakta, projelere uygulanacak yasal düzenlemeler sektörel olarak veya KÖİ modelleri esas alınarak hazırlanmaktadır.

Ülkemizde YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde üretilen yapım işleri veya hizmetlerin tamamını kamu kurumlarının satın almasını öngören sözleşmeler imtiyaz

²⁹⁰ AMILHAT, s. 113.

²⁹¹ ALİCAN, s. 45.

²⁹² EC, Green Paper, s. 12.

²⁹³ EC, Commission Staff Working Document: FAQ concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, SEC (2007) 1514, Brussels, 2007, (FAQ), soru 2.1.

sözleşmeleri yerine esasen kamu alım sözleşmelerinin unsurlarını içermektedir.

Ayrıca özel kişilerce yaptırılacak sağlık tesislerinin Sağlık Bakanlığınca en fazla 49 yıllığına kiralanmasını öngören YKD yöntemi de yasada KÖİ yöntemi olarak nitelendirilmesine rağmen, tesis kiralanmasına yönelik kamu alımına benzemektedir. Çünkü bu sözleşmeler, kamu alımlarında olduğu gibi, kamu kurumlarının kendi sorumluluklarında gerçekleştirecekleri (elektrik ve sağlık) işleri için özel sektörden ücreti karşılığında alım yapmasını öngörmektedir²⁹⁴.

III. Kamu-Özel İşbirliklerinin Diğer Uygulamalarla Karşılaştırılması

Kamu hizmeti ile piyasa arasında ilişki kurarak kamu hizmetinin piyasa kurallarına açılması, özelleştirme, imtiyaz ve kamu alımları ile mümkün olmaktadır²⁹⁵. Kamu ihalelerinde özel sektör hizmet alanının dışında yer almakta ve kısa süreli ilişkiler kurulmaktayken, imtiyaz yönteminde özel sektörün kamu hizmeti alanının içerisinde yer alması ve idare ile uzun süreli bir ilişki kurması söz konusudur. Ayrıca, imtiyaz yönteminde hizmetin bedeli hizmetten yararlananlardan

²⁹⁴ EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 49, dn. 77.

²⁹⁵ Bir başka görüşe göre kamu hizmeti-piyasa ilişkisi dört şekilde kurulabilmektedir. Bunlar kamu alımları, imtiyaz, piyasa aktörlerinin kamu hizmeti alanındaki üretim sürecini parçalayarak çekirdek üretimin idarede bırakıldığı iddiasıyla parçalardaki üretimi özel girişimcilere yaptırılması suretiyle özel girişimcilerin idare tarafından gerçekleştirilen üretimin mekanına yerleşmeleri ve kısa süreli olduğu düşünülen ilişkilerinin yenilenen sözleşmelerle uzatılması, ve son olarak kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek üretim için gerekli olan altyapının idarece müteahhidin kiracısı olarak kullanılmak üzere yapım işi ve bu iş karşılığında çekirdek hizmet dışındaki hizmet parçalarının özel girişimciye yaptırılması şeklinde görülen eksik imtiyaz yöntemidir. KARAHANOGULLARI Onur, *"Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)"*, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, ss. 177-215, *(Eksik İmtiyaz)*, s. 179-181. İdare ile özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmelerin, kamu idaresinin özel kişilerin mal veya hizmetlerini satın aldığı kamu alımı sözleşmeleri, idarenin kamu yararı görevini özel bir kişiye emanet ettiği işbirliği sözleşmeleri ve idarenin özel kişilere hizmet verme imkânı sağladığı dağıtım sözleşmeleri olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. AKDOĞAN Muzaffer, *Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, *(Kamu Alımları)*, 108. Ancak böylesi bir sınıflandırma imtiyaz sözleşmeleri ile işbirliği sözleşmelerinin karışmasına neden olmaktadır.

tahsil edildiği için devlet bütçesine bir yük getirmezken, kamu ihalelerinde, devlet hizmeti satın aldığından kamu maliyesi anlamında bir gider kalemi söz konusu olmaktadır²⁹⁶. Özelleştirme ise mevcut kamu kuruluşlarının özel sektöre devri anlamında dar olarak kullanılabildiği gibi özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumu alanına girmesini ifade etmek için geniş anlamda da kullanılabilmektedir. Kamu-özel işbirlikleri geniş anlamda özelleştirme uygulamaları içerisinde yer almaktadır.

Özelleştirme, mevcut kamu kuruluşlarının özelleştirilmesi veya özel sektör kuruluşlarının pazara giriş engellerinin kaldırılması (deregülasyon) anlamında kullanılabilmektedir. Kamu hizmetlerinin emanet yöntemiyle sunulması yani hizmetleri doğrudan kamu kuruluşlarının üstlenmesi durumunda, özel sektör, kamu alımları mevzuatı çerçevesinde kamu kuruluşlarına mal, hizmet ve yapım işlerinin tedarikinde destek işlevi görmektedir. Bir tarafında özelleştirmenin diğer tarafında geleneksel kamu alımlarının bulunduğu iki yöntemin arasında ise kamu-özel işbirlikleri yer almaktadır²⁹⁷. Geleneksel kamu alımlarında (*public procurement*) idareler kendileri ile hukuki bağları bulunmayan ve sermayelerinin en azından bir kısmına özel teşebbüslerin sahip olduğu şirketlerden ücreti karşılığında mal, hizmet veya yapım işleri satın almaktadır. Dar anlamda özelleştirme olarak adlandırılan kamu hizmetini sunmakla görevlendirilen kuruluşların özelleştirilmesi veya geniş anlamda özelleştirme kapsamında ele alınan ilgili hizmeti özel sektör kuruluşlarının sağlamasına izin verilmesi durumlarında, bu şirketlerin faaliyetleri kamu düzenlemeleri ile denetlenmektedir. Özelleştirme ile KÖİ arasındaki ayrım, yapının

²⁹⁶ TOPRAK, s. 14-15.

²⁹⁷ EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 46; ALİCAN, s. 21. Özel mal ve hizmet alanlarının özelleştirme sözleşmesine, tam kamusal mal ve hizmetlerin kamu ihale kanununa tabi olması gerektiği, ikisi arasında kalan yarı kamusal mal ve hizmetlerin ise KÖİ sözleşmelerine konu edildiği savunulmaktadır. KEŞLİ, s. 46, 49.

mülkiyeti, kamunun üretilen hizmetin miktarı, kalitesi ve bedeli üzerindeki denetimine göre belirlenmekte²⁹⁸, KÖİ projelerinde özel sektörün katılımıyla yeni bir şirket oluşturulmakta ve bu şirket kamu idaresiyle uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde kamu hizmetlerini sunmaktadır. Kamunun, özel sektör kuruluşları ile işbirliğine gittiği KÖİ projelerin amacı, kamu hizmetleri için gerekli yatırımları özel finansman ile gerçekleştirmek, hizmet sunumunda özel sektörün teknik ve kurumsal becerilerinden istifade etmek ve risklerin özel sektör tarafından üstlenilmesini sağlamaktır. Ancak, projenin niteliğine göre, devlet özel işletmecinin arz ve maliyet yönlü risklerini paylaşabilmektedir²⁹⁹.

Geleneksel ihale yöntemlerinden farklı olarak, KÖİ modelinde, özel sektör tarafından sunulacak hizmetlerden elde edilmesi beklenen çıktılar ve standartlar idareler tarafından belirlenmektedir ve böylece kamu idareleri, projelerin tasarım, mühendislik işleri veya işletimine ilişkin işler yerine, sunulacak hizmetlerin niteliğine odaklanmaktadır³⁰⁰. Kamu-özel işbirliğinde özel sektörün hem hizmeti hem de finansmanı sağlaması modeli geleneksel kamu alımlarından farklılaştırmaktadır. Ayrıca, özelleştirmeye bir kamusal varlık ve kamusal iş özel sektöre devredilirken, KÖİ modellerinde yeni bir hizmet alanı ve iş yaratılabildiği için model özelleştirmeye de farklılaşmaktadır³⁰¹.

²⁹⁸ ENGLISH, s. 251.

²⁹⁹ EMEK, *KÖİ*, s. 156; EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 8.

³⁰⁰ ALİCAN, s. 22.

³⁰¹ YALÇIN, *Kamu-Özel İşbirlikleri*, s. 72.

A. Kamu Alımları

Devlet ekonomiye harcama yoluyla veya düzenleme yoluyla müdahale edebilmektedir. Kamunun gereksinim duyduğu mal, hizmet veya yapım işlerini özel kişilerden belirli usullerle ve belli bir bedel karşılığında satın alması anlamına gelen kamu alımları, kamu harcamaları yoluyla müdahalede en önemli konuyu oluşturmaktadır³⁰².

Kamu hizmetlerini özel kişilere gördürdüğü kamu yatırımları suretiyle sermaye birikimi oluşturduğundan Devletin piyasaya ihtiyacı varken, piyasanın da kamu hizmetinin sunumunda dış kaynak kullanılması nedeniyle Devlete ihtiyacı bulunmakta, kamu alımları politikası aracılığıyla Devlet ile piyasanın karşılıklı bağımlılığının kurulması, bu sistemin sürdürülmesi için de bazı unsurların varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede özellikle gelişmiş ülkelerde tartışılan sürdürülebilir kamu alımları kavramı, iktisadi, sosyal ve çevresel olmak üzere üç temel bileşen üzerine inşa edilmektedir³⁰³.

Kamu-özel işbirlikleri, devletin hizmet sunumunda, geleneksel kamu alımına göre harcama verimliliğini artırmayı amaçlayan bir hizmet sunum yöntemidir³⁰⁴. Kamu harcamalarının azaltılarak, harcama verimliliğinin arttırılması beklentisi, kamu hizmeti yürütümünün daha az maliyetle yapılmasının yöntemlerinin araştırılmasına ve kamu politikalarında değişiklik yaşanmasına neden olmuştur. Bu bağlamda Devlet tarafından yürütülen hizmetlerin azaltılması, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde dış kaynak kullanılması ve kamuda taşeron çalıştırmaya hukuki dayanak kazandırılması

³⁰² TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 367; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 50

³⁰³ TOPRAK, s. 134-174, 178.

³⁰⁴ GÜNGÖR, s. 13.

söz konusu olmuş; kamu politikası değişiminin bir ayağını hukuki ve yönetsel boyutlarıyla yapısal bir değişime işaret eden kamu alımları politikası oluşturmuştur. Kamu-özel işbirlikleri de bu kamu alımları politikasının bir parçasını oluşturmaktadır³⁰⁵. KÖİ'ler, konularına göre, mal veya hizmet alımı veyahut yapım işlerini içeren kamu alımları ile kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemleri ve değişik finansman yöntemlerinin özelliklerini içeren şemsiye bir kavram olduğundan³⁰⁶, farklı uygulamalarla ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

Klasik (geleneksel) kamu alımlarında, idare ihtiyaçlarını genellikle girdi temelli şartnameler hazırlayarak belirlemekte, kamunun parası kullanılmakta ve taraflar arasında kısa süreli sözleşmeler akdedilmektedir³⁰⁷. KÖİ sözleşmeleri öncelikle uzun süreli olması nedeniyle klasik kamu alımlarından farklılaşmaktadır. Ayrıca idare, klasik kamu alımlarında hizmetin sağlanması için özel sektörün yapması gereken işi belirlerken, KÖİ projelerinde ihtiyaçlarını çıktılar, performans seviyesi ve sözleşme süresince sağlanacak standartlar şeklinde belirlemekte, özel sektör bu belirlemelere göre hizmetin nasıl görüleceğini tayin ederek gerekli tüm girdileri sağlamak ve içsel riskleri üstlenmektedir³⁰⁸. Bu sayede kamu sektörünün ihtiyaçlarını karşılayacak yenilikçi çözümler bulmaları ve maliyet tasarrufu

³⁰⁵ TOPRAK, s. 89, 124-125. Kamu kurum ve kuruluşlarının bizzat kendilerinin yapmakla veya yaptırmakla görevli oldukları yatırım ve hizmetleri özel sektör eliyle yaptırıp gördürmeleri, AB Hukuku'nda kamu alımlarının bir parçası olarak nitelendirilmektedir. KÖİ uygulamaları da, uzun süreli sözleşme ilişkisine dayanan bir kamu alımı yöntemidir. Türk Hukuku'nda da AB ile müzakereler kapsamında Kamu İhale Hukuku ifadesinin yerini Kamu Alımları Hukuku'nun alması söz konusu olabilir. TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 10.

³⁰⁶ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 219.

³⁰⁷ HM Treasury, **Procurement**, s. 17.

³⁰⁸ CALLEJA Antoinette, *"The Legal and Policy Considerations in the Award of Public-Private Partnerships"*, EPPPL, 2/2010, ss. 97-105, s. 100-101; TVARNØ Christina D., "Presentation of the PPP concept", **Public-Private Partnerships: An international analysis - from a legal and economic perspective**, Asia Link Project 2010, ss. 23-44, (PPP concept), s. 27; Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 50.

sağlayacak alternatif yöntemler önermeleri için özel sektöre daha fazla imkân sağlanmaktadır³⁰⁹. Performansa dayalı ve teşvik odaklı KÖİ sözleşmeleriyle, tasarım, yapım, işletim ve bakım sorumlulukları görevli teşebbüslere bırakılarak altyapı yatırımlarında sıkça rastlanan beklenmedik maliyet artışları ve süre uzatımı riskleri idareden özel teşebbüslere aktarılmaktadır³¹⁰.

KÖİ projelerinde sözleşmenin süresi uzun olduğu ve farklı unsurlar bağlantılanarak ihale yapıldığı için, yükleniciler kendi çıkarları için en yüksek verimlilik ve etkinliğe güdülenmektedir. Yükleniciler, inşaat tamamladığında gelire kavuşabileceğinden, bir yandan yatırımı en hızlı sürede ve öngörülen bütçe içinde yapmaya çalışmakta, diğer yandan, yatırımı, işletme döneminde bakım maliyeti düşük olacak kalitede gerçekleştirmeye çalışmaktadır³¹¹. Yüklenicilerin en uygun maliyetle çalıştırabilecekleri yapıyı yapma güdüsüyle hareket etmeleri, hizmet ve bakım maliyetleri ile işletme dönemi giderlerinin daha düşük olmasını sağlamaktadır³¹². Ayrıca klasik kamu alımı yerine KÖİ modeli tercih edildiğinde iç verim oranı artmakta, sözleşme konusu iş daha kısa sürede işletmeye alınmakta,

³⁰⁹ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 153.

³¹⁰ EMEK Uğur, **Altyapı Yatırımlarında Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri**, İstanbul: İktisadi Araştırmalar Vakfı, 2010, **(KÖİ Yöntemleri)**, s. 44.

³¹¹ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 11.

³¹² Klasik kamu alımı ile kamu özel işbirliğini yapım ve işletme unsurları kapsamında karşılaştıran bir çalışmaya göre, klasik kamu alımı söz konusu olduğunda, yani her iki iş için ayrı ihaleler yapıldığında, istekliler her bir unsur için daha düşük maliyetli olasılığı tercih ederken, unsurların birbirine bağlanarak tek bir iş olarak ihaleye çıktığında, her iki unsur için de yüksek kaliteli olasılığı tercih etmektedirler. Dolayısıyla KÖİ yöntemi, klasik kamu alımları yöntemine göre, isteklilerin yatırım yapma isteğini yükseltmektedir. HOPPE Eva I./KUSTERER David J./SCHMITZ Patrick W., *“Public–Private Partnerships versus Traditional Procurement: An Experimental Investigation”*, Journal of Economic Behavior & Organization, No: 89, 2013, ss. 145-166, s. 151, 164.

işletme döneminde çeşitli performans ölçütleri ile hizmet kalitesi daha yüksek tutulmaktadır³¹³.

Hukukumuzda kamu ihaleleri iki temel yasa ile düzenlenmiştir. Kamunun harcama yapmasını gerektiren kamu alımları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, mal³¹⁴ ve hizmet³¹⁵ alımları ile yapım³¹⁶ işleri olarak düzenlenmiş olup, bunlar dışında kalan satım, trampa, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi kamuya gelir sağlayıcı ihale işleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na (2886 sayılı Yasa) tabidir. Kamu-özel işbirliklerinde kamuya gelir sağlama amacıyla hareket edilmediğinden, KÖİ'lerin kamu alımları ile ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Bir görüşe göre, KÖİ uygulamalarında idarenin alıcı durumunda bulunduğu mal, hizmet alımı veya yapım işi ihalesi yapılmadığından, aksine idare bir projeyi yaptıran durumda olduğundan Kamu İhale Kanunu uygulanabilir değildir. AB düzeyinde KÖİ'lerin kamu alımları ile aynı kurallara tabi tutulmuş olması ihale usullerinin ve ihale süreçlerinin AB düzeyinde yeknesaklaştırılması amacına yönelik olup; bir tarafta kamunun öz kaynaklarından finanse ettiği kamu alımları ile diğer

³¹³ ÇEKİRGE Halis Levent, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu Özel Sektör Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının İncelenmesi**, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 34-38; TVARNØ, PPP concept, s. 27.

³¹⁴ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca 'mal', satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları ifade etmektedir.

³¹⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca 'hizmet', bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri ifade etmektedir.

³¹⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca 'yapım', bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, viyadük, spor tesisi, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade etmektedir.

tarafıta özel sektörun finanse ettiği KÖİ projelerinde birbirine zıt finans akışı³¹⁷ bulunduğu gerçeğini ve birbirine taban tabana zıt olan iktisadi fonksiyonlarını deęiřtirmemektedir³¹⁸. Oysaki, AB düzeyinde amaç bir görevin veya işin üçüncü kişiye devredilmesi için verilen kararlara uygulanacak kuralların belirlenmesi olup; elden çıkarılacak iş veya görevin belirlenmesi ve üçüncü kişiye devri kararı üye devletlerin kendi yetki alanında olmaya devam etmekte, kamu alım kuralları içerisinde imtiyazlar özellik göstermektedir³¹⁹. AB düzeyinde hem klasik kamu alımları hem de imtiyazlar, kamu alımları politikaları içerisinde yer aldığından, kamu alımları ile KÖİ projelerini keskin sınırlarla ayırmak mümkün görünmemektedir.

Hukukumuzda, kamu hizmetlerinin tesislerinin kurdurulmasında özel kişilerden yararlanılmasını ifade eden bayındırlık hizmeti imtiyazı, 4734 sayılı Yasa kapsamında ‘yapım’ işi olarak yapılmakta ve imtiyaz kapsamında değerlendirilmemekte, istisna akdi olarak nitelendirilmektedir³²⁰. Öte yandan hizmet alımı ihalesi, süreklilik arz eden bir kamu hizmetinin görölmesi için, Devlet bütçesinden karşılanan kaynak yardımıyla, işin sorumluluğu Devlet tüzel kişiliğinde kalmak şartıyla ifanın özel hukuk kişisine bırakılması olarak tanımlanmaktadır. Hizmet alımı ihalesine konu olabilecek hizmetler, idari işleyişle ilgili hizmetler ve kamu hizmetinin kullanımına yönelik hizmetler olarak farklılaşmaktadır. İdari işleyişle ilgili hizmetler, hizmet yeri temizliği, yemek hazırlama ve dağıtım, personel taşıma, çeşitli cihazların tamiri, bilgisayar sistemlerinin bakım ve onarımı, araç

³¹⁷ Klasik kamu alım süreçlerinde, sözleşmecı idare, projenin tasarım ve yapım aşamasında dışa dönük sermaye sağlamaktayken, KÖİ projelerinde özel sektör finansmanı sağlamakta, yüksek dışa dönük sermaye harcamalarını geleneksel projelerle birleştirerek kamu otoritelerinin yaptığı hizmet ödemelerini tekerrür eden servis ödemeleri akışına çevirmektedir. Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 47.

³¹⁸ KEŞLİ, s. 58, 60, 129.

³¹⁹ EC, Green Paper, s. 7; EC, FAQ, soru 1.1; Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 34.

³²⁰ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 327.

kiralama, yazılım kiralama gibi taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması, sigorta gibi idarenin iç işleyişine yönelik hizmetler ile, denetim ve kontrollük, proje işleri, mühendislik ve mimarlık hizmetleri gibi yapımla ilgili yardımcı hizmetlerden oluşmaktadır³²¹.

KÖİ ilişkisinden bahsedilebilmesi için bir tesisin inşası, yenilenmesi, bakımı veya onarımı gibi mali kaynak gerektirecek bir yapım işi ile bu tesiste sunulacak olan kamu hizmetlerinin veya destek hizmetlerin özel sektörcü üretilmesi işinin birlikte ihale edilmesi gerekmektedir. KÖİ projelerinin karakteristik özelliklerinden birini, unsurların birbirleriyle bağlantılı olarak ihale edilmesi oluşturmaktayken, 4734 sayılı Yasa'nın 5/2 maddesi uyarınca aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birlikte ihale edilememektedir. KÖİ projesi ile birden fazla yetki ve sorumluluk bir arada proje şirketine bırakılmazsa, özel sektörün büyük bir yatırım yapma gerekliliği yoksa ortada bir tedarik sözleşmesi olduğundan bahsedilebilir³²². Ayrıca 4734 sayılı Yasa uyarınca imzalanacak olan hizmet alım sözleşmelerinde, kural olarak, çekirdek hizmet değil yan hizmetler ihale konusu yapılırken KÖİ projelerinde çekirdek hizmetin sunumu da ihale konusu yapılabilmektedir. Ancak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 36'da çekirdek hizmetin hizmet alım ihalesine konu olabileceği düzenlenmiştir. Öte yandan 6428 sayılı Yasa uyarınca yapılan KÖİ projelerinde de çekirdek hizmet idare tarafından sunulurken, proje şirketinin yan hizmetleri sunması söz konusu olmaktadır. Ayrıca 4734 sayılı Yasa'nın 62/1-c maddesi dikkate alındığında³²³, KÖİ sözleşmelerine

³²¹ TOPRAK, s. 90, 114 vd.

³²² EVREN, s. 53.

³²³ "Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İhale konusu yapım işinin

konu olabilecek altyapı tesislerinin yapım sözleşmesine de konu olabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, KÖİ'lerin 4734 sayılı Yasa kapsamındaki işlerle bağlantılı olduğu ve kesin sınırlarla ayrılamayacağı görülmektedir.

Ayrıca, kamu alımlarını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenmiş olan ve Devletin ödeme yaptığı ihalelerle eşdeğer tutmak, kamu alımlarını kamu harcamalarının alt başlığına indirmek anlamını taşıyacaktır. Oysaki kamu alımları, en geniş anlamıyla kamusal bir ihtiyacın tedarik edilmesinin kurallarını belirlemekte olup, kamu hizmeti sunumuyla ilgili olarak, Devletin hizmet sunumuna ilişkin herhangi bir ihtiyacı tespit etmesi, bu ihtiyacı gidermek için ihale işlemleri yürüterek teklif toplaması ve ihale sonucunda bir yüklenici seçerek sözleşme imzalaması, kamu alımlarının üç temel ögesidir³²⁴. Bu çerçevede, kamu-özel işbirlikleri klasik kamu alımlarından farklı olmakla birlikte, geniş anlamda kamu alımları içerisinde yer almaktadır.

B. Özelleştirme

Özelleştirme kavramı farklı anlamlarda kullanılabilmektedir. Bir anlamıyla özelleştirme idarenin bazı faaliyetlerden tamamen çekilmesini ve sadece kolluk denetimi yaparak piyasada rekabet şartlarını sağlamasını, faaliyetin ise özel girişim özgürlüğü kapsamında serbest bırakılmasını ifade etmektedir. İlgili piyasada deregülasyon yapılmakta, piyasaya giriş engelleri kaldırılmakta ve söz konusu piyasa özel teşebbüslere bırakılmaktadır. Diğer bir anlamıyla özelleştirme kamu mallarının

özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir..."

³²⁴ TOPRAK, s. 3, 98.

satılmak suretiyle ekonomiye sokulması anlamında kullanılmaktadır. Ayrıca kamu hizmeti niteliğine karşı çıkılmayan kimi faaliyetlerin emanet usulü ile bizzat kamu otoritelerince görülmesine son verilerek, özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinin görülmesine katılması (*delegation de service public*) da özelleştirme olarak değerlendirilmektedir³²⁵.

Özelleştirmenin ortaya çıkmasında eylemsel (pragmatik), ekonomik, felsefi, ticari ve popülist nedenler bulunmaktadır. Eylemsel olarak özelleştirme, üretimi arttırarak maliyet etkin bir idare yapısı oluşturma isteğinden kaynaklanmakta, bu isteğin ortaya çıkmasında ise idari faaliyetlerin fiyatlarının yükselmesine paralel olarak toplumun da daha fazla vergi ödemek istememesi rol oynamaktadır. Ekonomik açıdan, kamu fonlarındaki daralmaya paralel olarak bireylerin ekonomik refahları yükselmiş ve ödünç almaktansa satın alma tercihleri artmıştır. Özelleştirmenin felsefi (ideolojik) temeli idarenin küçüldükçe daha etkin hareket edeceği varsayımına dayanmaktadır. Ticari açıdan özelleştirmenin arkasında, özel sektörün aslında kendisinin yapabileceği işleri idarenin kamu görevlilerine yaptırmaması gerektiği yönündeki düşünce ile bu piyasalarda var olma isteği yer almaktadır. Popülist açıdan ise geniş devlet ya da özel sektör yapılanmasından kaynaklanan bürokrasiyi azaltarak bireylerin ortak ihtiyaçlarını rahatça karşılayabilecekleri bir toplum yaratma düşüncesi yer almaktadır³²⁶. Bu çerçevede ortaya çıkan özelleştirmeler ile, piyasada özel sektörün ağırlığı arttırılarak, pazarın hareketlendirilmesi ve böylece oluşacak ekonomik artıları çoğaltmak ya da sektörleri

³²⁵ GÜLAN, *Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, s. 100-101.

³²⁶ SAVAS, s. 5-14.

şirketlere açarak verimliliği arttırmak suretiyle kamu yararının sağlanması amaçlanmaktadır³²⁷.

Genel olarak özelleştirme kavramı, dar anlamda özelleştirme ve geniş anlamda özelleştirme olmak üzere iki şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda özelleştirme kavramı ile kamu iktisadi teşebbüslerinin hisselerinin kısmen veya tamamen özel kişilere devri³²⁸; geniş anlamda özelleştirme kavramı ile de, KİT hisselerinin özel kesime devrinin yanı sıra yönetimin veya işletmenin özel kişilere devri, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel işbirliği gibi farklı uygulamalar da anlatılmaktadır³²⁹. Geniş anlamda özelleştirmede mülkiyet, sorumluluk, finansman,

³²⁷ ÇAKMAK Naci Münci, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 383. 4046 sayılı Yasa'nın 1/A maddesine göre özelleştirme, "ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için" yapılmaktadır. Altyapıya özel sektörün katılımı da esas olarak özelleştirmedeki 'özel sektörün verimliliğini elde etme' amacına ulaşmayı hedeflediğinden, temel olarak özelleştirme anlayışına dayanmak durumundadır. Bu çerçevede mümkün olduğu ölçüde uzun vadeli sözleşme imzalanmasından kaçınılmalı ve yatırımı yaparak kamuya hizmet verecek özel sektör kuruluşunun olabildiğince serbest rekabet kuralları çerçevesinde ticari riski üstlenerek faaliyet göstermesi sağlanmalıdır. Serbest rekabetin mümkün olmadığı doğal tekel niteliğindeki sektörlerde ise fiyatların tespitini regüle eden, ilgili şirketin her türlü maliyetini tüketiciye doğrudan aktarabilmesine olanak tanımayan ve böylece şirketin verimli çalışmasını gözeten bir düzenleyici kurum marifetiyle aynı sonuca varılabilecektir. ÇAL, *Kamu Hizmeti Kavramı*, s. 170-171.

³²⁸ Dar anlamda özelleştirmenin teorik temelleri, üretim araçlarının devlete mi yoksa fertlere mi ait olduğunda daha etkili ve verimli kullanılacağı tartışmasına dayanmakta, 'kamu tercihi teorisi' olarak ifade edilen Friedman Matrisi ile şekillenen mantık örgüsü, verimliliğin ve kalitenin düşük, maliyetin ve istihdamın yüksek olduğu kamu işletmeciliğinden, verimliliğin ve kalitenin en düşük maliyet ve personel ile sağlandığı özel sektör işletmeciliğine hareket edilmesini gerektirmekte, bu da KİT'lerin özelleştirilmesi için temel gerekçelerden birini oluşturmaktadır. YALOVA, s. 13-15.

³²⁹ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 384; YASİN, s. 2, 4-5; AKTAN/DİLEYİCİ, Altyapı Reformu, s. 52; Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, "La privatisation d'entreprises et d'activités publiques" Recommandation No: R(93)7.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=577513&SecMode=1&DocId=611434&Usage=2>; KARAHANOGULLARI Onur, "Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, ss. 279-323, (Yargısal Denetim), s. 280. Özelleştirme kavramının hizmetin görülmesinde özel kesimden yararlanılması anlamı dışında, hukuki rejimin özelleştirilmesini ifade etmek için de kullanılabileceği belirtilmektedir. Hukuki rejimin özelleştirilmesi ile sınai veya ticari kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında esas olarak özel hukuk rejiminin uygulanması, kamusal yürütüm unsurlarının ise kamulaştırma, idari sözleşmeler, tek yanlı idari işlemler ve kamu personeli çalıştırma gibi alanlarda sınırlı olarak görülmesi şeklinde ifade edilmektedir. KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 298, 316.

faaliyet ve/veya işletmenin kamu dışındaki organizasyonlara ya da bireylere geçmesi söz konusu olmakta³³⁰, dar anlamda özelleştirmede ise, bir kamu teşebbüsüne ait hisse senetleri ya da diğer menkul kıymetler özel sektöre ihraç edilerek, o teşebbüsün kontrolünden vazgeçilmesi³³¹ suretiyle devletin hizmetlerden çekilmesi ve küçülmesi amaçlanmaktadır.

Dar anlamda özelleştirme ile kamu sektöründeki yasal tekellere son verilerek piyasa ekonomisinin hacminin genişletildiği ve piyasa güçlerinin serbestçe işleminin sağlandığı savunulmaktadır³³². Ancak, piyasanın yetersiz olduğu durumlarda özelleştirme ile kamu yararını sağlamak mümkün olmayacağından tam rekabet koşullarının geçerli olduğu bir ortama ihtiyaç vardır. Aksi takdirde özelleştirmenin tüketici refahını artırarak kamu yararını sağlaması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, serbestleştirme yoluna gidilmeksizin özelleştirme yapılması durumunda, kamu tekellerinin özel tekele dönüşmesi söz konusu olacak ve bu durum da tüketici refahının azalmasına neden olacaktır³³³. Özelleştirme ve serbestleştirme uygulamaları kamusal düzenlemelerin ortadan kaldırılıp, *laissez-faire* düzenine dönüş anlamına gelmemektedir. Aksine, devletin işletmecilik faaliyetleri

³³⁰ MARTIN, s. 3. Örneğin sağlık alanında geniş anlamda özelleştirme ile, sağlık sektöründe ve sağlık hizmetlerinin sunumunda özel sektörün rolünün artırılması, serbest rekabet koşulları içerisinde vatandaşların istediği doktoru, hastaneyi seçebilme hakkının bulunması ve özel sektör sunum ve finansmanına geçişi sağlayan hükümet stratejileri ifade edilmektedir. ERDEM, s. 20.

³³¹ EUROSTAT, **Manuel SEC95 pour le déficit public et la dette publique**, s. 35.

³³² YASİN, s. 3.

³³³ YAŞAR Süleyman, **Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s. 35. Anayasa Mahkemesi’ne göre “Kamu tekeli durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet’in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir. ... Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur.” Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E.1994/49- K.1994/45-2. **RG**; 10.09.1994, sayı: 22047.

sınırlandırılırken, mülkiyet hakları, rekabet, tüketici, gıda sağlığı, finansal istikrar ve çevrenin korunması gibi diğer düzenleyici işlevlerinde etkililiğin artırılması hedeflenmektedir³³⁴.

Önceleri yalnızca Devlete ait iktisadi işletmelerin elden çıkarılması olarak görülen özelleştirme, geniş ölçekte kamuda piyasa araçlarının etkinliğinin artarak, hizmet sunum araçlarının çeşitlenmesini içermektedir³³⁵. Bu çerçevede özelleştirme, kamu hizmetlerinde etkinliği ve verimliliği arttırabilecek bir yöntem olarak görülmektedir. Günümüzde idare tarafından yürütülen hizmetlerin sayıca artması sonucunda hizmete yönelik kuruluşlar ve personel de çeşitlenmiş ve karmaşık bir idari yapılanma ortaya çıkmış, bu yapıdan kaynaklanan sorunlar kamu hizmetinin verimli bir şekilde yerine getirilmesini olumsuz yönde etkilemiştir. Bu noktada kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde rekabetin artması, bürokrasinin azalması ve verimliliği arttıracak bir yöntem olarak görülmüştür.

Geniş anlamda özelleştirme kavramının, özel kişilerin mal ve hizmet üretim faaliyetleri üzerindeki devlet denetiminin azaltılması; devlet mülkiyetindeki kuruluşların piyasa ekonomisine açılması; bazı kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesi; karşılıksız sunulan kamu hizmetlerinden yararlananlardan karşılık alınması veya alınan karşılıkların piyasa fiyatı düzeyine çekilmesi; bürokrasinin kamu hizmetlerinden yararlananları ‘müşteri’ olarak görece hale

³³⁴ EMEK Uğur, “Türkiye’de Düzenleyici Devlete Dönüşüm Süreci”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Mayıs 2006, ss. 23-26, s. 24.

³³⁵ YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 180-181.

getirilmesi gibi farklı içeriklere sahip olarak kullanıldığı görülmektedir³³⁶. Bu bağlamda, idarece yerine getirilmekte olan bazı kamu hizmetlerinin mülkiyetinin ve yönetiminin kısmen veya tamamen özel kişilere bırakılmasını, devletin çeşitli şekillerde oluşturduğu mal ve hizmet üretimindeki kamusal tekellerin kaldırılmasını, kamu hizmetlerinin finansmanının gerçek bedelinin veya önemli bir kısmının yararlanıcılardan alınmak suretiyle özelleştirilmesini ve kamusal düzenlemelerle deregülasyon yapılarak ekonomik hayat üzerindeki zorlamaların azaltılmasını veya basitleştirilmesini, piyasa mekanizmalarının işlevinin arttırılmasını ifade etmektedir³³⁷. Geniş anlamda özelleştirme tanımı, özelleştirmenin ekonomik, sosyal veya siyasal boyutlarını içermekte³³⁸, devletin iktisadi faaliyetlerinin mümkün olduğunca sınırlanması ve hatta tamamen ortadan kaldırılması; buna bağlı olarak devletin ulusal ekonomi içindeki kamusal payının asgari orana indirilmesini ifade etmektedir³³⁹.

Kamuya ait, kamu tarafından işletilen veya kamu katılımı olan ekonomik girişimlerin özel kesime devredilmesini ifade etmekte olan özelleştirmenin, Dünya Bankası ve IMF'nin yönetim programlarında da yer aldığına dikkat

³³⁶ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 383.

³³⁷ AKTAN Can, **Özelleştirme**, İzmir, 1987, s. 79-82, 114-115, TAN Turgut, "KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar", Amme İdaresi Dergisi, C. 25, S. 1, 1992, ss. 27-64, s. 27-28'den naklen; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 132; FALAY Nihat, "Özelleştirme Yöntemleri ve Sorunlar", **Özelleştirme Tartışmaları**, edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1994, ss. 21-36, s. 21.

³³⁸ Bir başka görüşe göre özelleştirmenin mali, ekonomik, politik ve siyasi amaçları bulunmaktadır. Mali açıdan devlete gelir sağlamak, KİT'lerin borç yükünden kurtulmak ve vergileme yapısını değiştirmek amaçlarını taşıyan özelleştirmeler, ekonomik açıdan, mikro düzeyde şirket verimliliğini sağlamayı ve kârlılığını arttırmayı, makro düzeyde ise, serbest piyasa ekonomisini tüm kurum ve kuralları ile işler hâle getirmeyi, sermayeyi tabana yaymayı, kıt kaynakların optimal dağılımını sağlamayı amaçlamaktadır. Özelleştirmenin politik ve siyasi amaçları ise, devleti küçültmek ve asli fonksiyonlarına döndürmek, demokratikleşmeyi sağlamak, sendikaların güçlerini zayıflatmak ve uluslararası sermayenin ve uluslararası örgütlerin taleplerini yerine getirmek olarak sıralanabilmektedir. ÖZBEK, s. 35, 38-41.

³³⁹ KEŞLİ, s. 48-49.

çekilmektedir³⁴⁰. KÖİ modelinin özelleştirmelerin daha gelişmiş bir biçimi olduğu veya toplum yararına ve kalkınma adına özelleştirmenin yerini alan, yönetim araçlarını daha iyi kullanması ve daha esnek yapısı nedeniyle genellikle piyasayı takip ve disipline edebilen yeni bir yönetim tarzı olduğu belirtilmektedir³⁴¹. Özelleştirme iktisadi sorunları çözmek için geliştirilen bir sistem olmakla birlikte, siyasi yapının şekillendirilmesinde ve bazı sosyal amaçların gerçekleştirilmesinde bir araç olarak görülmeye başlanmıştır³⁴².

Ülkemizde özelleştirme ekonomide devlet müdahalesinin asgariye indirilmesini amaçlayan bir politika aracı olarak, 24 Ocak 1980 Ekonomik Kararları kapsamında serbest piyasa ekonomisine geçişte gündeme gelmiştir³⁴³. Devletin esasında ‘ekonomik operatör’ olarak piyasada yer almaması gerektiğinden özelleştirme, serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecinin unsurlarından biri olarak siyasi otoritenin devletin rolünü azaltan iradesinin yansımasını oluşturmaktadır³⁴⁴. Özelleştirme uygulamaları, kanunlar³⁴⁵, idari işlemler ve idarenin özel hukuk

³⁴⁰ AKILLIOĞLU Tekin, **Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş**, 2. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2015, (**Hukuka Giriş**), s. 96. Nitekim, 1990’lı yıllarda her iki uluslararası kuruluş da yönetim ile ilgili yayınladıkları belgelerde özelleştirme olgusuna da yer vermişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. WB, **Development in Practice, Governance: The World Bank’s Experience**, Washington: World Bank Publications, 1994; IMF, **Good Governance: The IMF’s Role**, Washington: IMF Publications, 1997.

³⁴¹ AYDIN, s. 53; YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 17. Dünya Bankası tarafından hazırlanan Yönetişim ve Hukuk Raporu’nda kamu-özel işbirlikleri, büyüme için yönetim başlığı altında ele alınmıştır. WB, **Governance and The Law**, Washington: World Bank Publications, 2017, s. 163-165.

³⁴² DELİCE Güven, “Özelleştirmenin Nedenleri, Amaçları, Yöntemleri”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, edt. Cengiz YAVİLIOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 41-66, s. 44-50; ÖZBEK, s. 33.

³⁴³ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 129.

³⁴⁴ KEŞLİ, s. 52.

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’ne göre özelleştirmeye ilişkin temel düzenlemelerin yasa ile yapılması gerekmekte olup, özelleştirmenin henüz anayasal dayanağı olmadığı dönemde dahi, yasa ile düzenlenmesi kaydıyla özelleştirme işlemlerinin yapılması mümkün görülmüştür. Mahkeme’ye göre, “... özelleştirme konusunun Anayasa’da özel olarak düzenlenmemiş olması, yasaklandığı anlamına gelmez. Anayasa’da doğrudan özelleştirmeye ilişkin kurallar bulunmaması nedeniyle yasakoyucu, Anayasa’nın genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla, konuyu düzenleme yetkisine sahiptir. Başka

işlemleri şeklinde somutlaşmaktadır³⁴⁶. Özelleştirme, milli ekonomi içindeki kamu ekonomisinin rolü ve fonksiyonlarını azaltacak, piyasa ekonomisine işlerlik kazandıracak uygulamaları içermektedir³⁴⁷. Özelleştirme suretiyle devletin sosyal ve ekonomik yaşamdaki yeri azalmamakta, tam tersi yapılan uyum programının yürütülmesinde devlet yeni düzenlemelere gitmekte, devlet ekonomik yaşamdan çekilmemekte, müdahalenin hedefleri ve biçiminde değişiklikler yapılmaktadır³⁴⁸.

Özelleştirme için kullanılacak yöntem, hükümetlerin amaçlarına ve içinde bulundukları mali duruma göre değişmektedir³⁴⁹. Doktrinde, ihale sözleşmesi yapılmasından imtiyaz verilmesine, devlet yardımı ve katkı kullanımından satış yöntemine, gönüllü örgütlenmelerden finansal kiralamaya, özel kesimin teşvikinden fiyatlama yöntemine birçok yöntem özelleştirmeyi gerçekleştirmek amacıyla kullanılan yöntemler olarak sunulmaktadır³⁵⁰. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un (4046 sayılı Yasa) 18. maddesi uyarınca özelleştirme yöntemleri, satış, kiralama, işletme hakkının devri, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair tasarruflardır. Dolayısıyla özelleştirme yöntemleri sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, özelleştirmeden beklenen amaçları sağlayan tasarruflar bu kapsamda ele alınabilecektir. Satış yöntemi ile özelleştirme, blok satış, halka arz, gecikmeli halka arzı içeren blok satış ve çalışanlara satış olmak

bir anlatımla, Anayasa'da özelleştirmenin öngörülmemiş olması yasakoyucunun bu konuda düzenleme yapmasını engellemez. ... özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organıdır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur. ... Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır..." Anayasa Mahkemesi, 28.02.1996, E.1995/38- K.1996/7. **RG**; 24.05.1996, sayı: 22645; Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E.1994/70- K.1994/65-2. **RG**; 28.01.1995, sayı: 22185.

³⁴⁶ KARAHANOGULLARI, *Yargısal Denetim*, s. 279.

³⁴⁷ SARAÇOĞLU, s. 161.

³⁴⁸ SÖNMEZ Sinan, "Kriz, Devlet Müdahalesi ve Özelleştirme", **Özelleştirme Tartışmaları**, edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1994, ss. 37-56, s.54.

³⁴⁹ DELİCE, s. 63.

³⁵⁰ FALAY, s. 21-29.

üzere dört şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Özelleştirme, birçok teknikle yapılabildiği için kavram karmaşası yaratmakta, kamu-özel işbirliği, işin üçüncü kişiye ihale edilmesi (*contracting out*), devletleştirilmiş işletmelerin elden çıkarılması (*denationalisation*), devletsizleştirme (*destatization*), tasfiye (*divestment*) gibi kavramların hepsi aslında eş anlamlı olarak kullanılmakta, şirketleştirme, piyasalaştırma gibi kavramlar da özelleştirme anlamında kullanılabilmektedir³⁵¹.

Altyapı hizmetlerinin üretimine özel sektörün katılımı, mevcut kamu altyapı stokunun özelleştirilmesi yoluyla, belirli bir fiyat karşılığında, bir sözleşmeye ve bunun ortaya koyduğu şartlara bağlı olarak kamu yatırımının özel sektöre satılması veya kullanım imtiyazının devredilmesi şeklinde sağlanabildiği gibi, özelleştirme ile birlikte veya bundan bağımsız olarak altyapı hizmeti üretmeye dönük olarak yap-işlet-devret veya yap-işlet gibi değişik modeller çerçevesinde özel sektörün yeni altyapı yatırımları gerçekleştirmesi şeklinde de söz konusu olabilmektedir³⁵².

Doğrusal bir çizginin sağ tarafına özel sektör, sol tarafına ise kamu sektörü yerleştirildiğinde, iki temel kesimin birbirine yaklaştığı, birbirlerinin oyun alanlarına girdiği noktalarda işbirliğinden söz edilmektedir. Bu noktada, özel malları üreten kamunun, bu görevini özel sektörün kendisine bırakması dar anlamda özelleştirme olarak ifade edilirken, kamusal bir hizmetin özel sektöre gördürülmesi veya malın özel sektöre devri ise KÖİ modelinin oyun alanını belirlemekte³⁵³, kamu hizmetlerinin sağlanmasına çeşitli şekillerde özel sektör katılmak suretiyle dar

³⁵¹ SAVAS, s.125-126.

³⁵² ÇELEN Mustafa/BALİ Bülent, “Altyapı Yatırımlarına Özel Sektör Katılımının Fiyatlama Politikası Üzerine Etkisi”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2005, ss. 217-245, s. 219.

³⁵³ AYDIN, s. 44.

anlamda özelleştirmeye alternatif oluşturulmaktadır³⁵⁴. Ancak, özelleştirme uygulamaları ile KÖİ uygulamaları arasında kimi farklılıklar olduğu savunulmaktadır. Kamu-özel işbirliklerini ‘sınırlı süreli özelleştirme’ olarak adlandırılan ve özelleştirme ile KÖİ arasındaki farkı idarenin katılım düzeyine bağlayan görüşe göre, özelleştirme hiçbir idari katılım içermezken, KÖİ yöntemlerinde idare projeye hissedar olarak, borç vererek veya işletici olarak katılabilmektedir³⁵⁵. Ayrıca özelleştirmede kamu, özel sektörün ürünlerinin ne olacağına veya hangi standartlarda olacağına karışmazken kâr elde etme düzeyini de kısıtlamaz. Ancak, KÖİ yöntemlerinde ise çoğunlukla kamu, özel sektörün neyi, hangi kalitede ve ne miktarda üreteceğini belirlemekte ve ayrıca sözleşmeyle bu hizmetin fiyatı konusunda anlaşılmakta, özel sektör, belirlenmiş olan sınırlar içerisinde kârını maksimize etmeye çalışmaktadır³⁵⁶. Bir başka farklılık ise denetim açısından ortaya çıkmaktadır. Kamu otoritesinin, denetimleri sonucunda özel ortak(lar)a yaptırım uygulama ve hatta ciddi durumlarda özel ortakların yerine geçme veya işbirliğini feshetme yetkilerinin bulunması dolayısıyla, KÖİ’lerin özelleştirmeden idarenin denetimi açısından da farklılaştığı kabul edilmektedir³⁵⁷.

Kamu-özel işbirliğinin özelleştirme olarak nitelenemeyeceği, bunların birçok açıdan tipik özelleştirmelerden ve önceki politikalardan farklılaştığını iddia eden yaklaşıma göre, özelleştirme uygulamalarında özel mal ve hizmet sunucularının düşük maliyetle nitelikli mal ve hizmet ürettikleri iddiaları öne çıktığından kamu sektöründe daralma istenmektedir. Öte yandan işbirliklerinde ‘rekabet yerine

³⁵⁴ UZUN/YAVILIOĞLU, s. 80.

³⁵⁵ LEBLEBİCİLER, s. 60.

³⁵⁶ OECD, **VfM**, s. 19.

³⁵⁷ MÖRİC, s. 23.

işbirliği' ve 'risklerin paylaşımı' söylemleri ön planda olduğundan kamu kesiminin belirgin bir rolü bulunmakta, bu da KÖİ'leri özelleştirmeden farklılaştırmaktadır³⁵⁸. Ayrıca geleneksel özelleştirme modelinde kamu ile özel sermaye arasındaki ticari ilişki tek bir seferde gerçekleşmekte ve bir satış işlemi olarak kalmaktadır. Oysa KÖİ projeleri, geleneksel özelleştirmelerde olduğu gibi, özel sermayeye yeni bir kârlılık ve piyasa alanı açmasına rağmen, kaynak transferini sağlayan satış işlemi daha tesisler ortada yokken sözleşmeye bağlandığından ve kamu ile özel arasındaki ticari ilişki tesislerin yapım aşamasından başlayarak, işletilmesine ve nihayetinde kamuya devredilmesine kadar geçen son derece uzun bir sürece yayıldığından KÖİ'ler özelleştirmeden ayrılmaktadır³⁵⁹.

Özelleştirme uygulamacıları tarafından KÖİ kavramı genişletilerek, bu projelerin özelleştirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenmiştir. Bununla birlikte ideolojik tartışmalar başlamış ve 'işbirliği' kavramını bünyesinde barındıran KÖİ projelerinin, özelleştirmeye nazaran önemli ölçüde olumlu olduğu ifade edilmiştir³⁶⁰. Oysaki özelleştirmenin yeni bir boyutu olarak "kamusal mülkiyeti tamamen özel sektöre devretmeden kamusal faaliyetlere özel sektörü dâhil etme" çabası KÖİ modellerini gündeme getirmiştir³⁶¹. Kamu-özel işbirlikleri, özelleştirme için ilk adım niteliğinde olmadığı belirtilmektedir³⁶². Burada bahsedilen dar anlamda özelleştirme değildir. KÖİ uygulamalarında özel sektör tarafından finanse edilen ve işletilen yeni bir iş/yapı ortaya çıkmaktayken, dar anlamda özelleştirmede spesifik

³⁵⁸ YALÇIN, *Özelleştirme*, s. 154.

³⁵⁹ KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s. 99.

³⁶⁰ BUDÄUS Dietrich/EICHHORN Peter (drl), *Public Private Partnership, Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, ERSÖZ, s. 22'den naklen.

³⁶¹ YALÇIN **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 1.

³⁶² European Parliament, 2006/2043 (INI), F.

olarak var olan bir işin/yapının özel sektöre devri söz konusu olduğundan³⁶³, KÖİ yöntemleri dar anlamda özelleştirme kavramı içerisinde yer almaz. Ayrıca hizmetin kamu hizmeti niteliği devam ettiğinden ve devletin hizmet alanından bütünüyle çekilerek (sunum, denetim, müdahale, geri alma gibi araçları dâhil) hizmeti piyasaya terk etmesi söz konusu olmadığından da, KÖİ modelleri dar anlamda özelleştirme uygulamaları içerisinde bulunmamaktadır. Ancak, hizmetin özünde ve örgütlenme bileşenlerinde yarattığı dönüşüm açısından değerlendirildiğinde, özel hukuk hükümlerine tabi, esnek çalışma ilişkileri ve örgütlenme yapısının olduğu KÖİ modellerinin geniş anlamda özelleştirme uygulamaları içerisinde yer aldığı söylenebilir³⁶⁴. Nitekim kamu yatırımları ve hizmetlerinin özel sektör ile işbirliği yapılarak gerçekleştirilmesini yönlendirmek ve buna uygun politikalar üretmek ile görevli Başbakanlık Özelleştirme İdaresi kamu-özel işbirliğini “gelecekte yapılacak kamu yatırımlarının bugünden özelleştirilmesi” şeklinde tanımlamaktadır³⁶⁵.

³⁶³ HARRIS Stephen, **Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services**, Washington: Inter-American Development Bank Working Paper, s. 6.

³⁶⁴ KARASU, Sözleşme Sistemi, s. 80.

³⁶⁵ TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2009–2013 Stratejik Plan, http://www.oib.gov.tr/2012/sgb/OIB2009_2013SP.pdf, s. 9, 21; TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2014–2018 Stratejik Plan, <http://www.oib.gov.tr/dokuman/stratejik-planlar/2014-2018-stratejik-plani.pdf>, s. 57-58.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNİN GÖRÜLME USULLERİ

KAPSAMINDA KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİ

Günümüzde kamu hizmeti en geniş tanımıyla, “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”³⁶⁶ olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmetinin belirlenmesinde esas olarak organik, maddi (fonksiyonel) ve biçimsel unsurların bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Organik ölçüt hizmetin kamu tüzel kişisi tarafından sunulmasını, maddi ölçüt hizmetin kamu yararına yönelmiş olmasını³⁶⁷ ve biçimsel ölçüt ise hizmetin özel hukuku aşan bir rejime tabi olmasını ifade etmektedir³⁶⁸. Ancak günümüzde kamu hizmeti kavramı, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının

³⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005, E. 2005/110- K.2005/111. **RG**; 26.07.2006, sayı: 26240; Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71- K.1995/23. **RG**; 20.03.1996, sayı: 22586; Anayasa Mahkemesi, 21.10.1992, E.1992/13- K.1992/50. **RG**; 30.06.1993, sayı: 21623; Anayasa Mahkemesi bu nedenle, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmetini niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, 28.03.2013, E.2011/65- K.2013/49. **RG**; 25.01.2014, sayı: 28893. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi eğitim hizmetinin de niteliği gereği kamu hizmeti olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 10.03.2011, E.2008/54- K.2011/45. **RG**; 21.10.2011, sayı: 28091.

³⁶⁷ Kamu hizmetinin maddi ölçütü incelenirken, ortak, genel yani kolektif ve karşılanmamış bir ihtiyacın bulunması, bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve söz konusu ihtiyacın toplumu tatmin edecek şekilde giderilmediği takdirde bir huzursuzluğun baş göstererek kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsünün bulunması unsurları kolektif olarak aranmaktadır. ÖZAY İl Han, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFİM, C. 56, S.1-4, 1998, ss. 293-295, s. 295.

³⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku - Cilt I - Genel Esaslar**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, (Cilt I), s. 589-592; ESPLUGAS, s. 17-20.

dışına taşıdığı ve genişlediği³⁶⁹ için, organik ölçüt³⁷⁰ ve biçimsel ölçüt³⁷¹ önemini kaybetmiş, kamu hizmetinin maddi anlamı ön plana çıkmıştır.

Maddi anlamda kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan kamusal ihtiyaçları karşılayan faaliyettir³⁷². Liberal görüşe göre, sadece savunma, güvenlik ve adalet gibi devletin asli görevlerinde kamu yararı bulunduğundan yalnızca bunlar kamu hizmeti haline getirilebilirler. Müdahaleci görüşe göre, ulaşım, haberleşme ve eğitim gibi halkın ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik faaliyetlerde kamu yararı bulunmakta ve ancak bunlar kamu hizmet haline getirilebilmektedir. Pozitivist görüşe göre ise devletin yetkili organları, kamu yararına gördüğü faaliyetleri kamu hizmeti haline getirebilir³⁷³.

³⁶⁹ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 37, 45. Yazara göre kamu hizmeti, “kamu tüzel kişileri tarafından, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kurum ve kuruluşlarının ya da bunların ortaklıklarının yahut da bunların denetimi ve gözetimi altında ortak ve genel, süreklilik gösteren toplumsal ihtiyaçları karşılamak için yapılan ve topluma, ihtiyaçlarını gidermek üzere kamu ve/veya özel hukuk kişilerinca sunulmuş/sunulmakta olan düzenli ve sürekli etkinlikler” olarak tanımlanabilir.

³⁷⁰ Anayasa Mahkemesi’ne göre, çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz. Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43- K.1994/42-2. **RG**; 24.01.1995, sayı: 22181. Ayrıca Yüksek Mahkeme’ye göre, “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa’nın 47. maddesinde, ‘kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir’ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E.1994/70- K.1994/65-2. **RG**; 28.01.1995, sayı: 22185.

³⁷¹ “Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, değişik koşullar dikkate alınarak yasa koyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur. Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından ‘kamu hizmeti’ kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir.” Anayasa Mahkemesi, 26.03.1997, E.1996/63- K.1997/40. **RG**; 28.06.2001, sayı: 24446.

³⁷² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 599; GÜNDAY, s. 330.

³⁷³ GÖZLER/KAPLAN, s. 544- 548.

Kural olarak kamu hizmeti kurma yetkisi yasa koyucuya ait olmakla birlikte, bu durumun kimi istisnaları da bulunmaktadır. İstisnalardan birini kurucu iktidar tarafından düzenlenen anayasal kamu hizmetleri oluşturmaktadır. Bir başka istisna yasa koyucu veya idare tarafından kamu hizmeti olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen nitelikleri gereği olası kamu hizmeti olarak değerlendirilebilecekleri kabul edilen virtüel kamu hizmetleridir. Yasa koyucunun kamu hizmeti kurma yetkisinin bir başka istisnasını ise yerel yönetimlerce kamu hizmeti kurulması oluşturmaktadır³⁷⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 1990'larda, bugün kamu-özel işbirliği yöntemleri olarak kabul edilen yöntemleri düzenleyen kimi özel yasal düzenlemelere ilişkin verdiği iptal kararları doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin de kamu hizmetleri konusunda kurucu irade açıkladığı kabul edilmektedir³⁷⁵.

İdare, kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulması sürecine, hâlihazırda mevcut ve gelecekte doğacak ihtiyaçları tespit veya tahmin ederek gerekli düzenlemeleri yapma ve hizmet sunma yoluyla katılmaktadır³⁷⁶.

³⁷⁴ KARAHAÑOĞULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 257- 285. Kamu hizmetinin tanımlanmasında Devlet'in 'belirleyici özne' olmasının ve kamu yararı gerekçesiyle tüm kamusal alanın Devlet tarafından temellük edilmesinin, toplum ile Devlet arasında hiçbir zemin kalmamasına sebep olduğu, ve bu durumun da kamu hizmeti tartışmalarındaki en büyük engel olduğu; oysa, toplumsal kesimlerin de içerisinde yer aldığı bir kamu hizmeti iradesinin oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. OZANSOY Cüneyt, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, ss. 85-100 (*Kamu Hizmeti*), s. 96-99.

³⁷⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre "Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü, etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

"Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez." Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71- K.1995/23. RG; 20.03.1996, sayı: 22586.

³⁷⁶ AYAYDIN Cem, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 334.

20. yüzyılın ortalarında kullanılan kamu hizmeti tanımının günümüzde geçerliliğini yitirdiği, kamu hizmetinin “özel hukuk kişileri tarafından devlet gözetiminde yapılan, piyasanın düzgün işlemesi için rekabete açık, kural olarak topluma yayılan ancak belli konularda hizmet kullanıcılarının da para ödediği, devamlı ve düzenli faaliyetler” olarak tanımlanabileceği savunulmuştur³⁷⁷. Ancak böyle bir tanımın, kamu hizmetinin sunumuna üçüncü kişilerin katılımının söz konusu olduğu alanlarda kısmen geçerli olduğu kabul edilse bile, tekel niteliği taşıyan hizmetlerin alınması ve idarenin bizzat kamu hizmetini yerine getirmesi gibi temel olasılıkları göz ardı ettiği için kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

Kamu hizmeti kavramının, “toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dâhil edilmek üzere, idarenin yürüttüğü veya kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel kişiler eliyle sözleşme ilişkisi içerisinde yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetler” olarak tanımlanabileceği belirtilmektedir³⁷⁸. Devlet, bazı kamu hizmeti alanlarından yasal olarak çekilemezken, bazı alanlardan sosyal ve ekonomik gerekçelerle çekilmek istememekte, bazı hizmet alanlarındaysa rekabetin sağlanması için varlığını sürdürmektedir³⁷⁹. Nitekim, kamu hizmetlerinin, “devletle ya da kamu idaresiyle aynı özden olan kamu hizmetleri” ve kamu hizmeti olmakla birlikte “özel nitelikte bulunan ve devlet tarafından, kimse yerine getirmedeği ve yerine getirilmesi kamu yararına olduğu için rastlantısal ve anlık olarak üstlenilen” hizmetler olarak

³⁷⁷ TOPRAK, s. 162.

³⁷⁸ ÇAL Sedat, “*Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, 2007, ss. 599-655, (*Kamu Hizmeti*), s. 615.

³⁷⁹ LIGNIÈRES, s. 63- 67.

gruplandırılabilceği belirtilmektedir³⁸⁰. Günümüzde, bazı yazarlarca, kamusal mal kavramından hareketle kamu hizmeti tanımlanmaya çalışılmakta³⁸¹, kamusal niteliği haiz, pazarlanabilme olanağından yoksun malların devlet tarafından, diğer bütün malların ise özel sektör tarafından sunulması gerektiği savunulmaktadır³⁸². Bu çerçevede hizmetlerin piyasadan karşılanması esas olup, kâr getirmeyen hizmetlerin devlet tarafından sunulması söz konusu olmaktadır³⁸³. Belli bir dönemde bazı mal ve hizmetlerin özel sektör eliyle üretilmesinin imkânsız olması veya kârlı bir alan olarak görülmemesi nedeniyle Devlet tarafından sunulmasının söz konusu olduğunu ve kamu hizmetlerinin özelleştirilerek tamamen ekonomi yasalarına bırakılması gerektiğini savunmakta olan bu anlayış, kamu hizmeti kuramına ve sosyal devlet ilkesine karşıdır³⁸⁴.

Ekonomi bilimindeki tanımıyla kamusal mallar, piyasa mekanizmasının sunmakta başarısız olacağı, dolayısıyla bir kolektif müdahale gerektiren mallar olmaları niteliği ile birer kamu hizmeti veya kolluk faaliyeti olmakla birlikte, ‘kamu hizmeti’ ve ‘kamusal mal’ kavramları eş anlamlı olmayıp, büyük ölçüde kesişmektedirler. Nitekim, eğitim gibi yoğun dışsallıklara tabi olan hizmetler ile eşitlik veya adalet kaygısıyla devlet tarafından karşılanan temel sağlık hizmetleri kamusal mal oldukları için bizzat kamu otoritelerince sunulmamakta; bu hizmetlerin tüm vatandaşların erişimine açık olması, hizmet fiyatlarının da bunu mümkün kılacak

³⁸⁰ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, Colonie de la Côte d’Ivoire c/Société commerciale de l’Ouest africain, TC, 1921, (Hükümet Komiseri Matter’in görüşü), **GAJA** s. 224, KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 305-306’dan naklen.

³⁸¹ SAVAŞ Vural Fuat, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, 1998, ss. 79-98, s. 94.

³⁸² ORAK, s. 75.

³⁸³ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s.150, dn 403.

³⁸⁴ OZANSOY, *Kamu Hizmeti*, s. 89-93.

düzeylerde, gerekirse bedelsiz olması amaçlanmaktadır³⁸⁵. Hemen tüm ülkelerde telekomünikasyon, elektrik ve su gibi hizmetler de birer kamu hizmeti olarak değerlendirilmekte, elektrik ve telekomünikasyon gibi sektörlerde serbestleşmenin gerçekleştiği birçok ülkede bu tür hizmetler evrensel hizmet³⁸⁶ kapsamına alınmakta, bu hizmetlere, sunum maliyetlerinden bağımsız olarak, her vatandaşın makul fiyatlarda erişebiliyor olması³⁸⁷ sağlanmaktadır.

Sosyal devlet ilkesi bağlamında kamu hizmetini yürüten devlet kurumlarının asıl amacı, kamu hizmetinin bireylere en hızlı ve en iyi şekilde ulaştırılmasını sağlamaktır³⁸⁸. Kamu hizmetlerinde daha fazla kalitenin daha uygun fiyatla istenmesi, bu hizmetlerin rekabete açılmasını gerektirmiş³⁸⁹, kamu hizmeti sunumuna özel sektörün katılımının sağlanmasıyla, özel sektörün yalnızca maddi olanaklarından, teknolojik ve işletme uzmanlıklarından yararlanılmamış, aynı zamanda kamu hizmetleri vatandaşlara sunulan sosyal haktan, vatandaşlarca satın

³⁸⁵ ATİYAS İzak/ODER Burak, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Ankara: TEPAV, 2008, s. 28. İktisattaki kamusal mal kavramı ile hukuktaki kamu hizmeti kavramının birbirlerine denk düştüğü; ancak, köprü, sağlık ve eğitim gibi yarı kamusal malların sosyal nedenlerle kamusal olarak arz edildiği belirtilmektedir. ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ankara: Ülke Kitapları, 2004, s. 22.

³⁸⁶ AB hukukunda ‘genel yarar hizmetleri’, ‘genel ekonomik yarar hizmetleri’, ‘evrensel hizmet yükümlülüğü’ gibi kavramlar kamu hizmeti kavramını ifade etmek için kullanılmaktadır. Genel yarar hizmetleri, ticari nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın, kamu yetkili makamları tarafından ‘genel yarar’ kapsamında sayılan ve bu nedenle kamu yönetiminin özel yükümlülüğü altında yer alan hizmet faaliyetlerini ifade etmektedir. Genel yarar hizmeti kavramının içerisine zorunlu eğitim sistemi, sosyal korunma gibi ekonomik olmayan hizmetler; güvenlik, adalet gibi egemenlik hakkıyla ilgili hizmetler ve ulaştırma, enerji, haberleşme gibi ekonomik yarar hizmetleri girmektedir. European Commission, COM(2011) 900 final, 20.12.2011, s. 3. Genel ekonomik yarar hizmetleri, kamu müdahalesi olmaksızın piyasadaki temin edilemeyecek (veya kalite, güvenlik, ulaşılabilirlik, eşit muamele veya evrensel erişilebilirlik açısından farklı şekilde temin edilebilecek), genel kamu yararına sonuç veren ekonomik faaliyetlerdir.

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf.

³⁸⁷ ATİYAS/ODER, s. 22, 28.

³⁸⁸ GÜRKAN, s. 37.

³⁸⁹ YAYLA, **İdare Hukuku**, s. 101.

alınan ekonomik mala dönüşmüştür³⁹⁰. Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti yaklaşımı da ekonomi ve rekabet temelli olup ekonomi biliminden etkilenmekte; serbestleşme, sektörleşme, rekabet ve özel sektör finansmanından yararlanma gibi kavramlar bu kapsamda incelenmektedir³⁹¹.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde, kamu hizmetinin bizzat idare tarafından yürütülmesinin veya üçüncü kişilere gördürülmesinin iktisadi, toplumsal ve hukuki sonuçları bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin bizzat idarece yürütülmesi durumunda kamusal finansmandan yararlanılıp, ya kâr ikinci plana atılarak kamu yararı amacı güdülmekte ya da faaliyet sonucunda elde edilen kâr kamu kesimince kamu hizmetlerinin genişletilmesinde ve çapraz finansmanında kullanılmaktayken, üçüncü kişilere gördürülme durumunda kâr elde etme öncelik taşımaktadır. Toplumsal açıdan bakıldığında, bireyler kamu hizmetleri karşısındaki kullanıcı konumlarını kaybederek müşteri konumuna geçmektedir. Hukuksal açıdan ise özel girişimcilerin kamu hizmeti alanında faaliyet göstermeleri, özel hukuk kurumlarının idare hukukuna girmesine ve idari rejime istisnalar getirilmesine neden olmaktadır³⁹². Bu nedenle kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin olarak kamu yararı kavramı dikkate

³⁹⁰ KESSIDES Christine/KHAN Shaheena, "Infrastructure", **Fiscal Policy and Economic Growth: Lessons for Eastern Europe and Central Asia**, ed. Cheryl GRAY/Tracey LANE/Aristomene VAROUDAKIS, Washington: The World Bank, 2007, ss. 109-146, s. 138-139

³⁹¹ ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s. 107.

³⁹² KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 286-287. Dünya Bankasının 1997 tarihli raporu (*The State in a Changing World*) ve AB Komisyonu tarafından hazırlanan Beyaz Kitap (*White Paper on services of general interest, COM (2004) 374 final*), incelendiğinde kamu hizmeti anlayışındaki değişimin görüldüğü, her şeyden önce, devletin yürütmesi gereken hizmetlerin yeniden belirlenmesi gerektiği görüşünün bulunduğu, idarenin kamu hizmetlerinden bazılarını özel kişilere gördürmesi, kendisinin yürüttüklerinde de kamusal yönetim yerine özel yönetimi yeğlemesi olguları ile karşılaştığı belirtilmektedir. Ayrıca, kamu hizmetinin karşılıksız olduğu anlayışının terk edilerek, hizmetten yararlananlardan yararlanmaları karşılığında bir bedel alınması uygulamasının yaygınlaştığı, idare karşısında kişilerin idare edilen veya 'kamu hizmetlerinden yararlanan' değil, 'müşteri' konumuna geçmesinin de bu anlayış değişikliğinin bir sonucu olduğu belirtilmektedir. DİK Esra, **Kamu Yararı**, Mersin: Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 60.

alındığında, söz konusu hizmetin bizzat idare tarafından mı yoksa özel teşebbüs tarafından mı sunulmasının toplumsal refahı arttıracığına bakılmalıdır³⁹³.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesindeki usuller, hizmeti gören öznenin niteliklerine bakılarak, kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi ve kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yürütülmesi şeklinde ikili bir ayrıma tabidir. Kamu hizmetinin, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi söz konusu olduğunda ‘kamu hizmetinin görülmesi’, özel kişiler tarafından yürütülmesi halinde ‘kamu hizmetinin gördürülmesi’ söz konusu olmaktadır. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi durumunda, hizmeti sunan özel kişi idare tarafından görevlendirilmekte; görevlendirmenin tek taraflı idari işlem ile yapılması halinde statüer bir ilişki içerisinde, iki yanlı bir işlemle yapılması halinde ise sözleşmesel ilişki içerisinde gördürülme söz konusu olmaktadır. Kamu-özel işbirliği yöntemleri başlangıçta finansman modeli olarak ele alınmış olmasına rağmen günümüzde artık finansman modelinden öte kamu hizmetlerinin sözleşmesel ilişki içerisinde gördürülme usullerinden biri olarak kabul edilmektedir.

I. Kamu Hizmetinin Kamu Tüzel Kişilerince Yürütülmesi- Emanet Usulü

Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak için kurulmuş ve topluma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler³⁹⁴ olarak tanımlanan kamu

³⁹³ UYANIK, s. 133.

³⁹⁴ ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 1. Cilt, 3. Bası, İstanbul: Hak Kitabevi, 1966, (Cilt I), s. 14.

hizmetlerinin bizzat idare tarafından yürütülmesi esastır. Kamu hizmetlerinin Devlet veya kamu kurumları tarafından doğrudan kendi personel, para, araç ve gereçleri ile görülmesine emanet usulü denilmektedir. Emanetin devlet örgütlenmesinin kendisini, klasik biçimini, çekirdeğini ifade etmesi nedeniyle ayrı bir yöntem olarak ele alınmasına dahi gerek olmadığı belirtilmektedir³⁹⁵.

Emanet usulünün üç temel özelliği bulunmaktadır. Öncelikle, hizmet Devlet tüzel kişiliğinin veya bir kamu kurumunun faaliyeti olarak görünmektedir. Ayrıca hizmetin yürütülmesi için gerekli ödenek, hizmetin sahibi idarenin bütçesinde yer almakta ve onun bağlı olduğu usullere uygun olarak ödenmekte ve denetlenmektedir. İstisnai olarak döner sermaye gibi mali serbestlik sağlayan usullerden yararlanılması da söz konusu olmaktadır. Mali açıdan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu temel hukuki düzenlemelerdir. Son olarak, emanet usulünde hizmeti görenler kamu görevlisi statüsündedir, hizmetin yürütülmesi sırasında yapılan işlemler de genelde tek yanlı idari işlemler ve idari sözleşmelerdir³⁹⁶. Ancak, bir hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesinin emanet usulünün belirleyici bir niteliği olmadığı belirtilmektedir³⁹⁷.

³⁹⁵ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 289.

³⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 612.

³⁹⁷ GÜNDAY, s. 343.

II. Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülme Usulleri

Ekonomik hayata gittikçe daha geniş ölçüde müdahale eden ve sosyal ihtiyaçları karşılamak için yepyeni alanlarda faaliyet göstermeye başlayan idarenin, görev alanının genişlemesi sonucunda teknik ve kadro yetersizliğinin ortaya çıkması da, idarenin faaliyet alanlarını daraltarak yüklendiği görevleri azaltması gereksinimini doğurmuştur. Bu amaçla bazı işleri tamamen özel teşebbüsün esas itibariyle kâr gayesi güden inisiyatifine terk etmektense, idarenin bizzat yapmasında fayda umulmayan önemli işleri, sıkı kontrolü altında özel kişilere yaptırması bir çözüm olarak görülmüştür³⁹⁸. Bu çerçevede kolluk faaliyetlerinin bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gerektiği, kural olarak üçüncü kişilere devrinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Kamu hizmet ve faaliyetlerinin ise bizzat idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağan olmakla birlikte, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk yine idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetim ve denetimi altında, belli yasal usullere göre özel girişimcilere yaptırılabilir³⁹⁹. Kamu hizmetinin idare dışında, üçüncü kişilerce sunulmasına kamu hizmetinin gördürülmesi denilmektedir.

³⁹⁸ AZRAK Ülkü, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İÜHFM, C. 29, S. 3, 1963, ss. 521-539, s. 538-539.

³⁹⁹ DURAN Lütü, “Yap-İşlet-Devret”, Prof. Muammer Aksoy’a Armağan, AÜSBFD, C. 16, S. 1–2, 1991, ss.147-170, s. 150-151. Anayasa Mahkemesi, 20.03.2013, E.2012/76- K.2013/44. **RG**; 07.11.2013, sayı: 28814; Anayasa Mahkemesi, 27.09.2012, E.2012/6- K.2012/131. **RG**; 13.02.2013, sayı: 28558; Anayasa Mahkemesi, 05.07.2012, E.2011/27- K.2012/101. **RG**; 06.10.2012, sayı: 28433; Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005, E.2005/110- K.2005/111. **RG**; 26.07.2006, sayı: 26240; Anayasa Mahkemesi, 07.05.2002, E.2000/17- K.2002/46. **RG**; 26.03.2003, sayı: 25060.

Ancak kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi salt özel hukuk rejiminin uygulanması anlamına gelmemektedir⁴⁰⁰.

Devletin ekonomik gücü, kamu hizmeti teorisinin temel sorunu olup, hizmetlerin doğal sınırı ekonomik kaynaklardır⁴⁰¹. Kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin, şayet bu konuda yasa ile idare lehine bir tekel oluşturulmamış ya da belli bir özel hukuk tüzel kişisine ‘imtiyaz’ tanınmamışsa, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından üstlenilerek yürütülmesi de mümkün olabilir⁴⁰². Ülkemizde kamu hizmeti alanlarının yeniden yapılandırılması sürecinde, devlet bazı kamu hizmet alanlarını tekelinden çıkarıp rekabete açmakta ve bu alanlardaki toplumsal ihtiyaçların özel girişimciler tarafından piyasa ilişkileri çerçevesinde karşılanması söz konusu olmaktadır. Ancak, devlet kamusal faaliyetleri tasfiye ederken, ilgili piyasayı tamamen özel girişime açmamakta, mevcut kamusal ayrıcalıklardan imtiyaz ve benzeri yöntemlerle özel girişimcileri yararlandırmakta; böylece özel girişimciler, piyasa risklerinden arındırılmış kamu hizmeti alanlarında güvenceli kâr elde etme şansına kavuşmaktadırlar⁴⁰³.

Günümüzde, kamu hizmetlerinin kim tarafından sunulacağı değil, yararlananların beklentilerini karşılayacak düzeyde etkili ve kamu kaynaklarını israf etmeyecek biçimde etkin sunulması önem arz etmektedir. Kamu hizmetlerinin etkinliği, kamu hizmetlerinin sunum maliyetinin, öngörülen hizmet kalitesinin

⁴⁰⁰ TAN Turgut, “Sağlık Hizmetleri İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?” (Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda bir örnek olay), İÜHFM, **Prof.Dr. İl Han Özay’a Armağan**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 289-298, (Sağlık Hizmetleri), s. 289.

⁴⁰¹ YILDIRIM Turan, “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, edt. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 36-46, s. 46.

⁴⁰² KIR Atıf, **Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 120.

⁴⁰³ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 312-313; TOPRAK, s. 60

topluma sağladığı faydaya paralel olmasını gerektirmekte; pratikte idarenin, faaliyetlerin önem ve özelliklerini dikkate alarak alternatif sunum yöntemleri seçebilmesi şeklinde kendisini göstermektedir⁴⁰⁴. Kamu hizmetlerinin verimliliği ve kalitesi için mülkiyetin kamuya ya da özel sektöre ait olması değil, piyasanın işleyişi önemli olup; piyasaya yönelik işlevsel bir rekabetin bulunması, kamusal çıkarlara hizmet için sonuca ulaşmada etkili, ve kamu yönetiminde yenilik ve iyileştirmenin teşviki için önemli bir araçtır⁴⁰⁵.

Gerek merkezi idare gerek yerel idareler, ekonomik büyüme ve kalkınma için kamu hizmetlerinin sorunsuz bir şekilde millete ulaşmasını sağlamakla görevlidir⁴⁰⁶. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin bizzat kamu otoritelerince sunulması gerekmekte, kamu hizmetleri özel sektörce, piyasa tarafından, kamu-özel işbirlikleriyle, üçüncü sektörce ya da bizzat yurttaşlar tarafından yerine getirilebilmekte, devlete düşen ise hizmetin sunumunu garanti etmektir⁴⁰⁷. Örneğin,

⁴⁰⁴ İLKORKOR, s. 31, 36.

⁴⁰⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, sağlık hizmetlerinin “bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

“Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.” Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007, E.2004/114- K.2007/85. **RG**; 24.12.2007, sayı: 26736; Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁴⁰⁶ ÇAKIR, **Yap-Kirala-Devret**, s. 71.

⁴⁰⁷ EREN Veysel/KILIÇ Selim, “*Yerel Hizmetlerde Özelleştirmeye Alternatif Bir Yöntem Olarak Rekabet Yaklaşımı*”, AÜSBFD, C. 61, S. 3, 2006, ss. 73-101, s. 81-82. Yazarlarca bu anlayış, ‘hizmet garanti eden devlet anlayışı’ olarak adlandırılmıştır. Bu anlayışa göre, Devlet demokratik bakımdan meşruluk kazanmış süreçler aracılığıyla, yurttaşlara sunulacak hizmetleri tanımlayarak, bu hizmetlerin

her ne kadar sağlık hizmetlerini yerine getirmek öncelikle ve asıl olarak devletin yükümlülüğü olduğundan, hizmetin tamamen özel kişilere bırakılarak Devlet tarafından sadece denetlenmesinin hukuka uygun olmadığı hükme bağlanmış olsa da⁴⁰⁸, sağlık hizmetlerinin mutlaka idare tarafından, kendi personeli eliyle yürütülmesi zorunlu olmayıp⁴⁰⁹, bu hizmetlerin üçüncü kişilere gördürülmesi mümkündür⁴¹⁰. OECD Türkiye raporunda da, Sağlık Bakanlığı'nın kılavuzluk işlevinin güçlendirilmesi amacıyla yeniden yapılandırılması gerektiği; Bakanlığın hizmet sunma alanından çekilerek, hastalık izleme ve kontrol, düzenleme, planlama ve yönetim, izleme ve değerlendirme, sağlığın teşviki, sağlık alanında sosyal katılım, hakkaniyetli erişimin artırılması, kalite güvencesi, insan kaynakları eğitimi, halk sağlığı, kontrol ve afet önleme araştırmaları gibi işlevlerinin güçlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴¹¹.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi statüer bir ilişki çerçevesinde, idarenin tek taraflı vereceği bir izin/ ruhsat yoluyla olabileceği gibi sözleşmesel bir ilişki içerisinde de olabilmektedir. İdare ile kamu hizmetini sunacak

nasıl ve hangi araçlar kullanılarak sunulacağını belirleyerek yurttaşlara belirli bir standartta hizmet götürülmesini garanti etmektedir.

⁴⁰⁸ DİİK, 25.10.1990, E.1990/90- K. 1990/73, TAN Turgut, “*Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline*”, AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, ss.307-325, (*Yap-İşlet-Devret*), s. 317’den naklen.

⁴⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E.2011/150- K.2013/30. **RG**; 25.06.2013, sayı: 28688. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Anayasa’nın 128. maddesi, başlığından da anlaşılacağı gibi Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmeti görevlilerine ilişkindir. Madde, kamu hizmetinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerinca yerine getirilmesi gerektiği biçiminde bir yoruma elverişli değildir.” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E.1994/70- K.1994/65-2. **RG**; 28.01.1995, sayı: 22185.

⁴¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007, E.2004/114- K.2007/85. **RG**; 24.12.2007, sayı: 26736; Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.”

⁴¹¹ OECD, Sağlık Sistemleri İncelemeleri: Türkiye, 2008, s. 36.

gerçek veya tüzel özel hukuk kişisi arasında idari bir sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi imzalanabilmektedir. İmzalanacak olan sözleşmenin hukuki niteliği, sözleşme konusu yapılan yöntem ve bu yöntemi düzenleyen yasaya göre belirlenmektedir⁴¹².

A. Kamu Hizmetinin Statüer İlişki İçerisinde Özel Hukuk

Kişilerine Gördürülmesi: Ruhsat/İzin Yöntemi

Kamu hizmetlerinin, idareden alınan bir ‘izin’ ile yürütülmesi durumunda statüer bir ilişkinin varlığından söz edilmektedir. Kamu hizmeti olarak kabul edilen bir faaliyet, yasa ile idare lehine bir tekel konusu yapılmamış ise, özel hukuk kişileri tarafından üstlenilip yürütülmesi mümkün olup, özel hukuk kişilerinin faaliyeti yerine getirebilmeleri için idareden bir ‘izin’ almaları gerekmektedir. Türkiye’de ilk ve orta dereceli özel öğretim kurumları, özel hastaneler, belediye sınırları içinde toplu taşımacılık ruhsat modeliyle yapılan hizmetlerdir⁴¹³.

Ruhsat yöntemiyle bir kamu hizmetinin gördürülmesi durumunda, idarelerin *ex-ante* ve *ex-post* denetim yapmaları söz konusu olmaktadır. *Ex-ante* denetim, ruhsat başvurusunun değerlendirilmesi esnasında, talebin önceden belirlenmiş koşulları sağlayıp sağlamadığının saptanmasında söz konusu olmaktadır. *Ex-post* denetim ise ruhsat verildikten sonra, kamu hizmetinin ruhsat koşullarına ve hizmetin

⁴¹² “Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz.” Anayasa Mahkemesi, 07.05.2002, E.2000/17- K.2002/46. **RG**; 26.03.2003, sayı: 25060.

⁴¹³ GÜNDAY, s. 362; ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 2002, (Günışığında Yönetim), s. 251.

gereklerine uygun yürütölüp yürütölmediğinin denetlenmesidir. Ruhsat yöntemiyle yürütölün faaliyetler üzerinde idarenin denetim yetkisi, söz konusu hizmetin ‘virtüel kamu hizmeti’ sayılıp sayılmamasına göre değışiklik göstermekte, virtüel kamu hizmeti söz konusu olduğunda faaliyetin her noktasını ve anını etkileyen içsel bir denetim yapılırken, aksi takdirde dışsal bir kolluk denetimi gündeme gelmektedir⁴¹⁴.

Ruhsat modelinde bir özel hukuk tüzel kişinin bir kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilebilmesi için, bizzat bu tüzel kişinin talebinin bulunması gerekmektedir. Bu isteğe binaen idare, tüzel kişinin kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilmesi için bir ruhsat veya lisans düzenler⁴¹⁵. Bu esnada idarenin *ex-ante* denetimi söz konusu olmaktadır. Örneğın sağık hizmetinin ruhsat usulüyle özel hukuk kişilerince yürütöllebilmesi için, öncelikle mevzuat uyarınca idarenin yürütmekle yükümlü olduğ sağık hizmetinin kapsamında yer alması, ruhsat usulüne izin veren ve yürütölmesine ilişkin kuralları koyan bir mevzuat hükmünün bulunması, yeterlik standartlarının sağılanması gerekmekte; bu şartları sağılayan kişinin idareye yaptığı başvurunun belirli bir değerdendirme süzgecinden geçmesi sonucunda yeterli olduğuna kanaat getirilirse ruhsat verilerek kişi yetkilendirilmektedir⁴¹⁶.

Ülkemizde ruhsat yönteminden, hem kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürölmesinde, hem de Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi için özel hukuk kişilerinin

⁴¹⁴ ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, s. 252.

⁴¹⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 556. Özel hukuk tüzel kişinin talebi ruhsat veya lisans düzenlenmesi için ön koşul olsa da bu işlem bir sözleşme değıl tek taraflı bir işlem olup sadece idarenin iradesiyle teşekköl etmektedir.

⁴¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIR, **Sağık Hizmetleri**, s. 249-293.

yetkilendirilmesinde yararlanılmaktadır⁴¹⁷. Maden Kanunu’na göre verilen işletme ruhsat ve imtiyazları, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesini özel kişilere devreden işlemler olmayıp, kişilere, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bir doğal zenginlikten yararlanma izni veren idari işlem ve sözleşmelerdir⁴¹⁸. 6309 sayılı Maden Kanunu’nun 62 ve 63. maddeleri uyarınca yer altı ve yer üstü kaynakları idari sözleşme niteliğinde olan işletme hakkının devri sözleşmelerine konu oluyorken 6309 sayılı Yasa’yı yürürlükten kaldıran 3212 sayılı Maden Kanunu işletme hakkının devri modelinden vazgeçerek ruhsat yöntemini benimsemiştir. Diğer yer altı ve yer üstü kaynaklarından petrol ve doğal gazın işletme hakları için ise 6326 sayılı Petrol Kanunu uyarınca ruhsat verilmektedir.

Doktrinde kimi yazarlar ruhsat yönteminde idarenin kolluk yetkisini kullanmasının söz konusu olduğunu, ruhsat usulünün kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin bir yöntemi olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar⁴¹⁹. Ancak ‘ruhsat’ kavramı hem kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesinde bir yöntem olarak hem de kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi yöntemi olarak kullanılmaktadır. Nitekim, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması, bu faaliyetin ancak idareden lisans almak suretiyle yürütülebilmesi, faaliyette bulunabilmek için lisansa ek olarak sözleşme gibi başka bir hukuki işlemin gerekmemesi ve idare ile faaliyette bulunanlar arasındaki ilişkilerin söz konusu

⁴¹⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Ülkemizin petrol varlığının tespiti için ise petrol kaynaklarının aranması büyük önem taşımaktadır. Petrol üretiminin sağlanması için ülke kaynaklarının bilinmesi, araştırılması, rezervinin tespit edilmiş olması gereklidir. Dolayısıyla petrol arama ve işletme faaliyetlerinde bulunulmasında ‘kamu yararı’nın olduğu şüphesizdir” Anayasa Mahkemesi, 03.07.2014, E.2013/96- K. 2014/118. **RG**; 21.5.2015, sayı: 29362.

⁴¹⁸ BİLGİN Pertev, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, İHİD, C.1, S.1, 1980, ss. 113-116, s. 116.

⁴¹⁹ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 324. Yazara göre, ruhsat kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri olduğuna göre, söz konusu alanın bir kamu hizmeti alanı olmadığını gösterir niteliktedir.

lisansın hükümleri çerçevesinde yürütülmesi halinde, bu lisansın, kamu hizmetinin görülmesi usulü olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴²⁰. Örneğin özel havaalanı yapım ve işletmesine ilişkin olarak 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu’nun (2920 sayılı Yasa) 18. maddesi uyarınca izin, 4046 sayılı Yasa uyarınca imtiyaz verilebilmekte veya 3996 sayılı Yasa uyarınca YİD modelinden yararlanılabilmektedir⁴²¹. 2920 sayılı Yasa uyarınca izin alınması halinde, ayrıca bir sözleşme imzalanmasına gerek olmadığı için, bu izin kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesi yöntemi niteliğini taşımaktadır.

Kamu-özel işbirliğinin sözleşmesel ilişki haricinde statüer ilişki içerisinde yani ruhsat/lisans yöntemiyle de kurulabileceği, bu ilişkilere kamu hukuku veya özel hukukun uygulanabileceği savunulmaktadır⁴²². Ancak KÖİ yöntemi tarafların karşılıklı müzakerelerde bulunabilmesini, riskleri paylaşmalarını ve paranın karşılığının alınması için en uygun yöntemin bulunmasını gerektirdiğinden ve ruhsat usulünde tek taraflı bir idari işlem söz konusu olduğundan, ruhsat yöntemi bir KÖİ modeli olarak kabul edilemez.

⁴²⁰ KIR, s. 123.

⁴²¹ Bir yasal düzenlemede birden fazla mevzuata gönderme yapılması veya düzenleme konusu için, farklı yasalarda düzenlenmiş olan KÖİ modelleri uyarınca yapılabileceğine dair hükümler bulunması ya da farklı yasal düzenlemelere atıf yapılmamasına rağmen, işin konusunun birden çok modelle gerçekleştirilmeye elverişli olabileceğine ilişkin inceleme için bkz. 2. Bölüm, V.

⁴²² TALUS Kim, “*Public-private partnerships in energy – Termination of public service concessions and administrative acts in Europes*”, Journal of World Energy Law & Business, Vol: 2, No: 1, 2009, ss. 43-67, s. 45 vd.

B. Kamu Hizmetinin Sözleşmesel İlişki İçerisinde Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi

İdarenin hizmetin görülmesini sözleşmeyle devretmesi ile yetki devrinin benzerlik gösterdiği, bu nedenle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sözleşme yolunun kullanılmasının idarede yetki kullanımını düzenleyen kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği; idarenin kendi içindeki yetki ve görev dağılımında bile katı ve sıkı sıkıya yasaya bağlı bir sistem benimsediği dikkate alındığında, idarenin açık yasal dayanak olmaksızın hizmetin görülmesi amacıyla sözleşme yoluna gitmesi ve idare dışında bir kişiyi görevlendirmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁴²³. Ancak, idarenin bir kamu hizmetini sözleşmesel ilişki içerisinde özel hukuk kişisine gördürmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duymasını yetki devri ile kıyaslayarak temellendirmeye gerek bulunmamaktadır.

İdare, kendisine tanınan ayrıcalıkları ve yetkileri kullanabilmek için ‘hukuki dayanak ilkesi’ denilen yasal bir yetkiye muhtaçtır⁴²⁴. Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” hükmü ile idarenin yasallığı ilkesi benimsenmiş olup bu ilke uyarınca idarenin görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde ve açık bir biçimde yasalarda düzenlenmesi gerekmektedir⁴²⁵. İdari işlemlerin yasal dayanağının olması da ‘yasal idare’ ilkesinin bir sonucu olup, idarenin yasal dayanağı bulunmayan bir

⁴²³ TEKİNSOY Ayhan, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, (**İdari Sözleşme Rejimi**), s. 20.

⁴²⁴ MERİÇ Osman, “*İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri*”, **Danıştay Dergisi**, S.11, 1973, ss. 66-81, s. 80.

⁴²⁵ Anayasa Mahkemesi, 04.12.2014, E. 2013/114- K. 2014/184. **RG**; 16.07.2015, sayı: 29418. Danıştay 5.D, 21.05.2013, E. 2013/373- K. 2013/4137 (UYAP).

yetkiyi kullanması olanaklı değildir⁴²⁶. Bu nedenle, idarenin çok taraflı işlemleri olan idarenin sözleşmelerinin de yasal dayanağının olması gerekmektedir.

1. İdari Sözleşme Aracılığı İle

İdarenin taraf olduğu bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde organik, işlevsel ve maddi şartların varlığı kolektif olarak aranmaktadır. Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması organik şartı, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ve amacının kamu yararı olması işlevsel şartı, sözleşmede idareye üstün ayrıcalık ve yetkiler tanınmış olması ise maddi şartı ifade etmektedir.

Hukukumuzda imtiyaz sözleşmesi, iltizam sözleşmesi, müşterek emanet sözleşmesi, kamu istikraz sözleşmesi ve idari hizmet sözleşmesi klasik idari sözleşmeler olarak incelenmektedir. Ancak, Anayasa'nın 47/4 maddesi⁴²⁷ dikkate alındığında, idari sözleşme şartlarını taşıyan ve ilgili yasal düzenlemelerde özel hukuk sözleşmesi niteliği tanınmayan diğer sözleşmeler de idari sözleşme niteliğini taşıyacaktır.

a. İmtiyaz

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi “bir amme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, temin edilecek

⁴²⁶ Danıştay 14.D, 03.10.2012, E.2011/16621- K.2012/6548 (UYAP).

⁴²⁷ “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

salahiyetler ve taahhüt olunan menfaatler mukabilinde hususi bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden bir mukavele”⁴²⁸ olarak tanımlanmıştır.

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak görülmektedir. Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin, özel kişiyle yaptığı idari bir sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir kamu hizmetinin yürütülmesi modelidir⁴²⁹. Bu çerçevede imtiyazın, sözleşmenin kamu yararını ilgilendiren bir hizmete ilişkin olması, hizmetten sözleşmeci idarenin değil üçüncü kişilerin yararlanması ve yüklenicinin hizmetin sunumundan doğan ekonomik riski üstlenmesi olmak üzere üç temel özelliği bulunmaktadır⁴³⁰. Danıştay’a göre,

“Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz sürecinde hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmetin devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özellikleridir”⁴³¹.

⁴²⁸ ONAR, **Cilt I**, s. 536.

⁴²⁹ Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁴³⁰ BOVIS Christopher, “*The Notion of Public Concession as a Component of Public Private Partnerships*”, EPPPL, 1/2007, ss. 12-16, (*Public Concession*), s. 12- 15.

⁴³¹ Danıştay 10.D, 06.02.2002, E.1999/2543- K.2002/348 (yayımlanmamıştır); Danıştay 10.D, 06.02.2002, E. 1999/2407- K. 2002/347 (Kazancı İçtihat Bankası).

Ancak, imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özellikleri günümüzde önemini yitirmektedir⁴³²: İmtiyazın temel unsuru olarak, imtiyazı alan özel kişinin, kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmeti üretimini, tüm sonuçları kendisine ait olmak üzere, kendi sermayesiyle yapması koşulu kabul edilmekte, hatta bu özelliği zayıflatacak kamusal mali desteğin, modelin niteliğine ters düştüğüne karar verilmekteydi⁴³³. Ancak günümüzde, girişimcilere başlangıç sermayelerini oluştururken tanınan devlet teşvikleri ve kredi güvenceleri imtiyazın özel sermaye unsurunu zayıflatmakta⁴³⁴; ayrıca hizmetin gerektirdiği yatırımların bir bölümü veya tümü idare tarafından üstlenilebilmekte ya da hizmetin görülmesi sırasında imtiyaz sahibine destek sağlama yoluna da gidilebilmektedir. Öte yandan, imtiyaz sahibinin gelirini, hizmetten yararlananlardan idarenin belirleyeceği tarife üzerinden aldığı ücretle karşılaması da artık kamu hizmeti imtiyazının ayırt edici özelliği olmaktan çıkmıştır. Günümüzde hizmetin görülmesinde elde edilen gelirle imtiyaz sahibinin yaptığı giderlerin karşılanması yeterli görülmekte, ayrıca imtiyaz sahibi şirkete başlangıçta ücreti serbestçe belirleme olanağı da tanınabilmektedir. İmtiyaz sahibinin gelirini hizmetten yararlananlardan alacağı ücretle karşılaması özelliğinin bir uzantısı olarak imtiyaz usulünün, yalnız ücretlendirilebilir ve yararlananların saptanabilir olduğu ‘iktisadi kamu hizmetleri’ için uygulanabileceği görüşü de terk edilmiş, idari kamu hizmetleri alanında da imtiyaz yoluna

⁴³² GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 516-517; TAN Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, AÜSBFD, C. 50, S. 3, 1995, ss. 291-309, (İdari Sözleşme Kuramı), s. 300-301.

⁴³³ YİD modeline göre yapılan bir otoyolun yapımı ve işletimi süresince boğaz köprülerinin gelirlerinin finansman desteği olarak proje şirketine tahsis edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda sorulan görüşte Danıştay, özel bir finansman modeli olan YİD modeline göre yapılacak işlerin finansmanından işi alan sermaye şirketi sorumlu olduğundan ve yatırım bedelinin, görevlendirilen şirketin ürettiği mal ve hizmetin idare ya da hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi öngörüldüğünden, yüklenici firmalara bu şekilde bir finansman desteği sağlanmasının hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Danıştay 1.D, 16.12.1998, E.1998/267-K.1998/481 (UYAP).

⁴³⁴ KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 329.

gidilebileceği kabul edilmiştir. Son olarak, idarenin imtiyaz vereceği özel kişiyi seçmede sahip olduğu geniş takdir yetkisinin de, AB Hukukunun da etkisi ile, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan tüm sözleşmelerin yarışma ve rekabeti düzenleyen ortak usul kurallarına bağlanma girişimleri sonucunda değişime uğradığı kabul edilmektedir.

İmtiyazın belirlenmesindeki güçlükler karşısında, bu usulün uygulanacağı alan yasayla düzenlenmiştir. 4046 sayılı Yasa'nın 15/5 maddesi uyarınca *“Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır”*⁴³⁵. İmtiyaz yöntemi ile özel girişimci, faaliyet gösterdiği hizmet alanının, üretim ilişkileri kurallarından kurtarılmış olma imtiyazından yararlandığından⁴³⁶, imtiyaz sözleşmeleri özel sektörde işletilen tekelleri düzenleyen kuralları belirlemenin bir aracını oluşturmaktadır⁴³⁷.

Bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından sunulması halinde ayrıcalıklı bir durum yaratılıyorsa, imtiyazın varlığından söz edilebilmekte⁴³⁸, hatta rekabete engel

⁴³⁵ Bu düzenlemenin de bazı hukuki sorunlar yaratabileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, *İdari Sözleşme Kuramı*, s. 301.

⁴³⁶ KARAHANOGULLARI, *Kamu Hizmeti*, s. 328-329.

⁴³⁷ EMEK, *Doğal Tekel*, s. 27.

⁴³⁸ ÇAL, *Kamu Hizmeti Kavramı*, s. 184. “Özellikle kamu hizmeti niteliği ağır basan temel mal niteliğinde ve tekel konumundaki mal ve hizmet üretimleri, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı, telekomünikasyon, otoyol işletmesi ve demiryolu ulaşımı, liman ve hava meydanı işletmeleri gibi hem doğal hem de ekonomik yapısı yönünden gerçek bir tekel olan hizmetlerin özel kişilere devri veya

olunarak özel hukuk kişisi lehine farklılık yaratılan her faaliyette, kamu menfaatinin korumak amacıyla imtiyaz hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴³⁹.

İmtiyaz geleneksel olarak kamu hizmetlerinin özel tekeller kurularak yerine getirilmesini ifade ettiği ve bu durum da kamu hizmetlerinin rekabete açılması düşüncesiyle bağdaşmadığı için geniş anlamda imtiyaz yerine ‘yetkilendirme’ kavramının kullanılması da önerilmektedir⁴⁴⁰.

İmtiyaz işlemi, hem tarafların anlaşmasını belgeleyen sözleşmeden, hem de hizmetin kuruluş ve işleyişini içeren ‘şartname’ ve varsa başka belgelerden oluşmakta, bu nedenle ‘karma işlem’ (*acte mixte*) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁴¹. İmtiyaz işleminin sözleşme kısmında imtiyazın süresi, imtiyazcının kamusal yetki kullanma hakkını düzenleyen hükümler, tarifelerin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler ve imtiyaz verenin imtiyaz alana sağladığı mali ve diğer avantajlara (avanslar, borçlanma garantileri vb) ilişkin hükümler yer almaktadır. İdare tarafından önceden hazırlanmış bulunan şartnameler, imtiyaz işleminde kamu hizmetinin örgütlenmesine, işleyişine ve görülme esaslarına ilişkin genel ve nesnel

göndürülmesi, özel kişilere imtiyaz verilmesi anlamındadır.” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E.1994/70- K.1994/65-2 (değişik gerekçe). RG; 28.01.1995, sayı: 22185.

⁴³⁹ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 105. Bir teşebbüs lehine hâkim durum yaratan imtiyaz sözleşmesinde yer alan hükümler, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurur nitelikteyse, idari yargı merci bu hükümlerin hukuka aykırılığına karar verebilir. Öte yandan hâkim durumun kötüye kullanılması doğrudan sözleşmeden değil de, teşebbüsün uygulamalarından kaynaklanıyorsa, bu durumda rekabet otoritesinin denetimine tabi olacaktır. STAHL Jacques-Henri, “*La concurrence, l’Administration et le juge administratif*”, Cahier de la Fonction Publique, No: 184, 1999, s. 238, TAN Turgut, “*Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü (İşlevsel İşbirliği Üzerine Bazı Gözlemler)*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Cilt II, Kamu Hukuku, 2/2004, ss. 43- 61, s. 47’den naklen.

⁴⁴⁰ ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s. 33.

⁴⁴¹ İmtiyaz sözleşmesi ile bir yandan imtiyazı alan, şartnamede belirlenen genel ve nesnel statüye sokulduğundan ve diğer yandan da malî hükümler düzenlendiğinden, sözleşme belgeleri bir yönü ile durum işlem, diğer yönü ile subjektif işlem niteliğindedir. GÜNDAY, s. 345. İmtiyaz sözleşmeleri, şartlaşma ve sözleşme kısımlarından oluştukları için biçimsel olarak; hem düzenleyici işlem, hem durum işlem hem de subjektif işlem niteliğinde hükümler içerdikleri için ise içeriksel olarak karma işlem niteliğindedirler. ÖZTÜRK, **İmtiyaz Sözleşmeleri**, s. 56-58. NÉZARD Henry, **Éléments de droit public**, 5^e ed., Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931, s. 290-291; BONNARD Roger, **Précis élémentaire de droit public**, 2^e ed., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, s. 310-311.

kuralların belirlendiği bölüm olup, düzenleyici işlem niteliğinde olan idari ve teknik şartnamelerden oluşmaktadır⁴⁴².

Gerek şartname gerek sözleşme, esas itibariyle idare tarafından düzenlenmekte olup sözleşmeci, idare tarafından belirlenen hüküm ve şartları kabul etme veya reddetme imkânına sahip olduğundan, kamu hizmet imtiyaz sözleşmeleri katılmalı (iltihâkî) sözleşme niteliğindedir⁴⁴³. Benzer şekilde KÖİ sözleşmelerinde de “İdare tarafından ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olarak hazırlanan sözleşme, ihale yetkilisi ve yüklenici tarafından imzalanır ve sözleşmenin İdarece onaylı bir örneği yükleniciye verilir”⁴⁴⁴. Dolayısıyla KÖİ sözleşmelerinin de bir oranda katılmalı sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilir.

b. İltizam

İltizam sözleşmesi, bir özel hukuk kişinin, idareye ödeyeceği önceden kararlaştırılan belirli bir ücret/bedel karşılığında, bir kamu hizmetini kendi kâr ve zararına görmek üzere idare ile yaptığı sözleşmedir⁴⁴⁵. İltizam sözleşmesindeki bedel, maktu bir ücret olabileceği gibi, götürü veya orantılı kazanç da olabilir⁴⁴⁶.

İltizam sözleşmesi, hizmet için gerekli tesisler idare tarafından kurulduğu için imtiyazdan ayrılmaktadır. Ayrıca, hizmeti görecek olan özel kişi (mültezim) idareye bir bedel ödemekte ve gördüğü hizmet karşılığında yararlananlardan bir bedel

⁴⁴² GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 501, 635-636; RICHER Laurent, **Droit des contrats administratifs**, 4^e ed., Paris: LGDJ, 2004, s. 63; LINOTTE Didier/ROMI Raphaël, **Services publics et droit public économique**, 5^e ed., Paris: Litec, 2003, s. 329-332; ONAR, **Cilt I**, s. 536-537; ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Cilt, 3. Bası, İstanbul: Hak Kitabevi, 1966, s. 1595-1596; TAN, *Yap-İşlet-Devret*, s. 309.

⁴⁴³ GÜNDAY, s. 345-346; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku - Cilt I**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, (**Cilt I**), s. 471.

⁴⁴⁴ TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşine Ait İdari Şartname, s. 27.

⁴⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 495; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 524.

⁴⁴⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 630; ZABUNOĞLU, **Cilt I**, s. 469; GÜNDAY, s. 187, 344.

almaktadır. Mültezim, müşterek emanet usulünden farklı olarak ise, hizmeti kârını ve zararını üstlenerek yürütmektedir⁴⁴⁷.

c. Müşterek Emanet

Müşterek emanet yönteminde, idare sermaye koyarak kamu hizmeti teşkilatını oluşturmakta, kamu hizmetinin aynı ve maddi vasıtalarını devrettiği özel kişi de bilgi ve becerisini ortaya koyarak kamu hizmetini yürütmektedir⁴⁴⁸. Hizmeti, kâr ve zararı idareye ait olmak üzere yürütme işini üstlenen özel hukuk kişisine, idare tarafından sağlanan gelirle orantılı bir ödeme yapılmakta, kâr ve verimlilik dolayısıyla ek prim ödemesinde de bulunulabilmektedir⁴⁴⁹.

Bir görüşe göre, imtiyaz adı verilen bir sözleşmede, idarenin yükleniciye yardımını sermayeyi teşkil edecek derecede geniş olursa ve bir zararın ortaya çıkması halinde de bu zarara yüklenicinin katılımı kısıtlanarak idarenin zarara katlanması söz konusu olursa, bu sözleşme, imtiyaz sözleşmesi değil, ‘müşterek emanet’ sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁴⁵⁰.

d. Diğer İdari Sözleşmeler

Kamu istikraz sözleşmesi, Devlet ve bazı kamu tüzel kişileri tarafından tahvil, bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan sözleşmelerdir. Kamu istikraz sözleşmelerinin idari niteliği tartışmalı olup, kamu yararı gözetilerek ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapıldığı, idare borçlanma koşullarını belirleme ve tek yanlı değiştirme yetkisine sahip olduğu, sözleşme konusu

⁴⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 629; ZABUNOĞLU, **Cilt I**, s. 529-530; GÖZLER/KAPLAN, s.461-462.

⁴⁴⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 525, 630.

⁴⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 628- 629; GÖZLER/KAPLAN, s. 569.

⁴⁵⁰ ÖZAY İl Han, “Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer “Müşterek Emanet”, İÜHFM, C. 54, S. 1-4, ss. 55- 70, s. 65.

senet haczedilmeme ve bazen para yerine geçme gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlandığı için idari sözleşme nitelendirmesi yapılmakta; sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarına yer veren hükümler bulunmaması halinde bunların özel hukuk sözleşmesi oldukları kabul edilmektedir⁴⁵¹. Kamu istikraz sözleşmeleri kamu hizmetinin sözleşmesel ilişki içerisinde özel hukuk kişilerine gördürölmesinin bir yöntemi olmayıp, kamunun finansman sağlamak için kullandığı bir usuldür.

İdari hizmet sözleşmesi, işçi dışındaki kamu görevlileri ile idare arasında yapılan sözleşmeler olup, idari sözleşme ölçütlerini taşıdığı için, yargı organlarınca ‘idari sözleşme’ sayılmaktadırlar⁴⁵². İdari hizmet sözleşmeleri kamu hizmetinin sözleşmesel ilişki içerisinde özel hukuk kişilerine gördürölmesinin bir yöntemi olmayıp kamu görevlilerinden olan sözleşmeli personelin kamu hizmetine katılım usulünü ifade etmektedir.

2. Özel Hukuk Sözleşmesi Aracılığı İle

Anayasa’nın 47. maddesi uyarınca, idarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilereği veya devredilebileereği yasayla belirleneereğinden, ilgili yasal düzenlemelerde özel hukuk sözleşmesi olduğu hükme bağlanan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğini taşımaktadırlar. Kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk

⁴⁵¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 496; GÖZLER/KAPLAN, s. 462; GÜNDAY, s. 188.

⁴⁵² GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 498; GÖZLER/KAPLAN, s. 463; GÜNDAY, s. 193.

sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla yasa koyucunun takdirindedir⁴⁵³.

Özel hukuk sözleşmesi aracılığı ile kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi halinde, hem ihale aşamasında⁴⁵⁴ hem de doğal veya hukuki tekel söz konusu ise hizmetin görülmesi esnasında kamu hukukunun uygulanması söz konusu olacağından, kamu hizmetine hiçbir durumda kamu hukuku rejimi uygulanmayacağı yanılmasına kapılınmaması gerekmektedir⁴⁵⁵. Ayrıca sözleşme konusunun tekel niteliğinde kamu hizmeti olup olmadığına bakılmaksızın, hizmetten yararlananların hizmetin yürütülmesinde mevcut aksaklıklar için hizmetin asıl sorumlusu olan idareye ve idari yargıya başvuruları kamu hukuku kurallarına tabi olacaktır⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁴⁵⁴ Örneğin, Danıştay’a göre, “... kamu kurumu niteliğini koruyan davalı ... Hava Yolları A.O.’nun dava konusu ... ve ... Havaalanlarında ... ve müşteri uçaklarının varış ve kalkış seferlerine verilecek yükleme ve boşaltma hizmetlerine ilişkin 8.2.2002 günlü ihale ile sözü geçen ihalenin onaylanmasına dair ... Anonim Ortaklığı Yönetim Kurulu Kararının, yönetimin hangi tür işlemine girdiğinin saptanması gerekmektedir.

“2920 sayılı ... Sivil Havacılık Kanunu’nun 44. maddesinde, Ulaştırma Bakanlığının, havaalanlarında, yolcu ve yük trafiğinin ve her türlü hizmetlerin çağdaş sivil havacılık ilkelerine ve ülke çıkarlarına uygun bir biçimde yürütülmesi amacı ile gereken önlemleri almaya veya aldirmaya yetkili olduğu kurala bağlanmış olup, bu hükümle birlikte Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri hakkında 3348 sayılı Kanun’un 2, 12 ve 35 inci maddelerine dayanılarak, havaalanları yer hizmetlerinin uluslararası seviyede yapılmasını sağlamak için, uygulanacak usul ve esasları düzenlemek, hizmet türlerini belirlemek ve bu hizmetlerle ilgili ücret tarifelerini belirlemek amacıyla Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği çıkarılmıştır.

“Sözü edilen düzenleme uyarınca, Ulaştırma Bakanlığının görev ve yetkisinde sayılan havaalanları yer hizmetleri işletmeciliğinin, kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu tartışmasıdır.

“Kamu hizmetinin düzenlenmesi veya yürütülmesi amacıyla kamu gücüne dayanılarak tesis edilen işlemler idari işlem niteliği taşımakta olup; kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere idarenin yönetimi veya yakın gözetimi altında kamu yararı amacı doğrultusunda yürütülen faaliyet olan kamu hizmetinin hukuki denetiminin idari yargı yerince yapılması gerekli bulunmaktadır.

“Bu durumda tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işleme karşı açılan davada idari yargı görevli iken, uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğundan bahisle verilen görev ret kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 10.D, 26.03.2003, E.2002/5500- K.2003/1119 (UYAP).

⁴⁵⁵ ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, edt. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 1-22, (Kamu Hizmeti), s. 15.

⁴⁵⁶ YAVAŞ A. Murat, **Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim**, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 131.

III. Kamu-Özel İşbirliklerinin Hukuki Niteliği

İdarenin sözleşmeleri, tabi oldukları hukuki rejime göre özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme olarak sınıflandırılmaktadır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde, idare ile sözleşmeci eşit konumdayken, idari sözleşmelerde ise idarenin üstün yetkili ve ayrıcalıklı bir konumu bulunduğu kabul edilmektedir. İdarenin sözleşmelerinin nitelendirmesi yasa koyucu tarafından yapılabileceği gibi yargı organlarınca geliştirilen ölçütlere dayanılarak da yapılabilmektedir. İdari sözleşme nitelendirmesinin içtihadi ölçütlere dayanılarak yapılması için, taraflardan birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ve idarenin karşı tarafa nazaran üstün ve ayrıcalıklı bir konumda bulunması gerekmekte⁴⁵⁷, bir sözleşme içtihadi ölçütler uyarınca maddi anlamda idari sözleşme

⁴⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 483-495. Yargıtay’a göre, “İdari sözleşmeler, idareye özgü düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ile kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla tek yanlı iradesiyle sözleşme ilişkisini etkileyebilir.

“İdarenin bir sözleşmesinde, idareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır.

“Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle, sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde düşünülmesi imkânsız bile olan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmeleri ötekilerden ayıran en temel, en belirgin özelliğidir.

“Bu durum, idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması, ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, re’sen hareketle imtiyaza el koyma gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur; özel hukuku aşan koşulların varlığının işareti olarak; sözleşmede kamu gücünün belirtilmiş olması, tek yanlı hareket yetkisinin ve zora dayanan önlemler alma gücünün mevcut bulunması aranır.” Yargıtay HGK, 14.02.2007, E. 2007/4-81- K. 2007/78 (Kazancı İçtihat Bankası).

“Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.” Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71- K.1995/23. **RG**; 20.03.1996, sayı: 22586; Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43- K.1994/42-2. **RG**; 24.01.1995, sayı: 22181; Danıştay 13.D, 26.09.2008, E.2008/5151- K.2008/6509 (UYAP).

niteliği taşısa dahi, yasa ile özel hukuk sözleşmesi nitelendirilmesinin yapılması halinde özel hukuka tabi olmaktadır.

İdari sözleşmelerin nitelendirilmesinde doktrinde ikili ve üçlü ölçüt kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, kamu tüzel kişiliği organik ölçütü, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması maddi ölçütü, kurulan hukuksal ilişkide kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin bulunmasını ifade eden özel hukuku aşan rejim ise biçimsel ölçütü oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, idari sözleşmenin organik, maddi ve biçimsel ölçütü bütünleşik bir yapı içerisinde olup mahkeme kararlarında ölçütlerin bulunduğu eklemlerli bir yapı arandığından ‘idari sözleşmenin üçlü ölçütü’ kavramının kullanılması gerekmektedir⁴⁵⁸. Diğer görüşe göre ise, sözleşmenin içeriğine ilişkin olan maddi ölçüt, hem kamu hizmetine ilişkin olma, hem de özel hukuku aşan şartlar ve özel hukuku aşan rejimin varlığını içermektedir⁴⁵⁹. Maddi ölçütün, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesini gerektirdiği, Türk yargı içtihatlarının maddi ölçütleri kümülatif olarak aramasının eleştiriye açık olduğu belirtilmektedir⁴⁶⁰.

1980’lerden sonra, idarenin kamu hizmetlerinden çekilmeye başlaması ve sözleşmelerin özel hukuka tabi olması gerektiği şeklindeki görüşlerin ağırlık kazanması, idari sözleşmelerin eski önemini yitirmeye başlamasına neden

⁴⁵⁸ KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, (Yasallık ve İdari İşlemler), s. 203-216.

⁴⁵⁹ TEKİNSOY, **İdari Sözleşme Rejimi**, s. 99- 122; TEKİNSOY Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, C. 55 S. 2, 2006, ss. 181-227, (Ölçüt Sorunu), s. 192-206. Kamusal korunma gereksinimi, ‘kamu hizmeti’ ve ‘idari sözleşme’ tanımlamasına gidilmesinin arkasında yatan asıl itici güç olup idari sözleşmelerde, özellikle altyapı sektörlerinde, kamusal korunma kamu hizmeti kavramı üzerinden karşılanmakta; ancak, bu kavramın uygulanamayacağı alanlarda kamu hizmeti yerine özel hukuku aşan şartlar veya özel hukuku aşan hukuksal rejim (kamu kudreti/gücü) ölçütüne müracaat edilmektedir. ÇAL, *Kamu Hizmeti*, s. 644.

⁴⁶⁰ GÖZLER/KAPLAN, s. 452-455.

olmuştur⁴⁶¹. Kamu yatırım ve hizmetlerinin özel sektör tarafından gördürülmesi önceki dönemlerde kamu hizmeti imtiyazı ile gerçekleştirilmekte iken, kamu hizmeti kavramının tartışılmaya başlanması ve kavramın belirsizliğine ilişkin eleştiriler YİD modelinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamış ve bu model ile devlet lehine mevcut olan özel yetkilerin sınırlandırılması ve yatırımcı ile devlet arasında eşitler arasında bir ilişki kurulması hedeflenmiştir⁴⁶². Ancak, imtiyaz tipi KÖİ modellerinden olan YİD yöntemi temelde kamu hizmeti imtiyazından farklı olmayıp, ‘imtiyaz’ sözcüğünün kötü çağrışımlarından ve bazı şekil ve usul kurallarından kurtulma isteğinin etkisiyle Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’un getirdiği sistemin dışına çıkılması için getirilmiş⁴⁶³, idarenin imzalayacağı sözleşmelerin özel hukuka tabi olması sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak hem Anayasa Mahkemesi hem de Danıştay tarafından verilen kararlar ile idari sözleşme alanı korunmuştur⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ EVREN, s. 220.

⁴⁶² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 10-11. İdare, kamu yararı dikkate alarak özel hukuktan yararlanma biçimini, süresini, usul ve esaslarını kendisi belirler. Bazen özel hukuksal yöntemlerin kamu hukuksal yöntemlere göre, bir yükümlülüğü genişletme veya değiştirme bakımından esnek olması nedeniyle daha iyi olduğu da söylenebilir. Dolayısıyla özel hukuksal formlardan yararlanma genelde idarenin büyük bir esneklikle hedeflediği amaca göre seçilir ve bu konuda idarenin takdir yetkisinden söz edilmelidir. SANCAKTAR Oğuz, “Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, ss. 241-270, s. 244.

⁴⁶³ TAN, *Yap-İşlet-Devret*, s. 320-321.

⁴⁶⁴ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E.1994/49- K. 1994/45-2. **RG**; 10.09.1994, sayı: 22047; Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71-K.1995/23. **RG**; 20.03.1996, sayı: 22586; Danıştay 10.D, 29.04.1993, E.1991/1- K.1993/1752 (UYAP); Danıştay 10.D, 06.02.2002, E.1999/2543- K.2002/348 (yayımlanmamıştır). Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları sonrasında oluşan durumda tüm YİD sözleşmeleri imtiyaz niteliğinde idari sözleşme sayıldığından Danıştay denetiminden geçmesi gerekmiş, sözleşmelerde yer alan idarenin kusuruna ilişkin düzenlemeler ve tahkim şartı Danıştay tarafından kabul edilmemiş, ayrıca YİD tesisleri yeniden değerlendirme hakkından yararlanamamışlardır. VARLIER Oktay, “Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss.3-7, s. 5.

Bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kamu hizmeti-
imtiyaz değerlendirmeleri sırasında benimsediği yaklaşım⁴⁶⁵, işin esası dikkate
alınarak kamusal korunma mekanizmalarının isabetli bir şekilde kullanılmasını
sağlayacak bir yorumlama olup, benimsenen bu yaklaşım ülkemizin çıkarlarıyla
doğrudan örtüşmektedir⁴⁶⁶. Diğer görüşe göre ise, Anayasa Mahkemesi'nin
objektivist bir kamu hizmeti anlayışı benimseyerek bazı faaliyetlerin nitelikleri
gereği kamu hizmeti olduklarını, kanun koyucunun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu
hizmeti olarak belirlememesinin faaliyetin niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmesi,
anayasal kamu hizmetleri haricinde kamu hizmetlerini düzenlemek siyasi iradenin
takdirinde olduğundan, çağdaş demokratik hukuk ilkeleriyle bağdaşmamaktadır⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Örneğin, 3096 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca, İstanbul İli içinde kalan bölgede, TEK'e ait bulunan, elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının otuz yıl süre ... AŞ'ye devri yolundaki 30.3.1990 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada, 233 sayılı KHK uyarınca TEK'in kamu iktisadi kuruluşu olduğunu, bu kurum tarafından veya bu kurumun gözetimi altında olan bir özel girişimci tarafından kamuya sağlanan, elektrik üretimi, iletimi, dağıtım tesislerini kurmak ve işletmek, ticaretini yapmak şeklindeki hizmetin bir kamu hizmeti olduğunu dikkate alan Danıştay'a göre, "...yasanın 3. maddesinde, yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yapılması için, görevli şirketle sözleşme yapılacağı, 5. maddesinde de, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verileceği hükme bağlanmış, ayrıca 7. maddede, yapılacak sözleşmelerin süresinin 99 yıla kadar olabileceği belirlendikten sonra 9. maddesinde, enerji satış şartları ve tarife esaslarının nasıl düzenleneceği belirlenmiş bulunmaktadır.

"3096 sayılı Yasanın yukarıda yazılı nedenleri ve ilgili yönetmelik uyarınca Elektrik Ticaret AŞ ile Enerji Bakanlığı arasında 'görev verme' sözleşmesi imzalandıktan sonra, Türkiye Elektrik Kurumu ile ... AŞ arasında da görevli şirket sıfatıyla imzalanan 'işletme hakkı devir sözleşmesi' ile otuz yıl süresince, İstanbul İli Anadolu yakasında, yukarıda belirtilmiş olan alan içinde kalan bölgede, elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti görevleri, ... AŞ'ne devredilmiş, şirketçe kurulacak tesislerin ve halen Türkiye Elektrik Kurumu tarafından yapılan dağıtım tesislerinin devrine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiş bulunmaktadır.

"Yukarıda yazılı mevzuatın ve dava konusu sözleşmede mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu sözleşmenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

...

"Anayasa hükmüne uyulmadan, Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulduğu anlaşılan Türkiye Elektrik Kurumu ile ... Elektrik Tic. AŞ arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptali" gerekir. Danıştay 10.D, 29.04.1993, E.1991/1- K.1993/1752 (UYAP).

⁴⁶⁶ ÇAL, *Kamu Hizmeti*, s. 643.

⁴⁶⁷ ULUSOY, *Kamu Hizmeti*, s. 2, 8.

Yüksek Mahkemelerin kamu hizmetlerinin ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülebileceği, aksinin anayasal ilkelere aykırı olacağı görüşü üzerine, yasa koyucu Anayasa’da değişiklik yapma yoluna gitmiştir.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığı ile gördürülmesi, 1999 yılında Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*” kuralının konulması ile mümkün hale gelmiştir⁴⁶⁸. Bu çerçevede ilgili yasalarda değişiklik yapılarak, imzalanacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olacağına dair hükümler eklenmiş⁴⁶⁹ ve hatta geçici maddeler ile mevcut sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesine dönüşmelerine imkân tanınmıştır⁴⁷⁰.

1999 Anayasa değişikliği sonrasında, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesine konu edilebilmesinin bu konuda yasal düzenleme olması şartına bağlanmış olmasının iki sonucu bulunmaktadır. Öncelikle, imzalanan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı yolundaki düzenleme yasa yerine yönetmelik ya da Bakanlar Kurulu kararı gibi bir idari işlemlerle yapılacak olursa, söz konusu

⁴⁶⁸ “Değişiklikle, kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin, çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla Anayasa’nın 47. maddesine eklenen bu fıkradan sonra, kanun koyucunun, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapması olanaklı hâle gelmiştir.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁴⁶⁹ 6428 sayılı Yasa m. 4/1, 4283 m. 3/6, 3996 sayılı Yasa m. 5; 5335 sayılı Yasa m. 33/7.

⁴⁷⁰ 4283 sayılı Yasa geçici madde 2, 3996 sayılı Yasa geçici madde 1.

düzenleme hukuka aykırı olacaktır⁴⁷¹. Ayrıca, yasada açık düzenleme olmayan hâllerde⁴⁷², kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesine ilişkin olarak imzalanmış olan sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesinde, içtihatlarla kabul edilmiş olan yargısal ölçütler dikkate alınarak nitelendirme yapılacak ve sözleşmelerin idari niteliği ortaya çıkacaktır⁴⁷³.

⁴⁷¹ Aynı yönde bkz. GÜRKAN, s. 94. Örneğin, EÖT Yönetmeliği'nin 4/1-25 hükmü uyarınca sözleşme, "yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan, Hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırk dokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesi hâlinde, üst hakkı sözleşmesine esas teşkil eden ve onun ayrılmaz bir parçası olan sözleşme ve ekleri" olarak tanımlanmıştır. Ancak Anayasa uyarınca özel hukuk hükümlerine tabiyet yasa ile belirlenebilmektedir. Dolayısıyla, EÖT Yönetmeliği'nde sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi hukuka uygun olmadığı için imzalanan sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir.

⁴⁷² İzmir Adnan Menderes Havalimanı Mevcut Dış Hatlar Terminali, CIP; İç Hatlar Terminali ve Mütemmimlerinin Kiralanmak Suretiyle İşletilmesi İşi'ne ilişkin olarak 5335 sayılı Yasa'nın atfı ile 4046 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde yer alan esaslar çerçevesinde kira sözleşmesi imzalanması işlemine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı veren Danıştay'a göre, "Bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere gördürülebilmesi için Anayasa'nın bu amir hükmü [m.47] gereğince açık bir yasal düzenlemenin bulunması zorunludur.

...
"Davalı idare [Devler Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü], tekel niteliğindeki bir kamu hizmeti olan havaalanlarının işletilmesi, meydan yer hizmetlerinin yapılması, hava trafik kontrol hizmetlerinin ifası, seyrüsefer sistem ve kolaylıklarının kurulması ve işletilmesi, bu faaliyetler ile ilgili diğer tesis ve sistemlerin kurulması, işletilmesi ve modern havacılık düzeyine çıkarılması işini ancak bir imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine gördürebileceğinden ve davalı idare tarafından ise, bu işin imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin hukukî süreç işletilip Danıştay'ın düşüncesi alınmadan, kira sözleşmesi adı altındaki bir sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürülmesi yolu izlenmek suretiyle aktarılan Anayasal ve yasal düzenlemelere aykırı olarak işlem tesis edildiğinden, dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir." Danıştay 13.D, E. 2012/2772 (yayımlanmamıştır). Bu kararın ardından, 5335 sayılı Yasa'da değişiklik yapılarak, "Bu madde kapsamında yapılacak kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi imtiyaz addolunmaz. Bu çerçevede imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir." hükmünü getiren 33/7 fıkrası eklenmiştir.

⁴⁷³ "Karayolları Trafik Kanunu'nda Ulaştırma Bakanlığınca yetki verilmesi halinde gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilen araç muayene hizmetinin, idarece gerçek veya tüzel kişilere gördürülme usulü, bir diğer deyişle idare ile gerçek veya tüzel kişi arasında yapılması olası sözleşmenin niteliği açıkça belirtilmemiştir.

...
"Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla aktedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide 'idari sözleşmeler' olarak tanımlanmaktadır. İdari sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır.

"Trafığe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. ...araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığının bu konuda

Geçici maddeler ile mevcut idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesine dönüşmesine imkân tanınması, hukuki nitelendirmenin içeriğe dönük olarak maddi anlamda değil, şekli olarak yapıldığını göstermektedir. Örneğin, 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un (4283 sayılı Yasa) geçici 2. maddesi uyarınca *"Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır..."* Bu düzenleme, aslında sözleşmenin içeriksel olarak yani maddi anlamda imtiyaz sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, yasal düzenlemeler ile idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerine dönüştürülmelerinde ve KÖİ yöntemlerine ilişkin yasal düzenlemelerde imzalanacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olacaklarının düzenlenmelerinde amaç sözleşmenin taraflarının eşit hak ve borçlara sahip oldukları bir rejime tabi olmalarını sağlamak değil, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların idari yargının görev alanından çıkartılarak adli yargının görev alanına sokulmasıdır. Aksi bir amaç izlenmiş olsa idi, 'aynı hüküm ve şartları' içeren sözleşme imzalanacağı düzenlenmeyeceği gibi, yeni yasal düzenlemelerde de idareye üstün ve ayrıcalıklı bir konum sağlayan hak ve yetkiler yer tanınmazdı.

yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı açıktır." Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005, E. 2005/110- K.2005/111. RG; 26.07.2006, sayı: 26240.

Aynı şartlarla imzalanan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması, yasa ile şekli olarak yapılan bir düzenlemenin sonucudur. Benzer şekilde 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (3465 sayılı Yasa) uyarınca otoyolların yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi için yapılan sözleşmeler idari sözleşme olabileceği gibi, ilgili idarenin talebi doğrultusunda 3996 sayılı Yasa'dan yararlanılarak özel hukuk sözleşmesi olarak da imzalanabilmektedir⁴⁷⁴. 5335 sayılı Yasa ile getirilen kiralama düzenlemesi olmasaydı havaalanı terminalleri ve otoparkının işletilmesi 4046 sayılı Yasa (m.15) çerçevesinde gerçekleştirilecekti ve KİK'lerin temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri 'imtiyaz' kabul edildiğinden, yapılacak sözleşme de imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olacaktı. Ancak, 5335 sayılı Yasa çerçevesinde kiralama söz konusu olduğundan yapılan sözleşme de özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmektedir⁴⁷⁵. Bu nedenle, işbirliği sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, sözleşmenin içeriği ve özellikleri değil, bu

⁴⁷⁴ 3465 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca, otoyolların yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinde sermaye şirketleri görevlendirilebilir veya yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı ve işletilmesi şirketlere yaptırılabilir. Yasa'nın 5. maddesine göre "görev, tespit edilen görev yerinde bütün tesisleri ile birlikte otoyolun veya hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsayabileceği gibi 4046 sayılı Kanun kapsamına alınanlar hariç otoyolların, işletme ve bakım tesislerinin veya hizmet tesislerinin bakımı, iyileştirilmesi, genişletilmesi veya işletme haklarının devri şeklinde de olabilir." Ayrıca, 3996 sayılı Yasa'nın 13/2 maddesi uyarınca "ilgili idarenin isteği halinde 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tâbi işler de 5, 11, 12 ve 14 üncü madde hükümlerinden yararlanır." 3465 Uygulama Yönetmeliği'nin 7/2 maddesi uyarınca da onay belgesinde belirtilmesi halinde görevlendirmeler için 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinden yararlanılabilmekte, böylece imzalanan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olabilmektedir.

⁴⁷⁵ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 396. 5335 sayılı Yasa'nın 35. maddesine 2014 yılında "Bu madde kapsamında yapılacak kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi imtiyaz addolunmaz. Bu çerçevede imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir." hükmü eklenmiştir.

sözleşmelerin yasal düzenlemelerde belirlenen koşullara uygunluğu etkili
olmaktadır⁴⁷⁶.

Mevcut durumda KÖİ sözleşmelerinin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda doktrinde bir uzlaşma bulunmamaktadır. Doktrinde kamu-özel işbirliklerinin, özel hukuk terminolojisini kullanmak için oluşturulmuş bir idari sözleşme çeşidi olduğu⁴⁷⁷, aslında imtiyaz sözleşmesinin bir türü olduğu⁴⁷⁸ ve KÖİ sözleşmelerinin ‘idari sözleşme’ olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşleri bulunmaktadır⁴⁷⁹.

‘İmtiyaz’ kavramının farklı anlamlarda kullanılması mümkün olup temel olarak dört tip imtiyaz bulunmaktadır. Taşınmaz imtiyazı, kamu malının tamamının veya bir kısmının kullanım izninin özel kişiye verilmesidir. Kamu hizmeti imtiyazı, özel kişiye bir kamu hizmetini sunma hakkının tanınmasıdır. Yapım (bayındırlık) imtiyazı, belirli bir yapıyı yapma ve sonrasında işletme izni verilmesidir. Doğal kaynakların işletilmesi imtiyazı ise, özel kişiye belli bir alandaki doğal kaynakları işletme hakkının tanınmasıdır⁴⁸⁰. Kamu hizmeti imtiyazı kavramı, dar anlamda imtiyaz sözleşmesi ile kamu hizmetinin üçüncü kişiye gördürülmesini ifade ederken, geniş anlamda ise ister statüer ilişki ister sözleşmesel ilişki içerisinde, ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme ile olsun, kamu hizmetinin üçüncü kişilere

⁴⁷⁶ Sözleşmelerin hukuki niteliği normalde mali kritere göre, ya da kamu alımı veya kamu hizmetinin devrine yönelik sözleşmelerde olduğu gibi amaç kriterine dayanarak belirlenmektedir. LICHÈRE François, “*Les contrats de partenariat- Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?*”, RDP, No: 6, 2004, 1547-1568, (*Les contrats de partenariat*) s. 1560-1561. Tarafların sözleşmesel ilişkiye girmelerindeki amaç, kamu sözleşmelerinin niteliğinin belirlenmesinde temel ölçüt kabul edilmektedir. BOVIS, *Public Concession*, s. 12.

⁴⁷⁷ GAUDEMET, s. 339.

⁴⁷⁸ AKTAN/DİLEYİCİ, Altyapı Reformu, s.57.

⁴⁷⁹ GÜRKAN, s. 10; GÖZLER/KAPLAN, s. 464; KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 199-200.

⁴⁸⁰ GARSSE Steven van, “Concessions and Public Procurement”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 593- 626, s. 595-596.

devrini ifade etmektedir. İdarenin, kamu hizmetinin tümünün veya esaslı parçalarının özel girişimcilere ürettirilmesi için sözleşmesel ilişki içerisine girmesi durumunda ‘kamu hizmetinin üretilmesinde imtiyaz yöntemi’ nin varlığından söz edilmekte, bu sözleşmeler imtiyaz, eksik imtiyaz (yap-kirala-devret), yap-işlet-devret, müşterek emanet gibi farklı tiplerde olabilmektedir⁴⁸¹. Özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme yapılmış olsa dahi, yüklenici bir kamu hizmetini üstlenen taraf olarak emsallerinden ayrıcalıklı ya da imtiyazlı tutulmakta ve ilgili hizmet alanında sözleşmeye bağlı olarak ona tekel olma hakkının bahşedilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁸². Dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyazının, imtiyaz sözleşmesi ile verileceği kuralı günümüzde geçerliliğini korumamakta, hem KÖİ sözleşmeleri gibi farklı sözleşmelerle hem de tek taraflı idari işlemlerle imtiyaz tanınabilmektedir⁴⁸³.

KÖİ Tebliği’nin 3/1-b maddesi uyarınca “*hizmet imtiyaz sözleşmesi: İşletmecinin, belirlenmiş bir süre için kamu hizmetlerini sunmak amacıyla hizmet imtiyaz varlığını kullandığı ve bu hizmetlerin karşılığının İşletmeci/Görevli Şirket/Yükleniciye ödendiği idari sözleşmeleri ya da özel hukuk sözleşmelerine tâbi uygulama sözleşmesini*” ifade eder. Bu düzenleme ile, yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşme, ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme olsun, bir

⁴⁸¹ KARAHANOGULLARI, **Yasallık ve İdari İşlemler**, s. 218. Küresel kamu piyasalarında işbirliği sözleşmelerine eş değer nitelikte olan sözleşmelerden yararlanılarak, hükümetlerin yeni bir karmaşıklık kaynağı yaratmaktan kaçınabileceği savunulmuştur. LICHÈRE, *Les contrats de partenariat*, s. 1551.

⁴⁸² LEBLEBİCİLER, s. 52.

⁴⁸³ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Anayasa’nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda gözönünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi hâlinde kamu yararının daha kolay ve etkili biçimde gerçekleşeceği meselesi, bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin dışında kalmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50-K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

‘imtiyaz’ın söz konusu olabileceği kabul edilmekte, imtiyaz kavramı dar anlamda, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde yararlanılan idari sözleşme türü ile sınırlandırılmamakta, geniş anlamıyla ele alınmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyazından bahsedebilmek için, ortada bir kamu hizmeti olmalı, yüklenici bu hizmeti riski ve geliri kendisine ait olmak üzere işletmeli⁴⁸⁴, gelir hizmetten yararlananlardan elde edilmeli, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü devam etmeli ve yükleniciye kamu ayrıcalıkları tanınmalıdır⁴⁸⁵. Kamu-özel işbirliği yöntemleri de bir tür kamu hizmeti imtiyazı olmakla birlikte⁴⁸⁶ tabi olunan hukuk rejimi, risk paylaşımı, mali düzenlemeler ve örgütlenme biçimi ile ilgili bazı önemli özellikleri bakımından imtiyazdan farklılaştığı savunulmaktadır⁴⁸⁷.

Hem imtiyaz yönteminde hem de KÖİ projelerinde özel sektöre risk transferi yapılmakla birlikte, imtiyaz sözleşmelerinde özellikle talep riskinin daha fazla imtiyazcı üzerinde kalması⁴⁸⁸ özelliği, alım garantileri ve diğer devlet desteklerin çoğaltılmasıyla ortadan kalkmıştır⁴⁸⁹. İmtiyaz usulünde, imtiyaz sahibinin kamu hizmetinin görülmesini aksatması halinde, idarenin geçici olarak imtiyaz sahibinin yerine geçerek, hizmeti risk ve zararı imtiyaz sahibine ait olmak üzere sürdürmesi

⁴⁸⁴ Çok sınırlı bir riskin söz konusu olması, imtiyaz sınıflandırılmasının önünde bir engel teşkil etmemekte, söz konusu sınırlı riskin tamamının veya önemli bir kısmının devredilmiş olması yeterli kabul edilmektedir. BRENET François, “*Les nouvelles bases du droit des concessions*”, AJDA, No: 18, 2016, ss. 991-999, s. 995.

⁴⁸⁵ LINOTTE/ROMI, s. 323-325.

⁴⁸⁶ “Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, ‘bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin’, ‘amme hizmetinin görülmesinin.....devri’, ‘amme hizmetlerinden birini ifa’, ‘kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak’ hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle ‘idarî sözleşme’ olduğu gibi, aynı zamanda bir ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi’dir.” Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71- K.1995/23. **RG**; 20.03.1996, sayı: 22586.

⁴⁸⁷ KARASU, Sözleşme Sistemi, s. 82.

⁴⁸⁸ OECD, **VfM**, s. 24; EC, **Guideline**, s. 19.

⁴⁸⁹ Aynı yönde görüş için bkz. KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 182, dn. 8. Yazara göre, “...iktisadi risk gerçekleşip özel girişimci yapımı veya işletmeyi sürdüremeyecek duruma geldiğinde, tüm işletme beceri ve örgütlenmesi zayıflamış olan idarenin tesise el koymak yerine özel girişimi kurtarması neredeyse zorunluluktur.”

sözleşme hükümlerine dayalı olarak söz konusu olabilmekte, imtiyaz sonunda imtiyaz sahibi tarafından kamu hizmetine özgülenmiş malların sözleşmede öngörülen biçimde idareye geçmesi ya da paylaşılması gerekmektedir⁴⁹⁰. Kamu-özel işbirliklerinde, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ciddi anlamda aksatması durumunda, kreditorlerin ve/veya sözleşmeci idarenin müdahale hakkı bulunmakta, sözleşme süresinin sonunda ise tercih edilen KÖİ modeline göre malların idareye geçmesi veya yüklenicide kalması söz konusu olabilmektedir. Bir başka fark olarak ortaya atılan bedelin karşılanma şekli unsuru KÖİ projelerinin sınıflandırılmasında kullanılmakta, proje şirketinin, hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle hizmeti yürüttüğü KÖİ projelerine imtiyaz tipi KÖİ denilmekte, diğer KÖİ modellerinin ise kamu alımı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, içeriği açısından KÖİ modeli ve imtiyaz arasında esaslı bir fark kalmamış olmakla birlikte, usul yönünden Danıştay incelemesinden geçirilme⁴⁹¹ ve yüklenicinin seçimi yöntemi iki uygulama arasındaki farkı oluşturmaktadır.

⁴⁹⁰ Danıştay 1.D, 06.07.2006, E. 2006/203- K. 2006/719 (UYAP).

⁴⁹¹ “Türkiye Cumhuriyeti kurulurken imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok duyarlı davranılmış; 1924 (m.51), 1961 (m.140) ve 1982 (m.155) Anayasaları ile bu yetki Danıştay’a verilmiştir. Aslında bu sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesi uzun süre özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için, Danıştay ödenetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı da bulunmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994. E. 1994/43-K. 1994/42-2. RG; 24.1.1995, sayı: 22181. Ancak, Anayasa’da 1999 yılında yapılan değişiklik ile Danıştay’ın inceleme görevi, düşüncesini bildirmek şeklinde sınırlandırılmış, bir şekil unsuru haline getirilmiştir. Anayasa m. 155 değişikliği ile Danıştay’ın ön denetiminin bertaraf edilmesi imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yerindelik ve kanunilik denetimini ortadan kaldırmış ve konusu, kamu yararını bütünüyle içinde barındıran, kamu hizmetinin görülmesi olan bir sözleşmenin devlet denetiminden geçirilmeden içinde barındırabileceği sakıncalarla taraflar için bağlayıcı hâle gelmesi mümkün kılınmıştır. Bunun neticesinde, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kamu hizmetinin görülmesine özgü tüm gereklerin sağlanıp sağlanmadığı, sözleşmenin bir tarafı olan idarenin dışında herhangi bir resmi birimin denetimi olmaksızın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yürürlük kazanmaktadır. ASLAN Zehreddin/ARAT Nilay, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2002/2, ss.1-25, s. 19.

Sözleşmede, özel hukukun tanımadığı bir müessese, bir yetki hükmünün bulunması durumunda, o sözleşmenin içeriği dolayısıyla idari karakter taşıması gerekmekte ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmadığı kabul edilmekte, bunun en tipik örneğini idarenin kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olması oluşturmaktadır⁴⁹². Ancak, günümüzde sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesinin, kesin bir ölçüt olarak değerlendirilemeyeceği, özel hukuk sözleşmelerinde de yasaya aykırı olmamak şartı ile taraflardan birine üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınabileceği kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 26. maddesi uyarınca *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* ancak 27. madde uyarınca *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu hüküm sözleşmenin konusuyla ilgili olmakla birlikte, tarafların hak ve yetkileri de dâhil olmak üzere sözleşmenin kurduğu ilişkinin bütünü açısından da geçerli olduğundan, idari sözleşmelerde yer alan hükümler özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabilmektedir⁴⁹³.

İdari sözleşme ölçütlerinden biri olarak kabul edilen özel hukuku aşan rejim, sadece idare için söz konusu olmadığı gibi^{494,495} yalnızca sözleşmeden de

⁴⁹² AZRAK, s. 525.

⁴⁹³ Hatta, idari sözleşme rejimi yönünden bakıldığında, idari sözleşme zaten kendi otonom ve özel hukuktan büyük ölçüde farklı rejimine tabi olduğundan, sözleşme metninde bu tür özel hukuku aşan şartların yer almasının gerekli olmadığı; ancak, özel hukuk sözleşmelerinde, üstün yetkilerin kullanılmasının mümkün olması için bu şartların taraflarca karşılıklı olarak kabul edilmesi gerektiğinden sözleşmede yer almasının gerekli olduğu belirtilmektedir. TEKİNSOY, *Ölçüt Sorunu*, s. 204, 224.

⁴⁹⁴ Nitekim, kamu hizmetinin piyasa ile ilişkiye geçmesinde konunun, kamu hizmetinin parçalarından birinin veya tamamının ürettirilmesi olması halinde, kamu hizmeti alanına yerleşen özel girişimci ile sürekli ve kimi zaman da çok uzun süreli bir ilişki kurulduğundan ve bu ilişkinin hukuksal biçimi, özel girişimcinin kamu hizmeti gereği kullanacağı ayrıcalıklar, yükümlendiği sorumluluklar ve idarenin kamu hizmetinin yükümlüsü olarak sahip olduğu yetkiler ve sorumluluklar nedeniyle özel hukuktan farklı olduğundan, sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 199-200.

kaynaklanmamakta, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin görülmesi olması⁴⁹⁶ nedeniyle doğmaktadır. Bu kapsamda sözleşmeciye gümrük veya vergi muafiyeti tanınması, hizmet bedellerini tahsil etme yetkisi verilmesi, özel kişi lehine kamulaştırma yapılması mevzuatla düzenlenmiş özel hukuku aşan rejime örnektir⁴⁹⁷. Kamu ihale sözleşmelerinde de, yönetim lehine getirilen üstünlükler bulunmaktadır⁴⁹⁸. Kamu hizmeti görevi olan elektrik üretiminin, özel girişimcilerce Yİ modeline göre yapılmasını, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik

⁴⁹⁵ KÖİ yöntemlerinde, yüklenici şirkete de özel hukuku aşan yetkiler tanınabilmektedir. Nitekim, Eskişehir’de ...Elektrik Dağıtım AŞ’nin, ‘bir sitenin etrafının kapatılarak girişine güvenlik konulması suretiyle kamunun ortak kullanımına kapatılması nedeniyle aydınlatma tesisleri için site yönetimi tarafından abone olunması ve işletme, bakımının da site yönetimince yapılması gerektiği’ yönündeki kararına karşı açılan iptal davasında Danıştay, “...İmzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile Hisse Satış Sözleşmesi gereğince, mevcut varlıklar ile özelleştirme sonrası kendisi tarafından gerçekleştirilecek yatırımlar sonucu oluşacak yeni varlıkların mülkiyeti TEDAŞ’ta kalırken, kendisi, dağıtım tesislerinin ve bu tesislerin işletilmesinde varlığı zorunlu diğer unsurların işletme hakkı ile birlikte tüm yeni yatırımları gerçekleştirme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Ayrıca davalı, Hisse Satış Sözleşmesi’nin 9.6. maddesinde de belirtildiği üzere, dağıtım bölgesinde uygulanacak tarifeler, yatırımlar, hizmet kalitesi ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinde 4628 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuata tabi olduğunu kabul etmektedir.

“Bu durumda, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı ... Elektrik Dağıtım AŞ tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesini teminen tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukunda değişiklik yapan ve idari işlem niteliğinde bulunan 29.12.2011 tarih ve 9653 sayılı ... Elektrik Dağıtım AŞ Genel Müdürlüğü Eskişehir İl İşletme Müdürlüğü işleminin yargısal denetiminin idari yargıda yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır...” demektedir. Danıştay 13.D, 06.02.2013, E.2012/1871- K.2013/276 (UYAP).

⁴⁹⁶ Kamu hizmeti, kendisiyle bağlantısı olan her hukuki ilişkide, kendi niteliğinden kaynaklanan farklılaşmaları doğurucu bir etkiye sahip bulunmaktadır. İdarenin tarafı olduğu bir sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ise hukuki niteliği değişmekte, idarenin özel malı kamu hizmeti ile ilişkilendirildiğinde hizmet malına dönüşmektedir. GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, ed. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 140-154, s. 144.

⁴⁹⁷ EVREN, s. 233.

⁴⁹⁸ Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat dikkate alındığında idare lehine getirilen üstünlükler, teminatların iadesi ve hakedişlerin ödenmesi, fiyat farkı uygulanması, edimin ifasının alt yüklenicilerce yerine getirilmesi, gecikme cezasının uygulanması, süre uzatımı verilmesi, taahhüdün yerine getirilmemesi halinde fesih yetkisi tanınması, ifa yeri değişikliği, uzaklaştırma, sözleşmenin devri, malın değiştirilmesi, yüklenicinin idarenin iznine ihtiyaç duyması, yüklenicinin sorumluluğu, yasaklanma ile iş yerinin korunması ve sigortalanması bakımından söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. UZ Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, (Kamu İhale Sözleşmeleri), s. 67-82.

santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışını düzenleyen 4283 sayılı Yasa'da⁴⁹⁹, YİD içeren yasalarda⁵⁰⁰ yönetimi üstün kılan kurallar yer almaktadır. 6428 sayılı Yasa'ya göre yapılan sözleşmelerde de, hazineye ait taşınmazların özel hukuk kişisine bedelsiz devri (m.2/1), idarenin yüklenicinin faaliyetlerini bütün aşamalarda denetleme yetki ve görevi (m.4/4), çeşitli harç ve vergilerden muafiyet ve istisnalar (m.9) gibi özel hukuku aşan hükümler olduğu görülmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesi olması halinde ya da içerdiği hükümler itibariyle idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu savunulsa da⁵⁰¹, 4735 sayılı Yasa'nın 4/3 maddesinde kamu ihale sözleşmelerinde tarafların sözleşme hükümlerinin

⁴⁹⁹ 4283 sayılı "Yasanın 3. maddesiyle, TEAŞ'a işin özelliğine göre şartname hazırlayarak kapalı teklif veya belli istekliler arasında kapalı teklif veya pazarlık usullerinden işin gereğine uygun olanını seçme, öngörülen projelerle ilgili olarak Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü alma, alınan teklifin TEAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek hangisinin uygun teklif olduğunu belirleme, Bakanlıkça, TEAŞ tarafından kendisine gönderilen teklifi uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verme, bu Kanuna göre ihaleye katılanlarda aranacak şartların, üretim şirketlerinin sermayesinin, şirket ve/veya ortaklarının deneyiminin, şirketin seçiminin, proje fizibilite esaslarının, yakıt temininin, üretim kapasitesinin, alınacak enerji miktarının, süresinin, enerji birim fiyatı oluşturma esas ve usulleri ve tesis kurma ve işletme izni esas ve usulleri ile diğer hususların Bakanlıkça hazırlanarak Bakanlar Kurulu'nca çıkartılacak yönetmelikte gösterme; Yasanın 4. maddesinde de, TEAŞ'ın sözleşmenin enerji satışına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri için, hazine garantisi verme konularında yönetimi üstün kılan kurallara yer verilmiştir.

"Bu nedenlerle, anılan Kanun uyarınca belirtilen sözleşmelerin 'idari sözleşmeler' olduğu kuşkusuzdur." Danıştay 10.D, 06.02.2002, E.1999/2543- K.2002/348 (yayımlanmamıştır).

⁵⁰⁰ "3996 sayılı Yasa'nın 'Yetki' başlığını taşıyan 4. maddesinde, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketi 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 ilkelerin, maddede sayılan Bakanlıklar ve kamu kurumlarınca ortaklaşa hazırlanacağı ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacağı belirtilmektedir.

"'Ücret' başlıklı 8. maddesine göre de, Yasa'da öngörülen model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler, 4. maddeye göre Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca, (gerekli görülen hâllerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından) belirlenebilecektir.

"Yasa'nın 10. maddesinde, bu yatırım ve hizmetler için gerektiğinde 'kamulaştırma' öngörülmüş; 11. maddesinde ise, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere çeşitli garantiler vermeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakan yetkili kılınmıştır." Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71- K.1995/23. **RG**; 20.03.1996, sayı: 22586.

⁵⁰¹ UZ, **Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 100.

uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduğu ve 36. maddesinde de 4735 sayılı Yasa’da hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olduğundan, bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde Yİ modelini düzenleyen 4283 sayılı Yasa’da, YİD modelini düzenleyen 3996 sayılı Yasa’da ve YKD yöntemini düzenleyen 6428 sayılı Yasa’da, sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi oldukları yönünde düzenlemeler bulunduğundan, her ne kadar bu modellere göre imzalanan sözleşmelerde özel hukuku aşan şartlar ve rejim söz konusu olsa da, sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁵⁰². KÖİ sözleşmeleri, esası bakımından idari sözleşme niteliğine haiz olmakla birlikte mevzuat hükümleri uyarınca özel hukuk sözleşmesidir⁵⁰³.

Her ne kadar KÖİ piyasa dostu bir yaklaşımı benimsediğı için özel hukuk rejimine tabi olma eğiliminin ağır bastığı⁵⁰⁴ kabul edilse de, uzun bir süre ve kamu hizmeti için akdedilen sözleşmelerin, yürürlükte olacakları sürede meydana gelebilecek bütün ihtimallere yönelik hükümler içermesi mümkün olmadığından, her zaman için eksik ve yetersiz hazırlanması olasılığı bulunduğundan, kamu yararının

⁵⁰² “Sağlık Bakanlığı ve bağılı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütölmesini konu edinen KÖİ sözleşmesinin, yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlanarlardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördüröllebiileceğı hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanındığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁵⁰³ Örneğinin, özel yasal düzenlemeler dolayısıyla özel hukuk sözleşmesi olan YİD sözleşmeleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup, hizmeti yürütme görevini üzerine alan şirket imtiyazlı şirket statüsündedir. YERLİKAYA, s. 149.

⁵⁰⁴ YALÇIN *Özelleştirme*, s. 134.

korunması amacıyla, idari sözleşme olarak yapılmaları gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁵.

Ancak, kamu hizmetlerinin gerekleri ve kamu yararı özel hukuk sözleşmelerinde de göz önünde bulundurulabileceğinden, sözleşmelerin idari sözleşme olarak imzalanmasının sağlayacağı yarar, uyuşmazlık halinde idari yargının görevli olması⁵⁰⁶ ve kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yapılan sözleşmelerden en çok etkilenen taraf olan hizmetten yararlananların da sözleşmelere karşı dava açabilecek konumda bulunmalarıdır⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ EVREN, s. 235, 239.

⁵⁰⁶ “Dava, acente motorlarının Kepez Limanı’nın iskelesine bağlanmaları/yanaşmaları hususunda yetkinin Çanakkale Liman İşletmesi AŞ’ye ait olduğu yolunda Ulaştırma Bakanlığı Demiryollar, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü’nce tesis edilen 25.02.2008 tarih ve 2449 sayılı işlem ile bu işlemin dayanağı olduğu belirtilen ve görevli şirket olan Çanakkale Liman İşletmesi AŞ ile üst yapı tesislerinin yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına ilişkin 22.10.2003 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açılmıştır.

...
“İptali istenen sözleşmenin konusunun, sözleşmeye ekli vaziyet planında belirlenen alanda, alt yapı tesislerinin tamamına yakın bölümü idare tarafından tamamlanmış bulunan mevcut Çanakkale Limanı tesisinin en az 1 milyon ton/yıl nihaî yükleme-boşaltma kapasitesi ile yolcu ve Ro-Ro fonksiyonlarına hizmet verecek şekilde eksik kalan altyapı, gerekli olan üstyapı tesisleri ve liman bağlantı yolunun uygulama projelerinin hazırlanmasına, inşaatına, gerekli ekipmanlarının teminine ve tesisine, yapılan tesisin bakım ve onarımına, işletilmesine ve sözleşme süresi sonunda her türlü borçtan ari, bakımlı ve kullanılabilir durumda bedelsiz idareye devrine ilişkin olması, sözleşme süresinin 10 ay 9 gün yatırım, 29 yıl işletim süresi olmak üzere toplam 29 yıl 10 ay 9 gün olarak belirlenmesi, idareye denetim ve sözleşmenin feshi hakkında ayrıcalıklı yetki tanınması yönleriyle idarî nitelikli olduğu görülmektedir...”

“Bu durumda, idari sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan ve bu sözleşmenin iptali isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’ın görevinde bulunmadığı anlaşıldığından, davanın görüm ve çözümünde, idari sözleşmeyi yapan idarî merciin bulunduğu yer idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkili bulunmaktadır.” Danıştay 13.D, 26.09.2008, E.2008/5151- K.2008/6509.

⁵⁰⁷ BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 62. İmzalanan özel hukuk sözleşmesinin iptali için idari yargıda dava açılmaz. Nitekim Danıştay, Türk Tabipler Birliği’nin Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı ile ... İnşaat Sanayi Ticaret AŞ- ... Sistemi ...S.P.A. iş ortaklığı arasında 10.08.2011 tarihinde imzalanan ‘Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin İşİ’ne ilişkin sözleşmenin ve 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan ‘Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik’in bazı hükümlerinin iptali için açtığı davada; “dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin, 30.04.2010 tarihli Yönetmelikle değişik (I) bendinde; sözleşmenin, yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan, Hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesi halinde, üst hakkı sözleşmesine esas teşkil eden ve onun ayrılmaz bir parçası olan sözleşme ve eklerini ifade edeceği hükme bağlanmış olup, anılan Yönetmelik uyarınca yapılan ‘Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşİ’ ihalesi sonucunda Sağlık

Kamu-özel işbirliği modellerinde adli yargının görevli kılınmasının yerinde olmayan bir düzenleme olduğu, özellikle eğitim hizmeti gibi virtüel özellik taşıyabilen kamu hizmetlerinde çıkan uyuşmazlıklarda, hizmetlerin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı telafisi imkânsız zararların doğması mümkün olduğundan kamu kesiminin özel hukuku aşan yetkilerle donatıldığı ve bu nedenle de kamu hukukunun uygulanması gerektiğinden çözüm mercinin idari yargı olmasının kamu menfaatinin bir gereği olduğu savunulmaktadır⁵⁰⁸. Ancak, yasanın bir sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemesi durumunda, kurulan ilişkinin esasına özel

Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı ile ... İnşaat Sanayi Ticaret AŞ- ... Sistemi ...S.P.A. iş ortaklığı arasında 10.08.2011 tarihinde imzalanan dava konusu sözleşmenin yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca, özel hukuk sözleşmesi olduğu açık olduğundan, sözleşmenin iptali isteminin görüm ve çözümünün adli yargının görevinde olduğu sonucuna varılmaktadır.” Danıştay 13.D, 22.11.2011, E.2011/3899- K.2011/5211 (UYAP).

Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Vakfı tarafından açılan davada Danıştay, “Dava, Türkiye Elektrik Üretim İletim AŞ ile İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. arasında İzmir Bölgesinde doğal gaz dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 08.10.1998 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açılmıştır.

“4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapan ve 18.07.2006 tarih ve 26232 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5539 sayılı Kanun’la; bu Kanun’a göre imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu belirtilerek, maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ’ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanacağı, bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan hazine garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütnameler ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma AŞ ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmelerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılacağı hükmü yer almıştır.

“Dava dosyasının incelenmesinden; yukarıda sözü edilen Kanun değişikliği nedeniyle İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. tarafından 21.07.2006 tarihli yapılan başvuruya, yeniden sözleşme imzalanma talebinde bulunulması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ Yönetim Kurulu’nun 24.07.2006 tarihli kararına istinaden, Genel Müdürlüğe verilen yetki çerçevesinde İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. ile davalı idare arasında 5539 sayılı Kanun’la değişik 4283 sayılı Kanun hükümleri uyarınca 24.07.2006 tarihinde sözleşmenin imzalanarak yenilendiği anlaşılmaktadır.

“Olayda, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt AŞ ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşmenin imzalanması nedeniyle, bu davanın konusunu oluşturan ve Türkiye Elektrik Üretim İletim AŞ ile İzmir Elektrik Üretim Ltd. Şti. arasında İzmir Bölgesinde doğal gaz dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 08.10.1998 tarihli sözleşme ortadan kaldırıldığından, bu davada iptal istemi hakkında bir karar verilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.” Danıştay 13.D, 27.11.2006, E.2005/5304- K.2006/4486 (UYAP).

⁵⁰⁸ GÜRKAN, s. 181.

hukuk kuralları uygulanacak olmakla birlikte, yargı organlarının kamu hizmeti olarak değerlendirdiği yatırım ve hizmetlerin gördürülmesi için yapılan özel hukuk sözleşmelerinin, uygulanacak rejim itibarıyla farklılık gösterebileceği; bu sözleşmelerin, kamu hizmeti ve kamu yararı gerekleri nedeniyle özel hukuk alanında ‘özel’ bir sözleşme tipi olarak algılanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşmelerde ve eklerinde yer alacak kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenişiyle ilgili hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında, adli yargı mercilerince idare hukuku kurallarının ve çözümlerinin uygulanmasının düşünülebileceği belirtilmektedir⁵⁰⁹.

Bir taraftan idari sözleşmelerde, idarenin üstünlüğü sistematik bir düzenleme olmaktan çıktığı için idari sözleşmelerin özelleşmesinden bahsedilmekte, öte yandan özel hukuk sözleşmelerinde idareye üstün hak ve yetkiler verildiğinden ve sözleşmenin karşılıklı pazarlıkla kurulması özelliği sınırlandırılarak, daha çok katımlı sözleşme haline geldiğinden özel hukuk sözleşmelerinin idarileştiğinden bahsedilmektedir. Bu nedenle idarenin sözleşmeleri arasında yapılan idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımının yapay bir ayrım haline geldiği savunulmaktadır⁵¹⁰. Günümüzde hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin surette, yalnızca kamu hukukuna veya yalnızca özel hukuka göre yürütülmemekte; kamu hizmetinin hukuki rejimi tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuktan oluşan karma bir nitelik göstermektedir⁵¹¹. KÖİ sözleşmeleri ile piyasa

⁵⁰⁹ TEKİNSOY, *Ölçüt Sorunu*, s. 191-192.

⁵¹⁰ AMILHAT, s. 225-229.

⁵¹¹ DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2956), 1982, s. 306.

aktörleri idare hukuku kurallarının da geçerli olduğu bir alan içerisine çekildiğinden, temel amaç ve ölçü kamu yararı haline gelmektedir⁵¹².

Kamu-özel işbirlikleri, temelinde imtiyaz usulünün özelliklerini içermekte, bu nedenle düzenlendikleri yasalarda özel hukuk sözleşmesi oldukları yönünde bir hükmün yer almaması halinde idari sözleşme olarak nitelendirilmektedirler. 3996 ve 6428 sayılı Yasa'larda olduğu gibi imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacakları yönünde yasal düzenleme olması halinde de, söz konusu sözleşme maddi anlamda idari sözleşme olmakla birlikte, şekli olarak özel hukuk sözleşmesi statüsü kazanmaktadır. İmtiyaz usulünün kendisinin belirlenmesinde güçlük çekilirken, ona benzer görünen usulleri imtiyazın hukuki rejimine tabi tutmaya çalışmanın gerçekçi olmadığı, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde değişik yöntemlerin olabileceği kabul edilerek⁵¹³, sözleşmelerin yapılmasında açıklık ve rekabetin sağlanması gibi bazı ortak noktalarının saptanarak bunların hukuki rejiminin belirlenmesi yararlı olacaktır⁵¹⁴.

Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde izlenen yöntemlerin çeşitliliği ve dolayısıyla yapılan sözleşmeler arasındaki farklılıklar karşısında işlevsel ve bütünleştirici kavram olarak 'kamu hizmeti devir sözleşmeleri' gibi fonksiyonel bir kavramdan yararlanılarak idari sözleşme kavramına zenginlik getirilebilecek ve

⁵¹² UYANIK, s. 150.

⁵¹³ Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirme uygulamalarını denetlerken Anayasa'nın 2, 5 ve Devlete sosyal görevler yükleyen maddelerini göz önünde bulundurarak karar vermemesinin, altyapı tesislerinden kâr elde edilerek gelir ortaklığı senediyle özel hukuk kişileriyle bu kârın paylaşılmasını öngören düzenlemeyi iptal etmemesinin, araç muayene hizmeti gibi kolluk faaliyetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılabilmesini, Devletin özel hukuk sözleşmeleri ile hizmet satın alma yoluna gitmesini kabul etmesinin, bazı kamusal faaliyetlerin özel hukuk şirketleri kurularak veya özel kişilerin katıldığı kamu tüzel kişileri kurularak ifa edilmesi uygulamalarını hukuka uygun bulmasının idare hukuku ilkelerine aykırı olduğu savunulmaktadır. AYAYDIN, s. 129-130.

⁵¹⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt I, s. 501.

pratik gereksinimlere daha kolay cevap verilebilecek; ortak hukuki rejimin belirlenmesi de kolaylaşacaktır⁵¹⁵. Hukukumuzda bu yönde bir kavram geliştirilmediği için KÖİ modelleri, içerdikleri unsurlarla ayrı sözleşme türleri olarak varlıklarını sürdürmekte, ortak bir hukuki rejim içerisinde değerlendirmeleri yapılamamaktadır.

IV. Kamu-Özel İşbirliği Yöntemleri

Kamu otoritelerinin, bizzat yerine getirmek zorunda olmadıkları bütün hizmetlerin, özel kişilerle sözleşmesel ilişki içerisinde sunulması fikri, 1980’li yıllardan beri kendini KÖİ modelleri ile göstermektedir. Bütün kamu hizmetinin devri sözleşmeleri ve hatta işletilmesi, mülkiyeti veya finansmanı özel sektöre ait olan bütün yöntemlerin bu kapsamda ele alınabileceği⁵¹⁶, kamu ve özel sektörün uzun vadeli ve yüksek meblağlı tüm karmaşık niteliğe sahip anlaşmalarının KÖİ kavramı ile ifade edilebileceği kabul edilmektedir⁵¹⁷.

KÖİ Tebliği’nin 3/1-f maddesi uyarınca KÖİ, “*yap-işlet-devret veya yap-kirala-devret modellerine göre gerçekleştirilen kamu yatırımları ile işletme hakkının devri gibi kamu hizmeti sunumunun devredilmesini içeren idari sözleşmeleri ya da özel hukuk sözleşmeleri ile kanunlarla belirlenmiş bu modellerin belirli bölümlerini kısmen içeren diğer kamu özel işbirliği modellerini*” ifade etmektedir. Özel sektörle

⁵¹⁵ TAN, *İdari Sözleşme Kuramı*, s. 297; TAN Turgut, “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 23-40, s. 28, 32.

⁵¹⁶ GUGLIELMI/KOUBI, s. 521.

⁵¹⁷ ASCHIERI Annalisa, “*Non-Financial Benefits: Another Reason to Foster the Promotion of PPPs as a Viable Alternative for Public Service Delivery*”, *EPPPL*, 4/2014, ss. 240-255, s. 243.

kamu otoritesi arasında, bir kamu hizmetinin tasarlanması, yapımı, kiralanması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan bir işbirliği modeli olan KÖİ bir üst kavram olup, ‘yap-işlet-devret’, ‘yap-kirala’, ‘yap-işlet’, ‘işletme hakkının devri’, ‘kiralama’, ‘tasarla-yap’⁵¹⁸, ‘yap-işlet-sahip ol-devret’, ‘tasarla-yap-finance et-devret’ ve ‘ortaklık’ gibi birçok modelin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına imkân vermektedir⁵¹⁹. Bir işin üçüncü kişiye ihale edilmesinin (*contracting out*) bir türü olan KÖİ’lerde taraflar, proje kapsamında kimi haklar ve gelir elde etme amacıyla, tasarım, inşaat, işletme ya da finansman gibi unsurlara dâhil olmakta⁵²⁰, farklı unsurlar birleştirilerek oluşturulan bu sentezler, KÖİ’nin değişken ve çok anlamlı bir kavram olmasına neden olmaktadır⁵²¹.

KÖİ’nin esnek yapısı, uygulanacak proje için en uygun modelin bulunmasına olanak sağlamakta, bu aşamada sınırı, tesisin ve hizmetin niteliği, uygulanacak projenin özellikleri, ve ülkenin yasal altyapısı oluşturmaktadır⁵²². Uygun KÖİ

⁵¹⁸ Anahtar teslim olarak da ifade edilen tasarla-yap modelinin KÖİ niteliği tartışmalıdır.

⁵¹⁹ KITCHEN Harry, “Delivering Local/Municipal Services”, **Public Service Delivery**, ed. Anwar SHAH, Washington: World Bank, 2005, ss. 117-152, s. 140; Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E. 2011/150- K.2013/30. **RG**; 25.06.2013, sayı: 28688. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi’nin kararında KÖİ modellerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir model olduğu belirtilmişse de, Anayasa’nın 47. maddesi uyarınca ancak ilgili yasada bu yönde düzenleme bulunması halinde sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü mümkündür.

⁵²⁰ KITCHEN, s. 139-140. KÖİ modellerinin, temelde mülkiyete ve yapım unsuruna göre değişiklik gösteren üç tipi bulunmaktadır. Özel sektörün ilişki kapsamında bir yapıyı tasarlaması ve yapması söz konusu ise, mülkiyetin kamuya devrinin gerekip gerekmemesine göre yap-işlet veya yap-işlet devret modelleri oluşturulabilmekte; var olan bir yapıyı kamudan alarak işletmekte ise dar anlamda özelleştirme söz konusu olmaktadır. BOVIS, *Efficiency*, s. 194.

⁵²¹ MÖRİC, s. 13; TAFOTIE YOUNSI, s. 102. Kamu özel işbirliklerinin, hizmet, yönetim, kiralama veya imtiyaz sözleşme tiplerinden biri veya birkaçının birleşimi şeklinde kurulabileceği, tercih edilen sözleşme tipi uyarınca tarafların sorumluluklarının kapsamının farklılık göstereceği ve ekonomik, endüstriyel, sosyal ve politik etkilerinin olacağı belirtilmektedir. Bu sözleşme tipleri özellikleri bakımından farklılık arz etmektedir. ÖZKAN Umut Rıza, **Public Private Partnership as a Policy Instrument: The Case of Çalbir (Politika Aracı Olarak Kamu Özel Ortaklığı: Örnek Olay Çalbir)**, Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 57.

⁵²² EVANS Joanne/BOWMAN Diana, “Getting the Contract Right”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, ed. Graeme HODGE/Carsten

modelinin oluşturulması aşamasında özel sektörün kamuya oranla daha yaratıcı, az maliyetli ve verimli tasarım yapıp yapamayacağı; sözleşme konusu işi daha hızlı ve rekabetçi bir şekilde bitirip bitiremeyeceği; daha uygun koşullarla finansman sağlayıp sağlayamayacağı; bakım ve işletme işlerini daha verimli ve ucuz yapıp yapamayacağı; daha fazla iş olanağı sağlayıp sağlamayacağı, mülkiyetin hangi tarafta kalmasının daha uygun olduğu araştırılmalıdır⁵²³. Kamu hizmetlerinde verimliliğin sağlanması ve modern teknolojiyi kullanan özel sektörün yenilikçi çözümlerinden yararlanılarak kamu hizmetlerinin modernleştirilmesi çerçevesinde benimsenen KÖİ yöntemlerinde, kamu otoriteleri genellikle sunulacak hizmetin kalitesini ve miktarını belirlerken özel sektör de tasarım ve yapım işlerini üstlenmektedir. Tasarımın özel sektöre bırakılması, verimliliğin artırılması için özel sektörün tasarımda yenilikler yapabilmesine olanak sağlamaktadır⁵²⁴.

A. Yap-İşlet-Devret

3996 sayılı Yasa'nın 3/1-a maddesi uyarınca YİD modeli⁵²⁵ “İleri teknoloji veya⁵²⁶ yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin⁵²⁷ gerçekleştirilmesinde

GREVE, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007, ss. 62-80, s. 63; WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 6.

⁵²³ EC, **Guideline**, s. 80. Sözleşmeler uzun süreler için imzalandığı ve kamu otoriteleri genellikle isteklerini tam olarak sezemediği, açıklayamadığı, öngöremediği, düzenleyemediği ve uygulayamadığı için kamu hizmetlerinin sunum yöntemleri arasındaki farklılık kendini göstermektedir. İmzalanan sözleşmelerin eksik sözleşme niteliğinde olduğu kabul edildiğinden yeniden müzakere edilmeye açık bir ilişki söz konusu olmaktadır. Mülkiyet hangi tarafa ait olduğu, malikin kontrolü ve müzakere gücü daha yüksek olduğundan önem arz etmekte; mülkiyetin özel sektöre ait olması, proje şirketinin masrafları düşürecek, kaliteyi arttıracak çözümler bulması açısından özendirici olmaktadır. SHLEIFER Andrei, “State versus Private Ownership”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol: 12, No: 4, 1998, ss. 133–150, s. 137.

⁵²⁴ GÜNGÖR, s. 9.

⁵²⁵ YİD modeli temel olarak 3996 sayılı Yasa’da düzenlenmiş olmakla birlikte, 3465 sayılı Yasa’da ve 3096 sayılı Yasa’da da YİD yöntemini işaret eden düzenlemeler yer almaktadır. 3996 sayılı Yasa’nın 2. maddesi uyarınca YİD modeli, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi,

kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini” ifade eder⁵²⁸.

Yap-işlet-devret (YİD veya yap-sahip ol-işlet-devret) modeli, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel sektör tarafından masrafları karşılanarak kurulması, kurulan tesisin önceden belirlenen ve sermayenin amorti edilmesi ile belli bir miktar kâr elde edilmesine yetecek kadar olan süre ve tarife üzerinden yatırımcı tarafından

kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyer tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, özel kanunu olan hariç milli park, tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesinde uygulanmaktadır. 3465 sayılı Yasa'nın 4/1-a maddesi uyarınca otoyolların yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinde sermaye şirketleri görevlendirilebilmekte ve 6. maddesi uyarınca da sözleşmenin sona ermesi ile birlikte, otoyol ile bütün tesisleri ve müştemilatı her türlü borç ve taahhütlerden ari ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğü'ne bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçmektedir. 3096 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşü alınmak suretiyle, sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilebilmekte ve 8. maddesi uyarınca da sözleşme süresinin sona ermesi ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden ari, bedelsiz olarak Devlet'e geçmektedir.

⁵²⁶ 3996 sayılı Yasa'nın ilk halinde '*İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projeler*' şeklinde düzenlenmiş olup, 09.05.2008 tarihli ve 5762 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir.

⁵²⁷ YİD modeline konu olabilecek projeler Yasa uyarınca ileri teknoloji veya yüksek kaynak gerektiren projelerdir; bu tanıma uymayan ancak kamu yararı yüksek olan ve kamu tarafından gerçekleştirilmesinde mali zorluk bulunan projelerin de bu yöntemle yapılmasına olanak sağlayacak bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 346.

⁵²⁸ “Kamu-özel sektör ortaklığı esasına dayanan yap-işlet-devret (YİD) modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan bir kamu yatırım veya hizmetinin finansmanının özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, sözleşme ile önceden belirlenen bir süre için işletilmesi, bu süre içerisinde üretilen mal veya hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca veya hizmetten yararlananlarca satın alınarak yatırım bedelinin bu suretle ödenmesi ve sürenin sonunda işletilmekte olan tesislerin, borçsuz, bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda, ilgili kamu kurum veya kuruluşuna bedelsiz olarak devredilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 09.05.2013, E.2011/42- K.2013/60. **RG**; 25.07.2014, sayı: 29071.

işletilmesi, işletme süresinin sonunda tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ve işler durumunda ilgili idareye devrine olanak tanıyan rejimdir⁵²⁹. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca kimi zaman yapılacak olan eserin tasarlanması da özel sektöre bırakılabilmektedir. YİD modeline yatırım taahhütlü işletme hakkı verilmesi de denilmektedir⁵³⁰. Mülkiyetin kamuya geçtiği zaman esas alınarak benzer özelliklerde, ‘yap-devret-işlet’ şeklinde de model kurgulanması mümkündür. Bu şekilde bir sözleşme imzalandığı takdirde, yapılan eserin mülkiyeti işletme süresi sona erdikten sonra değil, baştan kamuya devredilmekte, özel sektöre işletme hakkı verilmektedir.

Yap-işlet-devret modeli, ‘eser inşası’⁵³¹, ‘finansman’ ve ‘işletme hakkı’ gibi üç temel esası içeren ve bu esaslar arasındaki dengenin risk paylaşımı politikasına göre kurulduğu, kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan maddi kaynağa ulaşabilmek için kullanılan bir kamu yatırım ve finansman yöntemidir⁵³². YİD modeliyle, altyapı yatırımlarında özel kesimin payı artırılarak, kamu finansman yükünün hafifletilmesi ve hizmet sunumunda etkinliğin artırılması hedeflenmekte olup, YİD ilgili kamu idaresinin isteği üzerine gelişen bir olgudur⁵³³. YİD modeli kullanılarak yüksek tutarlı harcama gerektiren altyapı tesislerinin yapımında ve bu tesislerde sunulan kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün dinamizminden yararlanılmakta ve kamu kaynakları kamunun diğer ihtiyaçlarının finansmanına

⁵²⁹ DURAN, *Yap-İşlet-Devret*, s. 150; YILMAZ Osman, “Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, edt. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 149- 162, s. 150.

⁵³⁰ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 275.

⁵³¹ Tamamlama, yenileştirme, geliştirme, restorasyon ve benzeri işler ‘yap’ kavramı içinde değerlendirilerek, değişik modeller oluşturulabilmektedir. Bu kapsamda örneğin restore et-işlet-devret modeli de, YİD modelinin bir türevidir.

⁵³² YALÇIN **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 94-95.

⁵³³ YILMAZ, s. 149; YERLİKAYA, s. 28.

kaydırılmaktadır⁵³⁴. YİD modeli daha çok finansman yönüyle bilinen ve bu anlamda özel teşebbüsü, bazı kamusal altyapı yatırım ve hizmetlerinin yürütülmesini üstlenmeye sevk eden bir model olup, özel sermayenin katılımı bazı önlem ve teşviklerin alınmasını gerekli kılar⁵³⁵. Ancak, modelde kamu hizmetinin bütün mali yükünün yatırımcı özel sektör üzerinde olması, bir başka deyişle finansman riskinin yatırımcının üzerinde kalması söz konusu olduğundan, yatırımcı kâr elde edebileceği gibi zarar da edebilir. Ancak 3996 sayılı Yasa’da yapılan değişikliklerle yatırımcının üstlendiği risk, hazine garantileri ve alım garantileri sağlanmak suretiyle azaltılmıştır. Yatırımcının finansman borcunu, ilgili idarenin vereceği teminatla hafifletmesi mümkün olmakla birlikte, kredi veya garanti hususunda dikkatli davranılmazsa, yatırımcının finansman riski tamamen ortadan kalkabileceğinden, teminat veya hazine garantisi verilmesi noktasında, YİD modelinin temel özelliklerinden birinin özel sektörün finansman gücünden yararlanma olduğu gerçeğine dikkat edilmesi gerekmektedir⁵³⁶.

YİD modelinde kamuya ait bir arazi üzerinde, özel sektöre, köprü, tünel yapımından tabiat parkı, toptancı hali yapımına kadar birçok farklı alanda tesis inşa etme hakkı verilmekte, riskler özel sektör ile kamu arasında paylaşılacak üzere özel sektör belirli bir süre tesisi işletmekte, tesisin bakım ve onarımını yapmakta ve sözleşme süresi sonunda tesisi kamuya devretmektedir⁵³⁷. YİD modelinin genellikle yol, köprü, baraj gibi bayındırlık hizmetlerinde uygulandığı ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi finansmanın hizmetten yararlananlardan elde edildiği

⁵³⁴ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 302.

⁵³⁵ YERLİKAYA, s. 192.

⁵³⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 128-129.

⁵³⁷ TC Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler 2015**, Ankara, 2016, (KÖİ Gelişmeleri 2015), s. 17.

hususları dikkate alındığında, kamu-özel işbirliği modelinin karakteristik özelliklerini taşımadığı savunulmakta⁵³⁸ ise de, YİD modelinden 3996 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca pek çok yatırım ve hizmette yararlanıldığı, ayrıca, özel sektör tarafından sağlanan finansmanın, hizmetten yararlananlardan elde edilen gelirlerle geri dönüşünün sağlanması unsurunun da imtiyaz tipi KÖİ'lere uygun olduğu dikkate alındığında, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

YİD modelinin ülkenin siyasi ve ekonomik istikrarına son derece duyarlı olması, yerinde kullanılmadığı takdirde pahalı yatırımları teşvik etmesi, işletme döneminde yapılacak kâr transferleri nedeniyle döviz çıkışlarına, teşvik uygulamaları nedeniyle vergi kayıplarına ve kamu yatırımlarında yanlış tercihlere yol açabilmesi, uzun dönemli projeler olduklarından risklerin de yüksek olması modelin dezavantajlarından⁵³⁹.

B. Yap-İşlet

Yap-işlet (Yİ) modeli, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, işletildiği ve eser mülkiyetinin özel sektörde kaldığı modeldir; işletme sürecinde üretilen hizmetin belirlenen esas ve usuller çerçevesinde devlet veya son kullanıcılar tarafından özel sektörden alınması suretiyle finansmanın geri dönüşü sağlanmaktadır. Yİ modelinde belirlenen işletme süresinin sonunda ya sözleşme yeniden uzatılır, ki bu durumda

⁵³⁸ BOZ, s. 301; GÜRKAN, s. 25

⁵³⁹ GÜNGÖR, s. 87-88.

kiralama veya işletme hakkının devri yöntemlerinden biri söz konusu olmaktadır, ya da yatırımcı tesisi tahliye eder.

Yİ modeli bir finansman modeli olmaktan ziyade, bir ruhsat niteliğindedir⁵⁴⁰. YİD modeli uygulandığı takdirde, işletme süresinin sonunda kamuya devredilen yatırımın uzun vadeli bir katkısının bulunmayacağı düşünülüyorsa, kullanım ömrü sözleşme süresinden daha uzun olmayan yatırımlar bakımından, Yİ modelinin kullanılması daha uygun olmaktadır.

Hukukumuzda Yİ modeli yalnızca termik santrallerin kurulması ve işletilmesine yöneliktir. 4283 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca yap-işlet *“elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren modeli”* ifade etmektedir.

Yap-İşlet modelinde özel sektöre tasarlama görevinin de verilmesi durumunda tasarla-yap-finance et-işlet şeklinde anılan model de oluşturulabilmektedir. Bu yöntemde, özel sektör sunulan hizmet veya yapılan yapı için harcanan paranın karşılığını klasik imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi “kullanım ücretleri” ile değil, devlet sübvansiyonları ile elde etmektedir⁵⁴¹. Yapı/tesisın mülkiyeti sözleşme süresinin bitiminde idarelere devredilmekte, YİD modeli için söz konusu olan ihale sürecinden daha uzun bir süreci gerektirmektedir⁵⁴². Model hem tasarlama hem de yapım işinin bağlantılı olarak ihale edilmesini öngördüğü için, ihale sürecinde istekliler ile yapılan müzakereler

⁵⁴⁰ ÇAL, *Kamu Hizmeti Kavramı*, s. 174.

⁵⁴¹ EC, *Guideline*, s. 28

⁵⁴² ALİCAN, s. 35.

sonucunda şartnameye son halinin verilmesi ve işin ihalesi aşamasına geçildiği için, daha uzun ve karmaşık bir ihale süreci söz konusu olmaktadır.

C. Yap-Kirala-Devret

Yap-kirala-devret (YKD- eksik imtiyaz), kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, çekirdek hizmet alanının belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hâllerde yatırım kapsamındaki diğer mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından işletildiği ve yapının mülkiyetinin, kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir. Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca kimi zaman yapılacak olan yapının tasarlanması da özel sektöre bırakılabilmektedir⁵⁴³. YKD modelinde özel sektör tesisi yapmakta, fiziksel donanımını sağlamakta, belirlenen süre boyunca sözleşmede belirlenen alanları işletmekte ve sonunda tesisi kamuya devretmekte; idareler ise her yıl şirkete kira ödemesi yapmaktadır⁵⁴⁴.

Özel finansman girişimi (*private finance initiative*-PFI), kamu hizmetlerinin geliştirilmesinde ve modernleştirmesinde önemli yeri olan bir KÖİ modeli olup, modelden kamusal mal ve hizmetlerin karşılanmasından ziyade sermaye ve altyapıya

⁵⁴³ Sağlık kamu hizmetinin üretileceği binanın ve bağlantılı alanların yani hizmet mekanlarının tasarlanması ve planlanması yönetmelikle özel girişimciye bırakılmıştır. Özel girişimcinin binayı ve hizmet mekanını planlaması, kendi işletme anlayışına uygun olacaktır. Sağlık kamu hizmeti mekanının işletmenin kâr amacıyla planlanıp inşa edilmesi genel olarak kamu yararı amacına ve özel olarak da kamu hizmeti gereklerine aykırıdır. KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 198.

⁵⁴⁴ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Gelişmeleri 2015**, s. 17.

ulaşmak için yararlanılmakta⁵⁴⁵, yapının mülkiyeti, kontrolü ve sorumluluğu yükleniciye ait olmaktadır⁵⁴⁶. PFI projeleri detaylarında farklılık gösterse de, genelde proje şirketleri, okul, hastane gibi kamu binalarının inşa edilmesi, yenilenmesi ya da tamir edilmesi için yatırım yapmakta, işletme süresince bakım ve onarımın yapılması, temizlenmesi gibi sorumlulukları üstlenmektedir. İdareler ise sözleşmedeki standartlar sağlandığı müddetçe, binaları kullanmak için aylık ücret ödemekte, sözleşme süresinin sonunda ise binaların kontrolünü kazanmaktadır⁵⁴⁷. Dolayısıyla YKD modelinin, özel finansman girişimi örneği olduğu söylenebilir.

YKD modeli, Hukukumuzda 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek madde 7 hükmü⁵⁴⁸ ile girmiş, bu düzenleme, sağlık sektöründe mevcut düzenleme olan 6428 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁴⁹. 6428 sayılı Yasa'nın 2/1 maddesi uyarınca, *“Bakanlık (Sağlık Bakanlığı) ve bağlı kuruluşları; ön proje, ön fizibilite raporu, temel standartlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sözleşmesinde belirtilen şartlarla Hazinesinin*

⁵⁴⁵ DAVIES Anne, **The Public Law of Government Contracts**, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 8.

⁵⁴⁶ CIPFA, **Private Finance Initiative**, London, 1999, s. 1

⁵⁴⁷ AUDIT COMMISSION, **PFI in Schools: The quality and cost of buildings and services provided by early Private Finance Initiative schemes**, Northampton: Belmont Press, 2003, s. 4.

⁵⁴⁸ Söz konusu düzenlemeye göre *“Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”*

⁵⁴⁹ Yap-kirala-devret yönteminde, “idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlü olup yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. RG; 15.04.2015, sayı: 29327.

özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir.” YKD yönteminden, sağlık alanı dışında, eğitim ve öğretim tesisleri⁵⁵⁰ ile yurt binası ve tesisleri⁵⁵¹ için de yararlanılabilmektedir.

Fransız Hukukunda işbirliği sözleşmeleri, hizmetin kurulumunu, bakımını, onarımını ve finansmanını içermekte, ancak kamu hizmetini sunma yetkisini yükleniciye bırakmamaktadır, bu nedenle finansmanı sağlayan özel hukuk kişisi ile hizmeti sunan idare arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır⁵⁵². Fransız Hukukundaki işbirliği sözleşmeleri, Hukukumuzda kabul edilen KÖİ sözleşmelerinden YKD sözleşmelerine benzerlik göstermektedir. Diğer modellerde görülen, yetkilendirme, görevlendirme veya izin verme yerine YKD modelinde işbirliğinden söz edilmekte, idareye ait bir taşınmaz üzerinde, özel hukuk kişisine tanınan üst hakkı ve bedel karşılığında özel hukuk kişisi sağlık tesisini inşa etmekte, tesisdeki temel sağlık hizmetleri idare tarafından, diğer hizmetler ise yüklenici

⁵⁵⁰ 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (652 sayılı KHK) 23/3-a fıkrası uyarınca “Yapılmasının gerekli olduğuna Bakanlık tarafından karar verilen eğitim öğretim tesisleri, Bakanlık tarafından verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.” Ayrıca, 23/4 maddesi uyarınca “Bakanlığın kullanımında bulunan eğitim öğretim tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki eğitim öğretim hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.”

⁵⁵¹ 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun (351 sayılı Yasa) 20/7 maddesinde uyarınca “Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen yurt binası ve tesisleri; Kurumca [Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu] belirlenecek proje ve temel standartlar çerçevesinde, mülkiyeti kendisine, Kuruma ya da Hazineye ait olup Kuruma tahsis edilen taşınmazların üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”

⁵⁵² BUCHER Charles-Édouard, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat du droit administratif*, Paris: Dalloz, 2011, s. 396-397.

tarafından ifa edilmekte, böylece sağlık hizmetinin idare ve özel hukuk kişinin işbirliği çerçevesinde yerine getirilmesi öngörülmektedir⁵⁵³.

Anayasa'nın Devlete yüklediği sağlık hizmetinin özelleştirilmesini, bu hizmet alanının tümüyle kamusal alandan çıkarılıp, özel sektörün faaliyet alanına sokulması şeklinde değerlendirmek doğru değildir. Böyle değerlendirildiği takdirde sağlık hizmetinin özelleştirilemeyeceği söylenebilir. Oysa, yapılmak istenen, Devlete ait sağlık kuruluşlarının altyapı eksikliklerini, kimi durumlarda da, altyapı eksikliği ile beraber uzman sağlık personeli açığını da karşılayacak yöntemler geliştirmektir⁵⁵⁴. Sağlık hizmetlerinin örgütlenmesinde KÖİ hastaneleri hizmet, iş ve işlem hacmi açısından büyümeyi, yoğunlaşmayı buna bağlı olarak da örgütsel, yönetsel ve mali boyutuyla ölçek büyümesini getirmektedir⁵⁵⁵.

Türkiye'de sağlık sektöründe uygulamaya geçen YKD yöntemi kapsamında, talep riski boyutuyla bakıldığında, ticari alanların⁵⁵⁶ işletmeciliği açısından tekel konumunda olan özel amaçlı şirket, otopark ve kafeterya gibi hizmetleri devlet

⁵⁵³ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/TEKİNSOY OKAY, s. 530-531. YKD modelinde, "idare, özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kamu hizmetinin bir kısmını KÖİ sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken, ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığının) sorumluluğuna bırakılmaktadır." Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50-K.2015/38. RG; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁵⁵⁴ TAN, *Sağlık Hizmetleri*, s. 296.

⁵⁵⁵ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 231. Yeni bir model olarak gündeme gelen bölge hastaneleri (sağlık kampüsleri), gerek yapım (PPP) gerek yönetim (PIC) biçimi açısından hastane yönetimine köklü değişiklikler getiren bir projedir. KARASU Koray, "Yeni 'Kamusal' Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri", AÜSBFD, C. 64, S. 3, ss.117-147, (*Kamu Yararı Şirketleri*) s. 125.

⁵⁵⁶ Ticari alanlar bina içerisinde veya bina dışında arazi içerisinde bulunabilecek olup, kampüs arazisi içinde, klinik otel, refakatçi evleri, kreş ve yaşlı bakım evi, kongre merkezi, ticari alanlara ait açık ve kapalı otopark, spor merkezi, market/çarşı, lokanta, pastane ve kafe, PTT şubesi, banka şubesi ve ATM'ler, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, sosyal yardım amaçlı vakıf ve dernek ofisleri gibi ticari faaliyetlerde bulunulabileceği kabul edilmektedir. TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşine Ait Nihai Teklif Dökümanları, Ticari Alanlar Belgesi.

tarafından yönlendirilen ve seçeneği olmayan geniş ‘müşteri’ kitlesine sunma olanağına kavuşmuş olduğundan, özel amaçlı şirketin kârlı yatırım alanının blok sunucusu olduğu nitelmesi yapılmıştır⁵⁵⁷. YKD yönteminde, çekirdek hizmeti sunmak için parçalı hizmetlere gereksinen idare ile idarenin yürütmekte olduğu çekirdek hizmetten yararlanan kullanıcılar, proje şirketinin işlettiği kamu hizmeti mekânına ve yan hizmetlere mecbur bırakılmakta, proje şirketi buradan gelir elde etmektedir. Kamu hizmetinden yararlanırken kamu hizmeti mekânına bağlanmak zorunda olan kullanıcı kitlesinin büyüklüğü ve çekirdek hizmetin üretilebilmesi için kullanılması gereken mal ve hizmetlerin genişliği ve vazgeçilmezliği özel girişimci için kâr güvencesi oluşturmakta, ayrıca çekirdek hizmetin üretimi özel girişimciye devredilmediği için, idare proje şirketinin yaptığı binada hizmet sunabilmek için yükleniciye kira ödemek zorunda kalmaktadır⁵⁵⁸.

Ülkemizde eğitim hizmetine ilişkin kamu-özel işbirliği sözleşmelerinin eğitim- öğretimi kapsamaması nedeniyle kamu-özel işbirliğinin asıl amacına uymayan salt bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmekte, eğitim hizmetine ilişkin kamu-özel işbirliğinin asıl amacına uygun olması için, eğitim-öğretim hizmetini de kapsamaması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁹. Eksik imtiyaz olarak da adlandırılan YKD yönteminde, çekirdek hizmetlerin de kamu hizmet alımları

⁵⁵⁷ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 242-244.

⁵⁵⁸ YKD (eksik imtiyaz) modelinin, piyasanın işleyiş kurallarına aykırı olduğu, bu durumun ya kamu hizmeti ilkeleri ve kamu hukuku kurallarına uygun hale getirilmesi, örneğin hizmetin sahibi ve yükümlüsü idarenin üretmeyi sürdürdüğü çekirdek hizmetlerle bağlantılı olarak tüm yönetsel mekanizmalara hâkim olması, özel girişimcinin işleteceği hizmetler ve mekanlar için fiyatlandırma değil, idare tarafından tarifelendirme yapılması, özel girişimcinin faaliyetlerinde kamu hizmetinin ilkelerine tabi tutulması, özellikle sorumluluk ve yargısal denetim bakımından idare hukukunun kurallarının işletilmesi, özel girişimcinin faaliyetlerinin ticari sır kapsamından çıkarılarak bilgi edinme hakkına tabi tutulması; ya da mülkiyet ve çalışma hakkı ile sözleşme özgürlüğü gereği, piyasa içinde siyasal kararlar piyasanın işleyiş kurallarından bağışık kılınmış bu ilişkinin tasfiye edilmesi gerektiği belirtilmektedir. KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 182, 213.

⁵⁵⁹ GÜRKAN, s. 88, 180.

yöntemiyle gördürülmesi durumunda, yüklenicinin idarede kalan çekirdek hizmetlere ilişkin hizmet alım ihalelerini de alması eksik imtiyazı fiilen imtiyaza dönüştürebilir⁵⁶⁰. Eğitim hizmetlerinde eğitim-öğretimin de YKD yöntemi kapsamında yükleniciye bırakılması durumunda, YİD benzeri farklı bir KÖİ modeli söz konusu olacaktır.

D. İşletme Hakkının Devri

İşletme hakkının devri, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla, sözleşmeci idarenin mal veya hizmet üretim birimlerinin bir bütün olarak veya kısmen, bir bedel karşılığında belirli bir süre için işletilme hakkının özel sektöre verildiği modeldir⁵⁶¹.

Ülkemizde İHD modeli, enerji sektöründen⁵⁶² havaalanlarına⁵⁶³ ve limanlara⁵⁶⁴, otoyollardan⁵⁶⁵ gümrük kapılarına⁵⁶⁶ kadar farklı alanlarda

⁵⁶⁰ KARAHANOGULLARI, *Eksik İmtiyaz*, s. 204.

⁵⁶¹ “İşletme hakkının devri modeli ile özel kişi ya da şirketlerin kurulu olan tesisleri belli bir bedel karşılığında devir alması, kâr elde etmek için işletmesi ve sözleşmelerde belirlenen süre sonunda idareye geri vermesi sağlanmaktadır... İşletme hakkının devri sisteminde kamuya ait olan tesisler kamuya ait olmaya devam etmekte, ancak tesislerin bakım ve onarım işleri işletme hakkını devralan şirkete ait olmakta ve bu işlerin belirlenen esaslara göre yerine getirilmesi gerekmektedir.” Anayasa Mahkemesi, 13.02.2002, E.2001/293- K.2002/28. **RG**; 18.04.2002, sayı: 24730.

⁵⁶² 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (3096 sayılı Yasa) m.5/1 uyarınca “Görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir.”

⁵⁶³ 5335 sayılı Yasa’nın 33/1 maddesi uyarınca “Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMI), 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 ... 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.”

⁵⁶⁴ 4046 sayılı Yasa’nın 15. maddesi uyarınca “Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri), ... İşletme haklarının

kullanılmaktadır. İHD modelinde, Devletin mevcut bir tesisinin işletme hakkı belirli bir süreliğine özel sektöre devredildiği ve mülkiyet kamuda kaldığı için model, tam olarak bir özelleştirme yöntemi özelliği taşımamakta⁵⁶⁷, bu nedenle özellikle mülkiyetinin özel sektöre devri mümkün olmayan tabii servet ve kaynaklar açısından da kullanılmaktadır⁵⁶⁸.

İHD modeli ile kiralama yöntemi birbirleriyle karıştırılabilmektedir. 4046 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde kiralama *"kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesi"*, işletme hakkının verilmesi ise *"kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin - mülkiyet hakkı saklı kalmak*

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

⁵⁶⁵ 3465 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca *"a) Erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile (...) hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesinde sermaye şirketleri görevlendirilebilir. b) Genel Müdürlükçe yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki (...) hizmet tesislerinin yapımı ve işletilmesi şirketlere yaptırılabilir."* Ayrıca, 5. maddesi uyarınca *"Bu Kanunun 4 üncü maddesinin (a) ve (b) bentlerine göre verilecek görev, tespit edilen görev yerinde bütün tesisleri ile birlikte otoyolun veya hizmet tesislerinin projelendirilerek veya profesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsayabileceği gibi 4046 sayılı Kanun kapsamına alınanlar hariç otoyolların, işletme ve bakım tesislerinin veya hizmet tesislerinin bakımı, iyileştirilmesi, genişletilmesi veya işletme haklarının devri şeklinde de olabilir."*

⁵⁶⁶ 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 218/A maddesi uyarınca *"Bakanlık, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun uyarınca yaptırarak işletme hakkını verdiği gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerini, işletme süresi bittikten sonra 30 yılı geçmemek üzere, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemleri ile 3996 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuattaki görevlendirme usullerini kıyas yoluyla uygulayarak bu madde uyarınca belirlenen sözleşme bedeli karşılığında devredebilir."*

⁵⁶⁷ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Gelişmeleri 2015**, s. 17.

⁵⁶⁸ Danıştay'a göre, *"TEK'in Yasa'da öngörüldüğü gibi satış yöntemiyle özelleştirilmesi durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alanlara geçecektir. Buna karşılık, elektriğin üretilmesinde yararlanılan doğal servet ya da kaynağın işletme hakkının devredilmediği; yalnızca santrallerin mülkiyetinin devredildiği ileri sürülebilirse de; bu biçimde elektrik üreten TEK'in teşekkül, kuruluş, müessese, işletme ve işletme birimleri ile bunların elektrik üretiminde kullandıkları ve yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi 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"*. Danıştay 1.D, 05.03.2004, E.2004/17-K.2004/24 (UYAP).

kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi”

olarak tanımlanmıştır. Kiralama yönteminde bina, depo gibi idarenin taşınır ve taşınmaz mallarının kullanım hakları verilirken, işletme hakkının devrinde hizmet üretim birimlerinin işletme hakkı verilmekte, bu nedenle mevcut bir işletme veya kurulu bir kamu hizmetinin bulunmasını gerektirmektedir⁵⁶⁹.

İşletme hakkının devri modelinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde İHD yönteminin esasen iltizam yöntemi olduğu savunulduğu gibi⁵⁷⁰, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı da belirtilmektedir⁵⁷¹. İşletme hakkının devri sözleşmesinin konusunu yalnızca kurulu bir işletme, mal ve hizmet birimi oluşturabilirken imtiyaz usulünde belli bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi söz konusu olabilmektedir; ayrıca imtiyaz sözleşmesinin konusu yalnızca kamu hizmeti olabilirken, idarenin özel hukuk alanındaki işletmeleri de işletme hakkının devri sözleşmesine konu olabilmektedir⁵⁷². İHD modeli, özel kişiye bakım ve onarım gibi finansman gerektiren bir yükümlülük yüklenmesi halinde KÖİ modeli olarak kabul edilebilir.

E. Diğer Modeller

Kamu hizmetlerinin yürütülüş usulleri sınırlı sayıda olmayıp, yasa koyucu veya yasa koyucunun verdiği yetkiyle idarenin farklı usuller öngörmesi

⁵⁶⁹ YASİN, s. 133, 137, 139.

⁵⁷⁰ GÜLAN Aydın, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 68.

⁵⁷¹ Danıştay 10.D, 29.04.1993, E. 1991/1- K.1993/1752 (UYAP); Danıştay 10.D, 04.10.2000, E.1998/4523- K.2000/4909, TEKİN, **Kararlar**, s. 412-418'den naklen.

⁵⁷² YASİN, s. 139.

mümkündür⁵⁷³. Dünya çapında KÖİ modeli olarak adlandırılan birçok uygulama olmakla birlikte, bu modellerin bir kısmı aslında KÖİ'nin özelliklerini taşımamaktadır. Bir KÖİ projesinde, idare özel sektörün sunmasını istediği hizmeti tanımlamakta, özel sektör hizmet ve altyapının finansmanı, tasarımı, yapımı, bakımı, işletilmesi unsurlarından bazılarını üstlenmekte olup, özel sektörün sermaye getirmesinin yanı sıra sadece işletme değil yapım gibi projenin başka aşamalarında da yer alması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁴.

Gelir Ortaklığı

KÖİ modeli olarak sunulan yöntemlerden biri gelir ortaklığı modelidir. Gelir ortaklığı, idarenin uygun göreceği proje uyarınca, idareye ait bulunan mal veya hizmet üretim birimi veya mal veya hizmetin, yüklenicinin proje maliyetini karşılaması ve sağlanacak gelirin sözleşmede belirlenen esaslara göre taraflar arasında paylaşılmasını öngören model olup, idare üzerinde herhangi bir mali yük doğmamakta, elde edilen gelir paylaşılmaktadır⁵⁷⁵. Gelir ortaklığı modeli, hukuki niteliği ve uygulama tekniği açısından bağımsız bir yöntem olarak nitelendirilmemekte; diğer yöntemlerden herhangi biri ile birlikte uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁷⁶.

Menkul Kıymetleştirme

Benzer şekilde menkul kıymetleştirme de KÖİ uygulamalarında kullanılabilecek bir yöntem olarak adlandırılmaktadır. Menkul kıymetleştirme gelir

⁵⁷³ YAYLA, **İdare Hukuku**, s. 90.

⁵⁷⁴ UNCITRAL, **Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York: United Nations Publication, 2001, (**Legislative Guide**), s. xii; IMF, **Guarantees**, s. 4-5.

⁵⁷⁵ KEŞLİ, s. 473-474.

⁵⁷⁶ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 394.

ortaklığı senedi⁵⁷⁷ ile yapılabilmektedir. Ülkemizde altyapı yatırımlarının finansmanında gelir ortaklığı senetleri, YİD ve Yİ yöntemleri kullanılmaktadır. Ayrıca, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde, gayrimenkullere, gayrimenkule dayalı projelere ve gayrimenkule dayalı sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmak suretiyle faaliyet gösteren özel bir portföy yönetim şirketi tipi olan gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve özellikle kalkınma ve yatırım bankalarının projeye dayalı altyapı yatırımlarının finansmanı alternatif yöntemler olarak benimsenebilir⁵⁷⁸. Menkul kıymetleştirme ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile sermaye piyasalarından hisse senedi ihracı yapılarak uzun vadeli ve daha düşük maliyetli kaynak temin edilebilmekte ve yatırım riski kamu ve özel sektör ile menkul kıymete yatırım yapanlar arasında paylaşılabilmektedir. Menkul kıymetleştirme de gelir ortaklığı modeli gibi, tek başına bir KÖİ niteliği taşımamakta, KÖİ yöntemlerinde bir finansman aracı olarak kullanılmaktadır.

Tasarla-Yap

KÖİ modeli olarak bazı kesimlerce kabul edilen bir başka model de tasarla-yap modelidir. Tasarla-yap ya da anahtar teslim olarak adlandırılan modelde özel sektör, kamunun belirlediği özelliklere uygun olarak bir altyapı tesisini tasarlar ve yapar. Anahtar teslimi usulü ile yaptırılan büyük tesis ve yatırımlarda, tesis ve yatırım tamamen yapım bedeli karşılığında iş sahibi adına, hesabına ve ona devir ve teslim edilmek üzere inşa edildiğinden ve montajı yapıldığından, teslimden sonra tesisin işletilmesi, iş veya yatırım sahibine ait olmakta, yapının bedeli yükleniciye

⁵⁷⁷ 2983 sayılı Yasa'da (m.3/1-c) “gelir ortaklığı senedi; Kamu kurum ve kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri dâhil) ait altyapı tesislerinin gelirlerine hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak senetler” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁷⁸ GENÇ/ERTUĞRUL, s. 4-16.

aylık hakedişlerle ya da kısmi ödemelerle teslimden önce veya teslim sırasında ödenmektedir⁵⁷⁹. Kamu-özel işbirliği kavramının geniş bir kavram olduğu, bir altyapının tasarlanması ve yapılması unsurlarının tek bir sözleşmede yer almasının KÖİ olarak sayılmak için yeterli olduğu, ancak bu sözleşmeye finansman, işletim, bakım ve onarım gibi unsurların da eklenebileceği belirtilmekle birlikte⁵⁸⁰, esasında bir tedarik sözleşmesi niteliğinde olan bu model, klasik kamu alımı olarak nitelendirilmelidir.

İşletme ve Bakım

İşletme ve bakım sözleşmelerinin KÖİ modeli olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır. Genellikle yerel yönetimlerin su, atık su arıtma, katı atık işleme, yol, park, dinlenme alanı gibi yer ve hizmetlerinde kullanılmakta olan⁵⁸¹ işletme ve bakım sözleşmelerinde özel sektörün finansman sağlama yükümlülüğü bulunmamakta; özel sektör, genellikle önceden belirlenmiş maktu bir ücret karşılığında, var olan tesislerin bakım ve işletme sorumluluğunu üstlenmektedir⁵⁸². Finansman sağlama, KÖİ'nin temel unsurlarından biri olduğu için, işletme ve bakım sözleşmelerinin KÖİ modeli olarak değerlendirilmemesi gerekir. Benzer şekilde yönetim sözleşmeleri (*management or operation and management contracts*), hizmetin yönetilmesi ve işletilmesi işinin tamamının veya bir kısmının kısa sürelerle özel sektöre devredilmesidir. Yönetim sözleşmelerinde özel sektöre günlük yönetim yetkisi verilmekte; özel sektör hizmetten yararlananlarla doğrudan ilişki içine

⁵⁷⁹ KAPLAN, s. 12.

⁵⁸⁰ USA National Council for Public-Private Partnerships, s. 1.

⁵⁸¹ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 159.

⁵⁸² WB, **Public-Private Partnership Units: Lessons for their Design and Use in Infrastructure**, Washington: World Bank Publications, 2007, **(PPP Units)**, s. 20.

girmekte ancak tarifeler idarece belirlenmektedir. İşletme ve bakım sözleşmeleri ile yönetim sözleşmelerinde yatırım sorumluluğu kamu otoritesinin üzerinde bulunmakta, özel sektörden bir hizmet satın alınması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin de klasik kamu alımları olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

V. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usullerindeki Dağınıklık ve Toplu

Düzenlemenin Gerekliliği

Kamu-özel işbirlikleri, AB ile sürdürülen tam üyelik müzakerelerinde yer alan kamu alımları faslı kapsamında bulunmaktadır. 26 Ocak 2006 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi⁵⁸³ uyarınca Türkiye'nin özellikle kamu hizmetleri sektöründeki imtiyazlara ve gözden geçirme prosedürlerine ilişkin olanlar başta olmak üzere, kamu alımlarına ilişkin mevzuatını AB müktesebatı ile uyumlaştırması gerektiği öngörülmüştü. 2006/35/EC Sayılı Kararın Feshine ve Türkiye ile Katılım Ortaklığının Kapsadığı İlkeler, Öncelikler ve Koşullara İlişkin Konsey Kararı⁵⁸⁴ uyarınca kamu alımları konusunda tutarlı bir politika sağlanması ve bu politikanın uygulanmasını izleme görevinin bir kuruma verilmesi; mevzuat uyumunun sağlanması için gerekli tüm reformları içeren kapsamlı bir stratejinin sunulması gerekmektedir. Bu çerçevede Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı (2007-

⁵⁸³ Council Decision of 23 January 2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC).

⁵⁸⁴ Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision 2006/35/EC (2008/157/EC).

2013) kapsamında birçok mevzuat düzenlemesi yapılması öngörülmüştür⁵⁸⁵. Bu düzenlemelerin bir kısmı mevcut yasal ve ikincil düzenlemelerin değiştirilmesini, bir kısmı da yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. 2008-2009 Yasama Döneminde 2004/18/EC sayılı Direktif⁵⁸⁶ ile uyum sağlamak adına ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yaptırılması İçin Verilen İmtiyazlara İlişkin Kanun’ ile ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun’un çıkarılması planlanmıştır. Ancak söz konusu yasal düzenlemeler çıkarılamamış; bunun yerine KÖİ yöntemleri için sektörel düzenlemeler yapılmaya başlanılmıştır. Hâlihazırda mevcut KÖİ yöntemlerini düzenleyen yasalar ve sektörel düzenlemeler, KÖİ alanının dağınık ve karmaşık olmasına neden olmuştur.

Ülkemizde 1986 yılından 2017 yılına kadar 211 KÖİ projesi için uygulama sözleşmesi imzalanmış olup, bunların sektörel dağılımlarına bakıldığında, 81 enerji sektörü projesinin, 38 karayolu projesinin, 22 liman projesinin, 18 havaalanı projesinin, 18 sağlık projesinin, 16 yat limanı projesinin, 14 gümrük tesisinin, 2 endüstriyel tesisin, 1 demiryolunun ve 1 kültür ve turizm tesisinin bu kapsamda yapıldığı görülmektedir⁵⁸⁷. Uygulama sözleşmesi imzalanan 211 KÖİ projesinden 29 tanesi için YPK yetkisi alınmış olup, bunlar yapımı devam eden veya yapımına başlanacak proje iken, 162 tanesi işletme dönemindeki projedir ve 20 tanesinin de işletme süresi sona ermiştir⁵⁸⁸. Ayrıca Dünya Bankası’nın tanımına göre imtiyaz

⁵⁸⁵ http://www.ab.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/05_KamuAlimlari.pdf

⁵⁸⁶ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

⁵⁸⁷ 2017 Yılı Programı, s. 27; TC Kalkınma Bakanlığı, **Kamu Özel İşbirliği Raporu 2016**, Ankara, 2017, (**KÖİ Raporu 2016**), s. 20.

⁵⁸⁸ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Raporu 2016**, s. 18, 27.

ve/veya lisans sözleşmeleri de KÖİ kapsamı içinde yer almaktadır. Ülkemizde elektronik haberleşme sektöründe imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen 576, 2139 ve 406 sayılı yasalara dayanılarak imzalanmış 7 adet imtiyaz sözleşmesi ve EPDK tarafından verilen elektrik üretim lisansları da bulunmaktadır⁵⁸⁹.

Kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı yöntemlerinin sistematik bütünlükten yoksun olması, uygulamada karışıklığa sebep olmaktadır. Ülkemizdeki mevzuat incelendiğinde, özelleştirmelere yönelik olarak çıkartılmış olan 4046 sayılı Kanun, devlet ihalelerine ilişkin 2886 sayılı Kanun, KÖİ yöntemlerine ilişkin olarak çıkarılmış olan 3096, 3996, 6428, 351, 3465, 6001 sayılı yasalar ve bunların uygulama yönetmelikleri ve kararları; mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Yasa) bulunmaktadır. Ayrıca 3653 sayılı Yasa'da⁵⁹⁰, 4458 sayılı Yasa'da⁵⁹¹ ve 6001 sayılı Yasa'da⁵⁹² olduğu gibi bir yasal düzenlemede, birden fazla mevzuata gönderme yapılması mümkün olmakta, düzenleme konusu işin, farklı yasalarda düzenlenmiş olan KÖİ modelleri uyarınca

⁵⁸⁹ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Gelişmeleri 2015**, s. 27.

⁵⁹⁰ 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca "Yalova Termal kaplıcaları, Bakanlıkça teşekkül ettirilecek İşletme İdaresi marifetiyle veya usul ve esasları Maliye ve Sağlık bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak olan yönetmelikle belirlenmek kaydıyla gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralanmak ya da restore et-işlet-devret usulü ile devredilmek suretiyle işletilebilir."

⁵⁹¹ 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 218/A maddesi uyarınca "Bakanlık, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun uyarınca yaptırarak işletme hakkını verdiği gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerini, işletme süresi bittikten sonra 30 yılı geçmemek üzere, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemleri ile 3996 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuattaki görevlendirme usullerini kıyas yoluyla uygulayarak bu madde uyarınca belirlenen sözleşme bedeli karşılığında devredebilir."

⁵⁹² 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29/1 maddesi uyarınca "Genel Müdürlüğün sorumluluğunda bulunan otoyollar ile bunlar üzerinde bulunan bakım ve işletme tesisleri, hizmet tesisleri ve diğer mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları ile ilgili olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından bunların mülkiyetinin devri hariç olmak üzere 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde yazılı yöntemler ve diğer hükümler çerçevesinde işlem yapılır. 3465 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Bu madde kapsamında işletme haklarının verilmesi imtiyaz addolunmaz. Bu çerçevede imzalanacak olan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir."

yapılabileceğine dair hükümler bulunabilmekte ya da 2920 sayılı Yasa'da⁵⁹³ ve sağlık hizmetlerinde olduğu gibi farklı yasal düzenlemelere atıf yapılmamasına rağmen, işin konusu birden çok yasal düzenlemedeki birden çok modelle gerçekleştirilmeye elverişli olabilmektedir.

Sağlık hizmeti, özel hukuk kişilerince hem ruhsat usulüyle hem de sözleşmesel ilişki içerisinde sunulabilmektedir. Sağlık hizmetinin ruhsat usulüyle özel hukuk kişilerince yürütülebilmesi için, öncelikle mevzuat uyarınca idarenin yürütmekle yükümlü olduğu sağlık hizmeti içerisinde yer alması, ruhsat usulüne izin veren ve yürütülmesine ilişkin kuralları koyan bir mevzuat hükmünün bulunması, yeterlik standartlarının sağlanması gerekmekte, bu şartları sağlayan kişinin idareye yaptığı başvurunun değerlendirilmesi sonucunda yeterli olduğuna kanaat getirilirse ruhsat verilerek kişi yetkilendirilmektedir⁵⁹⁴. 1990'lı yıllarda, sağlık hizmetinin gördürülmesine yönelik bir yasal düzenleme bulunmadığı için Danıştay sağlık

⁵⁹³ 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu'nun 34/3 maddesi uyarınca “Gerçek kişilerin ve tüzelkişilerin havaalanı ve iniş şeritleri inşa etmesi ve işletmesi Genelkurmay Başkanlığının olumlu mütalaası üzerine Ulaştırma Bakanlığı iznine bağlıdır.” 3996 sayılı Yasa ile 4046 sayılı Yasa karşısında 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na göre, özel havaalanı yapım ve işletmesine ilişkin olarak Ulaştırma Bakanlığı'nca gerçek ve tüzel kişilere verilen iznin ‘imtiyaz’ kapsamında olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi için yapılan başvuruda Danıştay, “...Devlet veya kamu tüzel kişilerinin yanı sıra özel hukuk kişilerinin de, 2920 sayılı Kanun uyarınca havaalanı yapım ve işletmesinin mümkün olduğu, ancak bu yatırım ve hizmetlerin 3996 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk kişileriyle yapacakları sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde düzenlenmesi gerektiği, ... 2920 sayılı Kanuna göre, Ulaştırma Bakanlığınca havaalanı yapım ve işletmeciliği ile ilgili olarak gerçek ve tüzel kişilere izin verilmesi yolunda sürdürülen uygulamanın, 3996 ve 4046 sayılı Kanunlara aykırılık oluşturmadığı anlaşıldığından, bu uygulamanın imtiyaz kapsamında olmadığı’na karar vermiştir. Danıştay 1.D, 24.09.1996, E.1996/17- K.1996/185 (UYAP). Dolayısıyla özel havaalanı yapım ve işletmesine ilişkin olarak 2920 sayılı Yasa uyarınca izin verilebilmekte, 4046 sayılı Yasa uyarınca imtiyaz verilebilmekte, 3996 sayılı Yasa uyarınca YİD modelinden yararlanılabilmektedir. Ayrıca, 5335 sayılı Yasa'nın 33. maddesinin 1 ve 7. fıkraları dikkate alındığında DHMİ, işletiminde bulunan hava alanları ile işletme dönemlerinin sonundan itibaren YİD modeli çerçevesinde yaptırarak işletimini özel sektöre verdiği terminalleri ve/veya hizmetin bütünlüğü yönünden gerek gördüğü diğer tesisleri, 4046 sayılı Yasa'nın 18. maddesinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebilmekte ve bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmaktadır.

⁵⁹⁴ ÇAKIR, *Sağlık Hizmetleri*, s. 249-293.

hizmetinin imtiyaz yöntemi ile özel kişilere gördürülemeyeceğine karar vermiştir⁵⁹⁵. Sağlık hizmetinin idarenin sözleşmeleriyle yürütülmesine 663 sayılı KHK (m.8) ile yasal dayanak getirilmiştir. 4046 sayılı Yasa'nın 15. maddesi dikkate alındığında kamuya ait yataklı tedavi kurumlarının işletme hakkı verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi olanaklı olup, kamuya ait sağlık kuruluşlarında bazı tıbbi aletlerin kur-işlet-devret yöntemi ile sağlanması için imtiyaz sözleşmesi düzenlenebilir⁵⁹⁶. 3996 sayılı Yasa sağlık hizmetlerini içermediği için bu hizmetler, YİD yöntemi ile görülememekte⁵⁹⁷, ancak 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesi uyarınca hizmet alımı yöntemiyle gördürülebilmektedir⁵⁹⁸.

KÖİ yöntemlerinin uygulanmasında yüklenicinin seçimi için ihale mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir. Kural olarak ihalelere ilişkin temel esasların yasayla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Kamu ihalelerine

⁵⁹⁵ Danıştay İdari İşler Kurulu, 25.10.1990, E. 1990/90- K. 1990/73, TAN Turgut, “*Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline*”, AÜSBF Dergisi, C. 47, S. 3, 1992, ss. 307-325, s. 316-317'den naklen.

⁵⁹⁶ TAN, *Sağlık Hizmetleri*, s. 297.

⁵⁹⁷ ÇAKIR, *Sağlık Hizmetleri*, s. 359.

⁵⁹⁸ 657 sayılı Yasa'nın 36. maddesine eklenen “*“Bu sınıfa dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”* hükmünün iptali istemini reddeden Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.

“Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007, E.2004/114- K.2007/85. **RG**; 24.12.2007, sayı: 26736.

yönelik genel düzenleme niteliğinde 2886, 4734 ve 4735 sayılı yasalar varken, idari sözleşmelere ilişkin genel ve ortak hükümler içeren bir yasanın bulunmamasının, her hizmete veya modele ilişkin olarak ayrı yasa çıkarılmasının, idarenin yasallığı ilkesine ve hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu ve idari sözleşmelerin hukuki rejiminin belirlenmesini zorlaştırdığı belirtilmektedir⁵⁹⁹. Hem idarenin kamu hizmetini özel kişilere gördürmesine yönelik yöntemlere ilişkin ortak bir düzenleme bulunmaması, hem de kamu ihalelere ilişkin mevzuatta yer alan istisna hükümleri ve özel düzenlemeler⁶⁰⁰, yeknesak uygulama yapılmasının önüne geçmekte, mevcut

⁵⁹⁹ AKBULUT Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 328.

⁶⁰⁰ 3996 sayılı Yasa m. 12/2, 6428 sayılı Yasa m.11, 652 sayılı KHK m. 23/5. 3996 sayılı Yasa'nın 12/2 maddesine karşı, yapım ve işletme sürelerindeki müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımlarının 4734 sayılı Yasa'nın 4. maddesindeki hizmet tanımı kapsamında olduğundan, 4734 sayılı Yasa'nın 66. maddesi uyarınca aynı Yasa'ya hüküm eklenmek veya değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenmesi gerekirken, 3996 sayılı Yasa'ya eklenen hüküm ile, müşavirlik hizmetlerinin 4734 sayılı Kanun'a tabi olunmadan ilgili bakanlıklar tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacağına düzenlenmesinin, yasa hükümlerinin uygulamasında çelişki ve belirsizliklerin doğmasına neden olacağı, her bakanlığın ayrı usul ve esas belirlemesine zemin hazırlandığı ve bu durumun, aynı konuda birden fazla usul ve esasın ortaya çıkmasına neden olacağı; temel ilkeler konulup çerçeve çizilmeden müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin ilgili bakanlıklara verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına da geleceği gerekçesiyle iptal davası açılmıştır. İptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi'ne göre, "... Devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur... Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

...

"Müşavirlik/danışmanlık hizmetleri, yatırım ve hizmet işlerinin yapımı ve yerine getirilmesi ile doğrudan ilgisi olmayan bir takım proje ve planların hazırlanması, yazılım tasarım geliştirilmesi, denetim ve kontrolün sağlanması gibi teknik, mali, hukuki vb alanlardaki hizmetleri kapsamaktadır.

...

"Esas ve usulleri 3996 sayılı Kanun ve bu Kanun'un verdiği yetkiyle çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan YİD modeli ile yapılacak projelerin yapım ve işletme sürelerinde alınacak müşavirlik hizmetinin, ihale ve yapım sürecinin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaştırılması amacıyla 4734 sayılı Kanun'a tabi olunmadan, esas ve usulleri ilgili bakanlıklar tarafından belirlenmesi suretiyle alınmasında kamu yararı dışında bir amacın bulunduğu söylenemez.

"Kamu ihalelerinin hangi usullere göre yapılacağına ilişkin Anayasa'da bir hüküm bulunmadığı gibi, ihale usul ve esasları 'kanunla' düzenlenme zorunluluğu getirilen hususlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle, 3996 sayılı Kanun kapsamında kalan ve YİD modeli ile yapılacak projelerin yapım ve işletme sürelerinde alınacak müşavirlik hizmetinin usul ve esaslarını belirleme yetkisinin bakanlıklara bırakılması, yapılacak işlerin uzmanlık gerektirmesi, teknik ve detaya ilişkin düzenlemeleri içermesi nedeniyle yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

...

çoklu yapı uzun vadede uyuşmazlıkların çoğalmasına neden olma ve kamu yararının sağlanmasını engelleyecek bir nitelik yaratma tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır.

Altyapının özelleştirilmesi ve bu çerçevede KÖİ uygulamaları, mülkiyet hakkına, sözleşmelere, uyuşmazlık çözüm yollarına ve sorumluluğa ilişkin etkin bir hukuki yapının varlığını gerektirmektedir⁶⁰¹. Özel sektörün kamu hizmeti alanına katılımı sağlayan yöntemlerin sistematik bütünlüğünün olmaması nedeniyle uygulamada karşılaşılan sorunların ve belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla, yasa koyucunun bu konuları ele alarak köklü bir düzenleme yapması ve çağdaş uygulama modellerinin hayata geçirilmesine ilişkin hukuki zemini sağlamlaştırması gerekmektedir⁶⁰². Ancak, yasal düzenlemenin nasıl olması gerektiği yönünde uzlaşa bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yeniden yapılanma esneklik isteyen bir konu olduğundan ayrıntılı düzenleme konusu yapılmaya elverişli değildir; diğer görüşe göre ise objektifliğin ve açıklığın sağlanması için ayrıntılı usul kuralları konulmalıdır⁶⁰³.

“Bir yasa kuralının başka bir norm ile uyumlu olmaması onun iptal edilmesini gerektiren bir durum değildir. Anayasa Mahkemesi kanunların başka kanunlara ya da daha alt düzeydeki diğer normlara uyumluluğunu değil, kanunların Anayasa’ya uyumluluğunu denetlemektedir. Bu nedenle söz konusu gerekçeye dayanan Anayasa’ya aykırılık iddiası geçerli değildir.

“Dava dilekçesinde, müşavirlik hizmet alımına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisinin ilgili bakanlıklara verilmesinin, her bakanlığın ayrı usul ve esas belirlemesine ve aynı konuda birden fazla usul ve esasın ortaya çıkmasına yol açabileceği ifade edilmişse de, her bakanlığın YİD projelerinin yapım ve işletme sürelerinde müşavirlik hizmeti alımına ilişkin farklı usul ve esas belirlemesinin, faaliyet alanının ve yaptığı işlerin birbirinden farklı olmasının ve usul ve esasların uzmanlık gerektiren, teknik ve detaya ilişkin düzenlemeleri içermesinin bir sonucu olarak kabul etmek gerekir.” Anayasa Mahkemesi, 09.05.2013, E.2011/42- K.2013/60. **RG**; 25.07.2014, sayı: 29071.

⁶⁰¹ SAVAS, s. 250.

⁶⁰² SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 378; SARISU, *Kamu Yatırımları*, s. 215.

⁶⁰³ TAN Turgut, “Özelleştirme”, İHİD, C. 9, S. 1-3, 1988, ss. 271-297, s. 283.

KÖİ uygulamalarında karşılaşılabilecek problemleri azaltmak için, KÖİ'ye ilişkin mevzuatın bir araya getirilmesi ve güncellenmesi gerekmektedir⁶⁰⁴. Ancak, söz konusu mevzuatın kapsamına ilişkin bir uzlaşma bulunmamaktadır. KÖİ uygulamalarına ilişkin olarak çok fazla ve katı yasal düzenleme yapılmasının uygulamaların gelişmesi için ihtiyaç duyulan esnekliğin ortadan kalkmasına neden olacağı, yasal düzenlemelerin yalnızca genel prensipleri ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Çerçeve bir yasal düzenlemeyle temel esasların belirlenerek uygulamanın düzenleyici işlemlere bırakılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁰⁶. Ancak, düzenleyici işlemlerin değişimindeki hız ve kolaylık dikkate alındığında, bu şekilde kurulan bir hukuki yapı yabancı yatırımcılar için öngörülebilirliği sınırlandırabilir. Ayrıca hukukumuz açısından bakıldığında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi nedeniyle temel sınırların yasa ile çizilmesi gerekmektedir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ IMF, Turkey, s. 22

⁶⁰⁵ WB-PPIAF, **PPP Framework**, s. 9

⁶⁰⁶ EVREN, s. 133.

⁶⁰⁷ 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 218/A-1 maddesinde yer alan "Devirlerin yöntemini, değer tespit komisyonu ve görevlendirme komisyonu üyelerini, bu komisyonların çalışma usul ve esasları ile diğer hususları belirlemeye Bakan yetkilidir" cümlesinin iptali istemiyle açılan davada iptal kararı veren Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemleri arasında yapılacak seçim veya bu yöntemlerin birlikte uygulanmaları, gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerin devrinde kamu yararına en uygun görevlendirmenin yapılabilmesi bakımından önem taşıdığından, bu devir yönteminin belirlenmesi bakımından hiçbir ilke konulmaksızın ve çerçeve çizilmeksizin Bakan'a yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir... kural, Anayasa'nın 7. ve 47. maddelerine aykırıdır." Anayasa Mahkemesi, 29.01.2014, E.2013/66- K.2014/19. **RG**; 10.1.2015, sayı: 29232.

Ancak Anayasa Mahkemesi nükleer enerjiye ilişkin bir düzenlemede birçok hususun düzenleyici işlemlere bırakılmasını yasama yetkisinin devri olarak nitelendirmemiştir. 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'un kimi hükümlerine karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, "TAEK, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren nükleer santral kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütleri bir ay içinde yayınlar" hükmüne ilişkin olarak "Türkiye Atom Enerjisi Kurumunca belirlenecek olan nükleer güç santrali kurup işletecek şirketlerin karşılamaları gereken ölçütlere ilişkin genel çerçeve ve kriterlerin her ne kadar 5710 sayılı Yasa'da yer almadığı görülmekte ise de, Kurumun faaliyetlerini Anayasa, ilgili yasalar ve özellikle de 2690 sayılı Kuruluş Yasası'nda belirlenen ilke ve sınırlar çerçevesinde yürütmesinin gerekli olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun bu alandaki görev ve sorumluluklarının 2690 sayılı Yasa'da düzenlenmiş olması karşısında, 5710 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasıyla verilen görev ve yetkinin sınırları hukukî güvenlik ve dolayısıyla da

Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan, idari rejimin benimsendiği ülkelerde, idarenin yasallığı ilkesi nedeniyle, kamu otoritelerinin KÖİ sözleşmesi imzalayabilmeleri için yasal dayanağa ihtiyaçları bulunmakta⁶⁰⁸, Anglo-Sakson hukuk sistemlerine sahip ülkelerde ise KÖİ uygulamalarına olan desteği arttırmak için yasalar çıkarılmaktadır⁶⁰⁹.

İdarenin yasallığı ilkesinin bir sonucu olarak, idareler ancak yasalarda kendilerine verilen yetkileri kullanabilmektedir. Örneğin, kuramsal olarak belediye hizmetleri ve yerel hizmetler, emanet yöntemiyle tamamen kamu tarafından sunulabileceği gibi tamamen özel sektörel de bırakılabilmekte ya da kamu-özel işbirliği gibi ikisinin ortasında yer alan yöntemlerle yerine getirilebilmektedir. Hizmetlerin kamu tarafından görülmesi sorumluluğu yerel yönetimlerin olabileceği gibi özerk ya da yarı özerk tüzel kişilere bırakılabilmekte veya belediye şirketlerine verilebilmektedir. Hizmetin özel sektör tarafından sunulması ise işin ihalesi, franchise, gönüllülük, yardım kurumları ya da kâr amacı gütmeyen işletmeler tarafından görülmesi gibi olasılıkları bünyesinde barındırmaktadır⁶¹⁰. Ancak pratikte

hukuk devleti ilkelerine aykırılık oluşturacak biçimde belirsizlik taşımamakta ve keyfi uygulamalara sebebiyet verecek nitelikte bulunmamaktadır.

“Öte yandan yasakoyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir ihtisas ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Nükleer enerji alanındaki faaliyetlerin düzenlenmesi ve nükleer enerji santrali kurup işletecek şirketlerin karşılamaları gereken ölçütlerin belirlenmesi, bilim ve teknik temellere dayanan ve uzmanlık gerektiren bir husustur. Yasa’da bilimsel ve teknik ölçütlere dair katı sınırlar koyan düzenlemelere yer verilmesi, yöntem olarak işin doğasıyla da uzlaşmamaktadır. Bu bağlamda bilimsel ve teknik alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıları düzenleme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez” demektedir. Anayasa Mahkemesi, 06.03.2008, E.2007/105- K.2008/75. **RG**; 18.03.2009, sayı: 27173.

⁶⁰⁸ İdari rejimin olduğu ülkelerde, yapım, işletme ve bakım işlerinin bir arada ihale edilebilmesi, bayındırlık işleri için gecikmeli ödeme yapılabilmesi, kamu altyapısının kontrolünün ve işletiminin devredilmesi konusundaki sınırlamaların aşılabilmesi ve borç verenlere ilişkin güvenlik ihtiyacına çözüm bulunması için KÖİ yasalarının kabul edilmesinin gerektiği belirtilmektedir. YESCOMBE E.R., **Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance**, Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007, s. 31-32.

⁶⁰⁹ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 61; GÜNGÖR, s. 57.

⁶¹⁰ KITCHEN, s. 117.

hizmetin özel kişilere bırakılması halinde, yasa ile belirlenen işler için, yasalarda belirlenen modeller çerçevesinde hareket edilebilmektedir. Her ne kadar doktrinde belediyelerin özelleştirme yöntemleri mülkiyetin devrini gerektiren yöntemler ve mülkiyet devrini gerektirmeyen yöntemler olarak ikiye ayrılıp, mülkiyet devrini gerektiren yöntemler içerisinde doğrudan satış, hisse senedi yoluyla satış ve mal ve hizmet üretiminin terk edilmesi yöntemleri; mülkiyet devrini gerektirmeyen yöntemler içerisinde ise imtiyaz, iltizam, müşterek emanet, yap-işlet-devret, yap-işlet, ruhsat/izin, kiralama, fiyatlandırma, kupon, gönüllü katılım ile vergi teşvikleri sayılmış ise de⁶¹¹, idarenin yasallığı ilkesi gereği belediyelerin sayılan tüm bu yöntemleri kullanmaları mümkün değildir. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nda imtiyaz, YİD ve Yİ modelleri düzenlendiği için ancak bu yöntemlerden biri ile hizmetlerin özel kişilere gördürülebileceği kabul edilmekle birlikte, her bir iş kendisi için öngörülen modellerle yerine getirilebilmektedir⁶¹².

⁶¹¹ KOÇAK, s. 146-172.

⁶¹² Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15/1-e, f ve g maddesine göre belediyeler “... içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek; kaynak sularını işletmek veya işlettmek”, “Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek” ve “Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak” yetkilerine sahip olup, aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca bu hizmetleri “Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; toplu taşıma hizmetlerini imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde ruhsat vermek suretiyle yerine getirebileceği gibi toplu taşıma hatlarını kiraya verme veya ... hizmet satın alma yoluyla yerine getirebilir” Bu işler bakımından düzenlenme şekli gereği sadece emanet ve imtiyaz yöntemlerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay’a göre “belediyelerin otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettmek konusunda tekel niteliğinde yetkileri bulunmaktadır. Hükümde geçen kurmak ve işletmek şeklindeki ifade ile bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinde faaliyetin belediye tüzel kişisi tarafından, kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi demek olan ‘emanet’ usulüne işaret edilmekte, kurdurmak ve işlettmek ifadesi ile de, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinin emanet usulü dışında kalan usullerden herhangi biri tercih edilerek kamu hizmetinin gördürülmesine olanak sağlanmak istendiği izlenimi yaratılmakta ise de, kamu hizmetinin görölmesine ilişkin emanet usulü dışındaki diğer usullerden sadece imtiyaz usulünden söz edilen 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işletmek konusunda sadece ‘emanet’ veya

KÖİ'lerde yatırımcıların öngörülebilirliğe ve hukuki güvenirliliğe ihtiyaçları olup, bunun sağlanması için daha az sayıda, basit ve iyi kuralların konulması gerekmektedir⁶¹³. KÖİ'ler için hukuki altyapının, yasal açıklığı ve belirliliği sağlayacak şekilde kurulması gerekmekte, KÖİ yöntemlerinden yararlanılmasını sağlayan sektörel düzenlemelerin ve belirli KÖİ modellerine yönelik olan yasal düzenlemelerin yürürlükten kaldırılarak tek bir KÖİ yasasının yürürlüğe konulması ve bu yasanın projelerin uygunluğu, yetkilendirme prosedürü, devlet destekleri ve denetim gibi hususları düzenlemesi, farklı ihale usulleri getirmesi yerine genel ihale düzenlemesine atıfta bulunması gerekmektedir⁶¹⁴.

Tarafların ortak çıkarları, mevzuat, kurumsal ve idari yapılanma, siyasi ve ekonomik çevre, KÖİ uygulamalarında başarı sağlanması açısından önem arz etmektedir; mevzuatın eksik veya zayıf olması, düzenleyici/denetleyici kurumlar olarak adlandırılan bağımsız idari otoritelerin olmaması, etkili hakemlik sisteminin bulunmaması ve kurumsal yönetimin yetersizliği gibi nedenler uygulamada aksaklıkların ortaya çıkmasına⁶¹⁵, KÖİ uygulamasının etkin olmamasına neden olmaktadır. Yabancı yatırımcının önündeki tahkim engeli kalkmışsa da, ondan çok daha önemli olduğu kabul edilen bürokratik engeller, siyasi istikrarsızlık, ağır vergi yükü, emlak fiyatlarının yüksekliği, politik risk gibi olumsuzluklar yatırımcıyı

'imtiyaz' usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır." Danıştay 1.D, 06.07.2006, E.2006/203- K.2006/719 (UYAP).

⁶¹³ UNECE, **Guidebook**, s. 29.

⁶¹⁴ SIGMA, Turkey Public Procurement Assessment, 2008, <http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/3082,procurement2008pdf.pdf?0>, s. 3. Kamu-özel işbirliklerine ilişkin düzenlemelerin yasal belirsizliği ortadan kaldırması gerektiği için genel olarak izlenebilecek iki yol bulunmaktadır. Birincisi KÖİ'leri var olan ihale kurallarına ve ilkelerine tabi tutmaktır. Diğer yol ise kamu ile özel sektörün piyasa mekanizmasına yakın usullerle ilişki içerisine girmesine izin vermektir. İkinci yolun seçilmesi durumunda KÖİ'lerin ayrıntılı olarak tanımlanması, yüklenicinin seçimi için şeffaf ve adil bir rekabet ortamının sağlanması ve KÖİ'lerin nasıl işleyeceğinin düzenlenmesi gerekmektedir. TVARNØ, PPP, s. 241-242.

⁶¹⁵ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 373.

ürkütmemektedir⁶¹⁶. KÖİ modellerinden yararlanabilmek için siyasal, ekonomik ve hukuki çerçevenin düzenlenmesi gerekmektedir. Özellikle imtiyaz işlemleri için yasal dayanakların sağlanması, vergi alanındaki engellerin kaldırılarak veya hafifletilerek ulusal ve uluslararası özel sektör yatırımcılarını teşvik edici bir yatırım ortamının yaratılması, kamu birimlerince yapılacak denetimlerin somut ölçülere bağlanması, açık ve süreklilik arz eden kurallar konulması gerekmektedir⁶¹⁷.

Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı'nda (2016-2019), Türkiye'nin kamu alımlarına ilişkin AB mevzuatına uyum sağlanması amacıyla mevzuat uyumu ve kurumsal kapasitenin oluşturulmasına ilişkin reformlarının, ihale sözleşmeleri ve imtiyazlara ilişkin mevzuatın ihale direktifleriyle uyumlaştırılması ve aynı zamanda KÖİ'lere ilişkin olarak çıkarılacak mevzuatın iç hukuka aktarılan müktesebat ile uyumunun sağlanmasını içermesi gerektiğinden, kimi düzenlemelerde AB direktiflerine uyum sağlanması için değişiklik yapılması öngörülmüştür⁶¹⁸. 64. Hükûmet Programı'na göre de, eğitimin finansmanında KÖİ gibi yeni arz ve işletim modellerinin kullanılması; KÖİ yöntemiyle başlatılan büyük projelerin tamamlanması; gümrük kapıları, yeni otoyollar, yüksek hızlı tren hatları dâhil olmak üzere, birçok alanda yeni projelerin KÖİ yöntemiyle hayata geçirilmesi; kamu ve özel kesim işbirliği alanında halen dağınık bir yapıda olan mevzuatın, tek bir çerçeve yasayla düzenlenmesi planlanmaktadır⁶¹⁹.

Kamu-özel işbirlikleri, idare hukuku, ihale hukuku, kamu mali yönetimi, borçlar hukuku, ticaret hukuku, eşya hukuku, vergi hukuku, iş hukuku, çevre

⁶¹⁶ YAVAŞ, s. 136.

⁶¹⁷ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 29.

⁶¹⁸ http://www.ab.gov.tr/files/uepkitapecik2016_2019.pdf, s. 30-34.

⁶¹⁹ http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kurumsalhaberler/64.hukumet_programi.pdf, s. 45, 47, 85, 101.

hukukuna ilişkin mevzuatın yanı sıra sektörel düzenlemeleri içeren enerji, sağlık, eğitim gibi alanları da ilgilendirmektedir. Ayrıca belirli KÖİ modelleri düzenleyen yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Hukukumuzda dağınık bir şekilde bulunan düzenlemeler, hukuki belirliliği ve açıklığı azaltmakta, yatırımcılar için elverişsiz bir ortam oluşturmaktadır. Bu nedenle ilgili mevzuatın KÖİ modelleri dikkate alınarak gözden geçirilmesi ve KÖİ yöntemlerine ilişkin olarak tek bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. KÖİ projelerinin karmaşık ve kendine özgü yapıları, temel esasların kazuistik yöntemlerle ve emredici kurallarla sınırlanması yerine, esnek ve çerçeve düzenlemelere konu edilmesini gerektirmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU-ÖZEL İŞBİRLİKLERİNDE

KAMU YARARININ SAĞLANMASI

İdare hukuku açısından bakıldığında, en soyut nitelik taşıyan ve tanımlanmasında zorluk yaşanan kavramlardan biri ‘kamu yararı’ kavramıdır. Kamu yararı kavramı şekli veya maddi olarak tanımlanabilmektedir⁶²⁰. Şekli anlamda kamu yararının belirlenmesi aşamasında, toplumda, refahın o şekilde sağlanmasına yönelik bir düşüncenin oluşmuş olması gerekmektedir⁶²¹. Kamu yararı kavramını maddi anlamda açıklamaya yönelik görüşler ise, bireysel yarar, ortak yarar ve toplum yararı olmak üzere üç temelden birine ağırlık vermek suretiyle kavrama açıklık getirmeye çalışmaktadırlar. Bireysel yarara dayanan görüşe göre, kamu yararı, bireysel yararların toplamından oluştuğundan, bireysel yararlarla çelişen bir kamu yararı söz konusu olamamakta, bireyler kendileri için en iyi olanı yaptıklarında, bireylerin oluşturduğu toplum için en iyi olan da kendiliğinden gerçekleşeceğinden kamu yararı sağlanmış olmaktadır. Ortak yarara dayanan görüşe göre, kamu yararı kavramı bir

⁶²⁰ Şekli anlamda kamu yararı siyasi otoritenin kararı olup, basit anlamda kralın ya da parlamentonun iradesini, çoğul anlamda herhangi bir yasal ya da politik merci tarafından onaylanmış amaçları ifade etmektedir. Maddi anlamda kamu yararı, faydacı yaklaşıma göre kişisel çıkarların ençoklaşmasını, usuli yaklaşıma göre basit anlamda çoğunluğun kararına saygı gösterme, adil yargılanma gibi usuli ilkelere uygun davranılmasını, çoğul anlamda bir konu için kararda kullanılan yasal ya da politik sürecin izlenilmesini, normatif anlamda kamu düzenine uygun davranılmasını ifade etmektedir. LEYS Wayne Albert Risser/PERRY Charner Marquis, “Philosophy and the Public Interest”, Chicago: Committee to Advance Original Work in Philosophy, 1959, MILLER Arthur, “Foreword: *The Public Interest Undefined*”, Fundamental Concepts of Public Law Symposium, No: I, Journal of Public Law, Issue 2, 1961, ss. 184-202, s. 195’den naklen.

⁶²¹ OPPENHEIM Felix E., “*Self-Interest and Public Interest*”, Political Theory, Vol: 3, No: 3, 1975, ss. 259-276, s. 273.

topluluğun ortak çıkarlarını ifade etmekte, ortak yararın gerçekleşmesi bireysel yararların da gerçekleşmesini sağlamaktadır. Toplum yararına dayanan görüşe (tekçi yaklaşım) göre, toplum yararı bireysel yarardan üstün olup⁶²², bireyin yararı ile toplum yararının çatışması söz konusu olamayacağından, toplum için yararlı olan, bireylerin de yararınadır⁶²³.

Özel ve kamusal menfaatlardan oluşan kamu esenliğinin sağlanmasını ifade eden kamu yararı⁶²⁴, toplumun oluştuğu ve ortak yarar etrafında birleştiği zamandan bu yana varlığını sürdüren, Devletin öncülüğünde, kamuya dönük faaliyetler ile somutlaşan, ancak tanımlanması güç olan bir kavramdır⁶²⁵. Kamu yararı, zamana, sosyal ve ekonomik hadiselerle göre değişik anlamlar taşıyabilen, esnek ve dinamik

⁶²² Anayasa Mahkemesi kararlarında tekçi yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre, "...kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir." Anayasa Mahkemesi, 01.07.2015, E.2015/6- K.2015/63. **RG**; 15.07.2015, sayı: 29417; Anayasa Mahkemesi, 25.12.2014, E.2014/16- K.2014/197. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327. Ayrıca, "günümüzde kamu yararı kavramı yanında; 'toplum yararı', 'ortak çıkar', 'genel yarar' gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün 'bireysel çıkar'dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır." Anayasa Mahkemesi, 21.10.1992, E.1992/13- K.1992/50. **RG**; 30.06.1993, sayı: 21623.

⁶²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KORKUT Yakup Levent, **Hukuki Çıkarım ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994, (**Kamu Yararı**), s. 45-71; DİK, s. 13-27; TOMBALOĞLU Nermin, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2014, ss. 353-388, s. 356-363; KORKUT Levent, "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı*", Liberal Düşünce, C. 11, No: 44, 2006, ss. 77-98, s. 79-96. KELEŞ Ruşen, "*Kamu Yararı Üzerine*", **Bedia Akarsu Armağanı**, Ankara: İnkılâp Kitabevi, 2000, ss. 215-230, (*Kamu Yararı Üzerine*), s. 217-220. KELEŞ Ruşen, "*Kentleşme ve Kamu Yararı*", Ekonomi-Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 28-30 Kasım 1975, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:20, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, ss. 3-40, (Kentleşme), s. 11-19. Fransız Danıştay tarafından hazırlanan 1999 tarihli Rapor'da kamu yararı, faydacı yaklaşım ve iradeci yaklaşım şeklinde bir ayrımla incelenmiştir. Faydacı yaklaşım kamu yararını özel yararların matematiksel toplamı olarak değerlendirirken, iradeci yaklaşıma göre kamu yararı özel yararı aşan, genel iradenin bir ifade biçimidir. Bu nedenle faydacı yaklaşımda kamu gücüne karşı bir güvensizlik söz konusuyken, iradeci yaklaşımda devlete kamunun (genel iradenin) esenliğini sağlama görevi verilmektedir. Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>.

⁶²⁴ KAYA Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011, s. 16.

⁶²⁵ DİK, s. 9; kamu yararı kavramının gelişimi ve değişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. s. 28-63.

bir kavram olup⁶²⁶, hukuk sistemlerine ve coğrafyaya göre de değişiklik göstermekte, özünde siyasi tercihlerin tespitinden oluşmaktadır⁶²⁷. Dolayısıyla kamu yararının tanımı, içeriği açısından değil, biçimi açısından yapılabilmektedir. Bu nedenle, kamu yararının, “özü ya da içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanımlanan” bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁶²⁸.

Kamu yararı kavramının; belli olgu ve durumların sonuçlarını değerlendirme; Devlet faaliyetlerini meşrulaştırma; Devletin yürütmekte olduğu ve yürütmeyi planladığı faaliyetleri karşılaştırarak öncelik sıralaması yapılmasını sağlama; Devletin görevlerini yerine getirirken bireysel yararları göz ardı ederek bazı temel hak ve özgürlüklere sınırlandırma getirmesini mümkün kılma; Devletin, kişilerin kurdukları özel hukuk ilişkilerinde toplum yararının gerektirmesi halinde taraflardan biri lehine özel koruma hükümleri getirmesini sağlama fonksiyonları bulunmaktadır⁶²⁹. Hukuki boyutu yanında toplumsal, siyasi ve felsefi boyutları da bulunan, çok işlevli bir kavram niteliği taşıyan kamu yararı kavramı, genel olarak devletin tüm faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun ölçüsünü teşkil etmekte; kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırmasını gerektiren eylem veya işlemler söz konusu olduğunda, sınırlamaya neden olan eylemi veya işlemi hukuki kılmaktadır⁶³⁰. Dar anlamda mülkiyet hakkının sınırlandırmasında ve özüne yapılacak müdahalelerde bir ölçü olan kamu yararı, geniş anlamda ise bütün toplumsal değerleri kucaklayan bir

⁶²⁶ HASGÜR İbrahim, **Türk ve Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararı**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1997, s. 71.

⁶²⁷ AYAYDIN, s. 136-137.

⁶²⁸ AKILLIOĞLU Tekin, “Kamu Yararı Üzerine Düşüneler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.24, S.2, ss. 3-15, (Kamu Yararı), s.3.

⁶²⁹ AYAYDIN, s. 77-78.

⁶³⁰ TOMBALOĞLU, s. 355.

nitelik ve kapsama sahiptir⁶³¹. Ayrıca, idare hukukunun uygulanma alanının tespitinde, yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde de temel alınan bir kavramdır.

Günümüzde, kamu yararının, kanun koyucunun iradesiyle şekillenen⁶³², bu nedenle maddi olarak tanımlanamayan, içeriği önceden belirlenemeyen, esnek ve değişken bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁶³³. Kamu yararı kavramının tanımlanmaması, her olayda, somut koşullara göre belirleme yapılmasına imkân vermekte ve bu özellik de, kavrama esneklik kazandırarak, olaya uygun yorum yapılmasına olanak sağlamaktadır⁶³⁴. Kamu yararı kavramının toplancı ve kolektif olması, somut olaya bağımlı olması ve içeriğinin değişken olması, kavramın karakteristik özellikleri olarak sayılmaktadır⁶³⁵. Bu nedenle kamu yararının tanımlanması halinde, kavramın içeriği sınırlandırılmış olacağından, zamana ve koşullara göre değişen içeriği durağanlaşacak, somut olay bazında inceleme

⁶³¹ AKILLIOĞLU, *Kamu Yararı*, s. 7. Kamu yararı kavramının hem hukuki, teknik ve dar anlamı, hem de geniş, siyasal ve ideolojik anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda kamu yararının mülkiyet hakkının sınırlarının belirlenmesinde ve özüne yapılacak müdahalelerde bir ölçüt olarak kullanılması söz konusuysa, geniş anlamda kamu yararının yönetim hukukunun çerçevesini aştığı ve anayasaların dayandığı siyasal ve toplumsal ilkelerle ilgili bir içerik kazandığı belirtilmektedir. KELEŞ, *Kentleşme*, s. 14-15. Bu çerçevede, dar anlamda kamu yararını belirleme yetkisinin genellikle yürütme erkine bırakıldığı; öte yandan, geniş anlamda kamu yararı kavramının, anayasaların devlete yüklediği görevlerle ilgili, değer yargılarını da içeren, etik bir kavram niteliği taşıdığı, bu nedenle 'toplum yararı' olarak da adlandırılabilirliği belirtilmektedir. KELEŞ, *Kamu Yararı Üzerine*, s. 217.

⁶³² Kamu yararı kavramının kavramsal, normatif ve biçimsel olarak adlandırılabilirliği, birbirini tamamlayan üç boyutu bulunmaktadır. Kavramsal boyut, kamu yararı kavramının içeriğinin kavramsal olarak neyi ifade ettiği sorunsalına odaklanmakta ve kamu yararının tespitini, olanın incelenmesi sonucunda ortaya koymaktadır. Normatif boyut, kamu yararı kavramının işlevine odaklanarak tanımlama yapmaktadır. Biçimsel boyut ise kavramın belirlenmesine ilişkin temel yöntemlere, anayasa ve yasalara odaklanarak kamu yararı kavramını tanımlamaktadır. Kamu yararı, kamu hizmetinin bir unsuru olarak kabul edildiğinde kamu yararının varlığının tespiti kavramsal ve normatif boyutlara ağırlık verilerek, bir sonucu olarak kabul edildiğinde ise biçimsel boyuta ağırlık verilerek yapılmaktadır. UYANIK, s.14-15, 87.

⁶³³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 27; AKILLIOĞLU, *Kamu Yararı*, s. 3. Kamu yararı kavramının zamanla geçirdiği değişim ve dönüşümün her zaman için geçerli olabilecek bir tanımdan söz etmeyi güçleştirdiği belirtilmektedir. KELEŞ, *Kamu Yararı Üzerine*, s. 223. Önceden tanımlanamamakla birlikte, kamu yararı her zaman belirsiz bir kavram olmayıp, birden çok yarar söz konusu olduğunda yapılan kıyaslamalarda ve net bir biçimde ihtiyacın görülemediği alanlarda belirsizlik olmakla birlikte, hiç hastane olmayan bir ilçeye hastane yaptırılması gibi somut olaylarda tanımlanamamış olsa dahi kamu yararının olduğu net bir şekilde görülmektedir. ÇAKMAK, s. 259.

⁶³⁴ AKILLIOĞLU, *Kamu Yararı*, s. 3; KAYA, s. 2.

⁶³⁵ UYANIK, s. 32-34.

yapılması engellenmiş olacak ve bu durum kavramın kendisine, yani kamu yararına aykırı olacaktır⁶³⁶. Ancak, bu esneklik, işlemlerin kamu yararına olması için temel ölçütler belirlenmesine engel teşkil etmemektedir.

1982 Anayasasında ‘Temel Hak ve Ödevler’ kısmının ‘Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler’ bölümünün alt başlıklarından biri ‘Kamu Yararı’dır. Bu başlık altında, kıyılardan yararlanma (m.43), toprak mülkiyeti (m.44), tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (m.45), kamulaştırma (m.46), devletleştirme ve özelleştirme (m.47) ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Temel hak ve hürriyetler, doğrudan doğruya ilgililerin durumlarını düzenleyen kurallar olmasına rağmen, ‘Kamu Yararı’ başlığı altında yer alan düzenlemelerin muhatabının doğrudan bireyler değil idare olması, söz konusu düzenlemenin amacının, kamu yararının ne olduğu konusunda yasa koyucuya yol göstermek olduğu anlaşılmaktadır⁶³⁷. Kamu-özel işbirlikleri, geniş anlamda özelleştirme uygulamalarından birini oluşturmakta olup, bütün idari faaliyet ve işlemlerde olduğu gibi, amacı kamu yararının sağlanmasıdır.

Kamu yararı, yasama, yürütme ve yargı erklerini bağlayıcı bir kavramdır.

Yasa koyucunun çıkardığı yasaların kamu yararına yönelik olması⁶³⁸, yürütmenin

⁶³⁶ TRUCHET Didier, “*Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş*”, çev. Ender Ethem ATAY, **Prof.Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, ss. 357-375, (*Kamu Yararı*), s. 370-375.

⁶³⁷ AKILLIOĞLU, *Kamu Yararı*, s. 5-6.

⁶³⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

“Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa’ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa’ya uygunluk denetiminde,

işlemlerinin kamu yararını amaçlaması⁶³⁹, yargı organlarının ise kamu yararına olmayan yasa⁶⁴⁰ ve işlemleri⁶⁴¹ iptal etmesi gerekmektedir.

Kamu yararının belirlenmesinde yararın niceliği yani miktarı değil niteliği önem arz etmektedir⁶⁴². Eğitim düzeyi, kültür seviyesi, farkındalık gibi parasal olarak açıklanamayan değerlerde de kamu yararı bulunduğundan, kamu yararının anlamsal

kanun koyucunun kamu yararı dışında belli bireylerin ya da gurupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir.” Anayasa Mahkemesi, 29.03.2017, E. 2016/168- K. 2017/82. **RG**; 18.04.2017, sayı: 30042; Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92- K.2016/6. **RG**; 03.03.2016, sayı: 29642. Ayrıca Yüksek Mahkeme’ye göre, “Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlemleri almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve görevidir. Yeter ki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri gözönünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin.” Anayasa Mahkemesi, 31.12.1992, E.1992/40- K.1992/55. **RG**; 24.04.1993, sayı: 21561.

⁶³⁹ İdari işlemin amaç unsuru oluşturan kamu yararı, özelleştirme konusunun ve yönteminin seçiminden başlayarak, şartnamenin hazırlanmasına ve teklifin kabulüne kadar birçok hususta, idarenin geniş seçim olanaklarının bulunduğu hâllerde, işlemin şekil, sebep ve konu unsurları bakımından bir referans noktası oluşturmaktadır. ATİYAS/ODER, s. 9. Ancak, işlemin amacının kamu yararı gibi genel bir esasla sınırlanması hâli istisnai olup, amaç unsuru genellikle sebep unsuru ile bağlıdır. Sebebin gerçekleşmesi halinde amaç gerçekleşmekte; işlemin sebep unsurunun hukuka aykırı olması halinde ise amaç unsuru işlemi ya kuramsal olarak ya da kamu yararının dışına çıkıldığı için sakatlamaktadır. YAYLA Yıldızhan, “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, İÜHFİM, C. 30, S. 3-4, 1964, ss. 1034-1048, (Takdir Yetkisi), s.1038.

⁶⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, kamu yararı kavramına başvurduğunda, amaç unsuru açısından yaptığı denetimi, konu unsurunu da kapsayacak şekilde genişletmekte, bu nedenle düzenlemelerin kapsam bakımından Anayasa’ya uygun olup olmadıklarını irdelemek yerine, kamu yararı açısından denetimi ön plana çıkartarak konu unsurunun denetimini amaç unsuruna tabi kılmaktadır. KORKUT, **Kamu Yararı**, s. 106.

⁶⁴¹ Amaç unsuru objektif nitelikli olduğundan “yargı denetimi açısından önemli olan failin niyeti değil, tasarrufun hukuk aleminde doğurduğu neticenin âmmeme menfaatine uygunluğudur.” YAYLA, *Takdir Yetkisi*, s.1040. Danıştay’a göre, “Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun göz ardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda “üstün kamu yararını” dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır.” Danıştay İDDK, 11.02.2008, E.2008/770- K.2008/2337 (UYAP).

⁶⁴² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 29.

tartışması yalnızca ekonomik parametrelere bağlanmamalıdır⁶⁴³. Farklı yararların çatışması durumunda objektif değerlendirme yapılmaktadır. Bu çerçevede ölçülülük ilkesi dikkate alınmakta, yapılan tercihin kamu yararı ile hedeflenen amacı elde etmek için uygun ve gerekli olması aranmaktadır⁶⁴⁴.

İdarenin ekonomik faaliyetlerinin en temel amacı, kural olarak, toplumun refah seviyesinin artmasını sağlayarak kamu yararını temin etmektir⁶⁴⁵. Kamunun yaptığı yatırımların klasik ihale usulleri yerine, uygun kamu-özel işbirliği projeleriyle gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda, altyapı yatırımlarının hızlanması ve kalite standartlarının korunması, hizmetlerin sunumunda siyasi müdahalenin azaltılması, risk ve sorumluluk paylaşımı gibi faydaları ortaya çıkmaktadır⁶⁴⁶.

Yapılan eylem, işlem veya düzenlemenin taşıdığı kamu yararının mümkün olduğu ölçüde somutlaştırılması gerekmektedir⁶⁴⁷. KÖİ yöntemiyle yapılacak altyapı projeleri için, her projede geçerli olacak genel bir kamu yararı kavramının ve ölçütlerinin baştan belirlenebilmesi mümkün olmayıp, kamu yararının sağlanması için proje özelinde ve değişikliklere uyumlu karar alınabilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, projenin ihale sürecinin şeffaf, açık ve hukuka uygun olması yeterli olmayıp, somut projenin uygulamasının da kamu yararına uygun olması

⁶⁴³ ÇAKMAK, s. 136.

⁶⁴⁴ KAYA, s. 52.

⁶⁴⁵ UYANIK, s.121.

⁶⁴⁶ GÜRKAN, s. 32. KÖİ projelerinde taraflar üzerindeki riski azaltmak ve maliyetleri düşürmek amacıyla uygulama öncesi hazırlık sürecinin (planlama, etüt, ihale, sözleşme vb) kalitesini arttıracak tedbirler alınması öngörülmüştür. Orta Vadeli Program (2018-2020), s. 26.

⁶⁴⁷ TOMBALOĞLU, s. 384.

gerekmektedir. Bu nedenle hem sözleşme öncesi aşamalar hem de sözleşme yönetimi kümülatif olarak kamu yararına uygun olmalıdır⁶⁴⁸.

Kamu-özel işbirliklerinde kamu yararının sağlanması için gerekli olan unsurların neler olduğu konusunda doktrinde uzlaşa bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kamu hizmetinin özelleştirilmesi bakımından kamu yararının sağlanıp sağlanmadığı, bu hizmetlerin, hizmetten yararlananlara gereği gibi sunulup sunulmadığı ve devletin sosyal bir devlet olarak hangi hizmetleri bizzat sunması gerektiğine göre belirlenir⁶⁴⁹. Bir başka görüşe göre, KÖİ uygulamaları aşamalarına göre özel hukuk ve kamu hukukunun her ikisine de tabi olmaktadır. Ancak özellikle KÖİ sözleşmesinin akdedildiği durumlarda, ilgili yasada özel hukuk sözleşmesi nitelendirmesi yapıldıysa, tamamen özel hukuka tabi bir sözleşme yapılmış olacağından, kamu yararı ilkesinden uzaklaşma durumu gündeme gelebilmekle birlikte, KÖİ uygulamalarının hayata geçirilmesi ile söz konusu yatırım ve hizmetler

⁶⁴⁸ BULT-SPIERING Mirjam/DEWULF Geert, **Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective**, Oxford: Blackwell Publishing, 2006, s. 40. Örneğin, enerji projelerinde, santrallerin kurulacakları yerlerin, arz-talep dengesi göz önüne alınarak Bakanlık tarafından belirlenmesi gerekirken, bu yerlerin seçiminin firmalara bırakılması, bazı bölgelerde talebin çok üzerinde enerji üretecek kapasitede santraller kurulmasına ve üretilen enerjiye o bölgede ihtiyaç duyulmadığı için ilâve yatırım yapılarak yeni iletim hatları tesis edilmesine neden olmuş, bu da enerji maliyetlerinin yükselmesine ve kayıp-kaçak oranlarının artmasına yol açmıştır. Ayrıca, firmaların belirledikleri yatırım tutarları ile öz sermaye getiri oranlarının hiçbir araştırma ve analiz yapılmaksızın aynen kabulü ve şirketlerle imzalanan sözleşmelere kamu aleyhine hükümler konulması sonucunda, toplam yatırım maliyetleri, gerçeği yansıtmayan santrallerden yüksek tarifelerle enerji satın alınmasına ve şirketlerin söz konusu yatırımlarından USD bazında %85'lere varan yüksek oranlarda getiri elde etmelerine yol açılmıştır. TC Sayıştay Başkanlığı, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yapılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi", Sayıştay Dergisi, S. 52, 2004, ss.169-172, s. 171-172. Enerji projelerinde, sözleşmelerde standardizasyon sağlanamaması, sözleşmelerin uzun uygulama döneminde gerçekleştirilecek mevzuat değişikliklerine uyum sağlanması konusunda esnek olmayışları, proje finansmanının sağlanmasını kolaylaştırmak ve modeli çekici kılmak amacıyla tüm risklerin devlet tarafından üstlenilmesi, bazı sözleşmelerin ihalesiz yapılması, inşaat döneminde kontrol mühendislerinin bulundurulmaması ve denetimlerin usulünce yapılmaması gibi nedenler de sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 334-335. Bu sorunlar, esasen bütün KÖİ uygulamalarında karşılaşılan ya da karşılaşılabilecek sorunlar olduğundan, kamu yararının gözetilmesi için bu sorunları engelleyecek nitelikte düzenlemeler ve uygulamalar yapılması gerekmektedir.

⁶⁴⁹ ÖZTÜRK, **Kamu Yararı**, s. 168.

vatandaşların kullanımına hazır hale geliyorsa, kamu yararı sağlanmış kabul edilmelidir⁶⁵⁰. Bu görüşler sözleşme öncesi aşamada, yöntemsel olarak kamu yararının sağlanmasını dikkate almamakta, yalnızca içeriksel olarak hizmet sunumuna odaklanmaktadır. Oysa, idarenin genel kamu yararı amacına veya özel amaca uygun karar alabilmesini sağlamak üzere, işlemleri önceleyen hazırlık aşamaları ve yöntem kuralları öngörülmüş olup, bunlar uygulanmayarak veya yanlış uygulanarak karar alınması durumunda, kamu yararı amacı takip edilmemiş olacaktır⁶⁵¹.

Kamu-özel işbirliği projesi kapsamında yapılacak yatırımdan istenen karşılığın alınabilmesi için, proje tarafları arasında etkin risk dağılımı yapılmalı, projenin ömrü boyunca karşılaşılabilecek maliyetleri dikkate alan bir yaklaşım sergilenmeli, ihtiyaçların giderilmesine yönelik bütünlüklü bir planlama ve tasarım yapılmalı, proje çıktılarının belirlenmesine yönelik yaklaşıma sahip olunmalı, transfer edilen riskler ayrıntılı biçimde yönetilmeli, yeterli esneklik seviyesi sağlanmalı, ihale sürecinde kamu sektörünün yeterli düzeyde takdir yetkisine sahip olması sağlanmalı, sözleşme süresi, kamu otoritesinin sunulacak hizmetin gerekliliklerini öngörebildiği uygun bir süre olarak belirlenmeli, proje tarafları yeterli yetenek ve tecrübeye sahip olmalı ve proje büyüklüğünün ve yapısının ihale ile orantılı olduğu etkin bir ihale süreci izlenmelidir⁶⁵².

⁶⁵⁰ ERSÖZ, s. 162-163. Ayrıca idarenin sözleşmelerinde, kamu yararının tespiti bakımından, sözleşme ilişkisinin nisbîliği kuralının geçerli olduğu durumlarda tarafların niyetlerinin ve sübjektif amaçlarının sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınması gerekirken; sözleşme ilişkisinin tarafları aşan nitelikli olduğunun kabul edilebileceği durumlarda sözleşmeyi tıpkı bir idari işlem gibi dikkate alarak kamu yararı ile ilişkisini ortaya koymanın mümkün olduğu belirtilmektedir. UYANIK, s.106.

⁶⁵¹ KARAHANOGULLARI, **Yasalık ve İdari İşlemler**, s. 479.

⁶⁵² HM Treasury, **VfM**, s. 8

KÖİ projelerinde, kamu yararının tespitinde paranın karşılığının alınması değerlendirmesinden yararlanılmaktadır. Esasında, paranın karşılığının alınması değerlendirmesi, KÖİ projelerine başlanmadan önce, *ex-ante* olarak ve proje tamamlandıktan sonra, *ex-post* yapılabilmektedir. *Ex-ante* değerlendirme, proje için uygun KÖİ yönteminin tespiti ile ihalenin üzerinde bırakılacağı yüklenicinin belirlenmesi için kullanılırken, *ex-post* değerlendirme, tamamlanan bir projede paranın karşılığının alınması ilkesini sağlayıp sağlamadığını tespit ederek, ileride yapılacak projeler için idareye bilgi birikimi oluşturmayı amaçlamaktadır. Paranın karşılığının alınması ilkesi, esasen idare hukuku anlamında kamu yararını ifade ettiğinden, idarenin gerçekleştirilecek KÖİ modelini ve ihale usulünü seçmek için takdir yetkisini kullanırken, projenin paranın karşılığını verip vermeyeceğini göz önünde bulundurarak karar vermesi, kamu yararının sağlanması için gereklidir⁶⁵³.

KÖİ projelerinde paranın karşılığının alınabilmesi için idarenin ihale öncesinde, ihale sırasında ve ihale sonrasındaki davranışları önem arz etmektedir. İdarenin ihale öncesinde KÖİ projesinin paranın karşılığını verip vermeyeceğini somut gerekçelerle ortaya koyması gerekmektedir⁶⁵⁴. KÖİ uygulamalarında, projenin oluşturulması, ihale edilmesi, müzakeresi, denetimi, taraflar arasındaki iletişimin sağlanması gibi her bir hususun masraflı olması, işlem maliyetinin yüksek olmasına

⁶⁵³ Aynı yönde bkz. EVREN, s. 56. Yazar paranın karşılığının alınması kavramı iktisat kökenli olduğundan ve kavramın çıkış noktası hizmetlerin en az masrafla sunulması olduğundan, tamamen iktisadi temelli değerlendirme tehlikesini bünyesinde barındırdığını kabul etmektedir.

⁶⁵⁴ KÖİ projelerinde de diğer kamu alımlarında olduğu gibi fayda-maliyet analizi yapılması gerektiği kabul edilmekte; idarelerin KÖİ modellerini uygulama kapasitesi, altyapı durumu, personel yapısı, gelir-gider dengesi, öz sermaye ile yatırımı yapma kabiliyeti, altyapı hizmetlerinde sağlanan gelirlerin yapısı ve kamuoyu algısı unsurları dikkate alınarak inceleme yapılmakta ve geleneksel yöntemlerle karşılaştırılarak KÖİ modeli tercih edilip edilmeyeceğine karar verilmektedir. IMF, Turkey, s. 22; ATASOY Hidayet, **Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği**, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 174-175.

neden olduğundan, hizmetlerin bizzat idarece sunulması tercih edilebilmektedir⁶⁵⁵.

Paranın karşılığının alınması için idarenin ihale sırasında açık ve rekabete dayalı bir ihale sürecinin gerçekleşmesini sağlayarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekliye projeyi ihale etmesi gerekmektedir. İhale sonrasında ise idarenin sözleşmenin yönetimi için yeterli araçlara sahip olması gerekir⁶⁵⁶.

Ekonomik alana ilişkin işlemlerde kamu yararı ‘ekonomik kamu yararı’na dönüşmektedir⁶⁵⁷. Ekonomik kamu yararının tespitinde kavramsal analize, normatif analize ve biçimsel analize dayalı ilkeler bulunmaktadır. Buna göre toplumsal faydanın arttırılması, ekonomide verimlilik⁶⁵⁸ artışı, kamu harcamalarının azaltılması gibi ilkeler ekonomik kamu yararı kavramının kavramsal analizine; hizmetlerde tekelleşmenin engellenmesi, tüketicinin zarar görme olasılığının en aza indirgenmesi, hizmetlerde kalite ve erişilebilirliğin sağlanması gibi ilkeler kamu yararı kavramının normatif analizine; hukuk devleti, eşitlik gibi ilkeler ekonomik kamu yararı kavramının biçimsel analizine dayalı ilkelerdir⁶⁵⁹.

Kamu yararının aktif, pasif ve negatif olmak üzere üç boyutu bulunmaktadır.

Kamu yararının pasif boyutu, mevcut kamu yararı durumunun korunmasını, bir başka deyişle, genel ve kolektif gereksinimlerin Devlet tarafından karşılanıyorken

⁶⁵⁵ HALL, s. 44.

⁶⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BURNETT Michael, “*Public-Private Partnership Contract Management- Still in Need of More Attention*”, EPPPL, Vol: 8, Issue 3, 2013, ss. 217-230.

⁶⁵⁷ TAN, *Yargısal Denetim*, s. 45.

⁶⁵⁸ Dar anlamda etkinlik kavramı (verimlilik), hizmetin üretim maliyeti ile yaratılan değer arasındaki ilişkiyi ifade etmekte olup, üretimde verimlilik ve kaynak dağılımında verimlilik yoluyla sağlanır. Verimliliğin gerçekleşme derecesi geniş anlamda etkinliği belirlemektedir. Geniş anlamda etkinlik, hizmetin üretilmesi nedeniyle yaratılan ve parasal olarak ifade edilebilen faydalar ile hizmetin yarattığı dışsallık nedeniyle yaratılan toplumsal fayda toplamının, parasal olarak ifade edilen hizmet maliyeti, dışsal zarar ve vergi ve borçlanma dolayısıyla ortaya çıkan fırsat maliyeti toplamına oranıdır. ORTAÇ F. Rıfat, “İktisadi Verimlilik Açısından Bir Hizmetin Devlet Tarafından veya Özel Sektörce Yürütülmesi”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, edt. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 47-62, s. 49-51.

⁶⁵⁹ UYANIK, s.182- 193.

hangi nitelik ve nicelikte sunuluyordu ise, o durumun korunmasını ifade etmektedir. Kamu yararının aktif boyutu olarak da adlandırılan boyut, artı kamu yararı sağlama gereğini ifade etmekte olup, mevcut kamu yararı durumunun korunması dışında artı bir kamu yararı sağlanıp sağlanmayacağı sorusuna cevap aramaktadır. Kamu yararının negatif boyutu ise, risk faktörlerinden kaçınılması gereğine atıfta bulunmakta, hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması gibi riskleri engellemek için alınan önlemlere ve bunların yeterliliğine odaklanmaktadır⁶⁶⁰. Bu boyutlar kapsamında bakıldığında, hem *ex-ante* paranın karşılığının alınması değerlendirmesi, hem de sözleşme yönetimi kamu yararının sağlanması için önem arz etmektedir.

KÖİ projeleri ile altyapı yatırımlarının finansmanı sağlandığı ve kamu hizmetleri gördürüldüğü için, pasif boyut bakımından projeler her zaman kamu yararınadır. Ancak, bir projenin KÖİ yöntemiyle yapılıp yapılmamasına karar verilirken, aktif ve negatif boyutlarının da dikkate alınması gerekir. Aktif boyutta kamu yararının sağlanması için, ya daha düşük giderle hizmetin/altyapının yapılması ya da aynı giderle ama daha kaliteli olarak yapılması olarak ifade edilen paranın karşılığının alınması değerlendirmesiyle, projenin kamu yararına uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. KÖİ modelleri ile hizmetin daha iyi sunulacağı ve bu sayede kamu yararının gerçekleşeceği kabul edilse dahi, bu uygulamaların çevreye ve işçilere yönelik olumsuz sonuçlar doğurması muhtemeldir⁶⁶¹. Bu nedenle doğabilecek olumsuz sonuçlara yönelik olarak düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

⁶⁶⁰ ATİYAS/ODER, s. 11.

⁶⁶¹ EVREN, s. 44.

Kamu yararı, idarenin yetkilerinin sınırını oluşturmakta olup, kavramdan idarenin işlemlerinin mahkemeler tarafından değerlendirilmesinde yararlanılmaktadır. Kamu hizmetinin daha etkili ve verimli yürütülmesi için yapılan faaliyetlerin kamu yararına olduğu⁶⁶² kabul edildiğinden, kamu-özel işbirliklerinin de kamu yararına olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu çerçevede hem yöntemsel olarak doğru idari yapılanmanın kurulması, ihale öncesi aşamada gerekli çalışmaların yapılması, uygun ihale yönteminin kullanılması ve mahkeme kararları ile oluşması muhtemel olan yargısal belirsizliğin etkisini azaltmak için gerekli önlemlerin alınması gerekmekte, hem de kamu yararına uygun bir sözleşmenin imzalanması ve sözleşmenin iyi yönetilmesi gerekmektedir.

I. Yöntemsel Kamu Yararının Sağlanması: Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları İçin İdari Yapılanma, İhale Usulü ve Yargısal Belirsizliğin Engellenmesi

Bir KÖİ projesinin kamu yararına uygun olarak hazırlanması ve yürütülmesi için hem sözleşme öncesi aşamanın hem de imzalanan sözleşmenin kamu yararına uygun olması gerekmektedir. KÖİ projelerinde kamu yararına uygun bir sözleşmenin hazırlanması için, öncelikle uygun kurumsal yapılanmanın oluşturulması, doğru ihale yöntemi izlenerek yüklenicinin belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşme aşamasından önce kamu yararını etkileyen bir başka unsur ise mahkeme kararları nedeniyle oluşan yargısal belirsizliktir.

⁶⁶² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 28.

Yatırımcılar, herhangi bir ülkede öngörülemeyen riskler söz konusu olduğunda, kamu-özel işbirliği gibi karmaşık ilişkilere girmek istemediğinden ya da karşılaşabilecekleri riskleri bedele yansıtarak yüksek risk primleri istediğinden, hukuki belirlilik ve kurumsal istikrar sağlanması uzun vadede başarılı yatırımlar yapılabilmesi için önem arz etmektedir. KÖİ uygulamaları ile kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde ve finansmanında esneklik sağlanmaya çalışıldığından, projelerden beklenen yararın sağlanabilmesi için sağlıklı bir idari ve hukuki yapının bulunması gerekmektedir. Daha önce belirtildiği gibi⁶⁶³, hukuki belirliliği sağlamak adına KÖİ uygulamaları için toplu bir yasal düzenleme yapılarak, ülkemizde dağınık bir yapıda olan mevzuatın, tek bir çerçeve yasayla düzenlenmesi, proje modellerine uygun yeknesak uygulamaya geçilmesi gerekmektedir. Kurumsal istikrarın sağlanması için ise kamu-özel işbirliklerine uygun bir idari yapılanmanın oluşturulması gerekmektedir.

A. Kamu-Özel İşbirliği İçin İdari Yapılanma

KÖİ projelerinin seçiminden⁶⁶⁴ analizlerine, ihalenin yapılmasından sözleşmenin müzakere edilmesine ve sözleşme yönetimine⁶⁶⁵ kadar farklı işlevlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Geniş bir yelpazede yer alan bu işlevleri yerine

⁶⁶³ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. İkinci Bölüm, V.

⁶⁶⁴ KÖİ projelerinde tasarım, finansman, yapım, bakım, işletme gibi unsurlar birlikte ihale edildiğinden, her bir unsurun özellik ve gerekliliklerinin belirlenmesi zaman ve harcama yapmayı gerektirmekte, bu da projelerin hazırlık süreçlerinin uzun ve masraflı olmasına neden olmaktadır.

⁶⁶⁵ İhale sonrası aşamada, uygulama sözleşmesi imzalandıktan sonra, sözleşmenin yönetilmesi ve ödemelerin denetlenmesini içeren dönemde, sözleşme tarafları kendi risklerini yönetme yetkisine sahip olduğundan merkezi KÖİ birimlerinin genellikle doğrudan bir yetkisi bulunmamaktadır. OECD, **PPP Units**, s. 39.

getirmek ve yönetişimi sağlayabilmek için uzmanlaşmış bir birim⁶⁶⁶ kurulması gerekmektedir⁶⁶⁷. Kamu-özel işbirliği biriminin, kamuya bilgi sağlamak amacıyla rehber hazırlamaktan, projenin yapılabilirliğini araştırarak KÖİ konusu işi geliştirmek için rehberlik sağlamaya; teknolojik araştırmalar ve piyasa değerlendirmeleri yapmaktan, ihale sürecinde yetkili idari makama yardımcı olmaya ve sözleşme dokümanlarını hazırlamaya; taraflar arasında koordinasyonu sağlamaktan, oluşacak sorunların çözümünde inisiyatif kullanmaya kadar geniş bir yelpazede görev ve yetkilere sahip olması mümkündür⁶⁶⁸.

Hukuki, siyasi, teknik ve ekonomik altyapısı iyi oluşturulmuş bir KÖİ biriminin, kendisine tanınan yetkiler kapsamında etkin bir KÖİ programı oluşturarak sağlayabileceği birçok yarar bulunmaktadır⁶⁶⁹. KÖİ birimi, KÖİ projelerinin çevresel ve sosyal etkilerinin dikkate alınmasını ve yasal düzenlemelerin iyileştirilmesini sağlar. Ayrıca KÖİ birimi, hükümet desteğini ve mali riski dengeler, ayrıca potansiyel yatırımcıların KÖİ uygulamalarında yer almasını teşvik eder. Planlama, sözleşme, ihale, yürütme ve kontrol süreçlerini kapsayan bütüncül proje yönetimi anlayışını benimser. Kalkınma planlarına uygun projelerin seçilmesine, idarelerin bütçeleriyle uyumlu ve kamu harcamalarını zorlamayacak şekilde proje süreçlerini yürütmelerine ve proje yapısını kurmalarına yardım eder. Aynı zamanda projelerin

⁶⁶⁶ Özellikle fizibilite etüdü hazırlama ve değerlendirme, ihale sürecinin yönetimi ile uzun vadeli sözleşmelerin izlenmesi alanlarında yeni bir uzmanlık geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu uzmanlık oluştuğunda, KÖİ sözleşmelerinde ortaya çıkan riskler karşısında anlaşmaların yenilenmesi, proje maliyetinin artması, kamunun ödemesi gereken garanti ve katkı paylarının artması, kamu bütçesini zorlayacak yükümlülüklerin ortaya çıkması veya projenin öngörülen tarihten daha sonra hayata geçmesi gibi olumsuz faktörlerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması sağlanacaktır. TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Uygulamaları**, s. 36.

⁶⁶⁷ RAQUEL/ANDRADE, s. 210.

⁶⁶⁸ CELLUCI, s. 18; SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri** s. 252.

⁶⁶⁹ DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 16-17; OECD, **VfM**, s. 109-110; BUDINA/POLACKOVA BRIXI/IRWIN, s. vii; GÜNGÖR, s. 45, 103.

teknik, ekonomik ve mali yapılabilirliğini değerlendirerek, idarelerin gelecekte kendi bütçeleriyle karşılayamayacaklarını bildikleri yükümlülüklerin altına devlet destekleri vererek girmelerini engeller⁶⁷⁰. Kamu idarelerinin KÖİ projesi oluşturma ve sözleşme hazırlama aşamalarında faydalanabileceği bilgi birikimini sağlar⁶⁷¹; ayrıca idarelere teknik destek ve proje geliştirme ödeneği sağlayabilir. Kamu idarelerince oluşturulan KÖİ'lerin paranın karşılığının alınması ve risk paylaşımı konularındaki gereksinimleri karşılayıp karşılamadığını, projelerin yasal ve teknik gerekliliklere uygun olup olmadığını kontrol ederek yaşanabilecek sorunları önceden belirleyebilir.

KÖİ projelerinde kamu kesiminden birçok kurum ve kuruluş sürece dâhil olmakta⁶⁷², projenin başarılı olabilmesi için bütün kurum ve kuruluşların koordine bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle KÖİ uygulamaları için idari yapılanmanın oluşturulması önem arz etmektedir⁶⁷³. Ancak, idari yapılanma oluşturulurken, KÖİ projelerine ilişkin bütün yetkilerin tek bir birimde toplanması değil, sürece dâhil birimlerin görev ve yetkilerinin açıkça belirlenmesi ve

⁶⁷⁰ KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerde, kamu otoriteleri, kamu harcamasının azaldığını düşünerek başka alanlarda harcama yapma eğilimine girebilmekte ve aslında bütçe imkânları ile karşılanamayacak harcama kararları alabilmektedir.

⁶⁷¹ Özel sektörün KÖİ sözleşmelerinde kamu sektörüne nazaran daha çok bilgili ve deneyimli olması nedeniyle oluşan bilgi asimetrisinin giderilmesi için, kamuda çalışan personelin yeterince eğitilmesi, hizmet satın alınması ve standart sözleşmeler hazırlanması gerektiği belirtilmektedir. TEKİN Ali Güner, “Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri, Kamu Özel Ortaklıkları, Public Private Partnerships veya PPP Modelleri”, İdarecinin Sesi, Mayıs-Haziran 2007, ss.10-14, s. 13-14.

⁶⁷² Sözleşmeyi imzalayacak olan proje sahibi sorumlu bakanlık veya yerel yönetim yapılacak projeyi, Maliye Bakanlığı maliyet ve riskleri, bağımsız idari otoriteler tarifeleri belirlemektedir. Ayrıca taşınmaz temini, garantiler, üretilen mal ve hizmetlerin satın alınması, üretim için gerekli girdilerin temini, üretilen mal ve hizmetlerin transferi için gerekli altyapının oluşturulması, gerekli izin ve ruhsatların verilmesi, yıllık üretim miktarının planlanması, değişen şartlara göre üretim planlamasının revize edilmesi gibi görev ve yetkiler dolayısıyla birçok kurum proje sürecinde yer almaktadır. EVREN, s. 163.

⁶⁷³ Etkin ve deneyimli bir ihale otoritesinin var olması halinde, KÖİ programı ile yeni bir kurumsal yapılanmanın oluşturulmasının gereksiz masraf yaratabileceği gibi idari kargaşaya da neden olabileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EPEC, **A Programme Approach to PPPs: Lessons from the European Experience**, 2015, (European Experience), s. 19-21.

aralarındaki koordinasyonun sağlanması önemlidir⁶⁷⁴. Bu nedenle, idari yapılanma veya hizmet konularına göre birden fazla KÖİ biriminin kurulması halinde, birimler arasındaki görev ve yetki paylaşımının net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁶⁷⁵.

KÖİ biriminin örgütlenme tarzında ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik koşulları etkili olmaktadır⁶⁷⁶. KÖİ uygulamaları için bir birim oluşturulurken, öncelikle birimin kurumsal yapısının, yetki ve sorumluluklarının çerçevesinin belirlenmesi gerekmektedir⁶⁷⁷. KÖİ birimi, yapılanma şekline göre merkezi, adem-i merkezi ya da karma modele göre kurulabilmektedir. Merkezi (*centralized*) modelde, politika geliştirmeden projelerin uygulanmasının izlenmesine kadar tüm süreçye yönelik destek sağlayan tek, merkezi bir biriminin kurulması söz konusu olmaktadır. Bu birim bağımsız bir birim olarak örgütlenebileceği gibi belirli bir Bakanlığın bünyesinde de oluşturulabilmektedir. Adem-i merkezi (*decentralised*) modelde, ya merkezi idarenin birden çok biriminde, her idarenin sorumlu olduğu alan için KÖİ birimi oluşturulmakta ya da bölgesel ve yerel düzeyde, mahalli yönetimler tarafından kendi bünyelerinde KÖİ birimleri oluşturulmaktadır. Karma (*mixed*) modelde ise,

⁶⁷⁴ WB, **PPP Units**, s. 64-65. Merkezi KÖİ birimleri genel KÖİ yaklaşım ve politikalarını belirlemekte, maliyetleri değerlendirmekte, uygulamalara destek vermekte ve KÖİ projelerinin gerektirdiği kapasite kullanımının asli ve tamamlayıcı bir parçası olmaktadır. Ayrıca, birçok ülkede yerel yönetimlerin bünyelerindeki KÖİ birimlerinin de çok faal oldukları ve proje onaylarını kendilerinin yaptıkları ve fayda maliyet analizine dayalı olarak sonuçlandırdıkları görülmektedir. Bu nedenle, merkezi KÖİ biriminin proje uygulama sürecindeki hukuki yetkileri ve mali ilişkileri, merkezi yönetim ve yerel yönetimler nezdinde açıkça tanımlanmalıdır. SARISU Ayhan, “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı Tasarısının Değerlendirilmesi”, Yaklaşım, Y. 16, S. 183, 2008, ss. 214-222, (*KÖİ Tasarısının Değerlendirilmesi*), s. 219.

⁶⁷⁵ OECD, **VfM**, s. 111-112.

⁶⁷⁶ KARASU, *Kamu-Özel Ortaklığı*, s. 245.

⁶⁷⁷ Örneğin, Maliye Bakanlığı bünyesinde kurulacak bir birim, kamunun diğer gider ve gelir kalemlerine doğrudan bir bağ kurulmasını sağlayacak, karar süreçlerini hızlandıracaktır. Öte yandan, bağımsız bir birim kurulması, personel yapısının daha geniş bir yelpazede tasarlanmasını ve farklı sektör tecrübelerinin bir havuzda toplanmasını sağlayacaktır. Bu ve benzer bir dizi faktör oluşturulacak birimin yapısını etkilemektedir. AYDIN, s. 206

tüm sürece ilişkin, kamu ve özel sektör temsilcilerinin yer aldığı, yarı-özerk ve genellikle ortak girişim olarak oluşturulan bir KÖİ biriminin kurulması söz konusudur⁶⁷⁸.

KÖİ biriminde özel sektör temsilcilerinin yer alması, özel sektörün yatırım ve finansman konularındaki deneyimlerini aktarmasına olanak sağlar⁶⁷⁹. Ancak bu durum, kamu ile özel sektör arasında menfaat çatışmaları yaşanmasına ve birimin varlığını devam ettirebilmek için sürekli KÖİ projelerini desteklemesine neden olabilir⁶⁸⁰. Uluslararası uygulamaya bakıldığında, genelde merkezi veya adem-i merkezi modelde KÖİ birimi kurulması söz konusu olmaktadır.

KÖİ'ler karmaşık, uzmanlık gerektiren ve iyi yönetilmediği takdirde kamu kesimi üzerinde uzun yıllara yayılan yüksek mali yük riski getirebilecek modeller olduğundan, kamu kurumlarının KÖİ alanında uzmanlaşmış bir üst yapı tarafından yönlendirilmesi gerekir. Merkezi bir KÖİ biriminin kurulması, oluşacak bilginin ana birimde toplanmasını, sözleşme standardizasyonunun gerçekleşmesini, piyasa anlaşılabilirliğinin, tutarlılığının ve ayrıca işlemlerde süratin artmasını sağlayacaktır⁶⁸¹. Bu nedenle KÖİ uygulamalarını kurup geliştirecek, KÖİ sözleşmelerini takip edecek ve denetleyecek⁶⁸², hukuki, siyasi ve ekonomik altyapısı iyi planlanmış bir KÖİ birimine ihtiyaç bulunmaktadır⁶⁸³.

⁶⁷⁸ OECD, **PPP Units**, s. 31; WB-PPIAF, **PPP Framework**, s. 3; ALİCAN, s. 130-137.

⁶⁷⁹ YESCOMBE, **PPP**, s. 35.

⁶⁸⁰ OECD, **PPP Units**, s. 31.

⁶⁸¹ GEDİZ ORAL Burcu, **Kamu Özel Sektör İşbirlikleri Finansmanı Rant Vergisi**, Ankara: Gazi Kitabevi, 2017, s. 60.

⁶⁸² İhale makamı ve danışman olarak görev alacak bir idari yapılanmanın haricinde, KÖİ projelerinin denetimini sağlamak için de ayrı bir resmi bir birimin oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. SON, s. 19.

⁶⁸³ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 332.

Türkiye’de yapılan bir araştırmaya göre, kurum temsilcileri, KÖİ sürecini kendi bünyelerinde oluşturdukları KÖİ başkanlıkları içerisinde sürdürmeyi tercih etmektedirler⁶⁸⁴. Oysa KÖİ biriminin, her bir bakanlığın kendi yapılanması içerisinde, sektörel sorumlu başkanlık olarak kurulmasındansa, Ekonomi Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Maliye Bakanlığı veya Hazine gibi kurumlarda kurulması⁶⁸⁵; hazırlanan projelerin genel bütçe ve kamu kaynakları üzerindeki etkisi daha iyi ölçülebildiği, ülke yatırım hedefleri ile uyumluluk sağlanabildiği için daha başarılı sonuç alınmasını sağladığı yönünde araştırmalar bulunmaktadır⁶⁸⁶. Doktrinde, KÖİ uygulamaları için yeni bir bürokratik yapılanmaya gidilmeyecek, bağımsız bir birim kurulmayacaksa, sorumlu birim olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın⁶⁸⁷ (ÖİB) veya Kalkınma Bakanlığı’nın⁶⁸⁸ belirlenmesi önerilmiştir.

⁶⁸⁴ AYDIN, s. 211.

⁶⁸⁵ Uluslararası uygulamalara bakıldığında, parlamenter sistemin geçerli olduğu ülkelerde KÖİ birimlerinin, sistemin güçlü kurumları olan Maliye Bakanlıkları veya Hazine bünyesinde oluşturulduğu ve birimlerin en etkin şekilde destek sağladığı; öte yandan, altyapı projeleri ve planlama alanında deneyime sahip ve politika koordinasyonundan sorumlu bir kurumun bulunduğu ülkelerde ise, KÖİ birimlerinin bu kurumların bünyesinde oluşturulduğu saptanmıştır. ALİCAN, s. 131.

⁶⁸⁶ WB, **Public-Private Partnerships Units: Lessons for Their Design and Use in Infrastructure**, Washington: The World Bank, 2007, s. 68; DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 18.

⁶⁸⁷ Özelleştirme uygulamaları ile KÖİ uygulamaları arasındaki benzerlikler ve paralellikler ile ülkemizin idari ve hukuki yapısı dikkate alındığında, ÖİB’nin halihazırda özel sektör ve kamu kesiminin iletişimde etkin bir platform görevi üstleniyor olması ve ‘iyi yönetim’ kültürü açısından mevcut kamu birimleri arasında KÖİ uygulamalarını yaygınlaştırmak, geliştirmek ve koordine etmek açısından en uygun yapıya sahip olması nedenleriyle, ÖİB’nin sorumlu birim olarak belirlenmesi önerilmiştir. SARISU, *KÖİ Tasarısının Değerlendirilmesi*, s. 222. Benzer görüş için bkz. ATASOY, s. 168-170.

⁶⁸⁸ DPT, Kalkınma Bakanlığı olarak yeniden yapılandırılmadan önce, KÖİ yöntemi kamu yatırımlarına alternatif bir finansman yöntemi olduğundan ve DPT’nin görevleri arasında “Bakanlıkların ve kamu kurum ve kuruluşlarının iktisadi, sosyal ve kültürel politikayı ilgilendiren faaliyetlerinde koordinasyonu sağlamak, uygulamayı etkin bir biçimde yönlendirmek” bulunduğu, merkezi KÖİ biriminin DPT bünyesinde veya DPT’ye doğrudan bağlı bir yapıda kurulması, garantiler ve bütçe uygulamalarına ilişkin düzenlemeler açısından Hazine Müsteşarlığı ve Maliye Bakanlığı’nın da temsil edilmesi önerilmiştir. GÜNGÖR, s. 146; DEMİRBAĞ, s. 250.

Ülkemizde, bazı bakanlıkların bünyesinde kamu-özel işbirliği daire başkanlıkları⁶⁸⁹ kurulmuş olup ayrıca Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı'nın⁶⁹⁰ KÖİ politikası oluşturmaya yönelik görevleri bulunmaktadır. Yapılan bir araştırmaya göre, kurumlar, KÖİ sürecini yönetmek için merkezi bir birimin kurulacak olması halinde, mevcut bir bakanlık bünyesinde KÖİ birimi kurulmasındansa, bağımsız yeni bir birim oluşturulmasını tercih etmektedirler⁶⁹¹. Doktrinde de kamu hizmetlerinin sunumu hükümetin sorumluluğunda olduğundan başbakan başkanlığında ve/veya bakanların da dâhil olacağı bir KÖİ biriminin oluşturulması, hem hükümetin icraatlarının sorumluluğunu taşıması hem de bürokratik engellerle karşılaşma riskini azaltması bakımından getirilen önerilerden biri olup, 'Kamu Projeleri Yüksek Konseyi', 'Proje Finansman İdaresi Başkanlığı', 'Proje Finansman İdaresi Kurulu' ve 'Yüksek İstişare Heyeti'nden oluşan bir 'Proje ve Finansman İdaresi' kurulması önerilmektedir⁶⁹². Benzer bir başka öneri ise başbakan başkanlığında yeter sayıda ilgili bakandan oluşan 'Kamu Özel Sektör İşbirliği Yüksek Kurulu' ve Başbakanlığa bağlı müsteşarlık düzeyinde bir 'Kamu

⁶⁸⁹ Örneğin Sağlık Bakanlığı'nda Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü bünyesinde Kamu Özel İşbirliği Daire Başkanlığı; Milli Eğitim Bakanlığı'nda İnşaat ve Emlak Dairesi Başkanlığı'nın altında Yatırımlar ve Kamu Özel İş Birliği Daire Başkanlığı; Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün bünyesinde Kamu Özel Sektör İşbirliği Dairesi Başkanlığı bulunmaktadır. Ayrıca 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK m.13 uyarınca Yatırım Programlama, İzleme ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, "kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde uygun finansman modelleri geliştirmek, kamu-özel işbirliği projelerini analiz etmek, kamu kurum ve kuruluşlarının proje planlama ve izleme-değerlendirme faaliyetlerine ilişkin esas ve usulleri belirlemek ve bu konularda kapasite geliştirmelerine destek olmak"la görevlendirilmiştir.

⁶⁹⁰ 5523 sayılı Kanun m. 7/5 uyarınca Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kamu-Özel Sektör İşbirliği Daire Başkanlığı'nın "a) Yatırım destek ve tanıtım faaliyetlerinde kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör arasında işbirliğini geliştirerek uygulamalarda eşit muameleyi, saydamlığı sağlayıcı önerilerde bulunmak; b) Kamu-özel sektör işbirliğinin iyileştirilmesine ilişkin sürece katkı sağlamak ve bu kapsamda öneriler geliştirmek; c) Kamu-özel sektör işbirliği faaliyetlerine etkinlik kazandırmak amacıyla gerekli politikaların oluşturulmasına yönelik olarak ilgili merciler nezdinde girişimde bulunmak" görevleri bulunmaktadır.

⁶⁹¹ ÜREL Osman Can, **The Evaluation of Construction Projects Realized with Public Private Partnership Model in Turkey**, Ankara: ODTÜ İnşaat Mühendisliği Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 116.

⁶⁹² KEŞLİ, s. 90-91.

Özel Sektör İşbirliği Başkanlığı' oluşturulmasıdır⁶⁹³. Ancak, 2017 Anayasa değişikliği sonrası 2019 yılında yapılacak seçimlerle birlikte 'başbakanlık' kaldırılacağı için ancak bakanlıklararası kurul şeklinde bir örgütlenme söz konusu olabilecektir.

Bakanlıklararası kurul şeklinde oluşturulacak KÖİ birimi, bir destek birimi olarak veya bir tedarik birimi olarak kurulabilir. Yalnızca danışmanlık işlevi olan KÖİ birimleri, KÖİ projesini gerçekleştirme sorumluluğunu üstlenen sözleşmeci idarelere bilgi birikimini açarak destek vermektedir. Tedarik birimi olarak kurulan KÖİ birimlerinin icrai yetkileri olup, birimler projelerin gerçekleştirilmesinden sorumludur⁶⁹⁴. Kurulacak KÖİ biriminin yetkilerinin sınırları hakkında doktrinde uzlaşısı bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, KÖİ biriminin amacı projelerdeki işlem maliyetini azaltmak ve paranın karşılığının alınmasını sağlamak olduğu için, KÖİ biriminin proje sürecine projeyi yürüten olarak değil politika oluşturan, görüş bildiren ve denetim yapan olarak katılması gerektiği, projenin uygulanmasından sözleşmeci idarenin yetkili ve sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır⁶⁹⁵. Diğer görüşe göre ise, KÖİ biriminin görev ve yetkileri ne kadar geniş ise birim o kadar verimli çalıştığından ve daha iyi sonuçlar elde ettiğinden kurulacak birimin geniş yetkilere sahip olması gerekir⁶⁹⁶. İcrai karar alma yetkisi olan KÖİ birimleri, sadece danışmanlık görevi üstlenen birimlere oranla daha başarılı olduğundan⁶⁹⁷ kurulacak KÖİ birimine hem icrai hem de istişari yetkiler tanınması yerinde olacaktır.

⁶⁹³ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 400-408.

⁶⁹⁴ EPEC, **European Experience**, s. 23.

⁶⁹⁵ GÜNGÖR, s. 46.

⁶⁹⁶ WB, **PPP Units**, s. 7.

⁶⁹⁷ DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 18.

KÖİ birimi, yine bir bakanlıklararası kurul şeklinde oluşturulmuş olan Özelleştirme Yüksek Kurulu'na (ÖYK) benzer bir şekilde yapılandırılabilir. ÖYK, kamu tüzel kişiliğine sahip Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) ile birlikte kurulmuştur. ÖYK'nın 4046 sayılı Yasa (m. 3) uyarınca sahip olduğu yetkiler içerisinde, kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına, özelleştirmeye hazırlanmasına ve özelleştirme programına alınmasına karar vermek; kuruluşların hangi yöntemle özelleştirileceğine karar vermek; ihale komisyonlarınca verilen nihaî kararları onaylamak bulunmaktadır. ÖYK'nın sekretarya hizmetleri ÖİB tarafından yürütülmektedir. ÖİB'nin 4046 sayılı Yasa (m.4) uyarınca yerine getirdiği görevlerden bazıları, ÖYK kararlarını uygulamak; kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına veya özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşların eski statülerine iade edilmesine veya özelleştirme programındaki kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar verilmesi konusunda ÖYK'ya teklifte bulunmak; özelleştirme uygulamalarının gerektirdiği özelleştirme ile ilgili her türlü işlemi yürütmek; Özelleştirme Fonunu idare etmekte; hizmetin gerektirdiği her çeşit araştırma, proje işleri, reklam, tanıtım, halkla ilişkiler işlemleri ve mali denetim ile hukuki, teknik, idari ve mali değerlendirme işlemlerini yapmak ve/veya bu işlerin danışman görevlendirilmesi suretiyle yaptırılmasını sağlamak olarak belirlenmiştir.

ÖYK-ÖİB ilişkisine benzer bir şekilde oluşturulacak bir KÖİ biriminde 'Kurul'un bir yandan ön hazırlık işlemleri uyarınca yapılacak KÖİ uygulamalarını ve hangi model ile uygulamanın gerçekleştirilmesinin paranın karşılığının alınması açısından daha uygun olduğunu tespit etmesi, diğer yandan ihale komisyonlarınca verilen kararları onaylaması mümkün olacaktır. 'Başkanlık' ise gerekli analizlerin

yapılması suretiyle, projelerin ön hazırlığı kapsamında teknik ve mali yapılabilirliği değerlendirerek uygun projelerin yapılması için Kurul'a alacağı kararlar için öneride bulunabilecek; bütün KÖİ uygulamalarına ilişkin olarak bir bilgi birikimi oluşturulmasını sağlayarak sonraki projelerde paranın karşılığının alınması için kimi standart dokümanlar oluşturabilecek, projelerin yasal ve teknik gerekliliklere uygunluğunu ve verilen devlet desteklerini takip ederek yaşanabilecek sorunları tespit edebilecektir.

Kurulacak KÖİ biriminin, politika üretiminde etkili olması, idarelerin KÖİ projelerine bütçe dışı alternatif bir finansman yöntemi olarak yaklaşmalarını sağlaması, proje önceliklendirmesi yaparak idarelerin kalkınma planları ve yıllık programlarla belirlenen kamu harcamalarına uygun ve bütçeleriyle uyumlu projelere girmesini sağlaması, KÖİ yöntemini kullanacak idarelerle proje ve sözleşme aşamalarında bilgi birikimini paylaşması, proje kapsamında yapılması gereken paranın karşılığı analizlerinde sözleşmecilerle idarelere yol göstermesi veya bu analizleri bizzat yapması gibi görevleri olacaktır. Böyle bir birimin, Kalkınma Bakanlığı'nın⁶⁹⁸ yürüttüğü planlama işlevini, Hazine Müsteşarlığı'nın yürüttüğü uluslararası finansman işlevini, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın gerçekleştirdiği uluslararası yatırımcıların ilgisini sağlayacak şekilde bir projenin hazırlanıp yürütülmesi işlevini ve başarılı projeler gerçekleştirmiş idarelerin proje uygulamasındaki deneyimlerini bilen uzmanları içermesi yerinde olacağı belirtilmektedir⁶⁹⁹. Kurulacak KÖİ

⁶⁹⁸ DPT, 2011 yılında Kalkınma Bakanlığı olarak yeniden yapılandırıldığı için Kalkınma Bakanlığı, DPT'nin yıllar boyunca oluşturduğu bilgi birikimine sahiptir.

⁶⁹⁹ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 84. IMF tarafından da KÖİ uygulamalarında karşılaşılabilecek sorunları azaltmak için karar alma süreçlerinin merkezileştirilmesi ve bu arada Hazine ile ilgili bakanlığın da sürece dâhil edilmesi gerektiği belirtilmekte; ayrıca, Hazine tarafından KÖİ'ye ilişkin kapsamlı bir veri tabanı oluşturulması ve düzenli olarak mali risklere ilişkin rapor hazırlanması önerilmektedir. IMF, Turkey, s. 22.

biriminde ayrıca yıllardır kamu ihaleleri konusunda uzmanlaşmış olan Kamu İhale Kurumu uzmanları ile harcama politikalarının geliştirilmesinden ve kamu mallarının yönetiminden sorumlu olan Maliye Bakanlığı'nın yetkililerinin de bulunması uygun olacaktır.

B. İhale Aşamasında Kamu Yararı

İdarenin ne tür bir sözleşme yapması gerektiği, kural olarak, ilgili yasal düzenlemelerde belirlendiği gibi, sözleşmeyi yaparken izleyeceği yol ve aşamalar da saptanmaktadır⁷⁰⁰. Kamu ihaleleri, sadece kamu ve özel sektör arasındaki sözleşmelerin usulüne ilişkin çerçeveyi oluşturmamakta, aynı zamanda idarelerin faaliyetlerinin kamu yararına olma niteliğini de yansıtmaktadır⁷⁰¹. İdareler, sözleşme iradesini oluşturmak için ihale ilke ve kurallarına tabi olup, ihaleler imzalanan sözleşmelerin hukuka uygunluğunun belirlenmesine, kamu yararının sağlanmasına ve ihale sürecindeki işlemlerin denetlenebilmesine imkân vermektedir⁷⁰².

⁷⁰⁰ ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, s. 444. “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gereksinim duyulan mal veya hizmetin sağlanması sırasında ‘idarede kanunilik’ ilkesi gereğince idarenin belirli usul ve esaslara uyması zorunludur.” Danıştay İDDGK, 08.02.2007, E. 2006/4286- K. 2007/60 (UYAP).

⁷⁰¹ BOVIS Christopher, “How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?”, EPPPL, 3/2007, ss. 153-173, (General interest), s. 153.

⁷⁰² KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, S. 1, 1998, ss.104-109, (ihale), s. 106. Piyasa fiyatının bulunmadığı veya belirsiz olduğu durumlarda ihale düzenlemeleri fiyat oluşturma süreçlerinde önemli bir rol oynamaktadır. EMEK Uğur, “Piyasaların Oluşumunda İhale Düzenlemeleri ve Rekabet Politikaları”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2001, ss.57-94, s. 62. Devletler, hazine bonosu satışı, maden işletmeciliği izni ve özelleştirme uygulamaları ile mal, hizmet ve yapım işleri alımlarında, fiyatlandırma mekanizması olarak da genellikle ihale uygulamalarından yararlanmaktadır. ÖZKAN Gürsel, **Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, (Temel İlkeler), s. 36.

İhale, esasen idarenin özel kesimle sözleşmesel ilişkiye girmek için takip etmesi gereken usul olmakla birlikte, uygulamada kamu hizmetinin özel girişimcilere gördürülme yöntemi olarak kabul edildiği görülmektedir⁷⁰³. Eğer yasalarda özel olarak düzenlenmiş ihale yöntemleri bulunmuyor ise, kamu hizmetlerinin ihale mevzuatı çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülebileceği; bu kapsamda imzalanan sözleşmelerin idari sözleşme niteliği taşıyacağı ve bu uygulamanın da geniş anlamda özelleştirme faaliyeti olacağı savunulmaktadır⁷⁰⁴. Ancak ihale, bir özelleştirme yöntemi olmayıp, ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme imzalanacak olsun⁷⁰⁵, idarenin iradesini oluşturmak için takip etmek zorunda olduğu idari yöntemdir⁷⁰⁶. Kamu yararına uygunluk için, idarenin en uygun kişi ile sözleşme imzalaması gerektiğinden, idare, sözleşme imzalayacağı kişiyi hiçbir kurala tabi olmaksızın, tam bir irade serbestisi içinde seçmemekte⁷⁰⁷, sözleşmesel ilişki içerisine gireceği özel hukuk kişisini tespit etmek için takip ettiği birçok tek yanlı işlemde oluşan usule ihale denilmektedir⁷⁰⁸.

Geleneksel olarak devlet, kamu hizmetlerinin ve varlıkların sahibi konumundayken ve kamu ihaleleri yoluyla şeffaflık ve hesap verilebilirlik gibi

⁷⁰³ ŞAHİN İLKORKOR Zehra, “Kamu Yönetiminde Etkinliğin Sağlanmasında Alternatif Bir Model: İhale Yöntemi”, Türk İdare Dergisi, S. 468, 2010, ss. 63-84, s. 65.

⁷⁰⁴ YASİN, s. 161.

⁷⁰⁵ İdarenin sözleşmelerinin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak ayrılmasının sözleşme yapma tekniği açısından bir etkisi bulunmamaktadır. KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997, s. 41. İdarenin özel hukuk kişileriyle eşit düzeyde sözleşme yapıyor olması, sözleşme yapma iradesini oluşturmada idari yöntemlerden kurtulma imkânına sahip olduğu anlamına gelmez. KARAHANOGULLARI, *İhale*, s. 107.

⁷⁰⁶ KARAHANOGULLARI, *İhale*, s. 106, 109. Hukuki ilişkilerin kurulması için gerekli olan irade, devlet söz konusu olduğunda serbestçe oluşturulamamakta olup, ancak önceden konulmuş kurallara göre ve yöntemli olarak oluşturulabilmektedir. İhale kavramı, idarenin icaba davet ve kabul iradelerini oluşturmak ve bu süreci yönetmek üzere uymak zorunda olduğu kuralların ve yöntemlerin tümünü ifade etmek için kullanılmaktadır. KARAHANOGULLARI, **Yasallık ve İdari İşlemler**, s. 7.

⁷⁰⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 531.

⁷⁰⁸ KUTLU, s. 109, 198.

ilkelere uygun davranırken, kamu ve özel sektör arasındaki ilişkideki değişim, özelleştirme süreci ile ortaya çıkan yeni yönetim biçimleri, kamu hizmetlerinin sunumunda ‘sözleşmeli yönetim’ çağına girilmesine neden olmuştur. Özellikle kamu hizmetlerinin üretilmesi için yapılan sözleşmelerde, rekabet sözleşmesel ilişki içine girmek için yapılmakta olup, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra özel girişimci için rekabet değil, piyasanın işleyiş kurallarından belirli oranda bağışık kılınmış bir alanda, güvenceli kâr elde edilen *sui generis* bir piyasa söz konusu olmaktadır⁷⁰⁹. Sözleşmeli yönetim çağının oluşturduğu ve KÖİ’lerin içerisinde yer aldığı bu *sui generis* piyasalarda, rekabetçi ihale süreçlerinden yararlanılarak hem kamusal normlara uygun davranılması amaçlanmakta hem de arz-talep dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır⁷¹⁰. Ayrıca, hizmet sunucusunun bir tekel olması durumunda, tüketicilerin o hizmeti satın almaktan başka seçenekleri bulunmadığından, olması gerekenden daha yüksek bir fiyatlama yapılması söz konusu olabilmekte ve hizmetlerin sunulmasından beklenen kamu yararı sağlanamamaktadır⁷¹¹. Bu nedenle, bir piyasada rekabet bulunmadığında⁷¹², verimlilik düşeceği için, fiyatlama, getiri oranı belirleme, maliyet düzenlemeleri, çıktı hedefleri, kalite standartları, teslimat

⁷⁰⁹ KARAHANOGULLARI, **Yasallık ve İdari İşlemler**, s. 197. Piyasa içinde rekabetin söz konusu olmadığı durumlarda, piyasaya giriş için rekabeti sağlayan ihaleler büyük önem arz etmektedir. AKTAN/DİLEYİCİ, **Altyapı Reformu**, s. 53; OECD, **Concessions**, Policy Round Tables in Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF(2006)6, 2006, (**Concessions**) s. 7; SAVAS, s. 248.

⁷¹⁰ BOVIS, **General Interest**, s. 160-161. Kamu sektörü alım yapmak üzere harekete geçtiğinde, az sayıda tedarikçiden oluşan bir arz yapısı ile karşılaştığından, ilişki az sayıda firmanın oluşturduğu oligopol ile tek bir alıcı arasında kurulmaktadır. Kamu, ilgili sektörde en büyük alıcı olarak talepten geniş bir pay aldığından bu ticari ilişki olağan dışı bir hale gelmektedir. EMEK Uğur, **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması**, Ankara: DPT Yayın No: 2657, 2002, (**Rekabet**), s. 35.

⁷¹¹ OECD, **VfM**, s. 56.

⁷¹² Statik ve dinamik etkinlik adına, doğal tekel hizmetlerinin sunumunda, özel sektöre imtiyaz sözleşmelerinin ihale yöntemiyle verilmesi ve bu sektörlerde teşebbüs davranışlarının ise devlet tarafından düzenlenip denetlenmesi gerekmektedir. EMEK, **Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme**, s. 48, dn. 3. Doğal tekel durumunda, doğru fiyat, ürün kalitesi, ürün miktarı, üretimde en düşük maliyet, yeterli sermayenin temini ve yeterli kâr türünden sorunlar çıkmasına rağmen, rekabet ortamının yaratıldığı bir ihale yöntemi ile özel firmaların üretim yapmaları mümkün olmaktadır. YAŞAR, s. 34.

programları ve cezaları gibi düzenlemelerle, rekabet ortamının sağlayacağı sonuçlara ulaşılmaya çalışılmaktadır⁷¹³.

Kamu ihaleleri, hem kamu harcamaları hem de ülke ekonomisi içerisinde önemli bir paya sahiptir. Kamu harcamalarının etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi, hem kamu tasarruflarına olumlu katkıda bulunmakta, hem de vergi mükelleflerinin parasının gerçek değerinde harcanması suretiyle ekonomide kaynakların optimal olarak tahsis edilmesini sağlamaktadır⁷¹⁴. Kamu ihaleleri, maliyetleri azaltma, esneklik sağlama, riskleri azaltma, ileri teknolojiden yararlanma, hizmet kalitesini artırma, temel yeteneklere odaklanma, zamanı ve kaynakları etkin kullanma ile rekabet sağlama gibi birçok avantaja sahip olup⁷¹⁵, ihale mekanizmasıyla, mevcut kaynakların optimum etkinlikte kullanılması, hizmetin sunumunda etkili ve sürdürülebilir bir rekabetin sağlanması, devlet, yatırımcı ve tüketici için ekonomik değeri tam anlamıyla tesis edecek bir piyasa yapısının oluşturulması hedeflenmektedir⁷¹⁶.

İdari işlemin amaç unsurunu oluşturan kamu yararı, idarenin, ihale konusunun ve yönteminin seçiminden başlayıp uygulamaya yönelik şartnamenin hazırlanmasına ve teklifin kabulüne kadar birçok husustaki geniş seçim olanaklarının bulunduğu hâllerde, işlemin şekil, sebep ve konu unsurları bakımından bir referans noktası oluşturmaktadır⁷¹⁷. Kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilmesi söz konusu

⁷¹³ FOURIE/BURGER, s. 715.

⁷¹⁴ EMEK Uğur, **Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı**, Ankara: TÜSİAD Yayın No: TÜSİAD-T/2001-11/311, 2001, s. 29. Nitekim, kamu ihale politikası, vergi ödeyenlerin parasının etkili bir biçimde idare edilmesini sağlamayı ve kullanımının verimli olmasını güvence altına almayı hedeflemektedir. ÖZKAN, **Temel İlkeler**, s. 96.

⁷¹⁵ ŞAHİN İLKORKOR, s. 70-72.

⁷¹⁶ EMEK, **Rekabet**, s. 11.

⁷¹⁷ ATİYAS/ODER, s. 9.

olduğunda, kamu yararı, devrin tarafsız ve rekabete dayalı bir ihaleyle yapılması ve hizmeti görmeye en ehil kişinin seçilmesi suretiyle en avantajlı teklifin belirlenmesiyle gerçekleşmektedir⁷¹⁸.

Geniş anlamda imtiyaz hakkı sağlayan hizmet alım ihaleleri ile KÖİ yöntemleri, özel girişimcinin belirli bir hizmeti sağlama hakkını devletten elde etmesini sağlayan çeşitli sözleşmeleri ifade etmekte olup, devlete ait yatırımların işletme haklarının özel sektöre bırakılması anlamında özelleştirmeye⁷¹⁹ alternatif oluşturmaktadır. Özelleştirmenin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesine uygun olması, bu kapsamda kuruluşların gerçek değerleri üzerinden özelleştirilmeleri⁷²⁰; ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak koşulları ve taahhütleri içermesi⁷²¹; rekabet ortamı oluşturulmadan ihale yapılmamış olması gerekmektedir⁷²². Kamu-özel işbirliklerinde de, paralel koşullar bulunmakta, gerçek değer üzerinden özelleştirme ilkesi, işin ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibine

⁷¹⁸ EVREN, s. 207.

⁷¹⁹ Özelleştirme uygulamalarında, özelleştirme işlemleri sırasında özel girişimciler arasında rekabet ortamının sağlanması ve özelleştirme sonrasında piyasada rekabet ortamının olumsuz etkilenmesinin engellenmesi şeklinde sınıflandırılabilir iki aşamada rekabet önem taşımaktadır. YASİN, s. 49.

⁷²⁰ “Kamu varlıklarının satışında ‘gerçek değer’e ulaşmada ihale usul ve satış yöntemlerinin etkisi gözardı edilemez. Hisse satışının konum ve durumuna uygun olan ihale ve satış yönteminin önceden yasa ile belirlenmesi zorunluluğu kimi sakıncaları da ortadan kaldırır. Hisse satışının ‘gerçek değer’le yapılabilmesi için gözetilecek ilkeler şöyledir:

- Şirket hisselerinin gerçek ve tüzel kişilere satışında uygulanacak değerlendirme esasları, gerçek değeri yansıtacak nitelikte olmalıdır.

...

- Değer saptama yetkisi olan birimlerin hiçbir etki altında kalmadan çalışabileceği bir yapıya kavuşturularak gerçek değerinin bulunmasında hukuksal alt yapı oluşturulmalıdır.” Anayasa Mahkemesi, 23.01.1997, E.1996/57- K.1997/3. **RG**; 11.10.2000, sayı: 24197.

⁷²¹ Örneğin Danıştay’a göre, “elektrik dağıtım özelleştirilmelerinin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için, ... özelleştirmenin gerekli yatırımların yapılmasını öngören bir özelleştirme olması gerekmektedir”dir. Danıştay 13.D, 26.12.2008, E.2007/2394- K. 2008/8330 (UYAP).

⁷²² TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 407-412.

ihale edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İhalede elde edilen ekonomik açıdan en avantajlı teklif, paranın karşılığının alınmasını sağlamaktadır.

Paranın karşılığının alınması her projede farklılık gösterecek olmakla birlikte, ömür boyu maliyetlerin azaltılması, daha iyi risk paylaşımı, daha hızlı uygulama, hizmet kalitesinin iyileşmesi ve daha fazla gelir elde edilmesi gibi unsurlar belirleyici olmaktadır⁷²³. Risk, verimliliğin yönlendiricisi olduğu için aralarında yakın bir ilişki bulunmakta, rekabet ortamı, etkin risk transferi yapılmasını sağlamaktadır⁷²⁴. Rekabetin yokluğunda, KÖİ sözleşmesindeki koşullardan bağımsız olarak, risk kamu tarafından üstlenilmektedir⁷²⁵. Bu nedenle, ihale süresince rekabetin sağlanmasına dikkat edilmelidir.

KÖİ ihalelerinde, kârlılık arayışı ve rekabet, masrafların ve fiyatın düşmesini, yatırımın ve inovasyonun artmasını ve hizmetin daha iyi görülmesini sağlamakta⁷²⁶, isteklilerin yönetimlerinde titiz davranmalarını, teknolojik ve yönetsel yenilikçi yaklaşımlara sahip olmasını teşvik etmektedir⁷²⁷. Özel sektörün yaşam döngüsü yaklaşımı, fiyat/kalite oranının geliştirilmesine pozitif etkide bulunmaktadır⁷²⁸.

Paranın karşılığının alınması ilkesine uygunluk araştırılırken öncelikle projenin ana hatları üzerinden test yapılmakta, bu testin olumlu olması durumunda rekabetin sağlanacağı bir ihale süreci işletilmekte, ihale sonucu üzerinden ise nihai proje değerlendirilmektedir⁷²⁹. Bu araştırmalar KÖİ ihale sürecinin farklı

⁷²³ EC, **Guideline**, s. 79.

⁷²⁴ FOURIE/BURGER, s. 707, 714.

⁷²⁵ GÜNGÖR, s. 26.

⁷²⁶ SAVAS, s. 248.

⁷²⁷ LIGNIÈRES, s. 62; BERGÈRE/BEZANÇON/DERUY/GOULARD/FORNACCIARI, s. 23.

⁷²⁸ ERSÖZ, s. 36.

⁷²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SMITH, s. 90-106.

aşamalarında söz konusu olmaktadır. KÖİ ihale süreci, ön hazırlık aşaması, yetki aşaması ve ihale aşaması olmak üzere birden çok aşamayı içermektedir. Ön hazırlık aşamasında, strateji belgeleri olarak anılan kalkınma planı, orta vadeli program, yıllık program çerçevesinde bir ihtiyaç analizi yapılmakta ve proje önceliklendirmesi yapılmaktadır. Projenin yapılmasına ihtiyaç olduğunun belirlenmesinin ardından fizibilite analizleri yapılarak, KÖİ projesinin yapılabilirliği araştırılmaktadır. Fizibilite analizi, finansal analiz, ekonomik analiz, sosyal analiz, kamu sektör karşılaştırmacı gibi farklı analizleri içermektedir. Fizibilite analizleri sonucunda projenin yapılabilir olduğuna karar verilirse yetki başvurusunda bulunmaktadır. İlgili idarenin yetki almasının ardından ihale aşamasına geçilmektedir. İhale süreci, hazırlık, ilan aşaması, ön yeterlik değerlendirme aşaması, teklif aşaması ve müzakere aşaması, ihale ve sözleşme aşamalarından oluşmaktadır. İdare, KÖİ projelerinde, projenin teknik ve idari şartnamesi, sözleşme taslağı, sağlanacak devlet destekleri, ücret ve/veya tarife belirleme yöntemi, projeye konulması beklenen asgari öz sermaye oranı, proje şirketinde aranan mesleki, teknik ve ekonomik özellikleri (ön yeterlik ölçütleri) belirleyerek ihale ilanına çıkmaktadır. İlan üzerine ihaleye katılan isteklilerin ön yeterlik değerlendirmeleri yapıldıktan sonra, tercih edilen ihale yöntemi uyarınca ihale sonuçlandırılmaktadır. İhalede, tekliflerin sunulmasının ve değerlendirilmesinin ardından, ihale komisyonu, kamu yararının gerektirmesi halinde ihaleyi yapmamaya karar verebilmekte ya da ihale konusu işi en uygun bedeli veren veya ekonomik açıdan en avantajlı teklifi sunan istekliye ihale etmektedir. İşin istekliye ihale edilmesi ile görevli şirket seçilmekte ve sonrasında sözleşme imzalanmaktadır⁷³⁰.

⁷³⁰ 2886 sayılı Yasa'ya göre (m. 57) ihale kararı kesinleştikten, 4734 sayılı Yasa'ya göre (m.41/3) ise

KÖİ projelerinin yapılabilirlik değerlendirmesinden projenin hazırlanmasına, sözleşmenin akdedilmesinden yönetilmesine kadar her aşamada hukuki, teknik, mali, çevresel alanlarda danışmanlık ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir⁷³¹. Danışmanlık ihtiyacı genellikle, kamu personelinin sözleşmeler ve projeler konusundaki yetersizliği nedeniyle ortaya çıkmakta, bu da ek mali külfetlere neden olmaktadır⁷³². Kural olarak danışmanlık hizmet satın alımı 4734 sayılı Yasa kapsamında yer almakla birlikte, mevzuatta buna istisna oluşturan hükümler bulunmaktadır⁷³³.

Kamu hizmetlerinin piyasa eliyle sunulmasında, ancak idari kapasite ve rekabet koşullarının bir arada bulunması halinde beklenen verimlilik sağlanabilmektedir. Özellikle uzmanlaşma gerektiren kimi işlerde piyasa oyuncularının kamu sektörünün bilgi asimetrisinden de faydalanarak hizmeti daha yüksek bedellerle sunması, yüklenicilerin bilgi eksikliği, eksik rekabet nedeniyle paranın karşılığının alınamaması ya da fazla rekabet nedeniyle ihale konusu işin gerektiği gibi yapılamayacağı bir bedelle işin üstlenilmesi, yüklenicinin sorumluluğunun sınırlı olması nedeniyle kamu hizmetinin tehlikeye girmesi gibi

ihale sonucunun bütün isteklere duyurulmasından itibaren ihalenin konusuna göre beş veya on gün geçtikten sonra sözleşme aşamasına gelinir.

⁷³¹ EPEC, **A Guide to Guidance Sourcebook for PPPs in TEN-Transport**, s. 30-31. Bir KÖİ projesi kapsamında birden çok danışmanlık ihtiyacı olduğunda, bu ihtiyacın tek bir ihale ile mi yoksa konularına göre danışmanlık işlerini bölerek mi ihale edilmesi gerektiği konusunda doktrinde uzlaşma bulunmamaktadır. Bir tarafta danışmanlık ihalelerinin hukuki, finansal, teknik, gayrimenkul, strateji danışmanlığı gibi konularına göre bölünerek ayrı ayrı ihale edilmesi gerektiği, böylece farklı alanlarda en iyi danışmanlığı verecek şirketlerle çalışılmasının sağlanacağı görüşü bulunmaktadır. Öte yandan, danışmanlık işleri tek bir ihaleyle verildiği zaman danışmanlık şirketleri arasında koordinasyon sağlanması ve verilen görüşler arasında uyum sağlanması için zaman ve işgücü kaybı yaşanmaz. KEŞLİ, s. 155.

⁷³² KARAHANOGULLARI, *Mali Değerlendirme*, s.118. Sağlık alanında KÖİ uygulamasına ilişkin olarak yapılan bir araştırmada, nitel analiz sonucunda, KÖİ sürecinde kamu kesiminde yer alan katılımcıların danışmanlık hizmeti almasının, hizmet alınan firmanın proje şirketiyle beraber hareket ederek kamuyu zarara uğratması ihtimali nedeniyle riskli olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca, danışmanlık hizmeti alınsa bile bunun yönetiminin de ayrı bir uzmanlık gerektirdiğine dikkat çekilmiştir. KESGİN Selman Salim, **Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Kamu Özel İşbirlikleri: Sağlık Bakanlığı Örneği**, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 145.

⁷³³ 3996 sayılı Yasa m. 12/2, 6428 sayılı Yasa m.2/3.

nedenlerle karşılaşılan başarısızlıklar, kamusal sunuma dönüş önerilerini beraberinde getirmektedir⁷³⁴. Ancak günümüzde, kamu hizmetlerinin çoğu, statüter veya sözleşmesel ilişki çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülmektedir.

Politik ekonomi teorisine (rasyonel seçim/ kamu tercihi teorisi) göre, taraflar kendi çıkarlarını arttırmak için hareket etmektedirler. KÖİ'ler açısından, taraflar arasında işbirlikçi davranışın söz konusu olacağı, süreçte yer alan kamu görevlilerinin kendi kısa vadeli siyasi çıkarlarına hizmet edecek kararlar vermektense sosyal faydayı arttıracak kararlar vereceği ve KÖİ projelerinde yer alan firmaların kendi kârlarını yükseltmektense kamu giderlerini düşürecek şekilde hareket edeceği gibi temel yanılsamalar söz konusu olabilmektedir⁷³⁵. Bu nedenle KÖİ ihale sisteminin kamu yararını sağlayacak şekilde dizayn edilmesi gerekmektedir. Günümüzde var olan ihale hukuku düzenlemeleri, siyasi etkiyi azaltmak ve ihaleleri ekonomik açıdan iyileştirmek üzerine kurulmuş⁷³⁶, idarelerin kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde yürütülmesini, mali ve teknik olanaklarının en gelişmiş biçimde kullanılmasını, kamu yararının vazgeçilmez gereklerinden olan açıklık ve rekabet ortamının kurulmasını sağlayacak tedbirleri almasını gerekli kılmıştır⁷³⁷.

AB ülkelerinde, kamu ihalesine çıkılmadan önce, sözleşmenin doğru bir şekilde sınıflandırılması, uygulanacak ihale kurallarının belirlenmesi açısından önem

⁷³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPRAK, s. 169-174.

⁷³⁵ BOARDMAN/VINING, s. 123.

⁷³⁶ McCRUDDEN Christopher, **Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 576.

⁷³⁷ Danıştay 10.D, 25.12.2002, E.2002/193- K.2002/5242. TEKİN, **Kararlar**, s. 539'dan naklen.

arz etmekte⁷³⁸, klasik kamu sözleşmelerinin aksine KÖİ sözleşmeleri gibi sözleşmeler, yapım, tedarik ve hizmet işleri gibi farklı unsurları bir arada bulundurduğu için zor sınıflandırılmaktadır⁷³⁹. Birden çok unsurun bulunduğu bu tarz ‘karma sözleşmeler’, sözleşmenin esaslı unsurunun tabi olduğu ihale kurallarına tabidir. Ülkemizde, kamu-özel işbirlikleri ortak bir yasal düzenlemeye sahip olmayıp⁷⁴⁰, ihale kuralları sektörel olarak yapılan yasal düzenlemelerde yer aldığı için, henüz bu şekilde bir sınıflandırma yapılmasına gerek duyulmamaktadır. Ancak, Avrupa Birliği’ne katılım sürecinde ortak ve genel bir yasal düzenleme yapılması halinde, ülkemizde de sınıflandırma önem kazanacaktır.

Kamu alımları ve imtiyazlara ilişkin Topluluk Hukuku, kamu, özel veya karma sermayeli bütün teşebbüslere uygulanmakta olup, yalnızca emanet tipi (*in-house*) sözleşmeler düzenleme dışında kalmaktadır. Sözleşmeyi yapan idarenin, görevlendireceği teşebbüsü kendi sorumluluğu içerisinde yer alan birimlere eş değer

⁷³⁸ Klasik alımlarını düzenleyen 2014/24/EU sayılı Direktif (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC); su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların yapacakları sektörel alımları düzenleyen 2014/25/EU sayılı Direktif (Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC); her iki direktif kapsamında yer alan alımlara ilişkin şikâyetlerin incelenmesi konusunda 2007/66/AT sayılı Direktif ile önemli ölçüde değişikliğe uğramış olan 89/665/AET ve 92/13/AET sayılı Direktifler; imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hususları düzenleyen 2014/23/EU sayılı Direktif (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts); savunma ve güvenlik alımlarını düzenleyen 2009/81/AT sayılı Direktif AB kamu alımları mevzuatını oluşturmaktadır. AB’de imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin belirli bir ihale yöntemini kullanma zorunluluğu bulunmamakta olup, idarenin yeterli kriterlerine uygun olmayan isteklileri ihale dışında bırakması ve şeffaf, orantılı ve adil bir ihale süreci işletmesi önem arz etmektedir. 2014/23/EU sayılı Direktif m. 3, 37(1), dibace 55, 61, 64 ve 73.

⁷³⁹ SEMPLE Abby/ANDRECKA Marta, “*Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive*”, EPPPL, 3/2015, ss. 171-186, s. 172-173.

⁷⁴⁰ DPT tarafından hazırlanmış olan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarı Taslağı’nda, ülkemizde uygulanmakta olan bütün KÖİ modellerinin tek bir yasal düzenlemeye tabi kılınmasına yönelik çalışma yapılmış, ancak bu Taslak yasalaşmamıştır. Kalkınma Bakanlığı tarafından yakın tarihlerde hazırlanan Kamu-Özel İşbirliği Kanun Tasarısı ise henüz kamuya açıklanmamış olduğu için, nasıl bir düzenleme öngördüğü incelenememiştir.

biçimde denetlemesi ve bu teşebbüsün de sözleşmecî idarenin denetimi altında, onun faaliyetlerinin önemli bir kısmını yerine getirmesi durumunda *in-house* ilişki söz konusu olmakta ve Topluluk Hukuku uygulanmamakta⁷⁴¹, aksi takdirde, devir ihale hukuku kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmektedir⁷⁴². Hukukumuzda da benzer şekilde emanet tipi sözleşme söz konusu olduğunda ihale hukukunun uygulanmasının gerekmediği yönünde düzenlemeye rastlanmaktadır⁷⁴³.

Türk Hukukuna göre idare, imtiyaz söz konusu olduğunda, imtiyaz sahibinin mali ve teknik yeterliliğini daha iyi değerlendirebilmek için işi rekabetçi bir ihale yöntemi ile vermektense, imtiyazı kendi belirleyeceği bir işletmeciye görevlendirme yoluyla verebilmektedir⁷⁴⁴. İmtiyazın kişiye bağlı (*intuitu personae*) bir işlem olması nedeniyle kural olarak idarenin imtiyazcı özel kişiyi seçme konusunda serbestîye sahip olduğu; idarenin ihale, pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda olmadığı

⁷⁴¹ European Court of Justice, Case C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Judgment of 18 November 1999, point 50.

⁷⁴² EC, FAQ, soru 1.2 ve 2.10; EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 28.

⁷⁴³ 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi ile belediyelerin 2886 sayılı Yasa'ya tabi olmaksızın kimi işleri devredebilmesine izin veren "*Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir.*" hükmünün anayasaya aykırılık iddiasını reddeden Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Belediye şirketleri, doğrudan belediyeler tarafından kurulan ya da yönetiminin elde edilmesi koşuluyla belediyelerce ortak olunan, bağımsız bütçeli, özel hukuk tüzel kişileridir. 5216 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ilk hâlinin gerekçesinde büyükşehir belediyelerinin hizmetlerini daha etkili, verimli ve ekonomik şartlarda sunmasına ve kaynak yaratmalarına yardımcı olmak amacıyla sermaye ortaklığı kurmasına izin verildiği ifade edilmiştir..."

"Belediye şirketlerinin kurulabilecekleri ve faaliyet gösterebilecekleri alanlar, işletme hakkının devredilebileceği yerlere ilişkin iptale konu kuralda yer verilen sınırlamalar ve belediyelerin bu şirketlerin sermayelerinin çoğunluğuna sahip olmaları nedeniyle yönetimlerine hâkim olmaları göz önünde bulundurularak, belediye meclislerince alınacak bir kararla kuralda sayılan yerlerin işletme haklarının bu şirketlere devrinin 2886 sayılı Kanun'un rekabeti ve açıklığı temin eden kurallarından muaf tutulduğu anlaşılmaktadır. Kuralda sayılan yerlerin bu alanda temel kanun olan 2886 sayılı Kanun'a istisna oluşturacak bir şekilde belediye meclislerince alınacak kararlar doğrultusunda belediye şirketlerince işletilebilmelerinin öngörülmesi, hizmetlerin ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına imkân sağladığı ve kamunun yararına uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunan kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde yer almaktadır." Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E.2011/63- K.2013/28. **RG**; 31.12.2013, sayı: 28868.

⁷⁴⁴ EMEK, **Rekabet**, s. 7-8.

kabul edilmekte, bu serbestînin kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir⁷⁴⁵. Ancak Danıştay’a göre, özel sektöre yapılacak görevlendirmeler, yasa ile ihale şartına bağlanmamış olsa dahi, idarenin, kamu yararı ve hizmet gereklerini göz önünde bulundurarak, görevlendirmeyi en uygun koşullarda, saydamlık ve rekabet ilkelerine göre yapması gerekmektedir⁷⁴⁶. Ayrıca, imtiyaz sözleşmelerinin ihale usullerine tabi olmaksızın yapılması halinde dahi, ilan yapılması, işi yerine getirebilecek niteliklere sahip, olabildiğince çok sayıda istekliyle görüşülmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla önceden ölçütlerin belirlenmesi tavsiye edilmektedir⁷⁴⁷.

KÖİ projelerinde, sözleşmelerin rekabetçi ortamda yapılan ihaleler sonucunda imzalanması kural olmakla birlikte, istisnai olarak doğrudan temin usulüne benzeyen bir usulle⁷⁴⁸ veya özel kişinin bir projeyi yapma talebiyle geldiği ve bu talebin idarece uygun görülerek mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde sürece devam edildiği ihalesiz teklifler sonucunda⁷⁴⁹ sözleşme imzalanması mümkün

⁷⁴⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 561. İmtiyaz sözleşmelerinde, idarenin sorumluluğunun devam ettiği, idarenin diğer sözleşmelerine kıyasla daha uzun süreleri içerdiği ve genellikle ağır mali koşullar içerebilen alanları kapsadığı düşünüldüğünde, imtiyazların evveliyetle rekabetçi koşullar altında veriliyor olması gerektiği belirtilmektedir. ÇAL Sedat, “*Intuitu Personae*” veya *İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcıyı Seçme Hakkı Üzerine*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 3, 2010, ss. 49-115, (*Intuitu Personae*), s. 80.

⁷⁴⁶ Danıştay 10.D, 26.11.1995, E.1995/2013- K. 1996/7927, TEKİN, **Kararlar**, s. 549-555’den naklen.

⁷⁴⁷ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 16-17.

⁷⁴⁸ Örneğin 6428 sayılı Yasa’nın 3/8 maddesi uyarınca açık veya belli istekliler arasında yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması halinde; doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda; ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerin belirlenemediğinde; yüklenicinin namı hesabına yaptırılacak tamamlamaya yönelik işler söz konusu olduğunda; belli bir eşik değerin altı katına kadar olan işlerde, işin gerekçesine göre hiç ilan yapılmadan ya da en az bir hafta önce ilan yapılarak, ya da en az üç istekli çağırılarak pazarlık usulüyle bir iş ihale edilebilir.

⁷⁴⁹ Ülkemizde ihalesiz teklife benzer düzenleme 4283 sayılı Yasa’nın 3/2 maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre “*üretim tesisi kurmak ve işletmek üzere üretim şirketleri de TEAŞ’a başvurabilirler. Bu durumda önerilen projelerin, TEAŞ tarafından optimal sistem gelişim planları çerçevesinde değerlendirilerek uygun görülmesi halinde, yapımı öngörülen üretim tesisi için teklif*

olabilmektedir. İdarelere, ihalesiz teklif sonucu sözleşme akdetme yetkisinin tanınmasına karar verilmesi halinde, acil bir durumun ortaya çıkması ve ihale süreciyle zaman kaybedilmesinin pratik olmaması, ulusal güvenliğe ilişkin bir işin söz konusu olması, sözleşme konusu işin ancak bir kişi tarafından sunulabilecek olması, rekabete dayalı ihale sürecinin denenmiş ancak sonuç alınamamış olması, kreditorlerin müdahale yetkilerini kullanarak yeni bir sözleşmeci belirlemeleri ve kamu yararına yönelik diğer durumların varlığı halinde ihalesiz teklif sonucu sözleşme imzalamalarına yetki veren düzenlemelerin yapılması önerilmektedir⁷⁵⁰. İhalesiz tekliflerle KÖİ projelerinin yapılması halinde, özel sektörün yeterli risk değerlendirmesi yapmamış olması olasılığı idarenin üzerinde birçok yükümlülük kalmasına, idare tarafından planlanan projeler dışında bir projeye yönelinmesi uyum sorununa, açık ve rekabetçi bir ihale yapılmamış olması paranın karşılığının alınmamasına, özel sektörün haksız kazanç elde etmesine ve ülkenin özelleştirme politikalarının sarsılmasına neden olabilecektir⁷⁵¹. İhalesiz teklifler rekabet azlığı ve gizlilik özelliği taşıdığından getirdiklerinden bazı ülkelerde yasaklanmış, bazı ülkelerde tekliflerin piyasa testine tabi tutularak kabul edilmesi esası benimsenmiş, bazı ülkelerde ise hiç düzenlenmemiştir⁷⁵².

Sözleşme dokümanlarının kamuoyu ile paylaşılmaması, düzenlemelerin eksik yapılıp yapılmadığının denetlenmesine engel olmaktadır⁷⁵³. Bu nedenle, yolsuzlukların önlenmesi, projelerin olduğundan daha değerli hale getirilmemesi

almak üzere, rekabet ortamının sağlanması amacıyla işin gereğine uygun ihale yöntemleri de belirlenerek Resmi Gazetede ilan edilir.”

⁷⁵⁰ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 15-16; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. xvi.

⁷⁵¹ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 190-191.

⁷⁵² EVREN, s. 253.

⁷⁵³ DURAN, *Yap-İşlet-Devret*, s. 149.

ve paranın karşılığının alınıp alınmadığının tespit edilebilmesi için bütün ihale dokümanlarının, tekliflerin, sözleşmelerin, mali detayların yayımlanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁴. Ancak, özellikle AR-GE unsuruna sahip projeler için mümkün bu değildir. Zira, bütün bilgi ve belgelerin açıklanması, şirketlerin ticari ve teknolojik sırlarının⁷⁵⁵ kamuya açıklanmasına neden olacağından, girişimciler proje ihalelerine katılmak istemeyeceklerdir.

İdare, takdir yetkisini kullanırken, yasanın koyduğu sınırlar içinde kalmalı ve eşitlik ilkesine önem vermeli; takdir yetkisini, kamu yararı için ve gerekçeli olarak kullanmalıdır⁷⁵⁶. Takdir Yetkisi Hakkında Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı⁷⁵⁷ uyarınca idare, takdir yetkisiyle kendisine tanınan amaç dışında bir amaç gütmemeli, nesnellik ve yansızlık içinde olaya uygun verileri göz önünde tutmalıdır. Yasa önünde eşitlik ilkesi gereği, hiçbir ayrımcı uygulama yapılmamalıdır. Kişilerin hak, özgürlük ve çıkarları ile izlenen amaç arasındaki denge korunmalıdır. İdare, ele aldığı konunun özelliklerini göz önünde tutarak kararını uygun bir süre içinde

⁷⁵⁴ EVREN, s. 121.

⁷⁵⁵ Ticari sır kavramının kanunlarda bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak Rekabet Kurumu'nun 2010/3 sayılı Tebliği'nin 12. maddesi uyarınca *"ticari sır; teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir.*

(2) Olayın ve teşebbüsün özelliklerine göre, teşebbüslerin iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, üretim ve imalata ilişkin teknik bilgiler, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşterileri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantıları gibi bilgi ve belgeler ticari sır olarak kabul edilebilir.

(3) Açıklanması halinde ilgili teşebbüs veya rakiplerinin zarar görme ihtimali bulunsa bile, rekabet hukuku mevzuatının ihlali niteliğinde olan sözleşme, anlaşma, uzlaşma ve eylemlere ilişkin bilgi ve belgeler ticari sır sayılmaz.

⁷⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt II**, s. 527. Danıştay'a göre, "... işlemlerin kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, nesnel adil ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, idarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçümlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." Danıştay İDDK, E.2005/270- K.2008/1286 (UYAP)

⁷⁵⁷ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, "L'Exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration", Recommandation No: R(80)2. <https://rm.coe.int/16804f4177>.

almalıdır. İdare, her olayın özelliklerini göz önünde tutarak, kendi koyduğu uygulama ilkeleriyle tutarlı olmalıdır. Yöntem konusunda, bireyin korunmasına ilişkin yöntem ilkeleri göz önünde tutularak, ayrıca takdir yetkisine giren işlemlerin yapılması hakkında, idarece konulan genel kuralların kamuya açıklanması sağlanmalı, bu kurallar ilgililere karar alınmadan önce, uygun biçimde duyurulmalı veya istek üzerine bildirilmelidir. İdare, takdir yetkisinin kullanımı konusunda kabul ettiği ölçütlere aykırı, bireysel hak ve çıkarları zedeler nitelikte bir işlem yaptığı takdirde ilgiliye gerekçesini bildirmelidir. Bu açıklama, işlem metninde yapılabileceği gibi, istek üzerine uygun bir süre içinde ilgiliye ayrıca yazılı olarak da yapılabilir. Takdir yetkisine giren işlemler yargının ya da bağımsız bir organın hukuksal denetimine açık olmalıdır.

Takdir yetkisine ilişkin ilkeler, ihale hukukunda da kendini göstermektedir. İhale hukuku açısından bakıldığında, idarenin yasanın çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmesi⁷⁵⁸, ihale ilanını yansız bir şekilde düzenlemesi, şartnameleri ve ön

⁷⁵⁸ Aynı dönemde Ankara Bilkent Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün Hizmetlerinin Temin Edilmesi İşi, Elazığ Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün Hizmetlerinin Temin Edilmesi İşi ve Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün Hizmetlerinin Temin Edilmesi İşi için ayrı ayrı yapılan ihalelere karşı açılan davalarda Danıştay, “Sağlık Kampüsü içerisine taşınacak mevcut sağlık tesislerinin ... üzerinde bulunduğu taşınmazların da yükleniciye ‘tıbbi hizmetler dışındaki alanlar’ kapsamında bırakılacağına ilişkin düzenlemeye yer verildiği, dosya kapsamındaki belgeler arasında yer alan ‘Ticari Alanlar’ başlıklı belge incelendiğinde, tıbbi hizmet dışındaki alanların kampüs içinde ve kampüs dışında olmak üzere iki grupta toplandığı, kampüs dışındaki alanların ... mevcut sağlık tesislerine ait taşınmazlar olduğu, isteklilerin teklif ettikleri ticari alanların emsaline denk gelen alan kadar üst hakkı kazanımı elde edeceği, istekli tarafından ticari alan teklif edilmemesi halinde ticari alan hakkından feragat etmiş sayılacağı, kampüs içinde ve dışından kullanılacak ticari alanların gelirleri ve yatırım bedelinin fizibilite raporunda gösterileceği, kampüs dışındaki alanların, kampüs alanına taşındıktan sonra teslim edileceği, mevcut binaların kapalı alanları kadar yeni bina yapılabileceği açıklamasının getirildiği görülmüştür ... mevzuat çerçevesinde getirilen sistemde, hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesi, bu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapım işini üstlenen yüklenicinin aynı zamanda, yapılacak olan sağlık tesisinin tıbbi hizmet dışında hizmetleri ile tıbbi hizmet dışındaki alanlarını işletmesi, bu işletme faaliyetinin de kira süresi ve bedelinin tespitinde etkili olması söz konusudur. Ancak sağlık tesisinden tamamen bağımsız bir taşınmazın, sağlık tesisi konsepti ile herhangi bir ilgisi ve uyumu bulunmaksızın ticari alan olarak işletilmek üzere yüklenici lehine üst hakkı tanınması, söz konusu mevzuata göre yapılan ihaleler çerçevesinde olanaklı” olmadığından ilgili mevzuatta dayanağı bulunmayan şartları içeren

yeterlik kriterlerini ayrımcılık yaratmayacak, rekabeti engellemeyecek, fırsat eşitliğini sağlayacak şekilde ve yapılacak işle orantılı olarak hazırlaması⁷⁵⁹, ihale sürecinde tüm isteklilere eşit davranması, ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakması, bir başka istekli üzerinde bırakması ya da ihaleyi iptal etmesi söz konusu olduğunda, bu işlemin gerekçesini bildirmesi ve ihale işlemlerinin yargısal denetime tabi olması gerekmektedir.

1. İhaleye Ön Hazırlık Aşaması

Projenin tasarımının ve standartlarının yeterince belirlenmesi, geleneksel tedarik yöntemleri ile özel sektör katılımı arasındaki avantaj ve dezavantajların ayrıntılı olarak değerlendirilmesi, özel teşebbüsün seçiminde rekabetçi bir sürecin tesis edilmesi, kamu otoriteleri ve özel teşebbüsler arasındaki risk paylaşımında sosyal faydanın mümkün olduğunca gözetilmesi, saydamlığın ve hesap verebilirliğin sağlanması, KÖİ projelerinde kamu hizmetlerinin kaliteli, etkili ve hızlı sunulmasına yardımcı olacaktır⁷⁶⁰. Kamu yönetiminin geliştirilmesinde ve kamu hizmetlerinin verimliliğinin artırılmasında KÖİ yenilikçi yaklaşımlar getirmiş olup, bu amaçla geniş anlamda paranın karşılığının alınması (VfM) ve kamu sektörü karşılaştırmacı (KSK) kullanılmaktadır⁷⁶¹.

şartname ile gerçekleştirilen ihaleleri hukuka aykırı bularak yürütmelerinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay 13.D, E. 2011/3392; Danıştay 13.D, E. 2011/4233; Danıştay 13.D, E. 2011/4558. (söz konusu kararlar yayımlanmamıştır).

⁷⁵⁹ KAYA, s. 141.

⁷⁶⁰ EMEK, *Altyapı Hizmetleri*, s. 22.

⁷⁶¹ TAFOTIE YOUMSI, s. 270.

Bir projenin KÖİ yöntemiyle yapılmasının, paranın karşılığının alınması ilkesi çerçevesinde, ekonomik açıdan en avantajlı yöntem olup olmadığının her bir proje bazında bütün hizmet sunum yöntemleri karşılaştırılarak belirlenmesi gerekmektedir⁷⁶². Bu kapsamda idarenin, altyapının yapılmaması, altyapının kamu tarafından yapılması ve özel sektör işbirliği ile yapılması olmak üzere üç olanağı bulunmaktadır⁷⁶³. Bu çerçevede öncelikle paranın karşılığının alınıp alınmayacağını belirlemek için KÖİ uygunluk testi yapılmakta, KÖİ yönteminin maliyet etkin olduğu belirlendiği takdirde, öncelikle işbirliği kurma yetkisi ve projenin işbirliğine uygunluğunun tespit edilmesi; daha sonra ise işbirliği yönteminin diğer kamu hizmetinin görülüş usulleri ile karşılaştırılmasının yapılarak paranın karşılığını verip vermeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir⁷⁶⁴, bu çerçevede finansal bir ölçüt olarak KSK'dan yararlanılmaktadır⁷⁶⁵. KSK ile, KÖİ modeliyle gerçekleştirilecek projelerde ortaya çıkabilecek maliyetler ile geleneksel tedarik yöntemlerinin kullanılması halinde ortaya çıkabilecek maliyetlerin karşılaştırılması söz konusu olmaktadır⁷⁶⁶. Bu çerçevede KSK, KÖİ yöntemiyle yapılması planlanan bir projenin, tamamen kamu kaynaklarıyla yapılması ve işletilmesi varsayımının finansal modellenmesi olup, projenin belirlenmiş özellikleri ve ilgili riskleri hesaba katılarak net bugünkü değeri hesaplanmaktadır⁷⁶⁷. KSK hesaplaması karmaşık bir süreç olup, KÖİ sözleşmesi süresince inşaat maliyetlerini, operasyonel giderleri ve transfer

⁷⁶² EC, Green Paper, s. 4. Herhangi bir KÖİ projesinin kamu için faydalı olabilmesi için öncelikle %100 kamu finansmanlı bir projeye kıyasla eşit veya daha fazla harcama etkinliği sağlaması gereklidir. TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Uygulamaları**, s. 36.

⁷⁶³ BOARDMAN/VINING, s. 120.

⁷⁶⁴ HM Treasury, **Joint Ventures**, s. 22, 29.

⁷⁶⁵ ENGLISH, s. 255.

⁷⁶⁶ ALİCAN, s. 84.

⁷⁶⁷ GÜNGÖR, s. 107.

edilen riskin değerini öngörmeyi gerektirmektedir⁷⁶⁸. KSK kullanılarak işin kamu sektörü tarafından yerine getirilmesi olasılığıyla ve diğer tedarik yöntemleriyle kıyaslaması yapılmakta, kıyaslama yapıldıktan sonra ihale süreci yürütülmekte ve müzakereler esnasında sözleşmede değişiklik meydana geldiği takdirde, bu değişiklik kamu sektörü karşılaştırmacısına yansıtılarak yeniden değerlendirme yapılmaktadır⁷⁶⁹.

Bir KÖİ projesinin VfM ilkesine uygun olduğunu ve ilgili kamu otoritesinin süreci başlatmaya hazır olduğunu tespit etmek için, KÖİ projesi, kalkınma planları çerçevesinde⁷⁷⁰ diğer kamu yatırımlarıyla karşılaştırılarak değerlendirilmeli ve önceliklendirilmesi yapılarak projenin yapılmasına karar verilmelidir⁷⁷¹. Ayrıca, proje, sosyoekonomik değerlendirme, mali karşılanabilirlik ve risk değerlendirmesi⁷⁷², çevresel etkilerinin değerlendirilmesi⁷⁷³, diğer tedarik

⁷⁶⁸ AUDIT COMMISSION, s. 34.

⁷⁶⁹ PFNÜR Andreas/WEILAND Sonia, "Integrating Building Performance in PPP Management Decisions", EPPPL, 4/2009, ss. 215-224, s. 215.

⁷⁷⁰ 2016-2018 Orta Vadeli Programı uyarınca, KÖİ kapsamında yapılacak yatırımların sözleşmelerden doğacak yükümlülüklerin, kamu mali dengeleri üzerindeki etkileri de göz önünde bulundurularak planlanması ve başta hizmet alımları olmak üzere, kamu harcamalarına ilişkin karar alma sürecinde fayda-maliyet analizlerinden yararlanılması gerekmektedir. Ayrıca, KÖİ modeli ile yürütülenler de dâhil olmak üzere, kamu yatırımlarında, eğitim, sağlık, içme suyu ve kanalizasyon, sulama, bilim-teknoloji, bilişim ve başta demiryolu, liman, lojistik merkezleri olmak üzere ulaştırma sektörlerine öncelik verilmesi kararlaştırılmıştır. Orta Vadeli Program (2016-2018), prf. 124-125, 138.

⁷⁷¹ Proje analizi, bir yatırımın yaratacağı faydaları ve yol açacağı maliyetleri karşılaştırarak, yatırım teklifinin yapılabilir olup olmadığının ortaya çıkarılması ve çeşitli yatırım tekliflerinin fayda ve maliyetlerini karşılaştırarak bunlar arasında öncelik sıralamasının belirlenmesidir. Projenin yatırım dönemi ve ekonomik ömrü süresince ortaya çıkan fayda ve maliyetlerin bir referans yılına, genellikle yatırımın başlangıç yılı, indirgenerek karşılaştırılması esasına dayanarak 'fayda-maliyet analizi' yapılabileceği gibi, projenin yaratacağı faydaların ölçülemediği ya da ölçmeye çalışmanın doğru olmadığı kabul edildiği durumlarda, 'maliyet-etkinlik analizi' kullanılarak proje analizi yapılabilmektedir. Maliyet-etkinlik analizi, sosyal tercihleri yansıtan hedef düzeylere erişmek amacıyla hazırlanan alternatif projeler arasından yatırım tutarı ile diğer proje giderlerinin toplamı en düşük olanını, yani en ucuz olan çözümü bulmaya yönelik analiz tekniği olup, proje maliyeti ve giderleri hesaplanırken bu teknikte gölge fiyatlar kullanılmaktadır. AYANOĞLU/DÜZYOL/İLTER/YILMAZ, s. 122-123, 172.

⁷⁷² Mali karşılanabilirlik ve risk değerlendirmesi, finansal analiz kapsamında yer almaktadır. Finansal analiz, projenin finansal planlamasının incelenerek varsa ek finansman ihtiyacının saptanması, finansman kaynaklarının neler olduğunun, yeterli olup olmadığının ve elde edilebilirliğinin gerçekçi olup olmadığının belirlenmesi, finansman kaynaklarının risklerinin, maliyetlerinin ve projeye getirdikleri yükün belirlenmesi, değişik finansman kaynakları arasından en uygun olanların seçilmesi, projeyi yürütecek olan kuruluş ve/veya öz kaynaklarını bu projeye yatıran ortakların finansal

yöntemleriyle karşılaştırılma (KSK) gibi değerlendirmelere⁷⁷⁴ tabi tutularak gerekçelendirilmelidir⁷⁷⁵. Projenin değerlendirilmesi aşamasında projelere ilişkin yapılabilirlik etüdü gerçekleştirilerek, ihtiyaç analizi, risk analizi ve özel sektörün teknik kapasitesine ilişkin değerlendirme ile bütçeleme yapılmakta, finansman imkânları değerlendirilmekte ve KÖİ modellerinden hangisinin uygulanacağına karar verilmektedir. Bu çerçevede ön yapılabilirlik araştırmasının hazırlanması gerekmekte, ilgili raporun kapsamı yasal düzenlemelerde belirlenmektedir⁷⁷⁶. Ön yapılabilirlik araştırması, yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine KÖİ modeli

durumunun incelenmesi, projenin finansal açıdan yürütülebilir olup olmadığının belirlenmesi ve nasıl bir likiditeye sahip olacağının görülmesi, beklenmeyen maliyet artışlarının karşılanıp karşılanamayacağının belirlenmesi amacıyla yapılmaktadır. AYANOĞLU/DÜZYOL/İLTER/YILMAZ, s. 206.

⁷⁷³ Projenin çevresel etkileri, “Çevresel Etki Değerlendirmesi-ÇED” raporunda yer almaktadır. 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 2. maddesinde ÇED, “gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar” olarak tanımlanmıştır. ÇED raporu, yatırımların planlanması ve ödenek tahsis edilmesi aşamasında, yapılabilirlik etüdü ile birlikte değerlendirilmektedir. AYANOĞLU/DÜZYOL/İLTER/YILMAZ, s. 215, 217.

⁷⁷⁴ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca “kamu idarelerinin mal ve hizmet üretimi ile ihtiyaçlarının karşılanmasında, ekonomik veya sosyal verimlilik ilkelerine uygun olarak maliyet-fayda veya maliyet-etkinlik ile gerekli görülen diğer ekonomik ve sosyal analizlerin yapılması” kamu maliyesinin temel ilkelerindendir.

⁷⁷⁵ WB-PPIAF, **Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017: Assessing Government Capability to Prepare, Procure, and Manage PPPs**, Washington: WB, 2016, (**PPP Procurement**), s. 27. Kamu projelerinin analizinde ya da projelerin ulusal açıdan analizinde paranın karşılığının alınmasının yanında, katma değer, projenin istihdam etkisi, gelir dağılımı etkisi, net döviz kazancı etkisi, tüketici etkisi, bölgesel gelişme etkisi, çevresel etkiler ve uluslararası rekabet etkisi gibi pek çok başka etken rol oynamaktadır. AYANOĞLU/DÜZYOL/İLTER/YILMAZ, s. 175.

⁷⁷⁶ 6428 sayılı Kanun m.1/2-m uyarınca “Ön fizibilite raporu: Bu Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen projenin teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açıdan yapılabilirliğini analiz eden, öngörülen kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler de dâhil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine kamu özel iş birliği modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan rapor” ifade etmektedir.

EÖT Yönetmeliği m.4’de ön fizibilite raporu, “projenin teknik, finansal, ekonomik, sosyal ve hukuki açılardan yapılabilirliklerini analiz eden, öngörülen kira ödemeleri ve süresi de dâhil risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine kiralama karşılığı yaptırılması ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan rapor” olarak tanımlanmıştır.

3996 Uygulama Kararı m.4/1-j uyarınca ön yapılabilirlik etüdü “YİD modeli ile gerçekleştirilmesi düşünülen projenin teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açılardan yapılabilirliklerini analiz eden, öngörülen katkı payı ve garantiler de dâhil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine YİD modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan rapor”dur.

ile hayata geçirilmesinin gerekçesini ortaya koymakta ve buna ilişkin karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizler ile risk analizlerini de içermektedir. Böylece, hangi işlerde özel sektörün yenilikçi çözümlerinden yararlanılabileceği de belirlenmekte, kamu sektörü ve özel sektör taraflarından hangisinin, hangi işleri daha iyi üstlenebileceği değerlendirilmekte, mülkiyetin kime ait olması gerektiğine karar verilmekte⁷⁷⁷ ve hizmetlerin zamanında ve öngörülen nitelikte sunulmasını sağlayacak performans kriterleri ile standartlar da belirlenmektedir⁷⁷⁸.

Bir projenin yapımında, farklı tedarik seçenekleri olduğu göz önüne alındığında, VfM'ye uygunluğuna, karşılanabilirlik ve kamu yararına odaklanılarak karar verilmesi gerekmektedir. VfM, risk dağılımı, yaşam döngüsü maliyeti, inovasyon, varlık kullanımı, ölçek ekonomileri, teklif maliyetleri ve finansal becerilere dayanmakta; hesaplanmasında nitel ve nicel hususlar değerlendirilmektedir. Karşılanabilirlik, üçüncü kişilerin gelirlerine, sermayeye, mevcut ve gelecek bütçe kısıtlarına ve ek finansman kaynaklarına bağlıdır⁷⁷⁹. Kamu yararı araştırılmasında ise erişim, eşitlik ve projenin verimliliği değerlendirilmektedir⁷⁸⁰. Paranın karşılığının alınıp alınmayacağını tespitinde öncelikle nitel analiz yapılarak, proje kapsamında öngörülen ürünün ve hizmetin, kamunun talebini karşılayıp karşılamayacağı ve KÖİ yönteminin adilliği ve verimliliği incelenmekte; ardından KÖİ yönteminin geleneksel yöntemlerle

⁷⁷⁷ İnovasyonların teşviki ve verimlilik için önemli olan özel mülkiyet, politik değerlendirmeler de dikkate alındığında kamu mülkiyetine karşı kuvvetlenmektedir. SHLEIFER, s. 135.

⁷⁷⁸ ALİCAN, s. 140.

⁷⁷⁹ Kamu otoritelerinin geleneksel tedarik yöntemi ile KÖİ modeli arasında yapacağı tercih sırasında bu seçeneklerden hangisinin daha finanse edilebilir (karşılanabilir) olduğu ve hangi yöntem ile yapılan yatırımla en yüksek faydanın sağlanabileceği kararını vermesi gerekmektedir. Kamu otoritelerinin bu kararı, finanse edilebilirlik ve yapılan yatırım karşısında arzulan faydanın elde edilebilmesi, bütçe ödenekleri ve bütçe kısıtları, taraflar arasındaki risk paylaşımı, rekabet düzeyi ve kamusal hizmetlerin yapısına göre değişiklik göstermektedir. OECD, VfM, s. 37.

⁷⁸⁰ GRIMSEY/LEWIS, s. 403.

karşılaştırıldığında daha avantajlı olup olmadığı, bu kapsamda projeden elde edilecek kârın maliyetleri ve yetersizlikleri telafi edip etmeyeceği ölçümlenmekte; son olarak da kamunun ve özel sektörün proje konusu işi yapma isteği ve bu projeyi uygulamak için yeterli kaynağının olup olmadığı araştırılmaktadır. Nitel analiz sonucu negatifse klasik kamu alımı yapılması gerektiği belirtilmektedir. Nitel analiz sonucu pozitifse nicel analize geçilir. Nicel analizde VfM, karar aşamasında, ihale aşamasında ve sözleşme aşamasında gözetilmelidir. VfM hesaplanırken KSK'dan ihale bedeli ve risk değerinin toplamı çıkarılmakta, bulunan değer sıfırın altında ise klasik kamu alımı yapılması tavsiye edilmektedir⁷⁸¹.

İster imtiyaz niteliğinde, ister kamu alımı niteliğinde bir KÖİ projesi yapılacak olsun, idarelerin fizibilite çalışması yapması, hem ihale konusu projenin yapımı için uygun model ve yapının tercih edilmesi için yol gösterici olmakta, hem de projenin ekonomik yönden uygulanabilirliğinin ve verimliliğinin karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır⁷⁸². KÖİ projesine hazırlık aşamasında, projenin yeterliliği erken ve sistematik olarak test edilmeli, KÖİ projesinin model seçiminin nitel yeterliliği ve piyasaya genel uygunluğu incelenmelidir. İhtiyaçlar erken tanımlanmalı ve kamu otoritelerinin hedefleri net olarak ortaya

⁷⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. CHEN Chuan/ CHEN Ping/ WANG Qi, “Comparing the Efficiency of Public-Private Partnerships with the Traditional Procurement: Based on the Chengdu No: 6 Water Plant B”, **Proceedings of the Tenth International Conference on Management Science and Engineering Management**, ed. Jiuping XU/Asaf HAJIYEV/Stefan NICKEL/Mitsuo GEN, Singapore: Springer, 2017, ss. 487-501, s. 490 vd.

⁷⁸² ALYANAK Servet, **Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 222-223. Tedarik yönteminin seçilmesi aşamasında, tedarik yöntemlerinin projenin maliyeti ve riskler üzerindeki etkilerinin ortaya konulması gerekmekte olup, bu çerçevede çekirdek ve yan hizmetler belirlenmekte, VfM hesaplanmakta, özel sektörün projeyi yapıp yapamayacağına ilişkin piyasa yeterliliği ve özel sektörün projeyi yapmaya istekli olup olmaması değerlendirilmekte, önerilen tedarik yönteminde kamu yararının nasıl etkileneceğine ilişkin hususlar ele alınmaktadır. GÜNGÖR, s. 73-74.

konulmalıdır⁷⁸³. Karar alma sürecinin temelini oluşturan ve projenin yaşam döngüsünün değerlendirilmesi için merkezi bir araç olan VfM değerlendirmesi, proje değerlendirmesinin başlangıç safhalarında oluşturulur ve ihale süreci sonuçlanıp sözleşme imzalanıncaya kadar geliştirilerek kullanılır⁷⁸⁴. İhale sürecinde rekabetçi bir ortamın sağlanması, teorik olarak özel sektörün en düşük maliyetli teklifi sunmasını öngörse de, tekliflerin objektif olarak değerlendirilebileceği bir yönetime ihtiyaç bulunmakta olup, KSK'nın hesaplanması, yapılacak bir karşılaştırma için nicel bir unsur teşkil eder⁷⁸⁵.

KSK sayesinde karar vericiler, projenin başlangıcından itibaren yaşam boyu maliyetleri ortaya konulduğundan finanse edilebilirliğini değerlendirilebilmekte⁷⁸⁶, VfM yapıldığından projenin uygulanabilirliğini öngörebilmekte, risk tahsisi gibi kritik müzakere konuları daha etkin yönetilebilmekte, şeffaflığın ve ihale sürecine

⁷⁸³ KÖİ'lerin finansal yararlarının yanı sıra, hizmet kalitesinin yükselmesi, hizmete daha erken kavuşma, olumlu dışsalılık yaratılması gibi finansal olmayan etkileri de bulunmaktadır. Ayrıca, altyapı ya da hizmet yatırımlarından, hizmetten yararlananlar ve toplum için doğan tüm sosyo-çevresel menfaatler de, 'finansal olmayan menfaatler' terimiyle ifade edilmekte olup, kamu otoritelerinin bu etkiler nedeniyle KÖİ yöntemlerini tercih etmeleri söz konusu olabilmektedir. KÖİ yöntemi ile elde edilecek 'finansal olmayan menfaatler'in net değerinin geleneksel tedarik yöntemlerinden yüksek olması halinde KÖİ seçenekleri dikkate alınmalıdır. KÖİ yöntemleriyle gerçekleştirilen kamu hizmetleri ve/veya altyapı yatırımları, 'finansal olmayan menfaatler'e ilaveten kamu sektörünün finansman yetersizliğine çözüm yaratmakta ve sürdürülebilir kamu hizmetlerinin geliştirmesini desteklemektedir. ASCHIERI, s. 241, 244-246.

⁷⁸⁴ WEISS Anna Elena, "Principes Directeurs PPP Suisse Bâtiment- Préparation" **Partenariat Privé Public (PPP) Guide pratique Bâtiment avec rapport sur l'expérience du projet pilote Neumatt/BE**, Gêneve-Zurich-Bâle: Schultess, 2011, ss. 17-32, s. 19-31.

⁷⁸⁵ GÜNGÖR, s. 109.

⁷⁸⁶ KÖİ projelerinde, finansman özel sektör tarafından üstlenildiğinden kamu otoritesi başlangıçta herhangi bir harcama yapmamakta, kamu alımı tipi KÖİ modeli tercih edildiğinde kamu otoritesi tarafından yapılan ödeme yatırım harcaması olarak değil cari gider olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda KÖİ modelinde maliyetlerin geleneksel finansmana göre daha fazla olması nedeniyle kamu otoritesi tarafından harcanacak cari giderler daha yüksek olduğundan, KÖİ modelinin finanse edilebilir olması, gelecekte projeden elde edilecek gelirlerin net bugünkü değerinin proje için yapılacak faiz harcamaları ile kamu otoritesi tarafından KÖİ projesi için yapılacak faiz dışı harcamaların net bugünkü değerlerinin toplamına eşit ya da büyük olması ile mümkün olabilmektedir. ŞENER Mustafa Burak, **Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk Paylaşımı**, Ankara: TC Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 2009, s. 11.

güvenin artmasıyla ihale sürecindeki rekabet güçlendirilebilmektedir⁷⁸⁷. KSK'nın açıklık, şeffaflık ve rekabetçi bir ihale sürecine yardımcı olacak zamanda açıklanması gerekmektedir. Aksi takdirde KSK'nın açıklanması idarenin müzakere pozisyonunu zayıflatır. Dolayısıyla piyasa bilgisinin ve tecrübesinin düşük olduğu bir pazarda, yapılacak açıklamalarla pazarın bilgilendirilmesi sağlanacağından KSK verileri ile ilgili olarak yüksek düzeyde açıklama yapılabilir. Yüksek piyasa bilgisi olan ama rekabet düzeyinin düşük olduğu pazarlarda, KSK maliyetleri açıklanırsa rekabet ve/veya yenilikçilik zayıflayabileceğinden kısıtlı düzeyde açıklama yapılması gerekir. Yüksek piyasa bilgisi olan rekabetçi pazarlarda isteklilerin katılımını ve yenilikçilikleri teşvik edeceğinden KSK verileri hakkında yüksek düzeyde açıklama yapılabilir⁷⁸⁸.

2. İhale Hukuku İlkelerine Uygun Davranılması

Kamu ihaleleri, rekabet, saydamlık, eşitlik ve orantılılık gibi temel ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir⁷⁸⁹. Sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak

⁷⁸⁷ OECD, **VfM**, s. 72-73.

⁷⁸⁸ GÜNGÖR, s. 128.

⁷⁸⁹ UZ, **Kamu İhale Hukuku**, s. 191. UNECE'nin KÖİ'ler hakkındaki beşinci prensibi uyarınca "Yüklenicinin seçimi, rekabeti teşvik eden ve teklif sürecinin süresi ve maliyetini azaltma ihtiyacı ile en iyi teklifi elde etme arasındaki dengeyi sağlayan şeffaf, tarafsız ve ayrımcı olmayan bir ihale süreci sonucunda gerçekleşmelidir. Bu doğrultuda, yolsuzluk cezalandırılmalıdır." UNECE, **Guidebook**, s. 46.

6428 sayılı Yasa'nın 3/1 maddesi uyarınca "İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır."

EÖT Yönetmeliği 5/1-a maddesi uyarınca "ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak esastır."

2886 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca "ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır."

4734 sayılı Yasa'nın 5/1 maddesi uyarınca "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun

kamu harcamalarının sürekli olarak artmasıyla beraber, kamunun giderek dünya üzerindeki en büyük alıcı haline gelmesi ve hatta küresel ekonomi politikalarını yönlendirmesi, kamu ihale sistemlerinin uluslararası standart kurallarla düzenlenmesi ve kontrol edilmesi mecburiyetini doğurmuştur⁷⁹⁰. Temel ihale ilkeleri, kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelik olduğundan, idarelerin ihale yasalarına tabi olmadıkları yönündeki düzenlemeler, yasal düzenlemelerde yer alan ihale komisyonunun oluşumu, ihale ilan süresi, teminat oranları, sözleşmeye davet, yeterlilik koşulları, iş deneyim belgeleri, yaptırım içeren hükümler gibi usul hükümleri açısından geçerli olup, temel ihale ilkelerini kapsamamakta⁷⁹¹; yapılacak tüm ihalelerde, ihale ilkelerine uygun davranılması gerekmektedir.

Anayasanın 166, 168 ve 172. maddeleri dikkate alındığında rekabetin sağlanması kamu yararının sağlanması için gereklidir. İhale tamamlanıp sözleşme akdedildikten sonra rekabet önemli ölçüde sona ereceğinden, ancak ihale aşamasında rekabetin sağlanması ile nitelikli özel ortağın yüklenici olarak seçilmesi, hizmet bedellerinin ve işletme süresinin kamu yararına uygun belirlenmesi mümkün olabilecektir. Paranın karşılığının alınmasında, kaliteden ödün vermeden daha düşük teklif yapılması sağlandığı için rekabet temel etken olup⁷⁹², mal veya hizmetlerin en uygun bedelle temini, çok sayıda istekli arasında rekabet ortamının oluşturulmasıyla

şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.”

2014/23/EU sayılı Direktif’in 3. maddesinde, 2014/24/EU sayılı Direktif’in 18. maddesinde, 2014/25/EU sayılı Direktif’in 36. maddesinde ihale ilkeleri, ekonomik aktörlere ayrımcılık yapmama, eşit muamele yapma, şeffaflık (saydamlık) ve orantılılık olarak belirlenmiştir.

⁷⁹⁰ AKDOĞAN Muzaffer, “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, 2014, ss. 683-702, s. 683.

⁷⁹¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 534.

⁷⁹² ROBINSON Herbert/CARILLO Patricia/ANUMBA Chimay J./PATEL Manju, **Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships**, West Sussex- Oxford: Wiley-Blackwell, 2010, s. 55.

sağlanabilmektedir⁷⁹³. İhalelerde yolsuzluğun azaltılması ve idarenin gereksinim duyduğu mal ve hizmetleri en uygun kalite, fiyat ve koşullarda sağlaması açısından rekabet ilkesi önem taşımaktadır⁷⁹⁴. Ancak, KÖİ ile finanse edilen büyük ölçekli projelerin ihalesine sınırlı sayıda firmanın katılabilmesi, ihale süreçlerinde rekabetçi ortamın oluşmasını kısıtlamakta; bu durum da fiyatların daha yüksek seviyede oluşmasına neden olmaktadır⁷⁹⁵.

Saydamlık (aleniyet, şeffaflık) ilkesi ile kamu alımlarının teklif sahiplerine karşı açık ve tarafsız bir tavır içerisinde yürütülmesine imkân veren usullerin işletildiği, bu çerçevede tekliflerin nasıl değerlendirileceğinin açık ve anlaşılabilir şekilde belirlenmiş olduğu, başarısız teklif sahiplerinin ve menfaati olan kişilerin ihaleyi kazananın kimliği ve ihale bedeli konusunda bilgilendirildiği ve bu kişilerin ihale sürecindeki ihlallere yönelik başvurabilecekleri mekanizmaların oluşturulduğu bir sistem ifade edilmekte olup, ihale mevzuatının açık ve anlaşılabilir olması ile ihale ilanlarının herkesin haberdar olabileceği şekilde duyurulması saydamlık ilkesinin ön koşulları olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁶. Açık kurallar, ihale yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanımını düzenleyerek, hatalardan ve ticari açıdan istenmeyen durumlardan kaçınılmasını sağladığından, verimli ve etkin bir ihale gerçekleştirilmektedir⁷⁹⁷. Saydamlık ilkesi ile idarenin yapacağı sözleşmelerde hem

⁷⁹³ Danıştay İDDGK, 21.02.2007, E.2007/1024- K. 2011/260 (UYAP). İdare Mahkemesi "...ihaleye kaç istekli katılırsa rekabetin sağlanacağına dair mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, geçerli teklif sayısının birden fazla olması ve bu tekliflerden en az birinin usulüne uygun kâr oranları belirlenerek oluşturulmuş yaklaşık maliyetin altında olması halinde, rekabetin sağlandığının kabul edilmesi" gerektiğine karar vermiştir. Ankara 1. İdare Mahkemesi, 15.06.2012, E.2012/757, DOĞANYİĞİT Saadettin/GÜVENDİ İrfan, **İhale ve Sözleşme Hukuku**, Ankara: KAMEP Derneği Yayınları, 2016, s. 85-86'den naklen.

⁷⁹⁴ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 369-370.

⁷⁹⁵ ATASOY, s. 130.

⁷⁹⁶ TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 369.

⁷⁹⁷ ALYANAK, s. 107.

en yetenekli kişilerin bulunması, hem de yolsuzluk şüphe ve söylentilerinin önlenmesi ve böylece de kamunun gereksinimlerinin uygun şartlarla ve zamanında karşılanması amaçlanmaktadır⁷⁹⁸. Saydamlık ilkesi, hem kamuoyu desteğinin sağlanması hem de isteklilerin tam ve eşit bilgiyle yarışmasıyla gerçek rekabet ortamının sağlanması açısından önem arz etmektedir⁷⁹⁹.

KÖİ ihalelerinde saydamlığı ve rekabeti sağlamak adına, ihale komisyonunun belli yeterlik ölçütlerine uygun olarak oluşturulması, isteklilerin tekliflerini vermeleri için en az 30 gün gibi bir bekleme süresi tanınması, ihale ilanının sürecin her aşamasıyla ilgili ayrıntılı bilgileri içermesi, ilgililerin ihale ile ilgili sorularını yöneltebilmesi ve bu soruların bütün ilgililer nezdinde yanıtlanması, isteklilerin teklifleri ile birlikte finansal modellemelerini de sunmaları, ihale komisyonunun teklifleri yalnızca önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş ölçütler kapsamında değerlendirmesi, ihale sonucunun ve gerekçesinin ilan edilmesi, ihale üzerinde kalan istekli ile yapılan müzakerelerin saydamlık ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve imzalanan sözleşmenin yayımlanması tavsiye edilmektedir⁸⁰⁰.

Eşitlik ilkesi, aksi yöndeki tutum gerekçelendirilmediği sürece, karşılaştırılabilir pozisyonda olan istekliler arasında farklı muamelede bulunulmasını

⁷⁹⁸ GÜNDAY, s. 199. Yolsuzluğun önlenmesi ve rüşvetle mücadele, uluslararası planda da ele alınan önemli konulardan biri olup, uluslararası sözleşmelere konu edilmiştir. 1997 yılında, “rüşvetin, ticaret ve yatırım alanları dâhil olmak üzere, uluslararası ticarî işlemlerde ciddi ahlakî ve siyasi kaygılara sebep olan, kamu idaresini ve ekonomik gelişmeyi etkileyen ve uluslararası rekabet şartlarını bozan yaygın bir olgu olduğu” kabul edilerek Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi imzalanmıştır. 2006 yılında ise Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu Sözleşme’nin 9. maddesi uyarınca “*Her Taraf Devlet, hukuk sisteminin temel ilkelerine uygun olarak, diğerlerinin yanı sıra yolsuzluğun önlenmesinde de etkili olan, saydamlığa, rekabete ve karar alma sürecinde nesnellik ölçütüne dayalı uygun tedarik sistemlerini kurmak için gerekli adımları atacaktır.*”

⁷⁹⁹ YASİN, s. 47.

⁸⁰⁰ WB-PPIAF, **PPP Procurement**, s. 32-33. Benzer öneriler için bkz. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi m. 9/1.

yasaklamaktadır⁸⁰¹. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin süreçte eşitlik ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili yeterlilik ve ihalenin karara bağlanması ölçütlerinin eşitlik ilkesini temin etmek üzere objektif olarak saptanması gerekmektedir⁸⁰².

Orantılılık ilkesi, ihaleyi gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar tarafından alınan önlemlerin varılmak istenen amaç yönünden gerekli ve uygun olmasını, tekliflerin değerlendirilmesine yönelik belirlenen kriterlerin ihale konusu işle bağlantılı ve orantılı olmasını, sözleşme süresinin yapılacak yatırımın maliyetinin karşılanmasına ve yüklenici tarafından yapılan sermaye yatırımının adil bir şekilde geri dönüşüne olanak verecek bir şekilde belirlenmesini ifade etmektedir⁸⁰³. Orantılılık ilkesi ayrıca, ihaleye katılım için ve tekliflerin değerlendirilmesi yönünden isteklilerden istenen ve ihale dokümanlarında belirlenmiş olan yeterlik koşullarının, ihale konusu iş açısından aşırı ve ölçülü olmayan mesleki, teknik, ekonomik ve mali kriterler öngörmemesini⁸⁰⁴, tekliflerin değerlendirilmesinde yararlanılacak kriterlerin ihale konusu işle bağlantılı ve orantılı olmasını, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde dikkate alınacak fiyat dışı unsurların, bu unsurların ağırlıklarının ve önem sıralarının iş ile orantılı olmasını, objektif bir şekilde uygulanabilir olmasını ve ihale ilanında belirtilmesini gerektirmektedir⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Adalet Divanı'na göre, eşit muamele ilkesinin esas amacı, 18. maddede ifade edilen vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının da ötesinde kamu ihalesi alanında en iyi teklifin seçilmesini amaç edinen etkin rekabetin geliştirilmesini sağlamaya yöneliktir. Case C-243/89 Commission v Denmark ("Storebaelt"), [1993] ECR I-3353 [33] no'lu paragraf, ALYANAK, s. 98'den naklen.

⁸⁰² ALYANAK, s. 100.

⁸⁰³ ALYANAK, s. 117- 119.

⁸⁰⁴ 2014/23/EU sayılı Direktif madde 26/2; 2014/24/EU sayılı Direktif madde 19/2; 2014/25/EU sayılı Direktif madde 37/2.

⁸⁰⁵ ALYANAK, s. 117-118.

3. İhaleye Hazırlık Aşaması

İlgili idare ihale yetkisi aldıktan sonra ihale süreci başlamakta, öncelikle idare ihale ilanına çıkmak için bir hazırlık aşaması geçirmektedir. Bu aşamada ilanda yer alması gereken unsurlar belirlenmektedir⁸⁰⁶. KÖİ projelerinde idare, projenin idari ve teknik şartnameleri⁸⁰⁷, sözleşme taslağı, proje şirketinde aranan ön yeterlik ölçütleri gibi unsurları belirleyerek ihale dokümanlarını hazırlamakta⁸⁰⁸; ihale ve ön yeterlik ilanına çıkmaktadır. İlan üzerine ihaleye katılmak isteyen isteklilerin ön yeterlik değerlendirmesi ile teklif ve müzakere aşamasına geçilmektedir. Tercih edilen ihale yöntemi uyarınca ihale süreci işletilmekte, bu aşamanın sonucunda ya iş bir yükleniciye ihale edilmekte ya da ihale iptal edilmektedir. İşin ihale edilmesi halinde istekli ile sözleşme imzalanmaktadır.

Şartnameler, ihale sürecine ilişkin ve sözleşmenin icrasına ilişkin kurallar olmak üzere içerikleri bakımından farklılaşmaktadırlar. İhale sürecine ilişkin şartnameler⁸⁰⁹, isteklileri bilgilendirmeye yönelik, ihaleye kimlerin katılabileceği ve ihalenin yapılma koşulları gibi ihale sürecinde geçerli kurallardan oluşmakta olup idarenin düzenleyici işlemlerindendir. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kuralları içeren şartnameler ise, ihale sonucunda ihaleyi kazanan işletmeyi ilgilendiren kurallardan oluşmakta olup⁸¹⁰, ihale sürecinde düzenleyici işlem niteliğinde

⁸⁰⁶ 6428 Uygulama Yönetmeliği m.26/2, EÖT Yönetmeliği m. 8 ve 9, Yİ Yönetmeliği m.6 ve 8, 4734 sayılı Yasa m. 24.

⁸⁰⁷ 6428 Uygulama Yönetmeliği m.21/2, EÖT Yönetmeliği m. 15, Yİ Yönetmeliği m. 9, 4734 sayılı Yasa m. 27, 3996 Uygulama Kararı m. 8.

⁸⁰⁸ 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 9/1 ve 21/1, EÖT Yönetmeliği m. 15/1, 4734 sayılı Yasa m. 27.

⁸⁰⁹ Örneğin, 4734 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde ihale sürecine ilişkin olan idari şartnamede nelerin yer alması gerektiği düzenlenmiştir.

⁸¹⁰ İdare, sözleşmenin genel şartlarını şartnamede düzenlemekte, idarenin sahip olduğu tek taraflı yaptırım uygulanması, iptarda bulunulması, direktif verilmesi gibi kamu hizmetinin, günün ihtiyaçlarına uydurulması zorunluğuna dayanan üstün yetkiler şartnamede yer almaktadır. AZRAK, s. 526.

olmalarına rağmen, sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale dokümanları akdi bir nitelik kazanmakta ve sözleşmenin eki olarak değerlendirilmektedir⁸¹¹.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin⁸¹² belirlenmesinde esas alınacak ölçütler, her ihalede değişiklik göstereceğinden, değerlendirmede yararlanılacak ölçütlerin neler olduğunun, önem sırasının ve sayısal ağırlıklarının ihaleden önce belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme, tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesine ilişkin olup, idari şartnamede yapılmaktadır. Değerleme ölçütleri, fiyat/maliyet, finansal yeterlik, yapıma ilişkin yeterlik, işletme dönemi boyunca yeterlik gibi unsurlar olup⁸¹³, ölçütlerin değerlemedeki ağırlık oranları proje bazında değişiklik göstermektedir⁸¹⁴. KÖİ projelerinde tahmini bedelin hesaplanması, projelerin uzun süreli ve karmaşık yapısı nedeniyle zordur. Bu nedenle mevzuatımızda bedel tahmini yapılmasının zorunlu olmadığını belirten hükümler bulunmaktadır⁸¹⁵. Ancak, en uygun teklifin seçilmesi açısından işletme süresi, tarife bedeli, kira bedeli gibi esaslara göre bedel tahmini yapılması gerekmektedir⁸¹⁶.

İdare tarafından hazırlanan şartnameler ile kamu hizmetinin nasıl yürütüleceği tespit edilmekte olduğundan, şartnameler üzerinde özel hukuk kişinin

⁸¹¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 498; ZABUNOĞLU, **Cilt I**, s. 483-484; KUTLU, s. 219; UZ, **Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 89. TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşine Ait İdari Şartname, s. 2; TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşleri... Sözleşme Tasarısı, s. 2, 3.

⁸¹² 4734 m.40/2 uyarınca “ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir”.

⁸¹³ Yeterlik değerlendirmesi için öngörülen ölçütler, tekliflerin değerlendirilmesinde fiyat dışı unsur olarak öngörülememekte, aksi ihalenin değerlendirmesini baştan sakatlamaktadır. Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 21.09.2004, K. 2004/UM.Z-1242, UZ, **Kamu İhale Hukuku**, s. 313’den naklen.

⁸¹⁴ YILMAZ, s. 155.

⁸¹⁵ 3465 Uygulama Yönetmeliği m.13.

⁸¹⁶ EVREN, s. 168, dn. 168.

talebi doğrultusunda değişiklik yapılması söz konusu olmamaktadır⁸¹⁷. İdareler, ihalenin konusunu ‘teknik şartname’⁸¹⁸ yardımıyla tanımlamakta olup, yapım işi, mal ve hizmetlerin idarenin amaçladığı kullanımı karşılaması için sahip olması gereken özellikleri belirtmektedir. Teknik şartlar genellikle kalite, performans ve güvenliğe ilişkin seviyeyi, tasarım ve maliyet, işlerin, yöntemlerin veya yapım tekniklerinin test sürecini ve yöntemlerini, denetlenmesi ve kabulü ve idarenin genel veya özel düzenlemeler uyarınca öne sürebileceğı diğerk bütün teknik özelliklerle ilgili hususları içermekte olup, teknik şartname kapsamında yer alabilmektedir⁸¹⁹.

Şartnameler katılacak isteklilerin sayısından başlamak üzere, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına kadar ihale sürecinin temel ilkelere ve mevzuata uygun yürütülmesinde etkili olup, ihalelerde ortaya çıkabilecek usulsüzlüklerin temelinde şartnameler ve içerdikleri ölçütler gelmektedir⁸²⁰. İdari şartnamelerde yer alan ölçütler, ihalenin ayrımcılık yapılmadan, rekabet ortamında yapılmasını sağlamalı, getirilen ölçütler orantılılık ilkesine uygun olmalıdır. Teknik şartnamelerde ihale iş konusu için belirlenecek ölçütler, verimliliğı ve

⁸¹⁷ ÖZYÖRÜK, s. 109.

⁸¹⁸ 4734 sayılı Yasa’nın 12. maddesi uyarınca “İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliğı ve fonksiyonelliğı sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliğı sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde “veya dengi” ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir.”

⁸¹⁹ SIGMA, *Avrupa Birliğı Adalet Divanının Kamu Alımlarına İlişkin Kararlarından Seçmeler (2006-2014)*, Paris, 2014, (ABAD), s. 112.

⁸²⁰ UZ, *Kamu İhale Hukuku*, s. 227. Ülkemizde yaşanan en büyük sıkıntının ihalelerde düzenlenen hatalı şartnameler, hatalı sözleşmeler ve bunların eklerindeki tutarsızlıklar ve aksaklıklar olduğu belirtilmektedir. SARISU, *YKD*, s. 535-538.

fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmalı, idarelerin ihtiyacı belirleme⁸²¹ ve bu ihtiyacı ne şekilde gidereceği konusunda bulunan takdir yetkisi rekabeti engelleyici hususlar içermemeli, güvenilirlik göz ardı edilmemelidir⁸²².

Kurumsal kamu-özel işbirliği kurulması söz konusu olduğunda, ihale ilanında veya dokümanlarında; şirketle yapılacak sözleşmeye ve sözleşme konusu işe, sözleşmenin süresine, şirketin statüsü ve şirkete ilişkin hükümlere, ortaklık sözleşmesine, idareyle özel kişinin ve yine idareyle ortaklık arasındaki ilişkinin yürütülmesine, sözleşmelerde uyarılama yapılacak hallere yönelik konulara ilişkin bilgilerin yer alması önerilmektedir⁸²³.

⁸²¹ Şartnamelerde belirlenen ihtiyaçların açık ve belirlenebilir olması gerekmektedir. Nitekim Danıştay, “Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi ihalesi hizmet alım şartnamesinin, ‘Danışmanlık Hizmetine İlişkin Bilgiler’ başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında; ‘ihaleye ilişkin çalışmaların, idare tarafından hazırlanan ve/veya hazırlanacak olan; a. İhale şartname ve sözleşme metinleri, b. Ön proje ve fizibilite, c.Finansal model, d.İlan metinleri, e. vb taslakları incelemek, eksik olan kısımları tamamlamak ulusal ve uluslararası hukuki mevzuat, finansal gereklilik ile ilgili öneri ve görüşleri sunmak’, 2. fıkrasında, ‘potansiyel yatırımcıları bilgilendirmek ve ilgilerini mevcut proje çalışmalarına yönlendirmek amacı ile yurtiçi ve yurtdışı bilgilendirme toplantılarına katılmak, gerekli hazırlıkları yerine getirmek’, aynı maddenin, ‘Diğer çalışmalar’ başlıklı B bendinde; ‘1. İdare tarafından sağlık sektöründeki kamu-özel ortaklığı uygulamalarına ilişkin talep edilebilecek diğer konularda görüş vermek veya rapor hazırlamak, 2. Gerekli görülmesi halinde hazırlanan sözleşme, fizibilite, rapor, v.b. belgeleri revize etmek, 3. Başarılı bir kamu-özel ortaklığı için gerekli olan ve idare tarafından talep edilen diğer çalışmaları yürütmek ve/veya koordine edileceği, ayrıca; konusunda deneyimli bir Hukuk Bürosu liderliğinde, strateji danışmanı, hukuk danışmanı, finans danışmanı kişi veya firmalardan ve ihtiyaç duyulan diğer danışmanlardan oluşan bir ortak girişim ve yine ihtiyaç duyulması halinde alt danışmanların yer alacağı bir ekipten yukarıdaki hizmetlerin alınması’na yönelik düzenlemelerin yer aldığı, şartnamede satın alınmak istenilen hizmetin tanımı sırasında; ‘vb, diğer konular, diğer çalışmalar, ihtiyaç duyulması halinde’ gibi ifadelerle yer vermek suretiyle, ihaleye çıkılan işin kapsamının, sınırının, neler içerdiğinin açık bir şekilde ortaya konulmadığı, ayrıca çalışılacak ekibin kimlerden oluşacağı ihtiyaç duyulacak alt danışmanların hangi konulara ilişkin çalıştırılacağı ve yurt dışı toplantılarının hangi ülkelerde, kaç defa yapılacağı hususlarının muallak olduğu, bu durumda, alımı öngörülen hizmetin özelliklerinin açık ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde hizmet alım şartnamesinde belirtilmesi gerekmekte iken dava konusu ihaleye ilişkin işin sınırlarının ve konusunun ihale şartnamesi ile tam anlamıyla belirlenmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali” kararını onamıştır. Danıştay 13.D, 28.04.2017, E.2015/3526- K.2017/1427 (UYAP).

⁸²² Ankara 11. İdare Mahkemesi, 10.04.2015, E.2015/295, DOĞANYİĞİT/GÜVENDİ, s. 99-100’dan naklen.

⁸²³ EC, IPPP, s. 8. Ancak rekabetçi diyalog veya pazarlık usullerinden birinin uygulanacak olması halinde, bu hususların tespiti müzakere sürecine bırakılabilmektedir.

İdarenin ihaleye çıkmak için hazırladığı bir başka ihale dokümanı sözleşme taslağıdır. Sözleşme taslağında, tarafların hak ve yükümlölüklerine, risk dağılımına, hizmet standartlarına ve hedeflere, sözleşmenin uyarlanabileceğı hallere ve kapsamına, ödeme mekanizmalarına, cezalara, teminatlara, sigortalara, sözleşme süresine, sözleşmenin sona erme koşullarına ve sonuçlarına, müdahale hakkına, mücbir sebeplere, mevzuat değışikliklerinin sözleşmeye etkisine ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin hükümler yer almalıdır⁸²⁴.

İhale konusuna göre isteklilerin belli bilgi birikimlerinin, uzmanlıklarının ve ekonomik güçlerinin olması gerekmekte olup ‘yeterlik’ kavramı ile isteklilerin ihale usullerine katılım için uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesi ifade edilmektedir. Bir iş ihale edilmeden önce ön yeterlik incelemesi yapılmaktadır. İhale dokümanları içerisinde yer alan bir diğer belge bu kapsamda ön yeterlik ilanı⁸²⁵ ve ön yeterlik ölçütleridir⁸²⁶. Ön yeterlik ilanında, proje hakkında temel bilgiler, proje kapsamında sunulacak hizmetler, imzalanacak sözleşmenin temel esasları, başvuru için son tarih, gerekli belge ve bilgilerin edinilme yer ve usulleri, ön yeterlik kriterleri ve kriterlerin hesaplamada uygulanacak ağırlıkları, adayların konsorsiyum

⁸²⁴ EPEC, **TEN-Transport**, s. 52. Sözleşmede yer alması gereken asgari hususlar yasal düzenlemelerde sayma yoluyla belirlenmiştir. Örneğın 6428 Uygulama Yönetmeliğı m. 49, EÖT Yönetmeliğı m. 31, 3996 Uygulama Kararı m. 18. Sözleşmelerin içeriğıne ilişkin inceleme için bkz. Üçüncü Bölüm, II.

⁸²⁵ 6428 Uygulama Yönetmeliğı m. 27/2, EÖT Yönetmeliğı m. 17/3, 4734 sayılı Yasa m. 25.

⁸²⁶ Ön yeterlik ölçütleri, ihale konusuna göre idarelerce belirlenmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre de, “Kamu ihalelerinde uygulanacak usul ve esasların kanunla belirleneceğıne ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır... idare tarafından tespit edilmesi öngörölen ve isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterleri, teknik ayrıntıları içeren ve uzmanlık gerektiren hususlar olup bunların ayrıntılı bir şekilde mutlaka kanunda yer alması imkânının bulunmadığı da açıktır.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

kurup kuramayacakları, ön yeterlik başvurusunun değerlendirme yöntemi ile ihalenin zaman çizelgesinin bulunması tavsiye edilmektedir⁸²⁷.

Ön yeterlik aşamasında teklifler değil teklif sahipleri incelenmektedir. Bu kapsamda isteklilerin daha önce proje konusuna benzer işlerde faaliyette bulunup bulunmadıkları⁸²⁸ ile ekipman, personel ve gerekli diğer tesisata sahip olup olmadıkları (mesleki ve teknik yeterlik); hukuki açıdan şirketlerin işi yapabilecek durumda olup olmadıkları (hukuki yeterlik); ve projeyi gerçekleştirmeye yetecek, projenin tahmini bedelinin belli bir oranında öz sermayesinin bulunup bulunmadığı (mali yeterlik) gibi hususlar incelenmektedir⁸²⁹. Hukuki yeterlik ölçütleri kapsamında incelenen hususlar, şirketin vergi ya da sosyal sigortalar borcu olup olmadığı, iflas edip etmediği, tasfiye halinde olup olmadığı, şirkete kayyum atanıp atanmadığı, yöneticilerinin çeşitli suçlar yüzünden hüküm giyip giymedikleri gibi adayın iş yapabilir olup olmadığına ilişkin durumları içermesi önerilmektedir⁸³⁰.

Kamu hizmetlerinin devri söz konusu olduğunda, günümüzde, sübjektif ölçütlerin kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. İhaleye katılan isteklilerin başka idarelerle yapmış oldukları sözleşmelerde kötü ifada bulunmuş olmaları ya da yürütülecek olan kamu hizmetini sunmak için yeterliliğe sahip olmamaları gibi nedenlerle ihale dışı bırakılmalarının, yeni bir tür *intuitu personae* uygulamasını

⁸²⁷ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 8; EPEC, **TEN-Transport**, s. 62; EFCA, **Award Procedures for Public-Private Partnerships (PPPs) for Project Delivery**, 2006, s. 17; UNESCAP, **A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure**, Bangkok: UNESCAP, 2011, **(Guidebook)**, s. 67. Örneğin 6428 Uygulama Yönetmeliği, m. 27.

⁸²⁸ Adayların geçmişte benzer projelerde yer alıp almadıklarının ihale kriteri olarak belirlenmesi, esasında proje için optimal olabilecek yeni şirketlerin projelere dâhil olması önünde engel teşkil edebilmektedir. RACCA Gabriella M./PERIN Roberto Cavallo, “*Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption*”, EPPPL, 4/2013, ss. 279-293, s. 281.

⁸²⁹ 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 9, EÖT Yönetmeliği m.10, Yİ Yönetmeliği m. 11, 4734 sayılı Yasa m. 10, 3996 Uygulama Kararı m. 7; 2886 sayılı Yasa m. 16.

⁸³⁰ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 71, dn. 5; örneğin 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 9.

andırdığı ancak verilen kararların şeffaflık ve iyi yönetim ilkelerine uygun olması gerektiği kabul edilmektedir⁸³¹.

Ön yeterlik aşamasında beklenen özelliklerin ihale konusu proje ile orantılı ve gerekli olması önem arz etmektedir. Orantısız yeterlik koşulları, ihaleye katılabilecek aday sayısının düşmesine neden olup, dolaylı olarak gerekli ve yeterli rekabet ortamının sağlanmasına engel olabilmektedir. Bu durum da, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin bulunmasını engelleyebilmekte ve en etkin ihale işleminin yapılmamasına neden olabilmekte, bir başka deyişle kamu yararının sağlanmaması sonucunu doğurabilmektedir.

Ön yeterlik değerlendirmesi yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa hangi yöntemle yapılacağı yasal düzenlemelerde yer almaktadır⁸³². Ön yeterlik değerlendirmesi iki temel yöntemden biri ile yapılmaktadır. Bu yöntemlerden biri ön yeterlik kriterlerini sağlayan bütün adayların ihalede istekli olarak teklif verebilmesi⁸³³; diğeri ise belirli sayıda isteklinin, teklif vermeye yeterlik kriterlerini karşılama oranlarına göre davet edilmeleridir⁸³⁴.

⁸³¹ LICHÈRE François, “La passation des concessions”, AJDA, No: 18, 2016, ss.1000-1007, (Concessions) s. 1007.

⁸³² Örneğin 3996 Uygulama Kararı’nın 9. maddesi uyarınca idare ön yeterlik değerlendirmesi yapmakta serbesttir. 6428 Uygulama Yönetmeliği m.3/6 ve 3/7 uyarınca ön yeterlik değerlendirmesi yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Düzenlemelerden, ön yeterlik değerlendirmesinin ihale komisyonunca yapılacağı sonucuna ulaşılmaktadır. EÖT Yönetmeliği’nin 17. maddesi uyarınca ise ihalelerde istekliler arasında ön yeterlik değerlendirmesi yapılması esastır. Bakanlıkça, her ihale için bir ön yeterlik komisyonu kurulur. İsteklilerde işin gereği aranacak yeterlik kriterleri, işin niteliğine göre ve rekabeti engellemeyecek şekilde, Bakanlıkça belirlenir.

⁸³³ 6428 Uygulama Yönetmeliği’nin 3/6 maddesi uyarınca “isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenmek ve uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale sonuçlandırılır.” Bu olasılıkta ön yeterlik kriteri, teklif ile birlikte incelenerek karar verilmektedir.

⁸³⁴ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 163.

Ön yeterlik aşamasından sonra teklif aşaması söz konusu olmaktadır. İhalelerde teklifler tek aşamalı veya çok aşamalı verilebilmektedir. İdarenin, ihtiyaçlarını yeterince belirleyebildiği hâllerde, isteklilerden ihaleye ilişkin mali ve teknik hükümleri içeren tekliflerini vermeleri istenir ve bu tekliflere göre seçim yapılır⁸³⁵. İhtiyaçların yeterince belirlenemediği hâllerde ise çok aşamalı teklif söz konusu olmaktadır. Çok aşamalı tekliflerde, ilk aşamada istekliler idarenin ihale ilanında ortaya koyduğu ihtiyaçlarına, istediği hizmet standartlarına yönelik çözüm önerilerini sunmakta; idare sunulan tekliflere göre sözleşme tasarısında ve projenin teknik özelliklerinde uyarlama yapmakta, gerekli görürse isteklilerle görüşmeler yapmakta ve projeye son halini vererek isteklilerden mali hükümleri içeren son tekliflerini vermelerini istemektedir⁸³⁶.

4. İhale Yöntemleri

İhale yöntemi, ihale komisyonunun, ihale konusu işi belli bir istekli üzerinde bırakmak için takip ettiği usuldür. İhale sürecinde, idarenin ön hazırlık aşamasında yaptığı analizler sonucu işin ihale edilmesine karar vermesi ve yetki alması üzerine ihale ilanına çıkılmakta, ilan üzerine teklif veren isteklilerin katıldığı bir ihale gerçekleştirilmektedir. İhaleyi yürütmek için bir ihale komisyonu kurulmakta, komisyon, belirlenen ihale usulü uyarınca ihaleyi sonuçlandırmaktadır.

İhale, idarenin özel sektörle sözleşmesel ilişkiye girmek için takip etmesi gereken usul olduğundan ve kamu otoritelerinin sözleşme iradelerini oluşturmak için

⁸³⁵ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 163.

⁸³⁶ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. xiv-xv, 75-76; WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 163.

ihale sürecini takip etmeleri kural olarak zorunlu olduğundan, ihale klasik kamu alımlarının yapılmasından kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ve idarelerin diğer işlerine kadar pek çok alanda uygulanmaktadır. Hukukumuzda 2886 sayılı Yasa “*genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri*” bakımından uygulama alanı bulurken 4734 sayılı Yasa, “*mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri*” için kullanılmaktadır. Ülkemizde ihalelere ilişkin 2886 sayılı Yasa ve 4734 sayılı Yasa genel yasal düzenleme olma niteliğini taşımakta olup, yasal düzenlemelerle bu yasaların dışına çıkarılan işler⁸³⁷, ilgili yasalardaki ihale düzenlemelerine uygun olarak yürütülmektedir. Kamu-özel işbirliklerine yönelik olarak, ilgili yasal düzenlemelerde izlenecek ihale yöntemleri ve bu yöntemlerin uygulanacağı haller⁸³⁸ belirlenmektedir⁸³⁹.

⁸³⁷ “4734 sayılı Kanun, kamunun mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları amacıyla çıkarılmıştır.

“Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

...

“Dava konusu kuralla, YİD projelerinin yüksek maddi kaynak veya ileri teknoloji gerektirmesi ve uluslararası boyutunun bulunması dolayısıyla uzun bir hazırlık sürecini de beraberinde getirmesi, bu projelerin hazırlanması ve yürütülmesi safhasındaki müşavirlik hizmeti alımının Kamu İhale Kanunu’ndan muaf tutularak sürecin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaştırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

“Esas ve usulleri 3996 sayılı Kanun ve bu Kanun’un verdiği yetkiyle çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan YİD modeli ile yapılacak projelerin yapım ve işletme sürelerinde alınacak müşavirlik hizmetinin, ihale ve yapım sürecinin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaştırılması amacıyla 4734 sayılı Kanun’a tabi olunmadan, esas ve usulleri ilgili bakanlıklar tarafından belirlenmesi suretiyle alınmasında kamu yararı dışında bir amacın bulunduğu söylenemez.” Anayasa Mahkemesi, 09.05.2013, E.2011/42- K.2013/60. **RG**; 25.07.2014, sayı: 29071.

⁸³⁸ “İhale usulleri, kamu idarelerinin satacağı mal ya da göndereceği işlerde rekabet koşulları içinde en uygun teklifin oluşmasını gerçekleştirecek yöntemlerdir. Bu nedenle Yasa’da yalnız yöntem türlerinin belirlenmesi değil, durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanması gerekir. İhale komisyonlarının hiçbir etki altında kalmadan çalışabilecekleri ortamın sağlanması da doğabilecek kimi sakıncaları ortadan kaldırır.” Anayasa Mahkemesi, 09.04.1997, E.1997/35-K.1997/45. **RG**; 08.08.1997, sayı: 23074.

Kamu-özel işbirliklerinin ihale usulünün genellikle klasik kamu alımlarından farklılık gösterdiği belirtilmektedir. Bu farklılığın nedenleri olarak, KÖİ projelerinde klasik kamu alımlarının aksine çıktı odaklı hareket edilmesi, fiyat odaklı tekliften ziyade ekonomik açıdan en avantajlı teklife işin ihale edilmesi, klasik kamu alımlarında standart risk dağılımı olmasına, performans gelişiminin (işletme yönetimi) önemli rol oynamamasına ve finansman şeklinin kararda etkili olmamasına rağmen KÖİ ihalelerinde bu unsurların kararın alınmasında etkili olması gösterilmektedir⁸⁴⁰.

Bir projenin gerçekleştirilmesinde hangi ihale usulünün en uygun usul olduğuna ilişkin bir kesinlik bulunmayıp, en önemli hususun ihaleye katılan istekli sayısını mümkün olduğunca arttırması olduğu belirtilmektedir⁸⁴¹.

⁸³⁹ 2886 sayılı Yasa uyarınca (m.35) ihale yöntemleri, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür.

351 sayılı Yasa uyarınca yapılacak KÖİ projelerinde, Yasa'nın 20/12 maddesi uyarınca 4734 sayılı Yasa'da belirtilen ihale usullerinden biri uygulanır.

3465 sayılı Yasa uyarınca yapılacak görevlendirmelerde, Uygulama Yönetmeliği'nin 35/1 maddesi uyarınca belli istekliler arasında kapalı teklif usulü veya pazarlık usulü uygulanır.

4734 sayılı Yasa uyarınca (m.18) açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü uygulanabilmekte; 22. madde uyarınca kimi hâllerde doğrudan temin yoluna gidilebilmektedir.

5335 sayılı Yasa uyarınca (m.33/5) yapılan kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi ihalelerinde pazarlık usulü veya açık artırma usulü uygulanmaktadır.

6428 sayılı Yasa'nın 3/5 maddesi uyarınca açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden biri uygulanır.

3996 Uygulama kararı uyarınca (m.12/1), YİD projelerinde tüm istekliler arasında kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü veya pazarlık usulü uygulanır.

EÖT Yönetmeliği uyarınca (m.19/1) projeler, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan kiralama usulü ile yapılabilir.

Nükleer Güç Yönetmeliği'ne göre (m.11/1), yarışma kapalı teklif usulü ile yapılır.

Yİ Yönetmeliği uyarınca (m.16/1), Yİ projelerinde kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü veya pazarlık usulü uygulanır.

⁸⁴⁰ DELMON, PPP, s. Introduction to PPPs 6.

⁸⁴¹ OECD, **Concessions**, s.16. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması, kamu yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla, mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağını belirlemesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale

Genel olarak uygulanan ihale yöntemleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür.

a. Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale yöntemidir⁸⁴².

Açık ihale usulü, tekliflerin verilme şekline göre açık teklif usulü ve kapalı teklif usulü olarak farklılaşmaktadır. Açık teklif usulünde, istekliler tekliflerini ihale komisyonuna sözlü olarak sunarken, kapalı teklif usulünde ise tekliflerin yazılı olarak verilmesi söz konusu olmaktadır.

KÖİ projelerinin karmaşıklığı ve ölçeğinin büyüklüğü nedeniyle açık ihale usulünün KÖİ projelerine uygun olmadığı ifade edilmektedir⁸⁴³.

b. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür⁸⁴⁴.

Belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması halinde, ihaleye genellikle en az üç isteklinin katılması gerektiği kabul edilmekte, daha az sayıda

usulleri belirleyebilir”. Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

⁸⁴² 6428 sayılı Yasa m.3/6, 4734 sayılı Yasa m. 4 ve 19, EÖT Yönetmeliği m. 20.

⁸⁴³ EC, **Guideline**, s. 46.

⁸⁴⁴ 6428 sayılı Yasa m. 3/7, 4734 sayılı Yasa m. 4 ve 20/1, EÖT Yönetmeliği m. 21, Yİ Yönetmeliği m. 18, 3465 Uygulama Yönetmeliği m. 36.

isteklinin katılacak olması halinde ya ayrıca karar alınması gerekmekte⁸⁴⁵ ya da ihalenin iptal edilmesi⁸⁴⁶ söz konusu olabilmektedir.

Hukukumuzda genel olarak, belli istekliler arasında ihale usulünün kabul edildiği alanlarda, bu usulün kullanılması bir ön şarta bağlanmamış olmakla birlikte, yalnızca 4734 sayılı Yasa uyarınca şarta bağlı olarak kullanılması mümkündür⁸⁴⁷.

c. Pazarlık (Müzakere) Usulü

Pazarlık usulü, sürekli değişen teknoloji gibi nedenlerle, idarenin ihtiyaçlarını karşılayacak en iyi çözümün ne olduğuna karar veremediği ve bu sebeple de isteklilerle görüşme yapılması gereken karmaşık sözleşmelerde gündeme gelmektedir⁸⁴⁸. KÖİ sözleşmelerinin ihalesi için müzakere usulünün kullanılması durumunda, esneklik nedeniyle istekliler açısından, ihale ilkelerine uygun davranılıp davranılmadığı açıkça doğrulanabilir olmadığı için şeffaflık azalmaktadır. Bu nedenle pazarlık usulünün kullanılmasını haklı çıkaran nedenlerin dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴⁹.

AB uygulamasında pazarlık usulünün, imzalanacak KÖİ sözleşmesinin karmaşık, yenilikçi veya birçok belirsizlik içermesi durumunda; işin veya riskin doğası gereği genel fiyatlandırmaya olanak vermemesi halinde kullanılabileceği

⁸⁴⁵ 3465 Uygulama Yönetmeliği'nin 36/3 maddesi uyarınca "Zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır."

⁸⁴⁶ EÖT Yönetmeliği'nin 21/2 maddesi uyarınca "İhaleye en az üç veya daha fazla istekli davet edilmesine rağmen ikiden az teklif sunulması durumunda ihale iptal edilir."

⁸⁴⁷ 4734 sayılı Yasa'nın 20/1 maddesi uyarınca "yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir."

⁸⁴⁸ EC, **Guideline**, s. 46.

⁸⁴⁹ Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 41.

kabul edilmektedir⁸⁵⁰. Hukukumuzda pazarlık usulünden, nükleer güç haricinde bütün düzenlemelere göre yapılan ihalelerde yararlanılabilmektedir. Pazarlık usulünün uygulamasının en sınırlı olduğu alan yap-işlet-devret uygulamaları⁸⁵¹ ve karayolları⁸⁵² iken, eğitim-öğretim tesislerine ilişkin ihalelerde⁸⁵³ bu usulden daha fazla alanda yararlanılması söz konusu olabilmektedir. 6428 sayılı Yasa'da⁸⁵⁴ ve 4734 sayılı Yasa'da⁸⁵⁵ pazarlık usulünün uygulanabileceği durumlar yaygınlaşmıştır. Pazarlık usulüne ilişkin en kapsamlı düzenleme 2886 sayılı Yasa'da (m. 51) yer almaktadır. Bütün düzenlemelerde ortak olan husus, diğer ihale yöntemleri ile işin ihale edilememiş olması durumunda pazarlık usulünün kullanılabilecek olmasıdır.

⁸⁵⁰ EC, Green Paper, s. 9.

⁸⁵¹ 3996 Uygulama Kararı'nın 15. maddesi uyarınca pazarlık usulü *"tüm istekliler arasında kapalı teklif usulü veya belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile görevlendirme yapılamaması durumunda"* uygulanır.

⁸⁵² 3465 Uygulama Yönetmeliği'nin 45. maddesi uyarınca, *"Belli sermaye şirketleri arasında istekli çıkmadığı veya teklifin komisyonca uygun görülmediği durumlarda yeniden aynı usülle görevlendirme cihetine gidilir veya kamu yararı görüldüğü takdirde, iş pazarlıkla yaptırılır."*

⁸⁵³ EÖT Yönetmeliği'nin 22. maddesi uyarınca pazarlık usulünden, açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması halinde; doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda; ihale konusu eğitim öğretim tesisinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediğinde; idarenin herhangi bir ödemede bulunmaması şartıyla, Hazineye ait birden fazla taşınmazda üst hakkı verilerek bir kısmı kendisi tarafından diğer kısmı yüklenici tarafından işletilecek ve süresi sonunda mülkiyeti idareye ait olacak, öngörülen toplam sabit yatırım tutarı onmilyon TL'nin altında kalan bir ve/veya birden fazla eğitim öğretim tesisi yapım işi veya yapım-yenileme grubu söz konusu olduğunda; öngörülen maliyeti beşmilyon TL'nin altında kalan yenileme işlerinin gerçekleştirilmesinde; ve öngörülen maliyeti yediyüzellibin TL'nin altında kalan danışmanlık işlerinde yararlanılmaktadır.

⁸⁵⁴ 6428 sayılı Yasa'nın 3/8 fıkrası uyarınca pazarlık usulü, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması; doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi; ve idarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan işlerin söz konusu olması halinde uygulanabilmektedir.

⁸⁵⁵ 4734 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde pazarlık usulü *"bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul"* olarak tanımlanmıştır. Yasa'nın 21. maddesi uyarınca ise pazarlık usulü, 6428 sayılı Yasa'nın 3/8 maddesinde düzenlenen hallere ek olarak savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması; ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması hallerinde de uygulanabilmektedir.

d. Diğer İhale Usulleri

AB düzenlemelerinde yer almakla beraber, hukukumuzda henüz düzenlenmemiş ihale yöntemleri de bulunmaktadır. Bu yöntemlerin başlıcasını rekabetçi diyalog usulü oluşturmaktadır. Ayrıca, son İhale Direktifleri ile pazarlıklı rekabet usulü (*competitive procedure with negotiation*) ve yenilikçi işbirliği usulü (*innovative partnership*) de kabul edilmiştir.

Rekabetçi diyalog usulü kamu idaresinin proje için gerekli teknik araçları belirleyemediği ya da finansal veya hukuki yapıyı oluşturamadığı özel karmaşık sözleşmelerde kullanılabilmektedir. Karmaşıklığın idare açısından subjektif değil, objektif olarak projeye yönelik olması ve bunun ortaya konulması gerekmektedir⁸⁵⁶. Rekabetçi diyalog usulü ile gerçekleştirilen KÖİ projelerinde yaygın uygulama, projenin teknik, finansal, ekonomik, hukuki, çevresel, sosyal ve kurumsal yapılabirliklerini analiz eden ve risk değerlendirmelerini de içeren kapsamlı bir fizibilite ve ön planlama çalışması yapılmasıdır⁸⁵⁷.

Rekabetçi diyalog usulünde idare, isteklilerle müzakereler yaparak proje için en uygun çözümü bulmakta, uygun yolun bulunmasının ardından isteklilerden son tekliflerini sunmalarını istemektedir. Rekabetçi diyalog usulü, istekliler için oldukça

⁸⁵⁶ Teknik nitelikli karmaşıklık durumu; idarenin ya gereksinim duyulan teknik araçları belirleyememesi ya da birçok teknik alternatif arasından hangisinin gereksinimi en iyi şekilde karşılayacağına karar verememesidir. Yasal ve mali karmaşıklık ise; idarelerin “mali riskin” istekliler tarafından üstlenilmeye hazır olup olunmadığını öngörememeleri nedeniyle sözleşmenin kamu alımı niteliği mi yoksa imtiyaz niteliği mi taşıyacağını kestirememesi ya da isteklilerin ücretlendirme önerileriyle birlikte teklif vermeleri gibi durumlarda söz konusu olmaktadır. EC, Explanatory Note-Competitive Dialogue-Classic Directive, corresponding CC/2005/04, s. 2-3. Entegre ulaşım altyapı projeleri, büyük bilgisayar ağları gibi projeler teknik yönden karmaşık addedilebilirken, mali ve/veya yasal açılardan projeyle ilgili koşulların baştan belirlenemediği projeler de mali ve hukuki yönden karmaşık addedilebilmektedir. ALYANAK, s. 221.

⁸⁵⁷ ALYANAK, s. 222

maliyetli olduğundan, ihaleye katılanların sayısının ve rekabetin azalmasına neden olabilmektedir⁸⁵⁸.

2014/24/EU sayılı Direktif'in 26/4 maddesi uyarınca, rekabetçi diyalog usulüne başvurulması için ihale konusunun niteliği veya karmaşıklığı ya da ihale konusu projenin mali ve hukuki yönlerinin veya buna bağlı risklerin tam ve açık bir şekilde isteklilerle görüşülmeden sonuçlandırılmaması gerekmektedir. Bu usule ancak istisnai durumlarda başvurulabilmektedir ve başvuru için gerekli koşullar dar yorumlanmaktadır; bu nedenle idarelerin bu usule başvurma açısından geniş bir takdir haklarının olmadığı kabul edilmektedir⁸⁵⁹.

AB'de 2014/24/EU ve 2014/25/EU sayılı Direktifler ile iki yeni ihale usulü düzenlenmiştir. Bunlar ihale ilanına cevap veren ve ilk tekliflerini vermeleri için davet edilen isteklilerle idare arasında son tekliflerin verilmesinden önce görüşme yapılabilmesine imkân tanıyan pazarlıklı rekabet usulü modeli ve projeye ilişkin çözümlerin henüz piyasada hazır bulunmadığı hâllerde uygulanabilecek olan yenilikçi işbirliği modelidir. Yenilikçi işbirliği modelinde, sözleşmecî idarenin kalite ve yaşam-maliyet döngüsü açısından daha iyi bir sözleşme imzalaması, ayrıca çevresel ve sosyal etkiler ile standartları yükseltmesi beklenmektedir⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ EC, Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, SEC 2005/629, 2005, s. 9.

⁸⁵⁹ ALYANAK, s. 221.

⁸⁶⁰ ANDRECKA, s. 248.

5. İhalenin Sonuçlandırılması

Kamu ihalelerinde irade uyuşumu, özel kişinin idarenin hazırladığı sözleşme koşullarını olduğu gibi kabul ederek en uygun teklifi vermesi ile oluşmakta, bu uyuşmada öncelikle kamu yararının gözetilmesi gerekmektedir⁸⁶¹. En uygun teklif, mali açıdan en düşük ya da en yüksek teklif anlamında kullanılabilirdiği gibi, ekonomik açıdan en avantajlı teklif anlamında da kullanılabilir. En uygun teklifi belirleyerek ihaleyi sonuçlandırmak idarenin yetkisinde bulunmaktadır.

İdareye verilmiş olan yetki, nedenlerde ve sonuçta seçim ve değerlendirme yapabilme olanağını taşıdığına idarenin takdir yetkisi söz konusu olmaktadır⁸⁶². İhalenin bedel esaslı eksiltme veya arttırma yöntemiyle yapılması halinde idareler en düşük veya en yüksek teklifi veren istekliye projeyi ihale etmek durumunda olduklarından bağlı yetki içerisindedirler⁸⁶³. Ancak, KÖİ projelerinin bir istekli üzerinde bırakılması için aranan ekonomik açıdan en avantajlı teklif⁸⁶⁴, paranın karşılığının alınmasını ifade etmekte olup, bedel ile karşılığında elde edilen

⁸⁶¹ KUTLU, s. 175-178.

⁸⁶² KARAHAÑOĞULLARI, **Yasalık ve İdari İşlemler**, s. 497. Anayasa Mahkemesi'ne göre "İdareye, yapacağı işlem ve eylemlerde sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin tanınması, kamu hizmetlerinin eksiksiz ve kesintisiz olarak sunulması için gereklidir. İdarenin bütün işlem ve eylemlerinin nihai amacı kamu yararı olduğundan idareye takdir yetkisi tanınmasının nedenlerinden biri de kamu yararını gerçekleştirme amacıdır. Diğer bir ifadeyle kamu yararını gerçekleştirme adına idareye, sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin verilmesi toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanabilmesi için kaçınılmaz bir gerekliliktir." Anayasa Mahkemesi, 06.02.2013, E.2011/123- K.2013/26. **RG**; 31.12.2013, sayı: 28868.

⁸⁶³ KUTLU, s. 46. Kamu kaynaklarının verimli kullanılması ve paranın karşılığının alınması anlayışı içerisinde ihaleye ilişkin düzenlemelerde en düşük fiyatın değil, işin yapılabilirlik değerine karşılık gelen fiyatın kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir. ÖZKAN, **Temel İlkeler**, s. 215. Bu nedenle ihalelerde verilen aşırı düşük teklifler ihale dışında bırakılabilmektedir.

⁸⁶⁴ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 40/2 maddesi uyarınca "ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir."

6428 sayılı Yasa m.3/4 ve EÖT Yönetmeliği m.5/1-b uyarınca "İhalelerde, proje bazında işin niteliğine göre en az maliyetle en yüksek fayda sağlayan teklif, ekonomik açıdan en avantajlı teklif kabul edilir."

Yİ Yönetmeliği'nin 3. maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif "bedel, nitelik ve diğer şartlar yönünden değerlendirilerek tercih edilen teklif" olarak tanımlanmıştır.

değerlerin karşılaştırmasını içermektedir. İhalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklif için yapılması durumunda, fiyat dışında unsurlar da etkili olduğundan, idarelerin takdir yetkisi artmaktadır⁸⁶⁵.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, en düşük teklifi kabul etmek anlamına gelmemekte olup, belirlenmesinde dikkate alınacak fiyat dışında unsurların neler olacağının baştan açıklanması gerekmektedir⁸⁶⁶. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, çevresel, sosyal ya da yenilik ölçütleri gibi ayrımcı olmayan bazı ölçütler ile kamu hizmetinin devri söz konusu olduğunda sunulacak hizmetin kalitesi⁸⁶⁷, başlangıç yatırımı, ileride yapılacak bakım ve onarım masrafları ile genel güvenilirlik ve esneklik gibi unsurlar⁸⁶⁸, en düşük hizmet bedelinin önerilmesi, en az devlet yardımının talep edilmesi, idareye en yüksek bedeli ödemenin taahhüt edilmesi⁸⁶⁹, en kısa işletme süresinin teklif edilmesi, en iyi işletme performansının

⁸⁶⁵ Danıştay'a göre, idarenin takdir yetkisini, "hizmeti gördüreceği kişiyi seçerken kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön planda tutarak kullanması" gerekmektedir. Danıştay İDDK, 07.05.1999, YD İtiraz no: 1999/226. GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 517-518, dn. 472'den naklen.

⁸⁶⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 40/2 maddesi uyarınca "... Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir."

Kamu İhale Genel Tebliği'nin m.53/3 maddesi uyarınca "ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre belirlenebileceği gibi fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınarak belirlenebilmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin hangi yöntem kullanılarak belirlenebileceği hususu tamamen idarenin takdirinde olup fiyat dışı unsurlar kullanılarak belirlenmesi durumunda aşağıdaki esaslara uyulması gerekmektedir:

53.3.2. Fiyat dışı unsurların, Kanunun 5 inci maddesinde belirtilen ilkelere hâlel getirmeyecek bir biçimde idari şartnamede açık ve net olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

53.3.3. İdari şartnamede fiyat dışı unsur olarak belirlenen hususların parasal değerlerinin veya nispi ağırlıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

53.3.4. Fiyat dışı unsur olarak yalnızca niceliksel unsurların belirlenmesi zorunlu olmayıp bu kapsamda niteliksel belirlemeler de yapılabilir. Bu bağlamda, ihale konusu işin beklenen kaliteye uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik parametreler, kamuya karşı yükleniminde bulunan işlerin miktarı veya tutarı bakımından kapasite durumu ya da ihale konusu işi oluşturan bileşenler itibariyle isteklinin teklifi ile yaklaşık maliyet yapısının birbiri ile uyumu gibi hususlar fiyat dışı unsur olarak belirlenebilecektir."

⁸⁶⁷ LICHÈRE, *Concessions*, s. 1002.

⁸⁶⁸ CALLEJA, *PPP*, s. 102

⁸⁶⁹ 3465 Uygulama Yönetmeliği m. 30/1.

teklif edilmesi, en az maliyetle hizmetlerin üretilmesinin teklif edilmesi, yapım aşamasının en kısa sürede tamamlanmasının teklif edilmesi, çevrenin korunması için alınacak önlemler, teklifin sosyal ve ekonomik gelişmeye katkısı, tasarım, yapım, yıllık işletme ve bakım masraflarının miktarı, önerilen finansmanın sağlamlığı, tesislerin yapılacağı arazinin kim tarafından ve nasıl temin edileceği gibi ölçütler⁸⁷⁰ dikkate alınmaktadır. KÖİ projelerinde fiyat dışı unsurlarda mümkün olduğunca esnek davranılması gerekmeyle birlikte, bunların parasal değer olarak ifade edilmesi, parasal olarak nitelendirilemeyenlerin ise, nispi ağırlıklarının, hesaplama ve değerlendirmelerine ilişkin usullerin açıklanması ve objektif değerlendirmeye esas olabilecek özellikte olması gerekmektedir⁸⁷¹.

Kamu-özel işbirliği ihalelerinde tercih edilen ihale yöntemi uyarınca isteklilerin tekliflerinin alınmasının ardından teklifler değerlendirilmekte ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli belirlenmektedir. Ardından, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli ile pazarlık aşamasına geçilmekte, iş pazarlık sonucunda ya istekliye ihale edilebilmekte, isteklinin pazarlık aşamasında fiyatını revize etmemesi halinde ikinci teklif sahibi istekli ile de pazarlık yapılarak iş ihale edilebilmektedir⁸⁷². Ayrıca, idare teklif edilen fiyatı fizibilitesine uygun bulmazsa ihaleyi iptal etme yetkisine da sahiptir.

⁸⁷⁰ EPEC, **The Guide to Guidance How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects**, s.23; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. xv.

⁸⁷¹ KEŞLİ, s. 167.

⁸⁷² Belli istekliler arasında yapılan bir ihalede, açık eksiltme sonucunda en düşük teklif sahibi olan istekliden revize fiyat istenmesi ve bu fiyat üzerinden isteklinin verdiği teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesi hukuka uygun bulunmuştur. Danıştay 13.D, 06.06.2017, E.2012/878- K.2017/1827. İhale sürecine ilişkin açılan benzer bir davada Danıştay, açık eksiltme sonucunda en avantajlı teklif sahibi olan isteklinin pazarlık görüşmelerinde fiyatı revize etmemesi üzerine ikinci en avantajlı teklif sahibi istekli ile pazarlık görüşmeleri yapılarak ihalenin sonuçlandırılmasını da hukuka uygun bulmuştur. Danıştay 13.D, 23.05.2017, E.2012/2330-K.2017/1605 (UYAP).

İdarenin bütün teklifleri aldıktan sonra ihaleyi iptal etmesi halinde, teklifleri isteklilere iade etmesi ve isteklilerin masraflarını karşılaması gerektiği savunulmaktadır⁸⁷³. Ancak bu görüşün istisnasız kabulü, yetersiz tekliflerin yer aldığı bir ihalede, idareyi tekliflerden birini kabule zorlayacaktır. Dolayısıyla, hukuken geçerli bir neden olmaksızın ihalenin iptali halinde idarenin isteklilerin masraflarını ödemesi gerekeceği yönünde bir kısıtlama getirmek daha sağlıklı olacaktır. İdarenin ihaleyi iptal etmesi takdir yetkisi kapsamında yer almakta olup, takdir yetkisinin kamu yararına kullanılması gerekmektedir. Haklı bir hukuki sebep yokken ihalenin iptal edilmesinde kamu yararı bulunmayacağından, işlem hukuka aykırı olacak ve Anayasa'nın 125/son fıkrasında yer alan *"İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür"* hükmü uyarınca bu işlemde doğan zararların tazmin edilmesi gerekecektir⁸⁷⁴.

İhalenin bir istekli üzerinde bırakılmasında iki temel yöntem bulunmakta; ya önce teklifler ön yeterlik koşulları açısından incelenmekte ve yeterli olan teklifler içerisinde mali olarak en iyi hükümlere sahip olana proje ihale edilmekte; ya da ön yeterlik koşulları ile mali teklifler sayısal ağırlıklar verilerek bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Tekliflerin bir bütün olarak değerlendirilmesi yönteminin, paranın karşılığının alınması için daha iyi bir yöntem olduğu kabul edilmekle

⁸⁷³ EIC, EIC White Book on BOT/ PPPs, Berlin, 2003, s. 16.

⁸⁷⁴ İhale şartnamelerinde "İstekliler, başvurularını hazırlamak ve sunmak için yapmış oldukları hiçbir masrafı herhangi bir nedenle İdare'den talep edemez." şeklinde hükümler yer almaktadır. TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşine İlişkin ine Ait Genel Şartname, s. 18. Ancak, idarenin ücretsiz olarak yaratıcı çözümlere ulaşma amacıyla ihale açması ve istediğini elde ettikten sonra veya haklı bir sebebi yokken ihaleyi iptal ederse işlemin hukuka aykırı olacağı ve mahkemelerce tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. EVREN, s. 269, 273. Doktrinde, ihale sürecinin idari niteliği dikkate alınmaksızın, ihale ilanı ve şartname düzenlenmesi icaba davet niteliğinde olduğundan idarenin davetiyle bağlı olduğu, ihaleyi hukuka aykırı veya keyfi bir şekilde iptal edilirse, şekli görünüşe güven teorisi işletilerek katılımcıların zararlarının tazmin edilmesinin gerekeceği görüşü de bulunmaktadır. KEŞLİ, s. 164-165.

birlikte, sayısal değerlemenin zorluğu nedeniyle ihale komisyonun sübjektif yargısına dayandığından ihale sürecinin şeffaflığını tehdit etme riskini taşıdığı belirtilmektedir⁸⁷⁵.

4734 sayılı Yasa'ya göre yapılan ihalelerde, işin ihale edilmesi kararı ihale komisyonunca verilmekte, karar, gerekçeli olarak ihale yetkilisinin onayına sunulmaktadır. İhale yetkilisi, komisyonun kararını onaylarsa istekli ile sözleşme aşamasına geçilmekte, aksi takdirde ihale iptal edilmektedir. İhale yetkilisinin, ihaleyi onama veya iptal etme yetkisini kamu yararı ve hizmetin gerekleri doğrultusunda kullanması gerekmektedir⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 166.

⁸⁷⁶ Danıştay'a göre Kamu İhale Kurumu'nun, "yalnızca üç teklif verilen ve bütün tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde kaldığı, fiyat yarışması sonucunda da ekonomik açıdan en avantajlı teklifin oluşmaması" nedeniyle ihaleyi rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmesi hukuka uygundur. Danıştay 13.D, 18.05.2011, E.2009/4213- K.2011/2317, SEZGİNER Murat, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, (**İdarenin Sözleşmeleri**), s. 1420-1422'den naklen. Yine Danıştay'a göre, "...artırmalarda uygun bedel, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yükseği olarak benimsenirken, eksiltmelerde uygun bedel, teklif edilen bedellerin en düşüğü olarak benimsenmeyip, teklif edilen bedellerin tercihe layık olanı olarak benimsenmiştir. Düzenleme ile idarenin sorumluluğunda yürütülen kamu hizmetinin kamu yararı ve sürekliliği esas alınarak gereği gibi ve etkin olarak yerine getirilebilmesi amaçlanmıştır. Başka bir deyişle teklif edilen bedelin işin sürüncemede bırakılmadan, aksatılmadan sürdürülebilmesine, yerine getirilebilmesine yetecek, işi yüklenenin işi yarıda bırakmasına, eksik ya da usulsüz yapmasına yol açmayacak bir bedel olması öngörülmüştür.

...
"...teklif edilen bedelin çok düşük olmasının onaylamama için yeterli olmadığı, sözleşme koşullarına uyulamaması halinde ihalenin tek taraflı feshedilebileceği belirtilmiş ise de; kamuyu ilgilendiren sağlık hizmeti alanında etkin ve kesintisiz olarak yerine getirilmesi gereken işin gereği gibi yerine getirilemeyeceğinin kuvvetle muhtemel olması ve olası olumsuzluklar da dikkate alındığında İdare Mahkemesi kararında belirtilen gerekçenin kabulüne olanak bulunmamakta olup, davacının malzeme maliyeti, ekipman, amortisman, sözleşme gideri gibi maliyet kalemlerinin tamamını üstlenmiş olması ve yasal yükümlülükleri de dikkate alındığında yalnızca asgari işçilik maliyetini karşılayacak bir bedelle işi gereği gibi ve etkin olarak yerine getiremeyeceğinden, teklif edilen bedel tercihe layık görülmeyp ihalenin iptal edilmesi işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır." Danıştay İDDK, 18.10.2007, E.2004/656- K.2007/2035 (UYAP). Benzer kararlar için bkz. Danıştay 13.D, 06.06.2011, E.2008/4481- K. 2011/2692, Danıştay 13.D, 06.06.2011, E.2008/9408- K.2011/2688, Danıştay 13.D, 06.06.2011, E.2008/9485- K. 2011/2691, SEZGİNER, **İdarenin Sözleşmeleri**, s. 1412-1417'den naklen, Danıştay 13.D, 09.10.2015, E.2015/3095- K.2015/3365 (UYAP); Danıştay 13.D, 08.10.2010, E.2007/11474- K.2010/6734 (UYAP).

Kamu yararı bir yandan idari faaliyetlerin işlem maliyetinin düşük tutulmasını, bir yandan da toplum için en faydalı ve verimli sonuca ulaşılmasını ifade etmektedir. Verimlilik, günümüzde ‘üretilen mal ve hizmet miktarı ile bu mal ve hizmet miktarının üretilmesi için kullanılan girdiler arasındaki oran’ olarak ifade edilen klasik tanımının ötesine geçerek⁸⁷⁷ elde edilen ürün ve hizmetin kalitesini yükseltme, çevreyi ve doğal yapıyı koruma, çalışanlara en iyi yaşam ve çalışma koşullarını sağlama ve bu arada birim girdi başına üretim miktarını arttırmayı çabalama gibi unsurlarla birlikte düşünülmektedir⁸⁷⁸. Bu nedenle idarenin sırf ekonomik çıkar elde etme amacı kamu yararına uygun bulunmamaktadır⁸⁷⁹.

Paranın karşılığını almak, yüksek düzeyde kamu yararı sağlayacak ihaleleri sözleşmeye bağlamayı gerektirmektedir⁸⁸⁰. Bu nedenle isteklilerle müzakere yapılarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibine iş ihale edilmeye çalışılmaktadır. Müzakereler, teklif sahipleri ile ilk teklifleri vermelerinden sonra yapılarak, varılan sonuçlara göre istekliler son tekliflerini verebilecekleri gibi

⁸⁷⁷ Kaynaklardan azami fayda elde edilmesini ifade eden ekonomik etkinlik farklı görünümelerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu görünümlerden biri olan tahsis etkinliği, kaynakların topluma maksimum fayda sağlanacak şekilde tahsis edilmesini; üretim etkinliği ise kaynakların verimli kullanılmasını, bir başka deyişle, mevcut kaynaklardan daha fazla çıktı sağlanmasını veya daha az kaynak ile aynı seviyede çıktı elde edilmesini ifade etmektedir. Ekonomik etkinlik türlerinden biri olan dinamik etkinlik ise, teknolojik ilerleme sağlanmasını ifade etmekte olup, yeni ve kaliteli ürünlerin piyasaya sunulması tipik dinamik etkinlik örneği kabul edilmektedir. SANLI Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, (Sözleşme Hukuku), s. 70, dn. 198; SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 43.

⁸⁷⁸ YASİN, s. 7-8.

⁸⁷⁹ TEITGEN-COLLY C., “La Légalité de l’intérêt financier dans l’action administrative”, TRUCHET, *Kamu Yararı*, s.370-371’den naklen.

⁸⁸⁰ ÖZKAN, **Temel İlkeler**, s. 89.

ihalenin bir isteklinin üzerinde bırakılmasının ardından ihaleyi kazanan istekli ile sözleşme şartlarının sonuçlandırılması için de yapılabilmektedir⁸⁸¹.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenerek ihalenin bu teklifi veren istekli üzerinde bırakılmasından sonra sözleşme şartları üzerinde müzakerelerin yapılması halinde, paranın karşılığının alınmasını sağlayacak rekabet ortamı olmayacağı için, bu tarz müzakereler bazı ülkelerde yasaklanmakta, bazılarında ise sınırlandırılmakta;⁸⁸² izin verilmesi halinde ise sözleşmenin esaslı noktalarında müzakere yapılamayacağı, sözleşmenin yürütülmesine yönelik tali hususların müzakere konusu edilebileceği kabul edilmektedir⁸⁸³. Ancak, sözleşmede esaslı değişiklik kabul edilecek hususlar ile müzakere konusu edilebilecek olan tali hususların neler olduğu konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, risk paylaşımı, kararlaştırılan finansman yönteminde değişiklik gibi hususların esaslı değişiklik olduğu kabul edilmektedir⁸⁸⁴.

İhale sonucunda belirlenen ekonomik açıdan en avantajlı teklifin müzakerelerde bertaraf edilmemesi önem arz ettiğinden idarenin ehil kişilerle

⁸⁸¹ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 165. Danıştay, ihale sırasında ihaleye sunulan teklifin değiştirilmesinin ihalelerin temel ilkelerine aykırı olacağı görüşündedir. Danıştay’a göre, “4734 sayılı Kanun’la getirilen ihale sisteminde; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması, Kanun’un 5. maddesinde ihalelerde uygulanacak temel ilkeler olarak belirlendiğinden, bu ilkelere zarar verecek uygulamalardan kaçınılması zorunludur. İhalelerde anılan temel ilkelerin gereği olarak, ihale sürecinin sözleşmeyle sonuçlanmasına kadar, sunulan tekliflerde herhangi bir değişiklik yapılmasına ve verilen teklifin geri alınmasına olanak bulunmamaktadır. İhaleye sunulan bir teklifin sonradan değiştirilmesi şeklindeki uygulamanın, Kanun’un 30. maddesinin son fıkrasında yer alan kurala ve saydamlık, güvenilirlik ve gizlilik gibi temel ilkelere ters düşeceği açıktır. Ayrıca bu yasal zorunluluğun görmezden gelinmesi halinde, ihalede sunulan tekliflerin daha sonra indirim yapılacağı varsayımıyla yüksek tutulması, fiyatın sağlıklı şekilde oluşmaması ve ihaleyi yapan idarelerin bu durumu bir baskı aracı olarak kullanması ve bu suretle ihalelerin temel ilkelere uygun olarak sonuçlandırılmaması olasılığı ortaya çıkacaktır.” Danıştay 13.D, 20.09.2011, E.2008/10266, K.2011/3889 (UYAP).

⁸⁸² WB-PPIAF, **Reference Guide**, s.166.

⁸⁸³ UNESCAP, **Guidebook**, s. 70.

⁸⁸⁴ EPEC, **TEN-Transport**, s. 74.

müzakerelere katılması, müzakere şartları ve sınırlarının önceden belirlenmesi ve müzakerelerin denetlenmesi gerekmektedir⁸⁸⁵. Ayrıca, uygulanan ihale yöntemi ne olursa olsun, ihale sonuçlandıktan sonra ihaleyi kazanan, tarafların hak ve borçları, sözleşme süresi, ödeme yapısı, sağlanan devlet destekleri, idarenin denetim yetkisi ve uygulanabilecek yaptırımlar gibi sözleşmenin temel hükümlerinin özetinin yer aldığı bir ilanın yapılması, ihalede saydamlık ilkesine uyulmasını⁸⁸⁶ ve kamu yararına uygunluğun tespit edilmesini sağlayacaktır.

C. İhale Sonrasında Kamu Yararı: Yargısal Belirsizliğin Engellenmesi

Üçüncü kişiler, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi nedeniyle menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde, bu sözleşmenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek iptali istemiyle dava açabilecekleri gibi, sözleşme konusu kamu hizmetinin iyi yürütülmemesi nedeniyle uğradıkları zararın tazmini istemiyle idare aleyhine tam yargı davası da açabilmektedirler⁸⁸⁷. Ancak kamu-özel işbirliği sözleşmeleri söz konusu olduğunda, her ne kadar imzalanan sözleşmeler maddi anlamda idari sözleşme özelliklerini taşıyorsa da, yasal düzenlemeler uyarınca genellikle özel hukuk sözleşmesi niteliği kazandıkları için, üçüncü kişilerin sözleşmelere karşı iptal davası açması mümkün olmamaktadır. Ancak, üçüncü kişilerin, sözleşmenin imzalanmasından önce takip edilen idari sürece karşı, idari yargı mercilerinde iptal davası açması mümkündür. Öte yandan, idarenin kamu hizmetlerini özel hukuk

⁸⁸⁵ EVREN, s. 243.

⁸⁸⁶ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 97-98.

⁸⁸⁷ GÜNDAY, s. 351-352.

kişilerine gördürmesi halinde de sorumluluğu devam ettiği için, kural olarak kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında zarar gören üçüncü kişilerin idare aleyhine tam yargı davası açma olanakları da bulunmaktadır.

1. İptal Kararları Nedeniyle Yargısal Belirsizlik

Hukuk devleti kavramı ile kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzeni kastedilmekte olup, yargısal denetim, temel hakların güvence altına alınması, erklerin ayrılması, yasaların genelliği ilkesinin sağlanması, kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, devletin sorumluluğu ilkesinin benimsenmesi ile yargıçların bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması gerekmektedir⁸⁸⁸. Hukuk devletinde, hukukun üstünlüğü kabul edilmiş olup, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları, Devletin bütün organları ile, hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesini, bağlılığını ifade etmektedir⁸⁸⁹. Hem özelleştirme sürecinin meşruiyeti hem de özelleştirme sonrası piyasalarda rekabetçi dengenin sağlanabilmesi için, özelleştirmelerin hukukun üstünlüğüne uygun biçimde gerçekleştirilmesi, idarenin, işlemlerinde hukuka uygunluğu daha özenli gözetmesi ve bu işlemlerdeki hukuka uygunluk denetiminin bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir⁸⁹⁰.

İdare ile özel sektör arasında imzalanacak sözleşme ister özel hukuk sözleşmesi ister idari sözleşme olsun, sözleşme imzalanıncaya kadar hazırlık

⁸⁸⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt II**, s. 3-4.

⁸⁸⁹ KARAYALÇIN Yaşar, “Hukukun Üstünlüğü (Kavram- bazı problemler)”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/457/5205.pdf>, ss.193-214, s. 203, 212.

⁸⁹⁰ EMEK Uğur, “Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Nisan 2006, ss.70-73, s. 71, 73. Yazar tarafından hukukun üstünlüğü kavramı yerine kural hakimiyeti kavramı kullanılmıştır.

aşamalarında yapılan işlemler⁸⁹¹ idari nitelikte olduğundan, bu işlemlerin idare hukuku ilke ve kurallarına uygun olması gerekmektedir. Sözleşmelerin hazırlık aşamasında yapılan işlemlerdeki herhangi bir hukuka aykırılığın, başlı başına bir sonuç doğurması halinde, bu işlem, ‘ayrılabilir işlem’ kuramı⁸⁹² uyarınca idari yargı yerleri önünde davaya konu olabilmektedir⁸⁹³. Ayrılabilir işlemlerin iptal davasına konu olabilmesi için kesin ve yürütülmesi gereken kararlar olması gerekmektedir. Örneğin, ihale kararı olmadan, ihaleye çıkılamayacağından, ihale kararı, kesin ve yürütülmesi gereken etkili bir idari işlemdir⁸⁹⁴ ve iptal davasına konu edilebilir. Benzer şekilde ihale komisyonu kararına karşı da iptal davası açılabileceği kabul edilmektedir⁸⁹⁵.

Sözleşmeden ayrılabilen idari işlemlere karşı idari yargıda açılan iptal davasında verilen iptal kararının sözleşmenin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği

⁸⁹¹ Sözleşmenin belli bir âkitle yapılması hakkındaki karar ile bizzat sözleşme, özel hukukta bir bütün teşkil ettiği hâlde, idare hukukunda, bu bütünün içinde ayrılabilir tasarruf olarak, sözleşmenin yapılması hakkındaki karar olan ihale kararı bulunmakta; ihale kararı ile imzalanan sözleşme birbirinden ayrılarak denetlenebilen tasarruflar teşkil etmektedir. ÖZYÖRÜK, s. 203.

⁸⁹² “Ayrılabilir işlem teorisine göre, birden çok işlemten oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir.” Danıştay 10.D, 26.11.2004, E. 2004/8257- K. 2004/7618 (UYAP).

⁸⁹³ ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, s. 429, 445; KUTLU, s. 102. “İhale işlemleri nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluşmakta ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukuken etkileyebilmektedir. Özel bir idari usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukuken mümkündür.” Danıştay 13.D, 23.05.2017, E.2012/2330- K.2017/1605; Danıştay 13.D, 06.06.2017, E.2012/878- K.2017/1827 (UYAP).

⁸⁹⁴ KARAHANOGULLARI, *Yargısal Denetim*, s. 296.

⁸⁹⁵ Danıştay’a göre, “özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemten ayrılarak 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”dir. Danıştay 10.D, 22.06.2004, E.2004/8257- K.2004/7618 (UYAP).

hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur⁸⁹⁶. Bir görüşe göre, iptal kararları, bu kararlara konu olan idari işlemlerle sebep-sonuç ilişkisi içerisinde bulunan özel hukuk işlemlerinin de ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır⁸⁹⁷. İptal davasının konusu olan idari işlem, yargı organının iptal kararı vermesi üzerine kesin olarak ortadan kalkar. Bireysel bir işlemin iptali halinde, bu işleme bağlı diğer işlemler de bu sakatlıktan etkilenir. Bunlar, hukuksal dayanaklarından yoksun kalırlar. İdare, ya bunlara hukuksal dayanak bulmak veya bunları kaldırmak zorundadır⁸⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, ayrılabilir her işlemin iptali, sözleşmenin geçersizliğine neden olmamaktadır. Sözleşmenin oluşturulma yöntemini etkileyen hazırlık işlemlerinin iptali, sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmektedir⁸⁹⁹. Başka bir ifadeyle, idarenin sözleşmeyi yapma iradesini oluşturma sürecindeki kararlarında, tali biçim sakatlıkları bir yana bırakılırsa, ortaya çıkan sakatlıklar, hukuken geçersiz bir irade ortaya çıkarmakta ve sözleşmeyi sakatlamaktadır⁹⁰⁰. Bir başka görüşe göre ise, her ne kadar ayrılabilir işlem ve sözleşme birlikte sonuç doğuruyorlarsa da, farklı işlemler olduğundan, ayrılabilir işlemin iptal edilmesi otomatik olarak sözleşmenin geçersizliğine neden olmayacak, ayrılabilir işlemde hukuka aykırılık saptanmış olsa dahi, sözleşme mahkeme tarafından iptal edilmedikçe geçerliliğini koruyacaktır⁹⁰¹.

Ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmeye etkisi hakkında direkt bir hüküm bulunmamakta olup, iptal edilen işlemin sözleşme ile ilişkisi dikkate alınarak iptal

⁸⁹⁶ Ayrılabilir işlem kuramı ve kamu alımlarında ayrılabilir işlemlerin yargısal denetimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKDOĞAN, **Kamu Alımları**, s. 231-234, 308-312.

⁸⁹⁷ ALTAY Ali, “İdari (Özelleştirme) İşlem(lerin)in İptali ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen ya da Bu İşlemlerin Müdahale Ettiği Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti” (Gri Alan), <http://www.ankarabarosu.org.tr/Dosyalar/yie/IPTAL.pdf>, s. 15.

⁸⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt II**, s. 573.

⁸⁹⁹ LAFAIX Jean-François, **Essai sur le traitement des irrégularites dans les contrats de l'Administration**, Paris: Dalloz, 2009, s. 177.

⁹⁰⁰ KARAHANOGULLARI, **Yasallık ve İdari İşlemler**, s. 200

⁹⁰¹ LAFAIX, s. 143, 150.

kararının etkisi belirlenmekte, kimi zaman kamu yararı sözleşmenin ayakta tutulmasını gerektirmektedir⁹⁰². Sözleşmenin yapım aşamasındaki hukuka aykırılık, sözleşmenin geçersizliğine neden olmayacak nitelikte ise sözleşme hükümlerinde gerekli değişiklikler yapılarak devam edilebilir; hukuka aykırılık sözleşmenin geçersizliğine neden olabilecek nitelikteyse sözleşme regülasyon yapılarak ayakta tutulabilir; hukuka aykırılık sözleşmenin mutlak geçersizliğine neden olacak düzeydeyse, kural olarak sözleşmenin iptal edilmesi gerekir. Ancak bu son halde kamu yararı sözleşmenin ayakta kalmasını gerektiriyorsa sözleşme iptal edilmez⁹⁰³.

İptal kararı dayanağı işlemi geriye yürütür şekilde ortadan kaldırarak sözleşmeyi dayanaksız bırakacağına göre, iptal kararının sonucu olarak sözleşmenin de geçersiz sayılması gerekecektir. Ancak, hangi aşamadaki işlemin iptalinin, özelleştirme sonucu gerçekleştirilen sözleşmeyi ya da devri sakatlayacağı tartışması bir yana, idari yargı tarafından verilen sözleşme iptali kararlarının uygulanması dahi sorun yaratmaktadır⁹⁰⁴.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 138/son maddesinde yer alan *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”* hükmü ile güçlendirilmiştir⁹⁰⁵.

⁹⁰² RICHER, s. 174-177.

⁹⁰³ LAFAIX, s. 635.

⁹⁰⁴ KARAHANOGULLARI, *Yargısal Denetim*, s. 319.

⁹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun

İptal kararları, sonuç doğurma şekillerine göre, kendiliğinden sonuç doğuran, aynı sonucu doğuran bir karar alınmasını engellemeyen, tersine işlem yapılmasını gerektiren, hukuksal durumlarda değişiklik yapılmasını gerektiren ve yerine getirilmesi imkânsız bulunan iptal kararları olarak sınıflandırılabilir. Düzenleyici işlemlerin iptali her zaman kendiliğinden sonuç doğurur. Kamulaştırma kararı, özelleştirme kararı gibi kimi bireysel işlemlerin iptali de kendiliğinden sonuç doğurur niteliktedir. Aynı sonucu doğuran bir karar alınmasını engellemeyen iptal kararları, idari işlemin yetki, şekil gibi nedenlerle iptal edilmesi durumunda söz konusu olmaktadır; ancak zincir işlemin bir parçası iptal edilmiş ise, aynı yönde bir idari işlemin yapılması halinde de, o işlemten sonraki bütün işlemlerin tekrar yapılması gerekmektedir⁹⁰⁶. Tersine işlem yapılmasını gerektiren iptal kararları

açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.” Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92-K.2016/6. **RG**; 03.03.2016, sayı: 29642. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014, E.2013/65- K.2014/93. **RG**; 24.03.2015, sayı: 29396; Anayasa Mahkemesi, 02.10.2014, E.2014/149-K.2014/151. **RG**; 01.01.2015, sayı: 29223. “Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.” Anayasa Mahkemesi, 03.10.2013, E.2012/73-K.2013/107. **RG**; 27.03.2014, sayı: 28954.

⁹⁰⁶ 6428 sayılı Yasa’nın geçici 1. maddesine eklenen “Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilir ve işler buna göre yürütülür.” hükmüne karşı açılan iptal davasında, karşıoy yazan üyelere göre, “hukukî ve fiilî imkânsızlık hâlleri yargı kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırdığından, söz konusu durumlarda yargı kararlarının uygulanmamasında veya idarece belirlenecek şekilde uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirten yargı kararları” bulunmakla birlikte “kuralda ihale ve sözleşmelerin konusu olan işlerin tamamlanmış ve sonuç olarak geri dönülemeyecek durumların ortaya çıkmış olması gibi fiilî ve hukukî imkânsızlık hâllerinden söz edilmeden” düzenleme yapıldığı için söz konusu düzenleme hukuka aykırıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi, “Kamu bütçesini aşacak boyutta finansman gerektiren

genellikle olumsuz kararların iptalinde söz konusu olmaktadır. İptal kararının yerine getirilmesi olanağı bulunmadığında ya da iptal kararının yerine getirilmesi büyük haksızlıklar doğuracak olduğunda, hukukî veya fiili imkânsızlık nedeniyle yerine getirilmesi imkânsız bulunan iptal kararlarının varlığından söz edilir⁹⁰⁷.

Özelleştirmenin iptali kararlarının uygulanmasının önünde hukuki veya maddi imkânsızlıkların olamayacağı, iptal kararının uygulanması halinde uluslararası ilişkilerin bozulacağı yönündeki gerekçelerin, hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından biri olan yargı kararlarının gerçek, kalıcı, tüm sonuçları ile birlikte uygulanması ilkesinin önünde engel olarak tanımlanamayacağı belirtilmektedir⁹⁰⁸. Sözleşme yapma iradesinin hukuka aykırı biçimde olduğu mahkeme kararıyla saptanan idarenin, yargı kararını uygulamak için sözleşmeyi feshetmesi gerekmekte; mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde maddi veya hukuki engel bulunması

KÖİ modeliyle yapılan yatırımların kapsamı, boyutu, ekonomik değeri ve sağlık hizmetine yapacağı katkılar düşünülerek ihale sürecine ilişkin işlemlerin ve sonrasında imzalanan sözleşmelerin mümkün olduğu ölçüde sürdürülmesinin hedeflenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Gerekçesine bakıldığında dava konusu kuralın, 6428 sayılı Kanun kapsamında kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukuki anlamda güven içeren yatırımlara destek vermeleri nedeniyle ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin bazı tadilatlarla düzeltilebilmesi, hukuka dolayısıyla da mahkeme kararlarına uygun hâle getirilebilmesi için idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale dokümanı ve sözleşmelerde gereken düzenlemelerin yapılması suretiyle işlerin yürütülmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

“Kural uyarınca sözleşmeler ve ihale dokümanları iptal edilmeyecek, mahkeme kararlarının gerekleri yönünde değiştirilecektir. Böylece hem mahkeme kararlarının gerekleri yerine getirilecek hem de sözleşme ve ihale süreci devam edebilecektir. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca idari yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmamasını ya da geciktirilmesini öngörmemekte, sadece bu kararların uygulanma şeklini göstermektedir. Diğer anlatımla kural, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Doküman ya da sözleşmelerde kararlar doğrultusunda değişiklik yapılması, kararların yerine getirilmemesi anlamını da taşımaz. Kural, idarenin mahkeme kararını değiştirebilmesine değil sadece karar doğrultusunda doküman ya da sözleşmenin değiştirilmesini hükmetmektedir. Kaldı ki yargı organı tarafından ihalenin tamamen iptal edilmesi ya da ana unsurlarının iptal edilmesi durumunda doküman ya da sözleşmelerde değişiklik yapılması olanağının da ortadan kalkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kural, doküman ya da sözleşmede değişiklik yapılarak uygulanması mümkün haller için geçerlidir. Tüm bunlara rağmen kararın yerine getirilmediğinin düşünülmesi durumunda yeniden yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Dolayısıyla dava konusu kural hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92- K.2016/6. RG; 03.03.2016, sayı: 29642.

⁹⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt II**, s. 584-598.

⁹⁰⁸ ALTAY, *Gri Alan*, s. 17-18.

durumunda, karşı tarafın zararları tazmin edilerek, iptal kararının uygulanması yoluna gidilebilmektedir⁹⁰⁹.

Ülkemizde, idari yargı organlarınca verilen iptal kararlarının uygulanmamasına hukuki bir dayanak kazandırma çabaları 1990'lı yıllardan beri devam etmektedir⁹¹⁰. Yüksek Planlama Kurulu'nca, Bakanlar Kurulu'nca, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nca iptal kararlarının uygulanmamasını sağlamaya yönelik alınan kararların Danıştay tarafından iptal edilmeleri sonrasında, yakın tarihlerde iptal kararlarının uygulanmamasını sağlamak üzere yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir⁹¹¹. 2012 yılında 4046 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik ile⁹¹² imkânsızlık halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik karar alma konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu, bu hükme dayanarak, iptal edilmiş bazı özelleştirme kararları ile ilgili olarak, “geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması”na karar vermiştir⁹¹³. 4046 sayılı Yasa'nın ek madde 5 hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce

⁹⁰⁹ BUZ, s. 109; KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 200, 348; TAN Turgut, “Yargı Kararlarını Uygulamama Yetkisi Verilebilir mi?”, Güncel Hukuk, S.105, 2012, ss. 50-53, (Yargı Kararları), s. 53.

⁹¹⁰ Kamu İhale Kurulu'nun bazı kararlarındaki ifadelerden de, hukuki ve fiili imkânsızlık durumu ya da kamu düzeninin bozulması gibi, yasal ve kabul edilebilir gerekçenin varlığı halinde, Kurul kararının idarece uygulanmayabileceğinin kabul edildiğinin anlaşıldığı belirtilmektedir. UZ, **Kamu İhale Hukuku**, s. 418.

⁹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt II**, s. 602-609.

⁹¹² 6300 sayılı Yasa ile 4046 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 5 uyarınca “..özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir.”

⁹¹³ Bakanlar Kurulu'nun 2012/3240 sayılı kararı. **RG**;12.6.2012, sayı: 28321.

iptal edilmesi⁹¹⁴ üzerine, 2014 yılında 4046 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 26 ile mahkeme kararlarının uygulanmaması için yasal gerekçe oluşturulmaya çalışılmış⁹¹⁵, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁹¹⁶.

⁹¹⁴ 4046 sayılı Yasa'nın ek madde 5 hükmü "Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

"İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır." denilerek Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 03.10.2013, E.2012/73-K.2013/107. RG; 27.03.2014, sayı: 28954.

⁹¹⁵ 6552 sayılı Yasa ile 4046 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 26 ile "Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işle tesis edilemez." hükmü getirilmiştir.

⁹¹⁶ Anayasa Mahkemesi, dava konusu kural için, 2577 sayılı Kanun'un 28/1 maddesinin üçüncü cümlesi ve son cümlesi hakkında yapılan değerlendirmelerin geçerli olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir. Aynı kararda yer alan söz konusu değerlendirmelere göre, "...davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir."

...
"Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır."

...
"Bilindiği gibi idari yargıdaki iptal kararları, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle idari yargı mercilerince verilen iptal kararlarının dava konusu işlem üzerinde biri, davaya konu idari işlemle ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemlerin yapıldıkları tarihten itibaren geçerli olarak ortadan kaldırılması; diğeri işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi ve böylece hukuk düzeninin hiç bozulmamış hâle getirilmesi olmak üzere iki tür etkisi vardır."

"Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Bu bağlamda hak arama yollarına başvuran bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla etkisizleştirilmesi, Devlete olan güven duygusunu ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine uygun düşmemektedir.

"İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları geciktirme ya da uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

...
"Yargı kararlarının uygulanması "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kararın

Yargı kararlarının yerine getirilmesi hukuken veya fiilen imkânsız olduğunda, yasama organının müdahale edebileceği, ancak bu müdahalenin anayasal kurallara uygun olması, erkler ayrılığı ve kesin hükme saygı⁹¹⁷ gibi önemli ilkelere uygun olması gerektiği belirtilmektedir⁹¹⁸.

Özelleştirmeye ilişkin yargı kararları incelendiğinde kuruluşların gerçek değerleri üzerinden özelleştirilmemesi nedeniyle kamu kaynaklarının verimli kullanılmaması⁹¹⁹, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen faydaları güvenceye

etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde, "*mahkemeye erişim hakkı*" da anlamını yitirir.

...

"... hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek, sonuçsuz bırakılması kabul edilemez." Anayasa Mahkemesi, 02.10.2014, E.2014/149-K.2014/151. **RG**; 01.01.2015, sayı: 29223.

⁹¹⁷ "Kesin hükme saygı ilkesi, uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır." Anayasa Mahkemesi, 02.10.2014, E.2014/149-K.2014/151. **RG**; 01.01.2015, sayı: 29223.

⁹¹⁸ TAN, *Yargı Kararları*, s. 53. Nitekim 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen geçici 14. maddede yer alan "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce geçerli bir üretim lisansına dayalı olarak santral inşaatına başlamış ancak lisansı herhangi bir sebeple iptal edilmiş veya durdurulmuş olan lisans sahiplerine; Bakanlıkça üretim tesisi yatırımının geri dönülemez bir noktaya geldiğinin tespit edilmesi ve kamu yararı görülmesi şartıyla, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde Kuruma başvurulması hâlinde Kurum tarafından lisans verilir. Bu fıkra hidroelektrik üretim tesislerini kapsamaz.*" hükmünün iptali için açılan davada iptal kararı veren Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Dava konusu kuralla, üretim lisansına dayalı olarak santral inşaatına başlamış ancak lisansı herhangi bir sebeple iptal edilmiş veya durdurulmuş olan lisans sahiplerine bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde Kuruma başvurulması hâlinde Kurum tarafından lisans verileceği öngörülmektedir. Buna göre kuralda geçen "lisansı herhangi bir sebeple iptal edilmiş veya durdurulmuş" ibaresinin Kurum tarafından verilmiş, ancak yargı kararları ile yürütmesi durdurulmuş veya iptal edilmiş lisansları da kapsamına aldığı açıktır. Böylece, dava konusu kuralla bir taraftan üretim lisanslarının durdurulmasına veya iptaline ilişkin olarak verilen yargı kararlarının ilgili idarece gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmakta, diğer taraftan hakkında lisans iptali veya durdurulması kararı bulunan üretim santrallerine Kurum tarafından yeni lisans verilmesinin öngörülmesi suretiyle yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Dava konusu kural uyarınca yeni lisans verilmesine ilişkin kararlara karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir." Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014, E.2013/65- K.2014/93. **RG**; 24.03.2015, sayı: 29396.

⁹¹⁹ Nitekim SEKA Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları AŞ'ne ait Balıkesir İşletmesi'nin 1.100.000 ABD Doları bedelle satışına ilişkin açılan davada Danıştay, İşletmenin ekspertiz değerinin 6.658.940

alacak koşullar ve taahhütler içermemesi⁹²⁰, rekabet ortamı sağlanmadan ihalenin yapılmış olması⁹²¹, sağlanmaması gibi nedenlerle kamu yararı sağlanmadığından

ABD Doları, tasfiye değerinin ise 4.661.000 ABD Doları olduğunu saptamış, “uyuşmazlık konusu SEKA’ya ait Balıkesir İşletmesi’nin değerinin tespitine yönelik 1999 ve 2002 yıllarında Değer Tespit Komisyonu tarafından bağımsız uzman kuruluşlara yaptırılan değerleme çalışmalarını içeren üç ayrı değerleme raporunun incelenmesinden yıllar itibarıyla zarar eden dava konusu işletmenin arsa ve arazilerinin değerinin tesislerden daha yüksek olduğunun ve bu tip İşletmeler için uygun görülen değerleme yöntemlerinden işletmenin gayrimenkullerinin değerini gösteren tasfiye değeri yöntemi ile bulunan tutarın ihale sonrası yapılan pazarlık sonucu belirlenen satış fiyatının çok üzerinde olduğunun anlaşılması karşısında anılan Kanun maddesinin gerekçesinde de öngörülen satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması hususlarını içeren değerlemeden beklenen amaca aykırı olarak kârlı olan firmalar için uygun görülen indirgenmiş nakit akım yöntemi esas alınarak ve bu yöntem sonucu bulunan değer de işletme değeri için eksi değerde olduğu ve işletmenin ekonomiye katkısı, istihdamın arttırılması, teknolojik yenilik ve yatırım faktörlerinin birlikte esas alındığı belirtilmek suretiyle işletmenin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi için pazarlık usulü ile yapılan ihale sonucu satılmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığı”na karar vermiştir. Danıştay 13.D, 06.06.2005, E. 2005/1300- K. 2002/2986 (UYAP).

⁹²⁰ Örneğin İskenderun Limanı’nın işletme hakkının devri suretiyle özelleştirilmesinde, Danıştay’a göre, “Limanın özelleştirilmesinde, işletme hakkı devri yöntemin esas alındığından mülkiyet hakkının devri suretiyle yapılan özelleştirmelerin aksine Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, Liman’ın özelleştirme sonrası hizmetin 4046 sayılı Yasa’nın amacı doğrultusunda devamını sağlayacak üretim ve yatırımı gözeten şartların İdarece belirlenerek alıcıya bu doğrultuda bir takım taahhütler konulması gerektiği kuşkusuzdur.

“Bu itibarla, Liman’ın hangi şartlarla özelleştirileceğini düzenleyen ihale şartnamesinin 4046 sayılı Kanun’da öngörülen özelleştirme amacına uygun olması zorunlu olup, davalı idarenin Liman’ın özelleştirme gerekçesi olan, yatırımların yapılması durumunda, modernizasyon ihtiyacının ve kapasite arttırımının karşılanması ve ülke ekonomisine katkısının artırılmasının sağlanması ve kısıtlı kamu imkânlarıyla yapılması güç olan yatırımların özel sektör tarafından sağlanması hususlarının ihale şartnamesinde yer alması gerekmektedir.

“İskenderun Limanı’nın 36 yıl süre ile işletme hakkının devrinin ihale şartlarını belirleyen düzenlemede (ihale şartnamesinde) ise, sadece Liman’ın bakım ve onarım ve doğal afetler sonucu oluşabilecek hasarların taahhüt altına alındığı, yeni yatırımlar yapmasının işleticinin iradesine bırakıldığı, yukarıda alıntı yapılan ‘Değer Tespit Raporu’nda gerekli olduğu açıkça saptanan somut yatırım konularının, Limanın alt ve üst yapısını daha etkin hale getirecek elleçleme kapasitesini (8.030.000 ton/yıl) artırıcı yatırımlar ile römorkaj hizmeti, çekici hizmeti, bilgi-işlem-donanım ve yazılım ve sintine toplama tesisi hizmeti yatırımları gibi Limanın teknik özellikleri ve niteliklerine uygun yatırım şartlarının bulunmadığı, Liman’ın bakım onarım ve iyileştirme gibi genel ifadeler içeren sorumluluklar dışında yukarıda belirtilen anlamda yatırım ve kapasite artırımına yönelik olarak işleticiye sorumluluk getirilmediği, ihale şartnamesinin bu haliyle davalı idarenin Limanın işletme hakkının devri yöntemiyle özelleştirilmesinden elde edeceği yararları sağlayıcı taahhütler taşımadığı anlaşıldığından bu şartlarla Limanın ihaleye açılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Danıştay 13.D, 20.11.2006, E.2005/7997- K. 2006/4380 (UYAP).

⁹²¹ Türkiye Petrol Rafineleri AŞ’nin (TÜPRAŞ) %65,76 oranındaki kamu payının blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesi işlemine karşı Petrol-İş Sendikası tarafından açılan iptal davasında Ankara 10. İdare Mahkemesi (Ankara 10. İdare Mahkemesi, 21.05.2004, E. 2004/293) yürütmenin durdurulması kararı verirken dayandığı gerekçelerinden biri, ihaleye yalnız iki teklif sahibinin katılmasının rekabet ortamını sağlayacak bir çoğunluk olmadığıdır. Mahkeme’ye göre davalı idarenin, ihaleye iki teklif sahibi katılmış olduğundan açık artırma yapılması durumunda rekabet ortamı oluşumuna engel teşkil edileceği savunması da gerekli rekabet ortamının sağlanmadığını ortaya koymaktadır. Ankara 10. İdare Mahkemesi yürütmenin durdurulması kararının ardından, ihale komisyonu kararının iptaline karar vermiş (Ankara 10. İdare Mahkemesi, 02.06.2004, E. 2004/293- K.

iptal kararı verildiği görülmektedir. Ayrıca üstün kamu yararının⁹²² aranması da söz konusu olabilmektedir. KÖİ projelerine ilişkin yapılan ihalelerde de yargı mercilerince benzer nedenlerle iptal kararları verilmesi muhtemeldir. İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararı çerçevesinde, uygun rekabet koşulları ve açıklık sağlanmasının esas olduğu, ihale sürecine ilişkin şekli kurallara uyulmamasının tek başına hukuka aykırılık oluşturmadığı, imtiyazcının niteliği dikkate alınarak hukukilik değerlendirmesi yapılması gerektiği belirtilmekteyse de⁹²³, KÖİ uygulamalarının dayanağı olan yasal düzenlemelerde yer alan ihale ilkelerine uyulmaksızın yüklenicinin seçilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Sözleşme imzalandıktan ve hatta uygulanmaya başlandıktan sonra sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Fransız Hukukunda, genellikle ayrılabilir işlem kuramı, Anglo-Sakson Hukukunda ise bölünebilirlik kuramı uygulanmaktadır. Ayrılabilir

2004/1192), bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır (Danıştay 10. D, 26.11.2004, E. 2004/8257-K. 2004/7618 - UYAP). Ayrıntılı bilgi için bkz. ATİYAS/ODER, s. 91-94.

⁹²² PETKİM'in % 51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemi ile özelleştirilmesine, satışın blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine yönelik kararın iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar veren Danıştay İDDGK'ya göre, "Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun göz ardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasıdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda 'üstün kamu yararı' dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.

...

"4046 Sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kar eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in % 51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır." Danıştay İDDGK, 27.12.2007, E. 2007/939 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹²³ SEZGİNER Murat, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, 2007, S. 1-2, ss.1079-1093, (İhale Süreci), s. 1093.

işlem kuramında, sözleşmenin hukuki temelini oluşturan idari işlemin iptali için dava açılması söz konusu olmaktadır. İdari işlemin iptal edilmesi halinde, sözleşmenin hukuki temeli ortadan kalkmakta, sözleşme ifa edilemez hale geldiğinden sözleşmenin askıya alınması gerekmektedir. Aynı yüklenici ile sözleşme imzalanmasına yönelik yeni bir idari işlem yapılsa dahi, bu işlem sözleşmenin hukuki temelini oluşturmamaktadır. Ayrıca, ayrılabilir işlemin iptali ile ilgili dava süresince veya sözleşmenin askıya alınması süresince ortaya çıkan hukuki belirsizlik kamu yararına zarar vermektedir.

Anglo-Sakson Hukukunda uygulanmakta olan bölünebilirlik doktrini, ayrılabilir işlem kuramına nazaran daha dengeli sonuçlar vermektedir. Bölünebilirlik kuramında, mahkemeler sözleşmelerin hukuka aykırı hükümlerini iptal edip, sözleşmenin kalanını ayakta tutabilmekte, iptal edilen hükümler olmaksızın sözleşme ifa edilemeyecek ise sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermektedir⁹²⁴. Buna kısmî hükümsüzlük denilmektedir. Kısmî hükümsüzlüğün, bölünebilirlik kuramının kullanılmasının nedeni, sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılmasıdır. Kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için, sözleşme hükümlerinin bölünebilir olması, yani batıl olan bölümün çıkarılmasından sonra geriye anlamlı bir bütün oluşturacak bağımsız bir sözleşmenin kalması gerekmektedir⁹²⁵.

⁹²⁴ BOVIS Christopher, “*Judicial Review of Public Private Partnerships*”, EPPPL, 2/2007, ss. 104-111, (*Judicial Review*), s. 107.

⁹²⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 605.

2007/66/EC sayılı Direktif'in⁹²⁶ dibacesinde, ihalelerde ortaya çıkan ihtilafların sözleşme imzalanmadan önce kısa sürede ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturacak bağımsız idari otoritenin kurulması⁹²⁷, sözleşme imzalanmadan önce aday veya isteklinin başvuru yollarını kullanabilmesini temin etmek için minimum bir bekleme süresinin öngörülmesi⁹²⁸, bekleme sürelerine uyulmaması halinde sözleşmelerin geçersiz sayılması⁹²⁹ gerekliliklerine dikkat çekilmiştir. Ülkemizde de sözleşme imzalandıktan sonra ihale aşamasına ilişkin olarak verilen iptal kararlarının uygulanması açısından sorunlar yaşandığından benzer ilkelere dayanan bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Sözleşmenin imzalanmasından sonra idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmasında yaşanan sıkıntıları gidermek için, hukuka aykırılık savlarının sözleşme imzalanmadan önceki aşamada sonuçlandırılmasını sağlayacak hukuki mekanizmalar ve idari yargıda tedbir kararları getirilebilir⁹³⁰. İvedi durumlar dışında, ihale kararı ile sözleşmenin imzalanmasının arasına bir asgari bekleme süresi (45 gün veya 2 ay gibi) konularak, tüm hukuka aykırılık savlarını bu süre içinde hızlandırılmış yargılama yöntemi ile sonuçlandırmak suretiyle, sözleşmenin kurulmasından sonra idare hukuku kökenli hukuka aykırılık savlarını engellemek önerilmektedir⁹³¹. Ayrıca birçok ülkede, sözleşme imzalandıktan sonra, ihale sürecine ilişkin hukuka aykırılıklarla ilgili karar verilmesinde sorunlarla karşılaşıldığı için, sözleşmesi imzalanmadan önce işletilebilecek etkin bir mekanizmaya ihtiyaç

⁹²⁶ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts.

⁹²⁷ Prf. 13.

⁹²⁸ Prf. 4.

⁹²⁹ Prf. 18.

⁹³⁰ TAN, *Yargı Kararları*, s. 53.

⁹³¹ BUZ, s.113.

duyulduğu belirtilmekte⁹³², ihale sürecine ilişkin hukuka aykırılık iddiası olduğunda, ihale sürecini askıya almaya yönelik geçici tedbir kararı verilmesi önerilmektedir⁹³³. Ayrıca KÖİ'lerin başarılı olabilmesi için özel sektörün yatırım yapmaktan kaçınmayacağı bir yatırım ortamının bulunması gerektiğinden, KÖİ ihalesinin yargı mercilerince iptal edilmesi halinde, ortaya çıkacak zararın giderimine ilişkin yasal düzenleme yapılarak, yatırımcılar açısından hukuki güvenirliliğin sağlanması önerilmektedir⁹³⁴.

Yargı mercilerince verilen iptal kararları sebebiyle oluşacak belirsizlik, KÖİ projelerinde taraflar açısından belirsizlik yarattığından maliyeti yükseltmektedir. Yargısal belirsizliği en aza indirmek için, kurulacak ya da yetkilendirilecek KÖİ birimine, Kamu İhale Kurulu'nun sahip olduğu gibi bir şikâyet mekanizması⁹³⁵

⁹³² AKDOĞAN, **Kamu Alımları**, s. 77.

⁹³³ BOVIS, *Judicial Review*, s. 106

⁹³⁴ Söz konusu düzenleme önerisi “*Kamu-özel sektör işbirliği ve özelleştirme uygulama sözleşmesinin yargı mercince iptali hâlinde, ilgili sözleşmenin uygulanabilmesi için gerçek veya özel hukuk tüzel kişisince sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, ilgili Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir*” şeklindedir. SARISU Ayhan, “*Kamu & Özel İşbirliği ve Özelleştirmelerde Hukuk Güvenliği Süreçleri Geliştirilmelidir*”, Yaklaşım, Y. 21, S. 246, 2013, ss.194-199, s. 198.

⁹³⁵ 4734 sayılı Yasa'nın 54/1 maddesi uyarınca “*İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.*” Kamu İhale Kurumu'na şikâyet mekanizması (m. 54 vd) iki aşamalı olarak tasarlanmıştır. Bu sisteme göre, 55. madde uyarınca ilgililer, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla, bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren, ihale konusuna göre beş veya on günlük süre içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunabilmektedirler. İlgili idare, şikâyet başvurusu üzerine, gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar almalıdır. Bu süre içinde bir karar alınmaması durumunda veya alınan kararın uygun bulunmaması durumunda, başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından, idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmektedir. İhaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde idarenin kararı kesinleşmeden (alınan karar on gün içerisinde itirazın şikâyet yoluyla Kamu İhale Kurumu'na götürülmezse kesinleşmektedir) veya Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyetinde bulunulması halinde, Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamamaktadır. Yasa'nın 56. maddesi uyarınca “*Kurum, itirazın şikâyetine ilişkin nihai kararını,*

getirilerek, ihalelere ilişkin uyuşmazlıkların sözleşme imzalanmadan önce çözümlenmesi sağlanabilir. Ayrıca ihale işlemlerine karşı açılacak iptal davaları da, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ivedi yargılama yöntemine tabi tutularak, işlemlerde hukuka aykırılık bulunması durumunda, bu aykırılıkların kısa sürede ortaya çıkarılması sağlanarak, mahkeme kararlarının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık oluşmasının önüne geçilebilir.

2. Tazminat Kararları Nedeniyle Yargısal Belirsizlik

Hukukumuzda idarenin, idare hukukuna dayanan kusurlu ve kusursuz sorumluluğu veya özel hukuka dayanan haksız fiil sorumluluğu (fiili yol)⁹³⁶ söz konusu olabilmektedir. İdarenin kusura dayanan sorumluluğu 'hizmet kusuru' kavramı ile anlatılmakta olup, objektif bir nitelik taşıyan hizmet kusuru⁹³⁷, hizmetin

incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır." Bu süre, Yasa'da sayılan bazı hâllerde on iş günü olarak uygulanmaktadır. Ayrıca, Yasa'nın 57. maddesi uyarınca, şikayetlerle ilgili Kurum tarafından verilen kararlara karşı açılan davalar öncelikle görülür.

⁹³⁶ "... bir kamu hizmetinin yasa ile idareye görev olarak verilmiş olması, bir hakka yapılan müdahalenin önlenmesi, tazmini isteğiyle açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi için yeterli sayılamaz. 11.02.1959 gün ve E:1958/17, K:1959/15 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının 1. bendinde de açıklandığı üzere; bir kamu kurumu tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrumunu sel basan, su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmal yüzünden tarlasını sular basıp, tarlası kullanılamaz hale gelen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlardır. Zira bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir. O halde bu fiillerden doğan zararların ödettilmesi istekleri, 2557 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi hükmünce bir tam yargı davasıdır ve bu davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir. Yapılan işlerin plan veya projelere aykırı olması halinde ise, ortada idari kararın tatbiki olan bir fiil bulunmadığından, bu iddia ile açılmış bir davada haksız eyleme ilişkin özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Haksız fiilden doğan zararların tazminine ilişkin davaların özel hukuk hükümlerine göre çözüm mercii ise adli yargı yeridir." Yargıtay HGK, 02.02.2011, E. 2010/7-673 - K. 2011/2 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹³⁷ DURAN Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara: Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1974, (Sorumluluk), s. 26; ÇAĞLAYAN Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007, (Kusursuz Sorumluluk), s. 136-138;

kuruluşu ve işleyişinde ortaya çıkabilmekte; hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde söz konusu olmaktadır⁹³⁸.

İdarenin sorumluluğu ilkesinin gelişimine bakıldığında, ilk başlarda idarenin sorumsuzluğu ilkesi benimsenmiş olup, daha sonra kusur sorumluluğu ve en son olarak da kusursuz sorumluluk kabul edilmiştir⁹³⁹. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğuna geçişte, idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlamak amacıyla ağır kusur kavramına başvurulmuştur⁹⁴⁰. Günümüzde, kural olarak, basit kusur, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için yeterli olmasına rağmen, faaliyet ve hizmetlerin türüne, ifa yer, zaman ve şartlarına göre, kusurun yoğunluğunda derecelenme gözetilmekte; yürütülen kamu hizmetinin ve idari faaliyetin özel bir zorluğunun bulunduğu kolluk faaliyeti, vergilerin tarh ve tahsili ile denetim faaliyetlerinde, sağlık hizmetlerinde, adalet kamu hizmetleri ile cezaevi idaresinde tazmin sorumluluğunun doğması için ağır hizmet kusuru aranmaktadır⁹⁴¹.

En eski ve yaygın sorumluluk ilkesi olan kusur sorumluluğu, hukukumuzda ana ilke olma özelliğini korumaktadır⁹⁴². Kusursuz sorumluluğun ikincil/tamamlayıcı

GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 727, 734; GÜNDAY, s. 369; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku - Cilt II**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, (**Cilt II**), s. 413-415.

⁹³⁸ DURAN, **Sorumluluk**, s. 28-34; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 751; GÖZLER/KAPLAN, s. 749; GÜNDAY, s. 370-373; ZABUNOĞLU, **Cilt II**, s. 417-422.

⁹³⁹ Türk hukukunda idarenin sorumluluğu olgusunun tarihsel gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OZANSOY Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989, (**Sorumluluk**), s. 91-165; ÇAĞLAYAN, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 83-110; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 728-731; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 160-162; ZABUNOĞLU, **Cilt II**, s. 407-410.

⁹⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 756.

⁹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAN, **Sorumluluk**, s. 34-37; ATAY, Ender Ethem/ODABAŞI, Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 122-130; ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 52-54; GÖZLER/KAPLAN, s. 751-753. İdarenin kusursuz sorumluluğu kabul edildikten sonra, hizmet kusurunun ağır olması koşulunu aramanın doğru olmadığı savunulmaktadır. GÜNDAY, s. 374.

⁹⁴² OZANSOY, **Sorumluluk**, s. 168.

niteliği olduğu kabul edilmekte, üçüncü kişinin uğradığı zararın, hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmin edilememesi halinde kusursuz sorumluluk hallerine başvurulmaktadır⁹⁴³.

İdarenin kusursuz sorumluluğuna, risk (hasar) ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi⁹⁴⁴ ve sosyal risk ilkesi kaynaklık etmektedir. Risk ilkesi, idarenin tehlikeli bir etkinliğinin ya da kuruluşunun varlığını göstermekte olup, bu gibi etkinlikleri yürütmekten veya kuruluşlara sahip olmaktan dolayı kişilere verilen özel ve olağanüstü zararların tazmin edilmesinde yararlanılmaktadır⁹⁴⁵. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden, idarenin kamu yararı ve düzeni düşüncesiyle yaptığı hizmetlerden dolayı, idareye yükletilecek bir kusur olmaması ya da bünyesinde bir tehlike taşımamasına rağmen kişilerin özel bir zarara uğraması söz konusu olduğunda, bu özel zararın tazmini için yararlanılmaktadır⁹⁴⁶. Sosyal risk ilkesinden ise, kamu düzenini bozmaya veya anayasal düzeni yıkmaya yönelik anarşi

⁹⁴³ Danıştay’a göre “hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.” Danıştay 10.D, 10.04.1996, E.1995/53- K.1996/1913 (UYAP); GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 750; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 645; ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 32; GÖZLER/KAPLAN, s. 761.

⁹⁴⁴ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No: R (84) 15, ilke 2 uyarınca zararın kusur sorumluluğu uyarınca tazmini söz konusu olmadığında kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi bağlamında tazmin edilmesi mümkün olabilir.

⁹⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 760; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.167. Risk sorumluluğundan, idarenin kullandığı patlayıcı madde, ateşli silah, tehlikeli bayındırlık eserleri ve kan ürünleri gibi tehlikeli şeylerden kaynaklanan zararların, genç suçluların eğitimi, akıl hastalarının deneme çıkışları ve mahkumlara verilen çıkma izinleri gibi tehlikeli yöntemlerden kaynaklanan zararların, mesleki risklerden doğan tehlikeli durumlardan ve kamu görevlilerinin görevleri sırasında uğradığı zararların, idarenin arızı işbirlikçilerinin uğradığı zararların, bayındırlık ve eser işlerinden üçüncü kişilerin uğradıkları zararların, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden dolayı ortaya çıkan zararların, idarenin terörle mücadele kapsamında yürüttüğü faaliyetlerden dolayı 3. kişilerin uğradıkları zararların tazmininde yararlanılmaktadır. GÖZLER/KAPLAN, s. 763-769; ÇAĞLAYAN, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 255-304.

⁹⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 761-762; GÜNDAY, s. 382; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 168.

ve terör olayları sırasında zarar görenlerin zararlarını tazmin etmek amacıyla yararlanılmakta olup, zararın kaynağı idarenin personelinin davranışı veya tehlikeli tesisler değil, üçüncü kişilerin idare tarafından önlenemeyen davranış ve eylemleridir. İdarenin sorumluluğunun kaynağı, zararı engelleyememek olduğu için, sosyal risk ilkesi diğer sorumluluk türlerinden farklılaşmaktadır⁹⁴⁷.

Bayındırlık işleri, kamu hizmeti amaçlarıyla veya bir kamu tüzel kişisi hesabına ya da onun denetimi altında kamu yararına yapılan, taşınmaz mallara ilişkin işler olarak tanımlanmaktadır⁹⁴⁸. Kamu-özel işbirliği uygulamalarından altyapı yatırımlarının özel sektöre finanse edilerek kurulması ve/veya işletilmesi, yenilenmesi ve kamu hizmetinin sunulması işleri için yararlanıldığından, KÖİ projelerinde, bayındırlık işleri ve tesisleri söz konusu olmaktadır.

Bayındırlık eserlerinin inşası ile ilgili sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu için, bayındırlık eserlerinin özel hukuk kişilerine inşa ettirilmesinden kaynaklanan zararlar özel hukuk hükümlerine göre tazmin edilmekte, bayındırlık eser ve işlerinin varlığından ya da işletilmesinden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargının görev alanına girmektedir⁹⁴⁹. Bayındırlık hizmetleri dolayısıyla zararın tazminine ilişkin uygulama, zarar görenin kamu hizmetine katılan, bayındırlık hizmetinden yararlanan veya üçüncü kişi olmasına göre değişiklik göstermekte olup⁹⁵⁰, hizmetten yararlananların zararları kusurlu sorumluluk ilkesi uyarınca, hizmete katılanların ve üçüncü kişilerin zararları ise kusursuz sorumluluk ilkesi

⁹⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 763; GÜNDAY, s. 381; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 168-169. Sosyal risk ilkesine göre üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s.769-771; ÇITAK, s. 59-62.

⁹⁴⁸ KIRATLI Metin, “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, AÜSBF Dergisi, C. 27, S. 4, 1972, ss. 53-81, s. 53.

⁹⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN , **Cilt I**, s. 769; GÖZLER/KAPLAN, s. 768.

⁹⁵⁰ ATAY/ODABAŞI, s. 157.

uyarınca tazmin edilmektedir⁹⁵¹. Bayındırlık işleri ve tesisleri, tehlikeli ameliye ve tesisattan ise, bunlar aynı zamanda risk kuramı çerçevesine girdiğinden, idarenin kusursuz sorumluluğuna yol açmakta ve hizmetten yararlananlar ile üçüncü kişiler arasında ayırım yapılması gereksiz hale gelmektedir⁹⁵². Bayındırlık hizmetlerinden kaynaklanan ve eserin varlığının veya faaliyetin yürütülmesinin doğal sonucu olan daimî/sürekli zararlar, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca tazmin edilirken, tesadüf veya kaza sonucu oluşan zararlar ise hasar/risk ilkesi uyarınca tazmin edilmektedir⁹⁵³.

Tazmin borcunun doğması için, zararı doğuran tutum ve davranışın idare tarafından veya idare adına yapılmış olması gerekir. Kamu hizmeti, imtiyaz yolu ile özel hukuk kişilerince yürütülüyorsa, bunların verdikleri zararların kural olarak idareye bağlanamayacağı, ancak imtiyaz sahibinin aczi halinde idarenin sorumlu tutulabileceği savunulmuştur⁹⁵⁴. Ancak, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi, hizmetin kamusal niteliğini ortadan kaldırmamaktadır⁹⁵⁵. Sunulan hizmet kamu hizmeti olduğu sürece, hizmetin gördürülmesi, özel hukuk kişisine ister statüter ister sözleşmesel ilişki içerisinde bırakılmış olsun, imzalanan sözleşme ister

⁹⁵¹ DURAN, **Sorumluluk**, s. 62; ÇAĞLAYAN, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 267; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 769-770.

⁹⁵² DURAN, **Sorumluluk**, s. 63.

⁹⁵³ ÇAĞLAYAN, **İdare Hukuku**, s. 664; KIRATLI, s. 72; GÖZLER/KAPLAN, s. 768, 774-775. Bayındırlık hizmetlerinde daimî zararlardan doğan sorumluluk ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 347-353.

⁹⁵⁴ ARMAĞAN, s. 195.

⁹⁵⁵ “Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.” Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990, E. 1990/4-K.1990/6. RG; 18.06.1990, sayı: 20551.

özel hukuk hükümlerine ister kamu hukukuna tabi olsun, hizmetin asıl sahibi olan idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü devam edeceğinden, hizmetin aksamasından doğan sorumluluğu da devam etmektedir⁹⁵⁶.

İdare hukuku açısından bakıldığında, bir kamu hizmeti, bizzat idare tarafından görülmekte olduğunda, o hizmetten dolayı, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğunun doğması mümkündür. Ancak, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi veya özelleştirilmesi söz konusu olduğunda, hizmetin kamusal niteliği devam ettiği için, kamu otoritelerinin, üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan, hizmetin asıl sahibi olarak sorumlulukları devam etmekle birlikte⁹⁵⁷, birincil sorumluluk hizmeti üstlenen özel hukuk kişisine geçmekte⁹⁵⁸, idarelerin ise

⁹⁵⁶ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 18-19. Danıştay’a göre “Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyetinin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur.

“İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, ‘hizmet kusuru’ veya ‘kusursuz sorumluluk’ ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

“İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

“Ayrıca idarenin yapmak zorunda olduğu kamu hizmetini özel ve tüzel kişilere yaptırması ve zararın bu hizmetin yürütümü sırasında meydana gelmesi yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyecek idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.” Danıştay 10.D, 16.12.2003, E.2002/7475- K. 2003/5193 (UYAP).

⁹⁵⁷ YASİN, s. 140-141, 208. KÖİ uygulamalarında, hizmetin özel sektör tarafından yürütülmesine rağmen, kamu hizmeti niteliğinin devam etmesi nedeniyle, hizmet kusuruna dayalı olarak idare aleyhine dava açılmasının mümkün olmasının, hizmetin ihale edilmesi veya özelleştirilmesi ile KÖİ arasındaki en önemli farklardan biri olduğu savunulmuştur. KEŞLİ, s. 396, 494.

⁹⁵⁸ KÖİ projelerinde, yüklenicinin proje ile ilgili sigortaları yaptırması gerekmektedir. Nitekim, TC Sağlık Bakanlığı’nın Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi Sözleşmesi’nin, 40/1 maddesi uyarınca “*Şirket, işbu Sözleşme’de tanımlanan Yatırım Dönemi ve İşletme Dönemi boyunca geçerli olacak ve yürürlükte kalacak şekilde genel riziko sigortası (“all risk”) olarak asgari Ek 21’de (Sigorta Şartları) belirtilen koşulları kapsayacak şekilde ve tüm mali mükellefiyetleri (sigorta primlerinin ödenmesi) kendisine ait olmak üzere, İdare’nin uygun göreceği sigorta dallarında ve enflasyona endeksli olarak İdare tarafından onaylanacak sigorta şirketlerine sigortalattıracaktır.*” Ayrıca “*i. Sigorta şirketi, Şirket’e ve/veya Alt Yükleniciler’e ve/veya İdare’ye yapılabilecek tüm tazminat iddialarına karşı sigorta poliçesi teminat limiti dâhilinde kefil olacak ve bu koşul düzenlenecek sigorta poliçesinde belirtilecektir. ii. Çapraz sorumluluk teminatı bahse konu sigorta poliçesinde belirtilen teminat hükümleri altında teminata dâhil edilecek ve sigorta poliçesinde belirtilecektir. iii. Üçüncü şahısların maruz kalacağı zararlar dolayısıyla Şirket ve/veya Alt Yükleniciler’e ve/veya Şirket adına hareket eden Müteahhit’e düşecek hukuki sorumluluklar poliçe*

denetim ve gözetim yükümlülüğü dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır⁹⁵⁹. Bu nedenle, idareler ancak denetim ve gözetim sorumluluklarını yerine getirmelerinde ağır hizmet kusurlarının bulunması durumunda, kusurlu sorumlu tutulabilmektedirler. Nitekim KÖİ modellerine ilişkin yasal düzenlemelerde de, üçüncü kişilere verilen zararlardan, yüklenicinin sorumlu olduğu yönünde düzenlemeler de bulunmaktadır⁹⁶⁰.

Özel hukuk açısından bakıldığında ise, KÖİ uygulamalarına ilişkin yasalarda yer alan bu düzenlemeler, sorumluluğun içeriğini belirlememiş olduğu için, maddi hukuk normu (*substantive law norm*) olarak değil, ‘yetki normu’ (*competence norm*) olarak nitelendirilebilmektedir⁹⁶¹.

Yetki normları, sorumluluk normu içermemekte, sadece kişilerin sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluğu hallerine değinmekte; maddi hukuk normlarından

kapsamına dâhil edilecektir.” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi Sözleşmesi, Ek-21, s. 4-5. Benzer şekilde TC Sağlık Bakanlığı’nın Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi Sözleşmesi Ek-21 madde 2 uyarınca da “*Şirket Tesis’i, İdare’nin belirleyeceği bir sigorta şirketine her türlü risklere karşı “all risk – full close” şartıyla, üçüncü şahıs mali mesuliyeti, grev, lokavt, kargaşalık, halk hareketleri, terör, sabotaj, kötü niyetli hareketler, deprem, yer kayması, yanardağ püskürmesi, kaza, yangın, duman, sel ve su baskını ve fırtına, kara ve hava taşıt çarpası vb risklere karşı sigorta ettirecektir.*” Ancak işin sigorta ettirilmesi, tarafların sorumluluklarını ortadan kaldırmadığından, tazminat sorumluluğun kimin üzerinde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

⁹⁵⁹ BAYAZIT Bahar/ALPER Gizem, “*Ultrahazardous Activity Liability in PPP Models: Efficient Allocation of Risk*”, AÜHFD, C. 66, S. 1, 2017, ss. 1-47, s. 16.

⁹⁶⁰ 6428 sayılı Yasa’nın 4/2 maddesi uyarınca “*Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur.*”

3996 m.6/1 uyarınca “*Yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirket sorumludur. Bu şirketlerin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ilişkin hükümler sözleşmede yer alır.*”

3996 Uygulama Kararı m. 31/1 uyarınca “*Görevli şirket yatırım ve hizmeti belirlenen süre içerisinde projelendirmek, finansmanını sağlamak, tesisi yapmak ve işletmek, bakım ve onarımını sağlamak, süre sonunda tesisi her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye devretmekle yükümlüdür. Görevli şirket yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan kusurlu olsun ya da olmasın sorumludur.*”

EÖT Yönetmeliği m.47/2 uyarınca “*Yüklenici yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur.*”

⁹⁶¹ BAYAZIT/ALPER, s. 17.

farklı olarak bir hak veya mükellefiyet yaratmamakta, bir davranış biçimini hükme bağlamamaktadır⁹⁶². Yetki veren bu normlar, maddi hukuk normlarının uygulanmasına imkân sağlamaktadır.

Adli yargı yerlerince, yüklenicinin (özel amaçlı şirketin), sözleşme süresince (hem yatırım hem de işletme döneminde) üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olacağı yönündeki düzenlemelerin, yüklenicinin haksız fiil ehliyetini hükme bağlamakta olduğu kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla, mahkemelerce, haksız fiil ehliyeti bulunan şirketin sorumluluğunun belirlenmesi için, sorumluluk şartlarını taşıyan, kapsamını ve sınırlarını belirleyen maddi hukuk normlarına başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşme dışı sorumluluk hallerini düzenleyen TBK hükümleri uygulanarak zararın tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak, adli yargı yerlerince TBK hükümleri uygulandığında, idarenin de yüklenici ile birlikte müteselsil sorumluluğuna karar verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Yargıtay kararları dikkate alındığında, idarenin sorumluluğunun doğması için, idare hukukunda belirlenmiş olan koşulların gerçekleşmesi aranmaksızın, adli yargı yerlerince, TBK uygulanmak suretiyle, özel hukukta benimsenmiş olan kusursuz sorumluluk düzenlemeleri⁹⁶³ uyarınca idarenin sorumluluğuna hükmedilerek tazminata karar verildiği görülmektedir.

⁹⁶² ÖZTAN Bilge, **Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları No: 272, 1970, s. 116.

⁹⁶³ Enerji nakil iletim hattının direklerinin devrilerek tellerinin kopması sonucu uğranılan zararın tazmini için açılan davada adli yargı mercinin görevsizlik kararının yerinde olmadığını, davanın idari yargıda değil adli yargıda görülmesi gerektiğini belirten Yargıtay, uyuşmazlığın çözümünde yararlanılacak olan kusursuz sorumluluk düzenlemeleri ile ilgili olarak, “Kusur aranmaksızın sorumluluğun düzenlendiği haller, kusursuz sorumluluk halleri olarak ifade edilmektedir. Doktrinde kusursuz sorumluluk hallerinin olağan sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu şeklinde ikili ayırıma tabi tutarken, TBK tarafından açıklanan hakkaniyet sorumluluğu-özen (sebe) sorumluluğu-tehlike sorumluluğu şeklinde ayırıma tabi tutulduğu görülmektedir. Denetleme ve gözetimde özen (cura in

Nitekim idarenin, denetim sorumluluğu devam ettiği için ‘adam çalıştıran’ konumunda olduğu ve bu nedenle de yüklenici ile müteselsil sorumlu olduğu yönünde⁹⁶⁴ yargı kararları bulunmaktadır. Ayrıca, idari yargıda dava açılması halinde

custodio) gereği, kusur unsur olarak aranmaz. (G.Antalya Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1.2012.İst.sh.533.535.)

“Özen sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluğun düzenlendiği TBK’nun 69. maddesi gereğince ‘Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.’ Yine aynı Kanun’un 71/1. maddesi gereğince; ‘Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.’ Belirtilen yasal düzenlemeler gereğince, davalı, zararlandırıcı sonucun doğmasına yol açan enerji hattının yapım ve bakım eksikliklerinden kaynaklanan zararlardan sorumludur. Sorumluluktan kurtulmanın olumsuz koşulu ise, zarar ile yapım bozukluğu ve bakım eksikliği arasındaki nedensellik bağının kesilmiş olmasıdır.

“Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira, bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirirse, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, yine de çoğu zaman zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple, sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından; bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1991 Baskı Cilt 2 sf: 14-15).

“Davalı şirket, bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirmektedir. Bu faaliyet, varlığı ve niteliği itibarıyla bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluktur. Bu sorumluluk türü tehlike sorumluluğu olarak da isimlendirilmekte olup, sorumluluk türlerinin en ağırını oluşturur. Burada tehlikeli nesne veya işletme ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluk için gerekli olup hareket unsurunu haksız fiilin sonuç unsuruyla birlikte değerlendirmek gerekir (Doç. Dr. A. Akartepe TBK. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri - Prof. Dr. Pierre Tercier sorumluluk hukuku S. Özdemir çevirisi. 1983 Sh. 12-14).” değerlendirmesinde bulunmuştur. Yargıtay 3. HD, 18.01.2016, E.2015/1979- K. 2016/192 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶⁴ Türk Telekomünikasyon AŞ’nin, ‘Arap Deresi Güney Kısmı Kuşaklama Kanalı İnşaası’ sırasında tesis ve kablolarına zarar verildiğini ileri sürerek açtığı tazminat davasında Mahkeme, “davalı İZSU’nun Arap deresi Güney Kesimi kuşaklama inşaat işini ihale ettiği Sistem Yapı AŞ ile imzaladığı sözleşmenin 16/3. maddesinde, yüklenicinin işin ifası sırasında 3. şahıslara verdiği her türlü zarar ve ziyandan sorumlu olduğuna dair hüküm bulunduğu ve bu meydana yükleniciye gerekli uyarıyı yapmış olması nedeniyle İZSU Genel Müdürlüğünün olayda sorumluluğunun bulunmadığı anlaşıldığından adı geçen davalıya husumet yöneltilemeyeceği; ...” gerekçesiyle, İZSU bakımından davanın husumet nedeniyle reddine karar vermiş, karar Yargıtay ilgili dairesi tarafından bozulmuş, ancak Mahkeme önceki kararında direnmiştir. Bunun üzerine uyuşmazlık, Yargıtay HGK’nın önüne gelmiştir. Direnme kararını bozan Yargıtay HGK’ya göre, ... “Bilindiği üzere, kişilerin sözleşme dışı sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu esastır (BK m.41) [TBK m. 49]; ne var ki, yasa koyucu değişik sebeplerle kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerini de kabul etmiştir. Bu nedenle sözleşme dışı sorumluluktan söz edebilmek için, kişinin kusura dayanan bir sorumluluğunun veya kusuru olmasa dahi yasadışı doğma bir sorumluluğunun bulunması zorunludur.

...

“...Adam çalıştırma ilişkisi için çalıştırılanın, çalıştırmanın buyruğu altında olması, onun gözetiminde iş yapması ve onun talimatıyla bağlı bulunması gerekir. Özellikle eser sözleşmelerinde, yüklenici kendi hesabına ve kendi sorumluluğu altında çalışır; iş sahibine bağımlı durumda değildir.

hizmet kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmesini gerektirecek durumlar söz

konusu olduğunda da, adli yargı mercilerinde açılan hukuk davalarında, idarenin

“Ne var ki yüklenici, iş sahibinin gözetimi altında ve onun talimatına uyarak çalışıyorsa, bu durumda Borçlar Kanununun 55. maddesi [TBK m. 66] anlamında ‘çalıştırılan’ niteliğini taşıdığı her türlü duraksamadan uzaktır.

...

“Dosyaya celbedilen sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesinde, zarara neden olan iş yüklenici tarafından ifa edilmekte ise de, işin davalı/işveren İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğüne ait bulunduğu ve özellikle sözleşmenin ... 13. maddesine göre, denetim ve gözetimi yerine getirecek olan temsilcinin tüm talimatları işverenden alacağına dair hüküm bulunması karşısında; davalı İzmir Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü’nün ‘adam çalıştıran’ konumunda olduğu, onun gözetimi altında ve talimatına uyarak çalışan yüklenicinin de Borçlar Kanununun 55. maddesi [TBK m.66] anlamında ‘çalıştırılan’ niteliğini taşıdığı anlaşılmaktadır.

“Bir başka ifadeyle; işverenin yükleniciyi denetim ve kontrol yetkisi devam ettiğinden, yüklenicinin kullandığı adamların haksız eylemi sonucu üçüncü kişilere verdikleri zarardan, yüklenici ile birlikte işveren de zincirleme sorumludur.” Yargıtay HGK, 30.05.2007, E.2007/7-302, K. 2007/317 (Kazancı İçtihat Bankası). Yakın tarihli bir başka kararda da Yargıtay’a göre, “davalı ..., işinin bir bölümünü imzaladığı sözleşme ile diğer davalıya devretmiş ise de, diğer davalı tarafından yapılan işi kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunduğundan TBK’nın 66. maddesi uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu, diğer davalı ise TBK’nın 49. maddesi uyarınca haksız fiil faili olarak sorumludur. Hal böyle olunca, davalılar arasında müteselsil sorumluluk vardır.” Yargıtay 4. HD, 01.12.2016, E.2016/7897- K.2016/11774 (Kazancı İçtihat Bankası). Karayolları Genel Müdürlüğü’nün imzaladığı ‘Ankara-Çankırı Yolu Yapım Sözleşmesi’nin eser sözleşmesi olduğunu belirten ve iş sahibinin, işin yapımı sırasında yüklenicinin verdiği zararlardan sorumlu olduğuna hükmeden Yargıtay’a göre, “Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin Borçlar Kanunu’nun 55. Maddesi [TBK m.66] gereğince ‘adam çalıştıran’ sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de aynı kanunun 51/2 maddesi [TBK m.61] hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur.” Yargıtay 7.HD, 21.09.2010, E.2010/2809- K. 2010/4791 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde İSKİ’nin eser sözleşmesi ile yaptırdığı işin yapımı sırasında yüklenici şirkete emir ve talimat verme, işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınması nedeniyle zarardan müteselsil sorumlu olduğuna ilişkin karar için bkz. Yargıtay 7. HD, 18.01.2011, E. 2010/7458- K. 2011/98 (Kazancı İçtihat Bankası). Ancak, hizmeti bizzat sunmakla görevli olan ve denetim-gözetim yetkisi bulunan idarelerin müteselsil sorumluluğundan bahsedilebilecek olup, 4646 Sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu hükümleri kapsamında Şanlıurfa’da doğalgaz şebekesi döşeme işini alan şirket ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’na karşı açılan davada, “...ihale makamı olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun doğalgaz dağıtım hizmetini bizzat yürütmekle değil yürütümünü sağlayacaklara gerekli yetkiyi vermek ve piyasayı düzenlemekle görevli olduğu, yapılan ihale sözleşmesi kapsamında B.K.nun 55 inci maddesi hükmünde belirtilen “adam çalıştıran” sıfatıyla ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu tutulmasını gerektirir bir yetki devrinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca adı geçen davalının meydana gelen hasardan diğer davalıyla birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulamayacağı, daha açık anlatımla kendisine husumet yöneltilemeyeceği kuşkusuzdur.” denilmiştir. Yargıtay 7.HD, 18.10.2011, E.2010/7514- K.2011/6147 (Kazancı İçtihat Bankası).

tehlike sorumluluğu⁹⁶⁵, adam çalıştırmanın sorumluluğu⁹⁶⁶ gibi kusursuz sorumluluk

ilkeleri kapsamında tazminat yükümlülüğünün araştırıldığı görülmektedir.

⁹⁶⁵ Elektrik enerjisi dağıtım hattından kaynaklanan hayvan ölümü nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesinin kararını bozan Yargıtay’ın yaptığı değerlendirmeye göre, “davalı şirket, bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirmektedir. Bu faaliyet, varlığı ve niteliği itibarıyla bir tehlike ve dolayısı ile zarar ihtimali taşıdığından, davalı şirketin sorumluluğu, bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluktur...”

...

“Bu kapsamda, enerji nakil hattının sahibi bulunan davalı, bu yapı eserinin fena yapılmasından, bakımı ve işletilmesindeki eksikliklerden ve ahşap nitelikte olan elektrik direğinin muhtemel yangından korunması için alınması gerekli önlemleri almamaktan dolayı sorumludur. Bu sorumluluk, hukuki niteliği itibarıyla kusura dayanmayan (objektif) bir sorumluluktur. Bu sorumluluktan kurtulabilmek için fiil ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinin ispatı davalı kuruma aittir.

“Bununla birlikte, tüm dosya kapsamı itibarıyla, davacı taraf olay günü davalı kurum kayıtlarında, direğin devrildiği esnada ilgili hattın açma verdiği şeklinde bir arıza ihbarı bulunduğunu, buna rağmen davalının aynı hatta 10 dakika sonra tekrar enerji verdiğini ve bu olayın zararın bu kadar büyük boyutta ortaya çıkmasına sebep olduğunu belirtmiş olup, dosyada mevcut Silvan TEDAŞ Elektrik Arıza Servis görevlilerince tutulan tutanak ve arıza ihbar defteri kayıtlarına göre de, olay tarihinde saat 07:20 sıralarında dava konusu elektrik iletim hattının TEİAŞ indirici merkezinde toprak korumadan açtığı bilgisi geldiği, 10 dakika sonra hatta bulunan köylerden ihbar gelmemesi üzerine hatta tekrar enerji verilerek hattın denendiği ancak tekrar toprak korumadan açma yaptığı için bu kez saat 08:00 sıralarında arıza bulunan bölgeye giderek yapılan kontrolde direğin yanarak devrildiğinin tespit edildiği anlaşılmaktadır.

“O halde mahkemece, her ne kadar yangının üçüncü kişiler tarafından çıkarıldığı hususu kabul edilmiş olsa da, TBK düzenlemeleri de dikkate alınarak yukarıda açıklanan şekilde davalı kurumun gerekli bakım ve denetim sorumluluğunu yerine getirip getirmediği ve ayrıca kendilerine gelen ‘enerji hattının toprak açması yaptığı’ yönündeki ihbar sonrası hatta yeniden enerji verilmesi hususlarının, zararın meydana gelmesindeki etkisi, eş söyleyiş ile davalı kurumun bu fiilleri ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı, tüm taraf delilleri toplanarak ve gerektiğinde uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 3. HD, 08.12.2015, E. 2014/20445- K. 2015/19782 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶⁶ Yakınlarının, davalı Kurum hastanesindeki göz ameliyatı öncesinde, Kurumca istihdam edilen kişiler tarafından yapılan hatalı işlemlere bağlı olarak bitkisel yaşama girip sonrasında ölmesi nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında, “sağlıklı yaşamın ve sağlık hizmetlerinden yararlanmanın temel insan haklarından olduğu yönü gözetilerek; hastalığın teşhis ve tedavisine ilişkin süreçte, konuda yetkin kişiler tarafından, tıp ilkeleriyle konuya ilişkin mevzuata uygun işlem yapıp yapılmadığı; hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özenin gösterilip gösterilmediği konularında bilimsel verilere dayalı inceleme yapılabilmesi için, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu’ndan rapor alınarak; anılan raporla, davalının sorumluluktan kurtulması gereğini doğuracak durumun bulunup bulunmadığı yönleri de açıklığa kavuşturulmak suretiyle, davacıların tazminat istemi yönünden bir sonuca varılması gereği gözetilmeksizin; kusursuz sorumluluk halini düzenleyen, istihdam edenin sorumluluğu ilkesine aykırı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş olması”nı hukuka aykırı bulan Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 10.HD, 11.11.2010, E. 2010/7950- K. 2010/15424 (Kazancı İçtihat Bankası).

Türk Telekomünikasyon AŞ’nin, ‘Sultanbeyli’de altgeçit, yol ve meydan düzenleme inşaatı’ yapımı sırasında tesis ve kablolarına zarar verildiği gerekçesiyle açtığı tazminat davasında ilk derece mahkemesi adam çalıştırma sıfatıyla, iş sahibi olan İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı ile V... İnş. Ltd. Şti’nin müteselsil sorumluluğuna hükmetmiş, belediyeye ilişkin hüküm, davanın idari yargıda görülmesi gerektiği gerekçesi ile yargı yolu (görev) noktasından bozulmuştur. İlk derece

mahkemesince, davaya bakma görevinin adli yargıya ait olduğu gerekçesiyle önceki kararda direnilmesi üzerine karar önüne gelen Yargıtay HGK'ya göre, "... kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemler özel hukuk alanına girmekle, bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemezler. Kamu idare ve kurumlarının, kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan doğan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olup, idari yargının görev alanı söz konusu olduğu halde, özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü faaliyetler sırasında meydana gelen zararlardan ötürü ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğunun özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmesi gerekir.

"Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 6.12.1999 gün ve E:1999/38 K:1999/40 Sayılı kararında ise; 'idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu' vurgulandıktan sonra; 'Kamu hizmetinin, yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin; kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin; dolayısıyla, olayda hizmet kusuru ya da başka bir sebeple idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde 'idari dava türleri' arasında sayılan 'idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davası' kapsamında idari yargı yerlerince yapılacağına' işaret edilmiş ve idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü sıradaki eyleminden doğan zararın giderilmesine yönelik olarak açılan davanın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

"Kamu idare ve kurumlarının, kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan doğan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusudur ve kamu kurumlarının faaliyet alanı içerisine giren bu kamu hizmetlerini yerine getirirken sebebiyet verdikleri zararların tazmini için açılan davaların da -hizmet kusuruna dayanması nedeniyle-, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi gereğince idari yargı yerinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.

"Nitekim, aynı ilkeler H.G.K.'nın 7.12.2005 gün ve 2005/4-650 E. 2005/711 K.; 4.4.2007 gün ve 2007/4-141 E.2007/188 K sayılı ilamlarında da vurgulanmıştır.

...

"Somut olaya gelince; eldeki dava haksız eyleme dayanarak davalı Belediye Başkanlığı ve hakkında hüküm kesinleşen diğer davalılar yüklenici ve alt yüklenici aleyhine adli yargı merciinde açılmıştır.

"Hiç kuşku yoktur ki, kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediye, bu hizmeti doğrudan kendisi yerine getirmiş ve bir idari kararın plan ve projelere uygun biçimde uygulanmasından bir zarar doğmuş olsaydı, üçüncü kişiler bu zarar sebebiyle açacakları davada hizmet kusuruna dayanacaklarından, bu dava tam yargı davası, bunun çözüm mercii de idari yargı olacaktır.

"Somut olayda ise; davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı 'Sultanbeyli'de altgeçit, yol ve meydan düzenleme inşaatı yapımı' işini; bizzat ve plan-projeye uygun biçimde yerine getirmemiş, aksine özel hukuk ilişkisine girerek, haklarındaki hüküm bozma dışı kalmakla kesinleşen diğer davalı şirketlerle arasında düzenlenen eser sözleşmesine dayalı olmak üzere, bu şirketler eliyle yaptırmıştır. Davalılar Belediye Başkanlığı ile yüklenici ortak girişim arasında düzenlenen özel hukuk hükümlerine tabi bu eser sözleşmesinin 21 ve yüklenici ile taşeron (alt yüklenici) arasında düzenlenen sözleşmenin 20.1 maddelerinde de; işe ilişkin talimatların işverenin görevlendireceği kişi tarafından verileceği, buna yüklenicinin (ve taşeronun) uyacağı kararlaştırılmıştır.

"Hal böyle olunca; eldeki dava, davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bakanlığının hizmet kusuruna değil, adam çalıştıran sıfatıyla gözetimi altında ve talimatına uyarak çalışan yüklenici ile taşeronun eylem ve işlemlerinden 818 Sayılı B.K.'nın 55. maddesi [TBK m. 66] gereğince sorumlu olduğu iddiasına, dayalı tazminat istemine ilişkin bulunmakla açık biçimde adli yargı mercilerinin görev alanında kalmaktadır.

"Öte yandan, davalılar arasındaki sözleşme, kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin lehine düzenlenmiş bir idari sözleşme olmayıp, açık biçimde özel hukuk hükümlerine tabi eser sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olmadığına göre, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların çözüm mercii de idari yargı olarak düşünülemez (Yargıtay H.G.K.'nın 28.4.2010 gün ve 2010/7-216 E. 2010/231 K. sayılı ilamı).

Sözleşme dışı sorumluluğun paylaşılması açısından, Türk Borçlar Kanunu, borçlunun sadece ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağını düzenlemiştir. Sorumluluğu önceden daraltan anlaşmalarla, borçlunun ağır kusurundan, yani kastından veya ağır ihmalinden sorumlu olmayacağının kararlaştırılması hükümsüzdür. Eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak TBK'nın 115/2 maddesinde, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu'na göre sorumluluk, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından doğuyorsa, hâkim borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmayı hükümsüz sayabilirdi. TBK'ya göre ise uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu sınırlamanın sebebi, imtiyazla çalışan ve bu sebeple tek el durumundan faydalanan işletmelerin, müşterilerine karşı olan sorumluluğunu daraltma hususunda yapılacak teklifleri, müşterilerin reddedemeyecek vaziyette olmalarıdır⁹⁶⁷. Kamu-özel işbirliği uygulamaları açısından bakıldığında, yüklenicinin sorumlu olmayacağı yönündeki sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağı savunulabilecek olmakla birlikte, ilgili yasal düzenlemelerde, 3. kişilerin zararlarından yüklenicinin sorumlu olacağı yönünde düzenlemeler bulunduğu için, sözleşmelerde yer alan bu tarz düzenlemelerin kesin hükümsüz olmadığı

“Sonuçta, açıklanan özellikleri karşısında eldeki davaya bakmakla idari yargı yeri değil, adli yargı yerinin görevli olduğunda duraksama bulunmamaktadır.” Yargıtay HGK, 02.02.2011, E. 2010/7-673 - K. 2011/2 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶⁷ KEŞLİ, s. 442-444.

düşünülmektedir. Bu nedenle, idarenin sorumlu olmadığı yönündeki sözleşme hükümleri, her ne kadar ‘yetki normu’ olarak sınıflandırılrsa da, yasal dayanağı bulunduğu için hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya değildir. Ancak, sözleşme konusu iş çerçevesinde doğan sorumluluk taraflarca paylaşılmakla birlikte^{968,969},

⁹⁶⁸ “Şirket, Sözleşme’nin yürütülmesinden doğan üçüncü şahıslarla iddia edilebilecek herhangi bedeni, maddi ve manevi zarara karşı sorumludur.

i. Sigorta şirketi, Şirket’e ve/veya Alt Yükleniciler’e ve/veya İdare’ye yapılabilecek tüm tazminat iddialarına karşı sigorta poliçesi teminat limiti dâhilinde kefil olacak ve bu koşul düzenlenecek sigorta poliçesinde belirtilecektir.

ii. Çapraz sorumluluk teminatı bahse konu sigorta poliçesinde belirtilen teminat hükümleri altında teminata dâhil edilecek ve sigorta poliçesinde belirtilecektir.

iii. Üçüncü şahısların maruz kalacağı zararlar dolayısıyla Şirket ve/veya Alt Yükleniciler’e ve/veya Şirket adına hareket eden Müteahhit’e düşecek hukuki sorumluluklar poliçe kapsamına dâhil edilecektir” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş Sözleşmesi, Ek-21, s. 4-5.

⁹⁶⁹ TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş Sözleşmesi’nin 14. maddesi sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi içermektedir. Bu hükme göre, “**14.1.** Şirket, aşağıda açıklanan sebeplerle İdare’nin karşılaştığı Doğrudan Zararlar’ı tazminle yükümlüdür:

a. Borçlar Kanunu Madde 100 hükümleri uyarınca, Şirket ve/veya Şirket Tarafı’nın bir çalışanının veya Şirket ve/veya Şirket Tarafı’ndan herhangi biri tarafından görevlendirilmiş bir kişinin ölümüne ve/veya yaralanmasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanan,

b. İdare’nin veya herhangi bir İdare Tarafı’nın işbu Sözleşme hükümlerini ihlal etmesinden veya kastından ya da ihmalden kaynaklanmadığı sürece, 14.2 (a) maddesinde bahsedilen kişilerin haricinde bir üçüncü kişinin Sözleşme Kapsamındaki Faaliyetler sırasında ölümüne ve/veya yaralanmasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanan,

c. İdare’nin veya herhangi bir İdare Tarafı’nın işbu Sözleşme hükümlerini ihlal etmesinden veya kastından ya da ihmalden kaynaklanmadığı sürece, Şirket’in veya Şirket Tarafı’nın hareketinden veya ihmalden kaynaklanan ve İdare’nin malvarlığında oluşan maddi kayıp veya hasardan kaynaklanan,

d. İdare’nin veya herhangi bir İdare Tarafı’nın işbu Sözleşme hükümlerini ihlal etmesinden veya kastından ya da ihmalden kaynaklanmadığı sürece, Şirket’in veya Şirket Tarafı’nın hareketinden veya ihmalden kaynaklanan ve herhangi bir üçüncü kişinin malvarlığında oluşan kayıp veya hasardan kaynaklanan.

14.2. İdare, aşağıda açıklanan sebeplerle Şirket’in karşılaştığı Doğrudan Zararlar’ı tazminle yükümlüdür:

a. İdare teşkilatı içinde veya İdare’nin taraf olduğu herhangi bir işte çalışan veya İdare tarafından istihdam edilen personelin ölümüne ve/veya yaralanmasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanan,

b. Şirket’in kasti veya ihmali bir hareketinden kaynaklanmadığı sürece, İdare’nin veya İdare Tarafları’nın, işbu Sözleşme’nin hükümlerini ihlalinden veya kasti veya ihmali bir davranışından kaynaklanan, 14.1 (a) maddesinde bahsedilen kişilerin haricinde üçüncü bir kişinin ölümüne ve/veya yaralanmasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararından kaynaklanan,

c. Şirket’in kasti veya ihmali bir hareketinden kaynaklanmadığı sürece, Tesisler’in herhangi bir kısmında veya Şirket malvarlığında oluşan ve İdare’nin veya İdare Tarafı’nın işbu Sözleşme hükümlerini ihlalinden veya kasti veya ihmali bir hareketinden kaynaklanan maddi kayıp veya hasardan,

d. Şirket’in kasti veya ihmali bir hareketinden kaynaklanmadığı sürece, herhangi bir üçüncü kişinin malvarlığında oluşan ve İdare’nin veya İdare Tarafı’nın işbu Sözleşme’deki hükümlerini ihlalinden veya kasti veya ihmali bir davranışından kaynaklanan kayıp veya hasar.”

sözleşmenin nisbîliği ilkesi uyarınca sözleşme hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir⁹⁷⁰. Dış ilişkide yüklenici ile idare müteselsil sorumlu kabul edilmektedirler⁹⁷¹.

Adli yargı mercilerince, idarenin TBK’da yer alan sorumluluk düzenlemeleri uyarınca sorumlu tutularak idare aleyhine tazminata hükmedilmesi, adli-idari yargı arasındaki görev alanları açısından belirsizlik yaratarak duraksamalara neden olmakta ve idarenin sorumluluğunu genişletmektedir. KÖİ yöntemiyle yapılan işlerde, idare hukuku kurallarına göre idarenin ağır kusuru aranarak kusurlu sorumluluk çerçevesinde inceleme yapılması gerekirken, TBK çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu⁹⁷², yapı malikinin sorumluluğu⁹⁷³ veya tehlike

⁹⁷⁰ “Sözleşmenin, ... 17.2 nci maddesinde, işin ifası sırasında sebep olacağı her türlü zarar ve hasardan yüklenicinin sorumlu olacağı kararlaştırılmış ise de; sözleşmenin nisbîliği gereği bu şart, tarafların iç ilişkisine ait olup, zarar gören üçüncü kişi/davacıyı bağlamayacaktır.” Yargıtay HGK, 30.05.2007, E.2007/7-302, K. 2007/317 (Kazancı İçtihat Bankası). “Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile diğer davalı arasında düzenlenen sözleşme niteliği bakımından eser sözleşmesidir. Sözleşmenin 22. maddesi hükmünde ise iş sahibi olan davalı Karayolları Genel Müdürlüğü’ne sözleşme süresi içinde, sözleşme konusuna giren işleri kontrol, denetleme ve yükleniciye talimat verme yetkisi tanınmıştır. Bu olgu dikkate alındığında davalı iş sahibinin işin yapımı sırasında yüklenici tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Sözleşmenin bunun aksine hükümleri sözleşmenin tarafları arasındaki iç ilişkiyi ve işin yapımı sırasında verilecek zararları en son kimin üstleneceğini düzenlemektedir. İç ilişkiyi düzenleyen bu hükümlerin zarar gören üçüncü kişilere karşı öne sürülmesi mümkün değildir.” Yargıtay 7.HD, 21.09.2010, E.2010/2809- K. 2010/4791 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁷¹ Dış ilişkide müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK’nın 61. maddesi uyarınca “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” İç ilişkide müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK’nın 62 maddesi uyarınca ise “Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

“Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” Dolayısıyla, idarenin sorumluluğuna hükmedildiğinde, idare üçüncü kişinin zararını tazmin ettikten sonra, sözleşme hükümleri çerçevesinde iç ilişkide yükleniciye rücu edebilecektir.

⁹⁷² Türk Borçlar Kanunu uyarınca kusursuz sorumluluk hallerinden birini özen sorumluluğu oluşturmakta olup, adam çalıştırmanın sorumluluğu bu kapsamda yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nda adam çalıştırmanın sorumluluğu 66. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

“Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

sorumluluğu⁹⁷⁴ ile kusursuz sorumlu tutulması, idare üzerinde beklenmeyen bir yük bırakmaktadır. Bütün kâr ve zararı yüklenicide kalacak şekilde imzalanan bir sözleşmede, idarenin bu şekilde sorumluluğunun kabul edilmesi, özel sektörün kâr elde ettiği bir hizmette, hizmetten yararlananların uğradıkları zararların idare tarafından tazmin edilmesine neden olacağından, yöntemin mantığıyla çelişmekte; bu da KÖİ yönteminin uygulamasının azalması riskini beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede KÖİ yönteminin uygulanmasına ilişkin iş ve işlemlerde, ortaya çıkacak

“Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”

“Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

⁹⁷³ Aksi kararlarla da karşılaşlabilmektedir. Örneğin idareye ait okulda öğrenimini yapan öğrencinin, beden eğitimi dersi için spor salonuna giderken, iki bina arasındaki geçidin iyi yapılmamış olması ve bu haliyle kullanılmış bulunması sonucu düşüp öldüğü gerekçesiyle açılan davada, davalı idareyi BK’nın 58. maddesi [TBK m. 69] hükmüne dayanarak sorumlu tutan yerel mahkeme kararını bozan Yargıtay’a göre, “Davaya konu zarar, devlete ait bir binanın kusurlu yapılması ve kullanılmasından kaynaklandığına göre, BK’nın 58. maddesinde [TBK m. 69] düzenlenen esas malikinin (kusursuz) sorumluluğunun olaya uygulanıp uygulanmayacağı öncelikle tartışılmalıdır. Devlet malları, kamu malları ve özel mallar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayırımdan hareket edildiğinde; kural olarak, Devlet mallarının kullanılması nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan doğan sorumluluğun ona göre incelenmesi gerekir.

...

“...davacıların çocukları, Devlete ait okul binasının iyi yapılmaması ve o durumda kullanılması sonucu olarak düşerek öldüğü öne sürülmüştür. Okul binaları, eğitim hizmetinin görülmesinde onun tamamlayıcı bir parçasıdır; uygun ve özel nitelikteki binalarda yapılmadıkça bu hizmetin aksaması kaçınılmazdır. Bu nedenle okul olarak yapılmış binalar, tipik kamu malıdır. bunların kullanılması ve muhafazasından doğan zararlarda BK’nın 58. maddesi [TBK m. 69] hükmünün uygulama alanı bulacağı düşünülmemelidir. Aksine kamu malının kullanılmasından doğan zararlarda sorumluluk, idare hukuku esaslarına göre belirlenmelidir. Bunun inceleme yeri ise, adli yargı değil, idari yargıdır. Yasalarda özel hüküm bulunan hallerde (Kamu İktisadi Kurumları’nda olduğu gibi), kamu kuruluşlarına ait binalardan doğan zararlarda özel hukuk hükümleri uygulanabileceği de unutulmamalıdır.” Yargıtay 4. HD, 20.05.1985, E.1985/398- K.1985/5074 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁷⁴ Türk Borçlar Kanunu uyarınca kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan tehlike sorumluluğu, Yasa’nın 71. maddesinde “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

“Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

“Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

zararın giderilmesine yönelik olarak açık bir kusur ya da kusursuz sorumluluk halinin düzenlenmesi ya da özel sektörün TBK’da düzenlenmiş olan hangi sorumluluk kuralına göre sorumlu tutulacağına yasal zemine kavuşturularak yargısal belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir.

II. Sözleşmesel Kamu Yararının Sağlanması: Kamu-Özel İşbirliği

Sözleşmelerinin İçeriği

Özel hukukta, temel amacı ekonomik açıdan etkin sözleşmelerin kurulmasını ve ifasını kolaylaştırmak olan sözleşme hukukunun üç temel özelliği bulunmaktadır. Bu özellikler, sözleşme serbestisinin kabulü; sözleşmelerin bağlayıcı kılınması ve sözleşme boşluklarını tamamlayan yedek kurallar ile işlem maliyeti azaltılarak etkin sözleşme yapılmasını kolaylaştırma; emredici kurallar ve borçlunun borcundan kurtulmasına ilişkin kurallar yardımıyla ekonomik açıdan etkin olmayan sözleşmelerin yapılmasının ve ifasının önlenmesidir⁹⁷⁵. Kamu hukuku açısından bakıldığında, sözleşme serbestisi sınırlandığı gibi, yedek kurallarla sözleşme boşluklarının doldurulması değil, yasa ve düzenleyici işlemlerle sözleşme içeriğinin belirlenmesi söz konusu olmaktadır.

Yüklenici ile idare arasındaki ilişki, ilgili yasa ve yönetmelik ve sözleşme hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir⁹⁷⁶. KÖİ projeleri, yalnızca uygulama anlaşması ve eklerinden oluşmamakta, projeyle bağlantılı diğer belgelerin de sözleşmesel kuvveti bulunmakta; sözleşmede atıf yapılan yasal düzenlemeler ile

⁹⁷⁵ SANLI, *Sözleşme Hukuku*, s.72.

⁹⁷⁶ Danıştay 13.D, 26.06.2013, E.2008/12359- K.2013/1925 (UYAP).

diğer belgeler ve sözleşmede atıf yapılmamış olsa dahi, idarenin düzenleyici işlemleri gibi kimi kararlar sözleşme bakımından etkili olmaktadır⁹⁷⁷. Ancak, ilişkinin temelini uygulama sözleşmesi oluşturduğu, bu sözleşme yasal düzenlemeler uyarınca genellikle özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri idari yargıda dava konusu edilemediği için, KÖİ sözleşmelerinin içeriğinin kamu yararına uygun olarak düzenlenmesi önem arz etmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olan sözleşme özgürlüğünün içeriği, sözleşme özgürlüğünün hukuki işlevi olarak tanımlanmış olup, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, karşı tarafı seçme özgürlüğü, şekil özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme veya sona erdirme özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü alt başlıklarını içermektedir⁹⁷⁸. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde, bu özgürlükler idare hukukuna uygun olduğu ölçüde, kamu yararına ve kamu düzenine ilişkin kurallarla sınırlı olarak uygulanmaktadır⁹⁷⁹. İdarenin sözleşmeleri bakımından kamu yararı, idarenin yapacağı sözleşmenin türünün, hukuki rejiminin ve karşı tarafının belirlenmesinde rol oynamakta; sözleşme konusu hizmetin etkin ve verimli

⁹⁷⁷ JABER, s. 58-72.

⁹⁷⁸ TANDOĞAN, s. 9-12; İPEK Mehtap, **Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s. 24-28. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devlet'in, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'da koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir." Anayasa Mahkemesi, 08.01.2009, E.2004/87- K.2009/5. **RG**; 05.03.2009, sayı: 27160.

⁹⁷⁹ GAUDEMET, s. 339.

bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak için idareye müdahale yetki ve görevi vermektedir⁹⁸⁰.

Kendi hukukunu sözleşmelerle kuran özel hukuk öznelerinden farklı olarak, idarenin tüm faaliyetlerinin yasalarla belirlenmesi gerekmektedir⁹⁸¹. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri bir kamu hukuku prensibi olan idarenin yasallığı ilkesi kapsamında bulunmasa da, idarelerin hangi kamu hizmetiyle ilgili olarak, hangi hâllerde ve hangi koşullarda ne tür bir sözleşme yapabileceği mutlaka yasada öngörülmelidir⁹⁸². Bu nedenle, özel hukuk kişileri, kanunla yasaklanmayan her konuda sözleşme yapabilirken, idare, idarenin yasallığı ilkesinin bir sonucu olarak, ancak yasaların izin verdiği konularda sözleşme imzalayabilir. Bu çerçevede idarenin hem ihale aşamasını, hem de sözleşmenin içeriğini düzenleyen ve kamu yararının somut görünümü olan yasalar çerçevesinde KÖİ sözleşmesi imzalaması mümkündür.

Özel hukuk kişileri sözleşmenin karşı tarafını seçmekte özgürlerken, idare, sözleşme imzalayacağı kişiyi seçmekte serbest değildir, ihale usulüyle seçebilmektedir. Bu kuralın istisnasını imtiyazlarda söz konusu olan *intuitu personae* oluşturmaktadır. İdarenin sözleşmelerinde, sözleşmenin içeriği genellikle yasalar ve düzenleyici işlemlerle belirlenmektedir, tarafların müzakere konusu yapabileceği hususlar sınırlıdır. İdarenin yapacağı sözleşmelerde şekil serbestisi bulunmamakta, sözleşmelerin yazılı yapılması gerekmektedir.

İdarenin sözleşmelerinde tarafların eşitliği ilkesi incelendiğinde, idare, idari sözleşmelerde, kamu hizmetinin değişen şartlara uyarlanması amacıyla sözleşmede

⁹⁸⁰ UYANIK, s. 141-142.

⁹⁸¹ KARAHANOGULLARI, *Yasallık ve İdari İşlemler*, s. 51.

⁹⁸² AKBULUT, s. 322, 329.

tek taraflı değişiklik yapabilmektedir; buna karşılık sözleşmeci özel kişi de sözleşmenin mali koşullarında meydana gelen değişim nedeniyle uyarlama talep edebilmektedir. Öte yandan idarenin özel hukuk sözleşmeleri söz konusu olduğunda, tarafların eşit hak ve borçlara sahip olmaları, bu kapsamda idarenin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapamaması gerekmektedir⁹⁸³. Ancak, uygulamaya bakıldığında idarenin ihaleye çıkardığı şartnameler sözleşmenin bir parçası sayıldığı ve idare, bu şartnamelerde ve sözleşmenin tabi olduğu düzenleyici işlemlerde değişiklik yapabildiği için⁹⁸⁴, esasen özel hukuk sözleşmeleri söz konusu olduğunda dahi, idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisine dolaylı olarak sahip olduğu söylenebilir⁹⁸⁵.

⁹⁸³ Özel hukuk sözleşmesi olmalarının gereği olarak, görülen hizmet, kamu hizmeti niteliği taşıyor olsa bile kamu kurum ve kuruluşlarının özel sektör işletmecisi üzerindeki hak ve yetkilerinin kanun ve sözleşmelerin açık hükümleriyle sınırlı olması gerektiği kabul edilmektedir. TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Komisyon Raporu**, s. 11.

⁹⁸⁴ Danıştay’a göre, “Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir; bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlar. Bu nedenle meydana getirdiği durumda genel bir hukuki durumdur ve sübjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden, sübjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır. Bu nedendir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır.” Danıştay 8.D, 23.06.1997, E. 1997/185- K. 2997/2229 (UYAP). İdarenin tek taraflı olarak sözleşmenin bir parçası olan şartnamelerde değişikliğe gidebilmesinin, kamu ihale sözleşmesinin idari sözleşme niteliği taşıdığı sonucuna varılmasını sağlayabileceği ileri sürülmektedir. UZ, **Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 90.

⁹⁸⁵ İmzalan KÖİ sözleşmelerinde de, ‘tarafların idarenin hizmetlere ilişkin olarak değişiklik isteyebileceği konusunda mutabık kaldıkları’ yönünde hüküm konularak, idarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapması sözleşmesel olarak da desteklenmektedir.

Kamunun sözleşme özgürlüğüne müdahalesi⁹⁸⁶, sözleşme yapılmadan önceki aşamada sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme sürecinde sözleşmenin koşullarını belirleme veya değiştirme ve sözleşmenin sona erdirilmesi şekillerinde söz konusu olabilmektedir⁹⁸⁷. Sözleşme özgürlüğünün sınırlamaları, düzenleme özgürlüğüne getirilen ve kuruluş özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olarak ikiye ayrılmakta olup, sözleşme yapma zorunluluğu kuruluş özgürlüğüne getirilen ve yasalardan veya hukuki işleminden (sözleşme yapma vaadi) doğan sınırlamalardır⁹⁸⁸. Özel hukukta sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün istisnası niteliğinde olan sözleşme yapma zorunluluğu, kamu hizmetlerini konu alan sözleşmelerde sıklıkla görülmektedir. Öncelikle, idare bir kamu hizmetinin görülmesi için ihaleye çıktığında, kendini bağlı yetki altına sokmakta⁹⁸⁹ ve ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmektedir⁹⁹⁰. Ayrıca ihaleyi alarak kamu hizmetini sunmaya hak kazanan proje şirketi de hizmetten yararlananlarla sözleşmesel ilişki içine girmek zorundadır.

⁹⁸⁶ Sözleşme, karşılıklı rızaya dayanan bir işlem olduğu için, pareto ölçütüne göre sosyal refah ençoklaşmasının temel aracı kabul edilmektedir. SANLI, **Sözleşme Hukuku**, s.14. Dolayısıyla, sözleşmelere müdahale edilmesi, tarafların iradelerini ve rızalarını etkilediği için, sosyal refahın ençoklaşmasını engelleyeceğinden, sözleşme özgürlüğüne müdahalenin minimal olması gerekmektedir.

⁹⁸⁷ Sözleşme özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 49-63.

⁹⁸⁸ Sözleşme serbestisi ve sözleşme yapma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI Hasan, **Enerji Sözleşmeleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 245-271; AYRANCI Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, ss. 229-252, s. 234-242; İPEK, s. 51- 84.

⁹⁸⁹ İdareyi belli bir davranışa mecbur eden kuralların ‘bağlı yetki’ öngördüğü, idareye serbest davranma yetkisi veren kuralların ise ‘takdir yetkisi’ tanıdığı kabul edilmektedir. Bağlı yetki öngören kurallar, birçok koşul içermekte ve bu kurallarda öngörüldüğü şekilde davranma mecburiyeti bulunmaktadır. Öte yandan, takdir yetkisi tanıyan kurallarda pek çok öge belirsiz bırakılmış olup, idare, kendi koyduğu kurallara göre bunları belirler ve amaca ulaşmak için elverişli araçları seçer. Takdir yetkisi tanıyan kurallar, idareye, denetime imkân verecek ölçütleri önceden belirlemiş olma mecburiyeti getirmekte; idareyi kendi koyduğu kural ve koşullara göre davranma zorunluluğu koyarak nesnellik sağlamaktadır. AKILLIOĞLU, **Hukuka Giriş**, s. 161. İdarenin, kendi belirlediği kurallara uygun hareket etmek zorunda olması da, idarenin bir kez söz konusu kuralı koyarak iradesini ortaya koyduğunda, bağlı yetki içerisine girmesine neden olmaktadır.

⁹⁹⁰ Ancak “İdare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez.” şeklinde hükümlerle karşılaşılmaktadır. 6428 sayılı Yasa m. 3/10, EÖT Yönetmeliği m. 27, TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşine Ait İdari Şartname, s. 26; TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşine İlişkin İne Ait Genel Şartname, s. 29.

Kamu hizmetine ilişkin bir sözleşmenin tarafı olan özel girişimcinin, sözleşme uygulanırken hizmetten yararlananlarla sözleşme yapma zorunluluğu bulunması, özel girişimci üzerindeki kamu gücü yükümlülüklerinin bir örneği olup⁹⁹¹, kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğuna örnektir⁹⁹².

Uygulama sözleşmelerinin hazırlanmasında, bütün hükümlerin müzakere edilmesinin en doğru yöntem olduğu savunulmakla birlikte, idarenin yasallığı ilkesi nedeniyle ve özel sektörün bilgi ve deneyiminin idareye nazaran daha yüksek olması nedeniyle bunun mümkün olmadığı belirtilmektedir⁹⁹³. Standart uygulama sözleşmeleri hazırlanarak, açıklığın sağlanması, benzer projelerde ortaya çıkabilecek riskler hakkında genel bir görünüm ortaya konulması, pazarlık süresinin ve maliyetlerin düşürülmesi, benzer projelerde fiyat ve yaklaşım sürekliliğinin sağlanması amaçlanmaktadır⁹⁹⁴.

KÖİ sözleşmelerinde yer alması gereken düzenlemeler, sözleşmenin tarafları, konusu ve kapsamı; tanımlar ve kısaltmalar; tarafların hak ve yükümlülükleri⁹⁹⁵; sözleşme süresi; ihale konusu işin başlama ve bitirme tarihleri ile gecikme haline ilişkin cezai şartlar; işletmeye başlama tarihi; yapım unsuruna ilişkin konular; sözleşmenin yürürlüğe girmesi ve altyapı tesisinin kabulü için gereken koşullar; yapım, yenileme ve hizmetlerin standart ve kalitesi, performans ölçütleri ile yatırım

⁹⁹¹ KARAHANOGULLARI, *Yasallık ve İdari İşlemler*, s. 211.

⁹⁹² AYRANCI, *Enerji Sözleşmeleri*, s. 258 vd.

⁹⁹³ EVREN, s. 279.

⁹⁹⁴ SON, s. 20.

⁹⁹⁵ Tarafların hak ve yükümlülükleri geniş bir kavram olup, sözleşmecinin hizmet sunma koşulları; bu koşullara uyulmaması durumunda ödemelerde yapılacak indirimler ile hizmetin kaliteli sunumu nedeniyle yapılacak bonus ödemeleri; sözleşmecinin tahsilat yetkisinin olup olmadığı; bilgi verme ve sır saklama yükümlülükleri gibi hususları kapsamaktadır. Ayrıca, idarenin yüklenicinin alması gereken izinler konusundaki yardımları, denetim yetkisi, yüklenicinin sözleşme konusu hizmetin gerekleri için değişiklikleri kabul etme zorunluluğu bu kapsamda yer almaktadır. Ancak bu durumların bazılarının sözleşmede düzenlenme gerekliliği ilgili yasalarda ayrıca belirlenmiştir.

ve hizmetleri emre amade tutma koşulları; projelerde bulunan her türlü donanım ve mefruşatın özellikleri, temini, piyasa testi ile yenilenmesi, bakım ve onarımına dair hususlar; yatırım ve işletme dönemlerinin finansmanı ve refinansman gibi projeyi olumlu yönde etkileyecek durumların taraflara nasıl yansıtılacağı; teminatlar; Hazine yatırım garantisi ve/veya talep garantisi verilip verilmeyeceği, varsa miktarı ve süresi; kesin projelerin ve uygulama projelerinin hazırlanması ve onay usul ve esasları; projenin gerçekleştirilmesi için gerekli izinlerin alınması⁹⁹⁶; taşınmazlara ilişkin konular, kamulaştırma; yükleniciye terk edilen destek hizmetler ve hizmet alanları ile bunların kullanım şartları; yapılması gereken yatırımlar; hizmetlerin fiyatlandırılması ve tarifelerin güncellenme esasları, ücretlerin tespiti; ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı; denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar; kreditorlerin müdahale hakkı, idarenin müdahale yetkisi; proje şirketinin hisse devrinde idarenin denetim ve onay yetkisinin kapsamı ve sınırı⁹⁹⁷; denetime ilişkin hususlar⁹⁹⁸; aylık ve yıllık faaliyet raporları; alt yüklenici kullanılıp kullanılamayacağı ve koşulları⁹⁹⁹; uydu sözleşmelere ilişkin

⁹⁹⁶ KÖİ projelerinde yüklenicinin, işletme belgesi, iş yeri açma ve çalışma belgesi, çevre hukukuna ve sağlık düzenlemelerine ilişkin mevzuatta belirlenenler ile faaliyet gösterecekleri sektörün düzenleyici kurumlarınca belirlenen izin ve ruhsatları alması gerekmektedir. DANIŞMAN Tolga/ÇİFÇİ İtir Sevim/GEDİK Hakkı/MAMAK Kemal/İŞMEN Senem, “Country Reports- Turkey”, **International Project Finance and PPPs: A Legal Guide to Key Growth Markets**, ed. Jeffrey DELMON/Victoria Rigby DELMON, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, ss. Turkey 1-78, s. Turkey 21-24.

⁹⁹⁷ Proje şirketinin yönetimini ya da iş tanımını değiştirebilecek derecede çoğunluk hissesinin devri gibi hâllerde idarenin onayının alınması gerekmektedir. UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 26.

⁹⁹⁸ İdarenin denetim yetkisi kamu hizmetinin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediğinin tespiti amacını güttüğünden kamu yararını sağlama amacına yönelmektedir. Dolayısıyla denetime ilişkin temel usul ve esasların yasalarda yer alması, sözleşme ile denetim yetkisinin amacını gerçekleştiremeyecek derece daraltılmasının önüne geçilmesi için gereklidir. Bu kapsamda idarenin denetim yetkisi, denetimin periyodik aralıklarla gerçekleştirileceği, denetim sırasında istenebilecek bilgi ve belgeler, denetim masraflarının paylaşım şekli gibi hususların mevzuatta düzenlenmesi gerekmektedir. EVREN, s. 280.

⁹⁹⁹ 6428 Uygulama Yönetmeliği m.13. Proje şirketinin alt yüklenici kullanması genellikle mümkün olup, isteklilerin ihaleye katılırken birlikte çalışmayı planladığı alt yüklenicileri, bunların teknik ve mali yeterliliklerini tekliflerinde belirtmeleri; birlikte çalışılacak alt yüklenicilerin sonradan

hususlar; hasılat paylaşımı; tarafların kusuru dolayısıyla uygulanacak yaptırımlar ve istisnaları¹⁰⁰⁰; süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılabilir iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler; 3. kişilere verilen zararlar nedeniyle ödenecek tazminatların taraflar arasında paylaşımı¹⁰⁰¹; vergi, resim ve sözleşme ile ilgili diğer masrafların ödenmesine ilişkin hususlar; iş ve iş yerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar; yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları; yapım veya yenileme işlerinde güvenlik, emniyet ve çevre önlemleri; sözleşmenin devri¹⁰⁰²; uyarlama ve sözleşme değişikliği konularına ilişkin hükümler; sözleşmenin sona erme halleri ve sonuçları¹⁰⁰³; uygulanacak hukuk; uyuşmazlık çözüm mekanizmaları¹⁰⁰⁴; tebligat, sözleşme dili, sözleşmenin yürürlüğe girmesi gibi hususlar olarak tespit edilebilmektedir¹⁰⁰⁵.

belirlenmesi veya değişmesinin söz konusu olması halinde ise idarenin onayının alınması gerekmektedir. UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 133-134.

¹⁰⁰⁰ Sözleşmenin ifası aşamasında, tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmemesinin kazandırdığı yarar, sözleşmede kararlaştırılan yaptırımdan daha düşük olduğunda yükümlülükler yerine getirilir; ayrıca fazla verilen garantiler yüklenicinin işi daha kötü yapmasına neden olabilir. Bu yüzden yaptırım hükümleri caydırıcı nitelikte olmalıdır. TAFOTIE YOUMSI, s. 313 vd.

¹⁰⁰¹ Sözleşme ile yapılan düzenleme, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince zarar gören 3. kişileri bağlamamaktadır.

¹⁰⁰² 6428 m.4/5, 2886 sayılı Yasa'nın 66, 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 60, 3465 Uygulama Yönetmeliği m. 59/1, EÖT Yönetmeliği m. 41/1. Yüklenicinin sözleşmeyi 3. kişiye devredebilmesi için idarenin onayı gerekmektedir. Sözleşmenin devrine izin verilmesi halinde sözleşmeyi devralacak kişinin bütün yükümlülükleri üstlenmesi ve ihaleyi kazanan şirketin sahip olduğu teknik ve finansal şartları taşıması gerekir. UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 26. Devir anlaşmasının geçerli şekilde yapılması sonucu, sözleşmeyi devralan taraf, değişmeyen tarafa karşı, sözleşmeyi devreden bu sözleşmeden kaynaklanan tüm haklarına sahip, tüm borçlarıyla yükümlü ve gene bu sözleşmeye bağlı olan yenilik doğuran hakları edinmiş olur. OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 10. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 620-621.

¹⁰⁰³ Tazminat ödenmesini gerektirecek durumlarda tazminatın hesaplanma yöntemi de düzenlenmektedir.

¹⁰⁰⁴ Kamu-özel işbirliği sözleşmeleri gibi karmaşık sözleşmelerde var olan önemli finansal özellikler nedeniyle, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü ve sözleşmenin uygulanmasından sorumlu bir hakem atanması gibi yeni bir anlaşmazlık çözme yolu düşünülebileceği belirtilmektedir. CHAHID-NOURAI Noél/LAZERGES Romaric, *“La résolution des litiges dans les contrats de partenariat”*, AJDA, No: 35, 2009, ss. 1924-1931, s. 1930.

¹⁰⁰⁵ TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Sağlık Kampüsü Yapım İşine Ait İdari Şartname, s. 28; 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 49; 3996 Uygulama Kararı m. 18. Uluslararası

KÖİ sözleşmelerinde yer alması gereken hususlar proje konusuna göre değişiklik göstermekte, düzenlenmesi gereken bazı hususlar mevzuatta, uydu sözleşmelerde, şartnamelerde veya sözleşmenin eki niteliğindeki diğer belgelerde düzenlenebilmektedir. Ancak bir KÖİ sözleşmesinde, özel sektörün projeyi finanse edeceği, tasarlayacağı ve inşa edeceği; altyapı hizmetine konu olan projenin özel sektör tarafından işletileceği, temizleneceği, bakımının ve onarımlarının yapılacağı; sözleşmenin sona ermesiyle birlikte özel sektörün proje konusu varlığın zilyetliğini ya da hizmeti kamu sektörüne devredeceği; altyapı hizmetinin inşası için özel sektöre sağlanan kira ya da ruhsat gibi imtiyazların kapsamının ne olduğu; özel finansmanlı projelerin, performans ya da ücret esasına mı dayalı olduğu veya altyapı hizmetini kullanan kişilerden elde edilen ücretlerle mi gördürüleceğine dair gelir düzenlemeleri; projenin çevresel gereklilikler, gizli koşullar, planlanan onaylar, projeye uygulanacak hukukun değişmesi, kâr, zarar, sigorta, vergiler ve fikri haklar gibi birçok açı gözeticilerle hazırlanan risk dağılımı çerçevesinin mutlaka sözleşmede yer alması gerekmektedir¹⁰⁰⁶.

KÖİ sözleşmelerinin çok ayrıntılı olarak hazırlanması durumunda, sözleşme esnek olma özelliğini kaybedeceğinden, gelecekte meydana gelecek değişimlere uyarlanması mümkün olmayacaktır. Ayrıca, sözleşmelerin fazla detaylı olarak hazırlanması, projenin uygulanması sırasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık halinde tarafların esnek davranmalarına, işbirliği yapmalarına engel olma riskini taşımakta ve tarafları sözleşmeden kaçış noktası aramaya yönlendirebilmektedir¹⁰⁰⁷. Bu nedenle,

metinlerde de benzer hususlar yer almaktadır. Bkz. UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 21-22; UNESCAP, **Guidebook**, s. 61-62.

¹⁰⁰⁶ EVANS/BOWMAN, s.70-71.

¹⁰⁰⁷ OECD, **OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure**, 2007, s. 24-25.

KÖİ sözleşmelerinin, proje şirketinin yeniden müzakerelerde güçlü konumundan yararlanmasını engelleyecek kadar belirgin, ancak sözleşme çerçevesini beklenmeyen durumlara uyarlayacak ve uyuşmazlıkları çözümleyebilecek kadar esnek olması gerekmektedir¹⁰⁰⁸.

KÖİ projesinin başarıyla uygulanmasını sağlamak için, idarenin sözleşmenin uygulanmasını yönetmek için bir sistem oluşturması ve bu kapsamda bir sözleşme yönetim ekibinin kurulması; yüklenicinin değişmesi durumunda, yeni sözleşmecinin ilk sözleşmeci kadar nitelikli olmasının sağlanması; sözleşmenin uyarlanması ve yeniden müzakeresinin açık bir şekilde düzenlenerek tarafların stratejik olarak bu yola gitmesinin engellenmesi; iyi işleyen uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kurulması; müdahale hakkının verilmesi; sözleşmesinin feshi sebeplerinin ve bunlarla ilgili sonuçların iyi tanımlanmış olmasının gerektiğine dikkat çekilmektedir¹⁰⁰⁹.

İmzalanan bir KÖİ sözleşmesinin kamu yararına olması için, sözleşmenin her bir unsurunda kamunun çıkarlarının göz önünde tutulması gerekmektedir. Ancak, idarenin üstün hak ve yetkilere sahip olması, sözleşme süresinin belirlenmesi, tarifelerin ve sözleşme bedelinin tespiti, risklerin etkin dağılımının sağlanması ve devlet desteklerinin kapsamı, yüklenicinin hizmeti gereği gibi yerine getiremediği için sözleşmenin fesih tehdidi altında bulunması halinde sözleşmeye müdahale

¹⁰⁰⁸ ATHIAS Laure, **Uncertainty, Renegotiation and Incentives in Public Private Partnerships: An Economic Analysis of Worldwide Toll Road Concessions**, Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne U.F.R. de Sciences Économiques, 2007, s. 58

¹⁰⁰⁹ WB-PPIAF, **PPP Procurement**, s. 44-45. 2015 yılında Dünya Bankası, force majeure, fesih ödemesi, yeniden finansman, müdahale hakkı, gizlilik ve şeffaflık, uyuşmazlık çözüm yöntemi gibi temel konularda KÖİ sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin neler içermesi gerektiğini gösteren ve örnek düzenleme getiren bir rapor yayınlamıştır. WB-PPIAF, **Report on Recommended PPP Contractual Provisions 2015 Edition**, Washington: WB, 2015.

edilebilmesi, günün şartlarına göre sözleşmenin yeniden müzakere edilerek uyarlanabilmesi ve gerektiğinde sözleşmenin sona erdirilebilmesi, kamu yararı açısından özellikle önem arz etmektedir.

A. Tarafların Hak ve Borçları

KÖİ sözleşmeleri, maddi anlamda imtiyaz sözleşmesinin özelliklerini taşımakla beraber, bir kısmına yasal düzenlemelerle özel hukuk sözleşmesi niteliği kazandırılmıştır¹⁰¹⁰. İmtiyaz rejiminde, bir yanda kamu yararını amaçlayan bir kamu hizmeti, diğer yanda kişisel çıkarını gözeten özel kişi bulunmakta, idareye imtiyazlı hizmet üzerinde yeterince yetki ve sorumluluk tanınması, imtiyaz sahibine de güvenceler verilmesi suretiyle bir denge kurulması söz konusu olmaktadır¹⁰¹¹. Yüklenici ile imzalanan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu durumlarda, idarenin sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, kamu hizmeti ve kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olması nedeniyle sahip olduğu yetki ve sorumluluklarından özel hukuk sözleşmesi bağlamında kurtulması mümkün değildir¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliine ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. 2. Bölüm, III.

¹⁰¹¹ DURAN, **İdare Hukuku**, s. 334; Anayasa Mahkemesi, 07.05.2002, E.2000/17- K.2002/46. **RG**; 26.03.2003, sayı: 25060.

¹⁰¹² UZ, **Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 30. Ancak, yasal düzenlemeyle özel hukuka tabi kılınan sözleşme ilişkilerinde, sözleşmede idareye kamu hizmeti ilkelerinin uygulanabileceği yönünde yetkiler tanıyan hükümler bulunmadığı takdirde, idarenin kamu hizmeti ilkesinin gereklerini uygulayamayacağı da savunulmaktadır. ÇAL Sedat, “*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2009, ss.1829-1906, <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>, s. 36.

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde, tarafların hakları ve borçları kural olarak yasal düzenlemelerde yer almaktadır¹⁰¹³. KÖİ sözleşmesinde yatırım sahibi idarenin temel olarak, yatırım arazisini teslim etme, işletme hakkı tanıma, yatırımcıyı engellemekten kaçınma ve sözleşmede belirlenen bedeli ödeme borçları bulunmaktadır¹⁰¹⁴. Bunun karşılığında, KÖİ sözleşmelerinde idarenin, gözetim ve denetim yetkisi, para cezası uygulama ve geçici el koyma şekillerinde görülebilen yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmeyi tek taraflı fesih yetkisi ve sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi bulunmaktadır¹⁰¹⁵. İdare, sözleşmenin uygulanmasını gözetmek ve denetlemek yetkisine sahip olup, bu çerçevede yükleniciden gerekli bilgi ve belgeleri isteyebileceği gibi ona emir ve direktif de verebilir.

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, kamu yararının gerektirdiği ölçüde değişiklik yapmasını ifade etmekte olup¹⁰¹⁶, kamu hizmetini düzenleme yetkisinden kaynaklanmaktadır. Taraflarca değişiklik yapılamayacağı hükme bağlanamayacağı gibi, idarenin her türlü değişikliği yapabileceği hükme

¹⁰¹³ Örneğin 6428 sayılı Yasa 4/2 maddesi uyarınca “*tesis ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur.*” Aynı Yasa’nın 5. maddesi uyarınca da verilen hizmetlerin karşılığı olarak yükleniciye hizmet bedelleri ödenmektedir. 3996 sayılı Yasa’nın 6/1 maddesi uyarınca “*Yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirket sorumludur.*” ve 9. maddesi uyarınca “*sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.*” Buna karşılık aynı Yasa uyarınca özel kişinin lehine kamulaştırma yapılmasını (m.10) isteme ve ücret hakkı (m. 8) bulunmaktadır.

¹⁰¹⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 249 vd.

¹⁰¹⁵ RICHER, s. 246; INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, s. 192-201. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *Cilt*, s. 536-537; ZABUNOĞLU, *Cilt I*, s. 488-492; GÜNDAY, s. 187, 347-348; GÖZLER/KAPLAN, s. 564; ÇAĞLAYAN, *İdare Hukuku*, s. 477-479; AKDOĞAN, *Kamu Alımları*, s. 92; KESKİN Bayram, *Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2008, s. 75; TAN, *İdari Sözleşme Kuramı*, s. 294; ÖZTÜRK, *İmtiyaz Sözleşmeleri*, s. 73-77.

¹⁰¹⁶ TRUCHET, *Droit administratif*, s. 270.

bağlanmış olsa da, değişikliklerin sözleşmenin temelini değiştirecek nitelikte olmaması gerekmektedir¹⁰¹⁷. İdarenin idari sözleşmeler alanında sahip olduğu tek taraflı fesih ve sözleşme koşullarını tek taraflı değiştirme yetkilerinin, taraflarca sonradan kabul edilmediği veya sözleşme yapılırken müzakere edilip de sözleşme metnine konulmadığı sürece idarenin özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmadığı belirtilmektedir¹⁰¹⁸. Ancak, söz konusu yetkiler, idareye genellikle yasal düzenlemeler ile verilmiş olduğundan, ayrıca sözleşmede yer almasa dahi, idare bu yetkilerini kullanabilmektedir. İdareye sözleşmede tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisinin tanınmasının, idarenin kamu hizmetlerini kamusal gereksinimlere göre düzenleme yetkisinin bir sonucu olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹⁹. Kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerden uyarılma ilkesi gereğince, kamu hizmeti görevlilerinin statülerinden, hizmetten yararlanma koşullarına ve kamu hizmetinin görülüş biçiminin değiştirilmesine kadar, kamu hizmeti ile ilgili her türlü düzenleme yetkili makamlar tarafından yapılabilmektedir¹⁰²⁰.

Sözleşmenin yerine getirilmesinde sözleşmeci özel kişinin kusurlu davranışları karşısında idare yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Yaptırım

¹⁰¹⁷ RICHER, s. 242-244. İdare, sözleşmenin akdi nitelik taşıyan hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapamamakta, değişiklik belirli bir sınırı aştığı takdirde yüklenici sözleşmenin feshi için yargıya başvurabilmekte ve değişiklik sözleşmenin mali dengesini bozduğu takdirde yükleniciye belirli bir tazminat ödenerek sözleşmenin dengesi sağlanması gerekmektedir. GÖZLER/KAPLAN, s. 505-506.

¹⁰¹⁸ YAVAŞ, s. 131.

¹⁰¹⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 537. Danıştay'a göre, "Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır. Ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir." Danıştay İDDK, 16.09.2009, E.2009/1533- K.2009/1729 (UYAP).

¹⁰²⁰ GÜLAN, **Kamu Hizmeti**, s. 43.

uygulama yetkisinin sözleşmede öngörülmesi de zorunlu değildir. İdarenin uygulayabileceği yaptırımlar parasal yaptırımlar olabileceği gibi, sözleşmenin tek yanlı sona erdirilmesine kadar ağırlaşabilir. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli biçimde görülmesi zorunluluğu, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini aksatan veya hiç yerine getirmeyen sözleşmeci özel kişiye yalnız parasal yaptırım uygulanmasını yetersiz kılmakta, bu gibi durumlarda idare karşı tarafın yerine geçerek sözleşmeyi uygulamak yoluna gidebilmektedir¹⁰²¹. KÖİ sözleşmelerinde, yüklenicinin sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların düzenlendiği gibi, idarenin sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda yüklenicinin sahip olduğu yetkilerin de düzenlenmesi, bu çerçevede sorumluluklarını askıya alma hakkı tanınması, kamu hizmeti söz konusu olduğu için çok sıkı koşullarda mümkündür. Yükleniciye belirli bir süre ödeme yapılmaması halinde, yüklenici idareye işi askıya alma niyetini bildirmeli, bunun üzerine idare sözleşmenin devam etmesi yönünde karar almaz ise işi askıya alabilmektedir¹⁰²².

İdari sözleşmelerde idareye üstün yetki ve ayrıcalıklar tanınmasının ayırt edici bir özellik olmadığı, bu yetkilerin hizmetin kamu hizmeti olma niteliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir¹⁰²³. Buna karşılık, bu görüşün ancak kanunda düzenlenen ayrıcalıklı hak ve yetkiler için geçerli olduğu, idarenin kamu yararının temsilcisi olması nedeniyle sahip olduğu ve idari yargı içtihatları ile gelişen, imtiyazın satın alması (*rachat*), idarenin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapması, idarenin işletmeye geçici olarak el koyması gibi yetkiler açısından doğru

¹⁰²¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 537-538. KÖİ projelerinde de sözleşmeci idareye müdahale yetkisi verilmektedir.

¹⁰²² BUCHER, s. 425-426.

¹⁰²³ ÇAL, *Intuitu Personae*, s. 91.

olmadığı savunulmaktadır¹⁰²⁴. Oysaki idare, kamu hizmetini statüer ilişki içerisinde, yani ruhsat/lisans yoluyla özel kişilere gördürdüğünde de benzer yetkilere sahiptir ve özel hukuk sözleşmesi söz konusu olsa dahi, kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi uyarınca idarenin işletmeye el koyması ve sözleşmede değişikliğe gitmesi söz konusu olabilmektedir.

Kamu-özel işbirliği sözleşmelerinde, yüklenicinin, temel olarak finansman temini, inşa (yapım), sadakat, özen, işi yapmak veya yaptırmak, malzeme temini, işe zamanında başlama ve devam etme, inşaatın tamamlandığını ihbar etme, bakım ve onarım ile devir borçları bulunmaktadır¹⁰²⁵. Bunun karşılığında, yüklenicinin, sözleşmede belirlenen ücreti alma ve/veya hizmetten yararlananlardan karşılık alma, imtiyaz sözleşmesi söz konusu ise tekelden yararlanma, bazı vergi ve resimlerden muafiyet, sözleşmenin ekonomik ve mali dengesinin korunmasını isteme, bozulması durumunda da tazminat isteme, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme, kamu mallarından yararlanma gibi hakları vardır¹⁰²⁶.

B. Sözleşme Süresi

Kamu-özel işbirlikleri uygulamalarına ilişkin olarak mevzuatta, azami sözleşme süresi¹⁰²⁷ ve sürenin tespitinde dikkate alınacak unsurlar¹⁰²⁸

¹⁰²⁴ EVREN, s. 234.

¹⁰²⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 122 vd.

¹⁰²⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt I, s. 540; GÜNDAY, s. 348-349; KESKİN, s. 75; ÖZTÜRK, **İmtiyaz Sözleşmeleri**, s. 78-89

¹⁰²⁷ “Anayasa’da kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından dava konusu kurallarda düzenlenen KÖİ sözleşmesinin süresinin en fazla otuz yıl olarak öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

düzenlenmekte, sözleşme süresi bu düzenlemeler dikkate alınarak, proje bazında ilgili idare tarafından belirlenmektedir. Yasal düzenlemeler uyarınca, genel olarak sözleşme sürelerinin idarelerce 20 yıl¹⁰²⁹, 30 yıl¹⁰³⁰, 49 yıl¹⁰³¹ ve 99 yılı¹⁰³² aşmamak üzere belirlenmesi gerekmektedir. KÖİ projelerinde, her bir somut sözleşmenin özelliklerine göre süre, işletme ömrü, hizmete ihtiyaç duyulacak süre, proje ile ilişkili yatırımların işletme ömürleri, kullanılacak teknolojinin değişim hızı ve yüklenicinin borçlarını ödeyerek yatırımını amorti etme süresi gibi hususlar göz önüne alınarak belirlenmektedir¹⁰³³. KÖİ sözleşmelerinin, hizmeti sunan yüklenicinin yatırımının geri dönüşünü elde edeceği bir süre için devam etmesi gerektiğinden, KÖİ sözleşme süreleri klasik kamu alımlarının tersine daha uzun olmaktadır¹⁰³⁴.

Orantısallık ilkesi çerçevesinde, sermayenin geri dönüşünün altında belirlenen sürenin yatırımcıya, üzerindeki ise rekabete zarar vereceği kabul edilmekte, bu nedenle sözleşmenin sermayenin, normal bir kâr oranı da dâhil olmak üzere, geri dönüşünü sağlayacak kadar makul bir süre için imzalanması

¹⁰²⁸ 3996 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca "Yapılacak sözleşmelerde sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınır." Doktrinde sürenin tespitinde elde edilecek kâr dâhil yatırım bedelinin esas alınacağı belirtilmesinin işletme aşamasında gelir riskinin özel sektörde kalmadığı şeklinde anlaşılmaya müsait olduğu belirtilmektedir. EVREN, s. 67. 3096 sayılı Yasa'nın 7/2 maddesi uyarınca "sözleşmelerde en az görevlendirme süresi, mevcut ve yeniden kurulacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin amortisman süreleri dikkate alınarak tespit edilir."

EÖT Yönetmeliği'nin 33/1 maddesi uyarınca "Sözleşme süresi, eğitim öğretim tesisinin özelliklerine ve ön fizibilite raporu sonuçlarına bağlı olarak idarece belirlenir ve ihale dokümanında belirtilir."

¹⁰²⁹ Yİ Yönetmeliği m.4/1-g.

¹⁰³⁰ 6428 sayılı Yasa m.4/1; 6428 Uygulama Yönetmeliği m.6/4.

¹⁰³¹ 351 sayılı Yasa m.20/7; 3465 sayılı Yasa m.5/2; 3996 sayılı Yasa m.7; 4046 sayılı Yasa m.15/son; 5335 sayılı Yasa m. 33/1; 652 sayılı KHK m.23/3.

¹⁰³² 3096 sayılı Yasa m.7/1.

¹⁰³³ KÖİ projeleri için sözleşme süresinin belirlenmesinde sözleşmeciyi idareye esneklik tanınması gerekmekte olup, yapılan yatırım miktarı ve geri dönüş süresi dikkate alınarak, istisnai hâllerde, idarelerin onay almak şartıyla, yasalarda düzenlenmiş olan sürelerin üzerinde sözleşme imzalama yetkilerinin olması gerektiği belirtilmektedir. UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 151-152.

¹⁰³⁴ TVARNØ, PPP, s. 228.

gerekmektedir¹⁰³⁵. KÖİ sözleşme süresi, altyapının ekonomik ömrü dikkate alınarak, sözleşmenin süresinin yapının ekonomik ömrünün önemli bir kısmını kapsayacağı ancak tamamını aşmayacağı şekilde belirlenmektedir¹⁰³⁶.

Sözleşme süresinin kısa belirlenmesinin de uzun belirlenmesinin de hem avantajları hem de dezavantajları bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin gördürülmesi söz konusu olduğunda, tekelci yapıların kurulmasını önlemek için yetkilendirmenin süresinin sınırlı olması gerekmektedir¹⁰³⁷. Sözleşme konusu ürünün piyasası, rekabet alanında zayıf veya kusurlu ise ve satıcı veya alıcı büyük, uzun süreli ve sabit sermayeli bir yatırım yapacaksa, uzun süreli sözleşmeler tercih edilerek yatırımın geri dönüşünü sağlaması garanti edilmektedir¹⁰³⁸. Sözleşme süresinin kısa belirlenmesi rekabeti arttırmakta, teknolojideki hızlı gelişmelerin hizmete uyarlanmasını kolaylaştırmakta, özel tekellerin oluşmasını önlediği ve böylece kamu yararını sağladığı belirtilmektedir¹⁰³⁹. Ancak, büyük yatırım gerektiren projelerde kısa süreli sözleşme yapılacak olması, tarifelerin veya idarenin yapacağı ödemelerin çok yüksek olmasına ya da ihalelere daha az sayıda isteklinin katılmasına neden olabilmektedir. Ayrıca sözleşme süresinin kısa olmasının, inşaat hızını artırıcı ve yatırım sürecini kısaltıcı etkisi olmakla birlikte, işleticilerin hizmet kalitesini artırıcı yatırımlardan uzak durmalarına neden olabilmektedir¹⁰⁴⁰. Bunlara ek olarak, sözleşme süresi sonunda özel ortağın değişmesi söz konusu olabileceğinden, kısa

¹⁰³⁵ EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 50.

¹⁰³⁶ EUROSTAT, *Statistical Treatment*, s. 24.

¹⁰³⁷ LINOTTE/ROMI, s. 318.

¹⁰³⁸ ERSÖZ, s. 39.

¹⁰³⁹ EC, *Guideline*, s. 72.

¹⁰⁴⁰ KAYA Ergün/GEREDE Ender/BAŞAR Mehmet/KUYUCAK Ferhan/SÜRMELİ Arda, *"Havaalanlarında Yap İşlet Devret Uygulamaları"*, Amme İdaresi Dergisi, C. 40 S. 2, 2007, ss. 99-129, s. 121.

süre için imzalanan sözleşmeler hizmetin işletme tarzının sık sık değişmesine neden olarak, devamlılığının sağlanmasını zorlaştırabilmektedir¹⁰⁴¹.

Uygulama sözleşmelerinde, genellikle sözleşmenin bitiş tarihi yer almakla birlikte, istisnai olarak proje şirketinin sözleşmenin başında belirlenmiş bir miktarı elde edinceye kadar sözleşmenin devam edeceğine ilişkin hükümlerin getirilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴². Ancak, böylesi bir düzenleme, proje şirketinin sözleşme sürecini uzatmak için kârlılık oranını düşürmesine neden olabileceği gibi, ihale şartnamesinde belirlilik tam anlamıyla sağlanamayacağından özel sektörün ihaleye katılıp katılmama konusunda karar verebilmek için yapacağı incelemeleri zorlaştıracak ve sözleşme konusu hizmetin devamlılığının sağlanması açısından sorun yaratabilecektir.

C. Ödemelerin ve/veya Tarifelerin Belirlenmesi

Kamu-özel işbirliği projeleri, işbirliğinin finansman şekli uyarınca imtiyaz tipi veya kamu alımı tipinde yapılabilmektedir. İmtiyaz tipi KÖİ’lerde, yüklenici direkt hizmetten yararlananlarla ilişki içerisine girmekte ve hizmet karşılığında bir ücret talep edebilmektedir. Kamu alımı tipi KÖİ’lerde ise ödemeler idare tarafından yapılmaktadır. Ayrıca uygulamada her iki KÖİ tipinin birleşimi olarak görülen, hem idareden ödeme alınan hem de hizmetten yararlananlardan ücret tahsil edilen projeler söz konusu olabilmektedir.

¹⁰⁴¹ OSTEN Necmi, **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, İstanbul, 1938, s. 30, EVREN, s. 240’dan naklen.

¹⁰⁴² WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 155.

Kamu alımı tipi KÖİ projesi söz konusu olduğunda, yükleniciye yapılacak olan ödemelerin miktarının, zamanının ve koşullarının belirlenmesi gerekirken, imtiyaz tipi KÖİ projesi yapıldığında da hizmetten yararlananların tabi olacakları tarifelerin belirlenmesi gerekmektedir.

Kamu alımı tipi KÖİ söz konusu olduğunda, idarenin, yükleniciye bir bedel¹⁰⁴³ ödemesi söz konusu olmaktadır. Yükleniciye yapılan ödemeler ya kullanım temelli ya da elverişlilik (emre amadelik) temelli olarak yapılabilmektedir. Kullanım temelli ödeme mekanizmasında sözleşmeci idare, hizmetin kullanım oranına göre özel sektöre ödemeler yapmakta, böylece kamu ile özel sektör, projenin talep riskini paylaşmaktadırlar. Kullanım riskinin devri pratik bulunmadığında ya da idare için paranın karşılığını sağlamadığında elverişlilik temelli ödeme modeli tercih edilebilir. Elverişlilik temelli ödeme mekanizmasında idare belirli standartta hazır edilen hizmetler karşılığında ve/veya tesis için ödeme yapmaktadır¹⁰⁴⁴.

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği, idari kamu hizmetleri açısından temel bir ilke olmaktan ziyade belirgin bir özellik olarak görülmekte olup, ticari ve endüstriyel

¹⁰⁴³ 6428 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca "bedel ve sözleşme süresinin tespitinde; yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin kârı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisteki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır."

351 sayılı Yasa'nın 20/9 maddesi uyarınca KÖİ projelerinde "kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, Kuruma veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde bedelsiz olarak üst hakkı tesis edilip edilmediği, yatırımın maliyeti, kiralama konusu taşınmazın ve üzerindeki tesislerin bir kısmının veya tamamının işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır." Benzer düzenleme 652 sayılı KHK'nın 23/3-c maddesinde de yer almaktadır.

¹⁰⁴⁴ YESCOMBE, **PPP**, s. 229. 6428 sayılı Yasa uyarınca yükleniciye ödenecek bedel içerisinde kullanım bedeli ve hizmet bedeli yer almakta olup, Yasa'nın 1/2-j fıkrasında kullanım bedeli "... tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedel" olarak; 1/2-e fıkrasında ise hizmet bedeli "...tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel" olarak tanımlanmıştır.

kamu hizmetleri karşılığında yararlanandan bedel alınması doğal karşılanmaktadır¹⁰⁴⁵. Bizzat idarenin yerine getirdiği bazı klasik kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan hizmetin karşılığı olarak bir bedel alınmamakla birlikte, kamu hizmetlerinin niceliksel olarak artması, teknolojik gelişmelere koşut olarak kamu hizmetlerinin görülüş biçimlerinin değişmesi ve daha fazla malî kaynağa ihtiyaç duyulması sonucunda, kamu hizmeti karşılığında belirli bir bedelin alınmaya başlanması söz konusu olmuştur¹⁰⁴⁶.

Kamu hizmetleri kârlılık esasına göre yürütülmemekle birlikte, finansman yöntemi, hizmetin sunumunu, erişilebilirliğini, sürekliliğini ve uyumluluğunu etkilediği için, ücretlendirmenin, yatırımı finanse ederek kamu hizmetinin uzun vadede devamlı sunulmasını sağlayacak düzeyde ve işletme maliyetlerini karşılayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir¹⁰⁴⁷. Kamu altyapı hizmetleri, siyasi etkilere açık bir fiyatlama politikasına elverişlidir¹⁰⁴⁸. Kamu hizmetleri emanet yöntemiyle sunulduğu zaman tarifeler maliyet esaslı belirlenmektense sosyal, ekonomik ve siyasi faktörler dikkate alınarak belirlendiği için daha düşük olmaktadır. Ancak kamu hizmetlerinin gördürülmesi yöntemlerinden biri benimsendiğinde, tarifenin belirlenmesinde kâr da tarifenin belirlenmesinde bir kalem olarak dikkate alınmakta¹⁰⁴⁹ ve bu nedenle tarifeler yükselmektedir. Bu

¹⁰⁴⁵ ESPLUGAS, s. 42-43.

¹⁰⁴⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 604-622. “Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılamaz.” Anayasa Mahkemesi, 18.02.1985, E. 1984/9- K. 1985/4. RG; 26.06.1985, sayı: 18793.

¹⁰⁴⁷ BAUBY Pierre, **Service public, services publics**, Paris: La Documentation française, 2011, s. 87.

¹⁰⁴⁸ ÇELEN/BALİ, s. 220.

¹⁰⁴⁹ 3096 sayılı Yasa m. 9 uyarınca “Enerji tarifeleri, görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girer.” ve “Tarifelerin tespitinde, yıllık işletme, bakım ve

kapsamda bakıldığında KÖİ modelleri ile hizmetin sunulması durumunda, paranın karşılığının alınması ile kastedilen hizmetlerin daha kaliteli ve düşük maliyetli olmasından ziyade hizmetin daha kaliteli sunulması ve kaynakların etkin kullanılması olmaktadır.

İdare tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde, hizmetten yararlananlardan alınacak ücret, kamu yararı göz önünde bulundurularak tarifelerle tespit edilmektedir¹⁰⁵⁰. Tarifelerin gerçekçi hesaplamalarla belirlenmesi ve gerekçelendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁵¹. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi halinde, hizmetten yararlananlardan alınan ücretin içerisinde kâr bulundurulması¹⁰⁵² doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Kamu hizmetlerinin

onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, (...)diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin sağlanması esas alınır.”

3465 sayılı Yasa m. 7/2 uyarınca “tarifenin tespitinde, otoyol gelirini makul seviyede tutacak trafik dengesi, maliyeti oluşturan çeşitli harcamalar, mahalli şartlar, bu yola işletme devresinde yapılan yatırımlar ile bu kabil yollardan içte ve dışta alınan ücret seviyeleri dikkate alınarak bu tür yatırımları mümkün kılıcı ve teşvik edici bir gelir seviyesinin sağlanması esas alınır.”

3653 sayılı Yasa’nın 16. maddesi uyarınca “işletmenin kiralanması veya restore et-işlet-devret usulü ile devredilmesi halinde ise, kaplıcalar tarifesı, kiracının veya devralanın teklifi üzerine Sağlık Bakanlığınca aynen veya değiştirilerek onaylanmak suretiyle belirlenir.” ve “kaplıcalar tarifesı; işletmenin alt yapısının yenilenmesi, Yalova Termal kaplıcaları ile bunlara ait bina, müştemilat ve diğer tesisatın restore edilmesi ve geliştirilmesi için harcamada bulunulmasına imkân verecek şekilde, maliyet ve işletmecilik esaslarına göre belirlenir.”

¹⁰⁵⁰ SEZGİNER, *İhale Süreci*, s. 1083.

¹⁰⁵¹ Örneğin 1997/1 sayılı Doğal Gaz Satış Fiyatı Tespit Kararı Tebliği’nin iptali istemiyle açılan davada Danıştay “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, dağıtım kuruluşlarının doğal gaz satış tavan ve taban fiyatlarını tespit ederken; kendi ifadesiyle, dağıtım kuruluşlarının maliyetleri, yatırım ihtiyaçları, alternatif yakıt maliyetleri BOTAŞ’ın ithalat şartlarına göre her üç ayda bir dolar bazında belirlediği satış fiyatının kur değişimleri ve işletme şartları nedeniyle yüklediği ek maliyetleri, sonuçta 3154 sayılı Yasada belirtildiği gibi piyasa ihtiyaçlarını araştırmadığı ve fiyat sınırlamasını bu verilerin değerlendirilmesine dayalı olarak öngörmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

“Bu durumda, dağıtım kuruluşlarının şehirlerde konut, resmi daire, ticarethane tüketicilerine doğal gaz satışı tavan fiyatını BOTAŞ’ın dağıtım kuruluşuna satış fiyatının; 1995/1 sayılı Tebliğle %30 fazlası, 1997/1 sayılı Tebliğle %70 fazlası, 1997/2 sayılı Tebliğle %45 fazlası olarak belirleyen, bu belirlemelerini herhangi bir araştırma, inceleme ve hesaplamaya dayandırmayan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının; 3154 sayılı Yasayla verilen yetkisini piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanmadığı anlaşılmaktadır” demektedir. Danıştay 10.D, 16.03.1998, E. 1995/5447- K. 1998/1162 (UYAP).

¹⁰⁵² Anayasa Mahkemesi’ne göre, “...su bedelinin su satışı ve kullanılmış suların uzaklaştırılması karşılığında yapılan tarife ve abonman sözleşmesine göre alındığı, bu şekilde idare ile birey arasında özel hukuk ilişkisi kurulduğu ve ödenecek bedelin maliyet-kâr esasına göre belirlendiği,

bedelsiz ya da herkesin karşılayabileceği bir bedelle sunulması esas olup, hizmet karşılığında kâr içeren bir bedel alınması, hizmetten yararlanmayı güçleştirdiği ölçüde kamu düzenini bozacağından ve hukuka aykırı olacağından; kâr amacı bulunmaması ile özel girişim arasındaki denge, bu hizmetlere devlet desteği sağlamakla kurulabilir¹⁰⁵³.

Uygulamada proje şirketlerinin idareye çeşitli ödemeler yapmasına ilişkin hükümler konulabilmektedir¹⁰⁵⁴. Doktrinde bu tarz sözleşme hükümleri koyarak idarenin proje şirketlerinden ödeme almasının KÖİ projelerinin amacına ters düştüğü, idareye ödeme yapmak durumunda kalan proje şirketinin ödediği parayı karşılayabilmek için işletmeyi daha uzun bir süre devralacağı ve hizmetten yararlananlara ek masraf yansıtacağı; ayrıca bu tarz düzenlemelerin kamu hizmeti anlayışına ters olduğu savunulmaktadır¹⁰⁵⁵. Oysa bu tarz düzenlemeler genellikle idareye yapılan düzenli ödemeler şeklinde olmamakta, hizmetten yararlanmaya bağlı olarak gelirin çok yükselmesi halinde idareye kârdan pay verilmesi şeklinde kendini göstermektedir. Bu tarz düzenlemeler sayesinde hizmet kalitesi düşürülerek kârın

dolayısıyla idarece verilen bir hizmet karşılığında tarife göre saptanarak alınan bedelin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı, ücret niteliğini haiz olduğu belirlenmiştir.

“Anayasa’nın 127. maddesinde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüş olup, büyükşehir belediyelerinin su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 26.01.2012, E. 2011/6- K. 2012/16. **RG**; 21.07.2012, sayı: 28360.

¹⁰⁵³ YILDIRIM, s. 40-41, 44.

¹⁰⁵⁴ Örneğin 6001 sayılı Yasa’nın 11. maddesinde Genel Müdürlük’ün gelirleri arasında işletici şirket tarafından verilen paylar gösterilmiştir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun ek 37. maddesi uyarınca Kurum tarafından sayısı sınırlandırılarak ulusal çapta, kamuya açık mobil elektronik haberleşme hizmeti sunmak üzere imtiyaz sözleşmeleri ve/veya yetkilendirme belgelerine istinaden yetkilendirilen işletmeciler, satışlarının belli bir yüzdesini Hazine payı olarak öderler.

¹⁰⁵⁵ EVREN, s. 106.

yükseltilmesi mümkün olmayacağı için, proje şirketinin hizmet kalitesi ve kâr dengesinde optimum seviyede hizmeti sunması için güdülenmesi sağlanacaktır.

D. Riskler ve Devlet Destekleri

1. Riskler

Bir projenin zamanında, planlanan bütçe ile ve öngörülen kalitede tamamlanmasını tehlikeye atan faktör, olay veya etki olarak tanımlanan risk¹⁰⁵⁶, KÖİ projelerinde, sözleşme süresinin uzunluğu nedeniyle belirsizlik oranı arttığı ve beklenilmeyen bir kamu müdahalesi söz konusu olabileceği için daha fazla önem taşımaktadır¹⁰⁵⁷. Risk, kendi başına sosyal refahı azaltan bir olgu olup, sözleşmeler riskin paylaşımında önemli bir işlev görmektedir¹⁰⁵⁸. KÖİ projelerinin hem yapım aşamasında, hem de işletme aşamasında söz konusu olabilen risklere ilişkin olarak sözleşme ile yapılan paylaşım ile projeden paranın karşılığının alınması sağlanmaya çalışılarak sosyal refah arttırılmaya çalışılmaktadır.

Riskleri paylaşan aktörler, hizmetten yararlananlar, proje şirketi ve kamu otoriteleridir. Yatırımcılar, proje şirketinin üstlendiği riskler nedeniyle ve vergi mükellefleri de kamu otoritelerinin üstlendiği riskler nedeniyle dolaylı olarak riskleri üstlenmektedirler¹⁰⁵⁹. Sigorta şirketlerinin ve taşeronların da riskleri paylaşan taraflar olarak sayılması gerektiği¹⁰⁶⁰ savunulmakla birlikte, riskin, sigorta ve alt yüklenicilerle yapılan sözleşmelerle üçüncü kişilere aktarılması risk yönetimine

¹⁰⁵⁶ EC, **Guideline**, s. 50.

¹⁰⁵⁷ PEZ Thomas, **Le risque dans les contrats administratifs**, Paris: LGDJ, 2013, s. 409.

¹⁰⁵⁸ SANLI, **Sözleşme Hukuku**, s. 179.

¹⁰⁵⁹ HM Treasury, **Procurement**, s. 14; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 37.

¹⁰⁶⁰ EVREN, s. 62.

ilişkin¹⁰⁶¹ bir husus olup, sigorta şirketleri ve alt yükleniciler de uydu sözleşmelerle ilişki içerisine dâhil edildikleri için, riski paylaşan aktörler arasında sayılmamaları gerekmektedir.

Projelerde uygun risk dağılımı yapılması¹⁰⁶², VfM'nin sağlanmasında temel bir unsur olup, riskleri ilgili tarafın en uygun maliyetle önlemesine veya sonuçlarını ortadan kaldırmasına imkân vermektedir. Bu sayede hizmetin aksaması veya maliyetlerin artması engellenmekte, hizmetten yararlananlara hizmet kesintisiz ve düşük maliyetle sunulurken kamu yararı sağlanmaktadır¹⁰⁶³. Öte yandan, KÖİ sözleşmelerinde risklerin etkin dağılımının yapılmamış olması durumunda, sözleşme dengeli olmadığı için, daha fazla riski üzerine almış olan tarafın uyuşmazlık çıkarma eğilimi olmaktadır¹⁰⁶⁴. Bu nedenle KÖİ projelerinde uygun risk dağılımının yapılması önem arz etmektedir.

KÖİ uygulamasında paranın karşılığının alınması, kalite, özellik ve maliyetin proje ömrü boyunca optimal kombinasyonun sağlanmasını gerektirmekte¹⁰⁶⁵, uygun risk dağılımının VfM için kritik bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶⁶.

Uygun risk dağılımı yüklenicinin bütün riskleri¹⁰⁶⁷ veya risklerin büyük kısmını

¹⁰⁶¹ EVANS/BOWMAN, s. 66.

¹⁰⁶² EÖT Yönetmeliği m.5/1-d uyarınca “ *taraflar arasında dengeli bir risk paylaşımının sağlanması esastır.*”

¹⁰⁶³ EVREN, s. 60. Türkiye’de günümüze kadar yapılan projelerde, taraflar arasında dengeli risk dağılımının sağlanamadığına ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. ŞENER, s. 120-141.

¹⁰⁶⁴ CHAHID-NOURAİ/LAZERGES, s. 1930-1931.

¹⁰⁶⁵ HM Treasury, VfM, s. 7. Birleşik Krallık hükümeti paranın karşılığının alınmasını “... kullanıcının gereksinimlerini karşılamak için ömür boyu maliyetlerin ve kalitenin (veya amaca uygunluğun) optimum kombinasyonu” olarak tanımlamaktadır.

¹⁰⁶⁶ SMITH, s. 76; Simmons&Simmons ve Group Law Office, s. 53; ALİCAN, s. 100.

¹⁰⁶⁷ Teorik olarak KÖİ projelerinde bütün risklerin yüklenicinin üzerinde kalması gerekmekte, idare, paranın karşılığının alınması için hangi riskleri üzerine alacağına karar vermektedir. NG/LOOSEMORE, s. 70.

üstlenmesi anlamına gelmemekte¹⁰⁶⁸, taraflar arasında riskler en etkin sonuca ulaşacak şekilde paylaşılmaktadır. Risk dağılımı yapılırken öncelikle riskleri etkileme kapasitesi, sonra risk unsurunu öngörebilme veya tepki verebilme kapasitesi ve en son olarak da risk unsurunun maliyetini masdedebilme kapasitesi dikkate alınmaktadır¹⁰⁶⁹. Risklerin taraflar arasında dağılımında temel ilke, faaliyetin sorumluluğunun o faaliyeti yerine getirmede en yetkin olan tarafa verilmesi ve o faaliyetle ilgili değişikliklere bağlı kâr ve zararın da o tarafa ait olmasıdır¹⁰⁷⁰. Ancak, riskli sonucun ortaya çıkması halinde toplumun idareyi sorumlu tutması söz konusu olabileceğinden, riskin özel sektöre devredilmesi, sonuçların tam anlamıyla özel sektöre devredilmesi anlamına gelmemektedir¹⁰⁷¹.

KÖİ modelinin uygulandığı projelerde, gerek yatırımcı gerek kredi kurumları kullandıkları mali kaynağın kârı veya faizi ile tahsilini engelleyebilecek her türlü riske karşı hassasiyet gösterdiklerinden, sözleşme sırasında finansal, yasal, operasyonel, inşaat ve tasarım açısından karşılaşılabilecekleri tüm sorunları öngörmeye çalışmakta¹⁰⁷², riskleri değerlendirmekte, kârlılıklarını da dikkate alarak bu riskleri üstlenip KÖİ ilişkisine girmek için bir fiyat belirlemektedir¹⁰⁷³. KÖİ projesinin başarılı olması için, projeye ilişkin bütün risklerin belirlenmesi, risklerin

¹⁰⁶⁸ EC, Green Paper, s. 3; EIC, s. 19-20.

¹⁰⁶⁹ EMEK, *Altyapı Hizmetleri*, s. 28-33.

¹⁰⁷⁰ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 151.

¹⁰⁷¹ FORWARD, s. 267. KÖİ projelerinde hizmetin kamu hizmeti niteliği devam ettiği için, idarenin sorumluluğu da devam etmekte, hizmetten zarar gören kişilerin idare aleyhine dava açması veya hizmetin aksaması halinde hizmetin yerine getirilmesini idareden talep etme hakkı bulunmaktadır. Buna ek olarak hizmetin kamu hizmeti olma niteliği dolayısıyla, proje şirketi, uygulama sürecinde hizmeti yürütmekte sorun yaşaması halinde idareden yardım isteyebilmektedir. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca, idarenin yüklenicinin talebini kabul etmesi gereken bu durumda, kâr özelleştirilmiş ancak zarar risk ve maliyet ise devletleştirilmiş olmaktadır. YESCOMBE, **PPP**, s. 20; KARASU, *Kamu Yararı Şirketleri*, s. 144.

¹⁰⁷² MÖRİC, s. 18.

¹⁰⁷³ Taraflar arasındaki risk paylaşımı, sözleşmenin fiyatlandırmasını yansıtmakta, daha çok riski üstlenen taraf fiyatı yükseltmektedir. BOVIS, *PFI*, s. 25-26.

etkilerinin katastrofik, kritik, ciddi, ihmal edilebilir gibi başlıklarla sınıflandırılması ve sayısallaştırılması, olasılıklarının tahmin edilmesi ve riskin onu en iyi yönetecek tarafa bırakılması gerekmektedir¹⁰⁷⁴. Risklerin gerçekleşme olasılıklarındaki değişiklikler, projenin beklenen değerini önemli ölçüde etkilediğinden, risk ölçümlemesi yapılırken, riskin ortaya çıkma olasılığının yanı sıra, bu olasılıkların zaman içinde değişme eğilimlerinin de dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁷⁵. Risk değerlendirmesinde, riskin ortaya çıkma olasılığı ve ortaya çıkması durumunda yapılacak maliyet dikkate alınmakta, VFM sağlanmasında temel etkenin tasarım, inşa ve işletme aşamalarındaki riskleri doğru yönlendirmek olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷⁶.

Riskler doğru değerlendirilmediğinde, olması gerekenden fazla risk, yüksek risk primi ile taraflardan birinde bırakılarak projenin maliyeti yükselmekte ve bu maliyet de hizmetten yararlananlara veya vergi mükelleflerine yansıtılmaktadır¹⁰⁷⁷. Yüklenicinin olması gerekenden fazla risk üstlenmesi durumunda, KÖİ projesi kamu alımı tipi olduğu zaman, ödemeler idare tarafından yapıldığı için hizmetten yararlananlara maliyet artışının direkt yükletilmesi söz konusu olmamakta, artış dolaylı olarak vergi mükelleflerine yansıtılmaktayken; imtiyaz tipi KÖİ projesi söz konusu olduğunda, artış fiyatlara yansıtacağından direkt hizmetten yararlananlara yükletilmektedir. Öte yandan, idarenin gerekenden fazla risk üstlenmesi olasılığında,

¹⁰⁷⁴ EVREN, s. 66. Ölçülebilir riskler, istatistiksel olarak karar verilebilen ya da rakamsal olasılıklarla tanımlanabilen muhtemel sonuçlar olarak ifade edilmekte, gerçekleşen sonuçların beklenen sonuçlardan sapması olarak tanımlanmaktadır. Yeterince veri olması durumunda bahsedilen olasılıklar ölçülebildiği gibi yeterli veri ile hesaplanamadığında da, geçmiş dönem tecrübelerine dayanarak rakamsal olasılıklar tahmin edilerek de ölçülebilmektedir. Ölçümü yapılamayan riskler ise ölçülemeyen riskler olarak tanımlanmakta, ölçülebilen risklerden ayrıştırılarak dikkate alınmalıdır. Söz konusu risk ayrıştırması yapıldıktan sonra risklerin yönetiminin gerçekleştirilmesi amacıyla gerekli önlemler alınmalıdır. ŞENER, s. 60-61.

¹⁰⁷⁵ EMEK, **KÖİ Yöntemleri**, s. 215. Riskin gerçekleşme olasılığı ve büyüklüğü dikkate alınarak risk paylaşımına ilişkin örnek bir inceleme için bkz. BAYAZIT/ALPER, s. 30-36.

¹⁰⁷⁶ ROBINSON/CARILLO/ANUMBA/PATEL, s. 49-50.

¹⁰⁷⁷ UNESCAP, **Public Private Partnerships A Financier's Perspective**, 2004, (Financier's Perspective), s. 37.

vergilerin arttırılması veya risk gerçekleştiği takdirde sorumluluğunu yerine getirebilmek için hizmeti azaltması söz konusu olabilmektedir¹⁰⁷⁸.

Etkin risk yönetimi düzeltici değil, önleyici nitelikte olup iyi yönetimin teşvik edilmesini gerektirir¹⁰⁷⁹. Riskin iyi yönetilmesi, riskin ayrıntılı bir şekilde tanımlanmasını, riskin ortaya çıkma ihtimalinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınmasını ve riskin gerçekleşmesi durumunda da ortaya çıkacak sonuçların etkilerinin azaltılmasını gerektirmekte olup alınan önlemler, riske ve bu riskten etkilenme olasılığı olan tarafa göre değişiklik göstermektedir¹⁰⁸⁰.

Riskler, temel olarak, genel (dışsal) riskler ve sözleşmeden kaynaklanan (içsel) riskler olarak iki gruba ayrılmaktadır¹⁰⁸¹. Genel riskler projeden kaynaklanmayan nedenlerden ötürü ortaya çıkan ve genellikle proje taraflarınca, özellikle de yüklenici tarafından, kontrol edilemeyen risklerdir¹⁰⁸². Genel risk kategorisinde makroekonomik risk, politik risk, hukuki risk ve çevresel risk bulunurken, sözleşmeden kaynaklanan riskler tasarım ve yapım (inşaat) riski ile teknik ve teknolojik risk, yapısal risk, işletim riski, talep riski, tedarik riskini kapsayan işletme riskinden oluşmaktadır¹⁰⁸³. Dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan riskler esasen yapım aşamasına ve işletme aşamasına ait riskler şeklinde

¹⁰⁷⁸ JIN Xioa-Hua, "Allocating Risks in Public-Private Partnerships using a Transaction Cost Economics Approach: A case study", The Australasian Journal of Construction Economics and Building, Vol: 9, No:1, 2009, ss. 19-26, s.19.

¹⁰⁷⁹ FAULKNER, s. 66.

¹⁰⁸⁰ UNESCAP, **Financier's Perspective**, s. 38-39.

¹⁰⁸¹ Risklerin, makro, mezo ve mikro şeklinde gruplandırılması da söz konusu olabilmektedir. Bu gruplandırmaya göre, genel riskler, makro riskleri oluşturmaktayken, sözleşmeden kaynaklanan riskler ise mezo ve mikro seviyede olabilmektedir. Buna göre, mezo riskler projenin dış dünyayla olan ilişkisinden kaynaklanmaktayken, mikro riskler ise tarafların amaçları arasındaki farklılık nedeniyle sözleşmenin tarafları arasında görülmektedir. BING Li/AKINTOYE Akintola/EDWARDS Peter/HARDCASTLE Cliff, "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK", International Journal of Project Management, Vol: 23, 2005, ss. 25-35, s. 27.

¹⁰⁸² ŞENER, s. 61.

¹⁰⁸³ TAFOTIE YOUSMI, s. 379-389; NG/LOOSEMORE, s. 69.

farklılaşmakta, her bir aşama kendi içerisinde farklı riskleri barındırmaktadır. Ayrıca sözleşmesel riskler, sözleşmenin icrasından kaynaklanan riskler ve sözleşmenin icra edilmemesinden kaynaklanan riskler olmak üzere iki başlık altında incelenebilmektedir. Tarafların yükümlülüklerini sözleşmede düzenlendiği şekilde yerine getirmemeleri, sözleşmenin icrasından kaynaklanan riskleri oluştururken¹⁰⁸⁴, yükümlülüklerin icra edilememesi ve bu kapsamda öngörülemezlik kuramı, icra edilememeden kaynaklanan risk olarak sınıflandırılmaktadır¹⁰⁸⁵. KÖİ projelerinde, verimlilik dürtüsünü etkileyen ve paranın karşılığının alınması incelemesinde dikkate alınan riskler içsel risklerdir. Genel riskler, kural olarak, kamu tarafından üstlenilmektedir. Genel risklerin bir kısmının yüklenici ile paylaşılması halinde, yüklenicinin risk primi talep ederek sözleşmenin bedelini yükseltmesi söz konusu olmaktadır¹⁰⁸⁶.

KÖİ projelerinde riskler, sözleşme konusu işe, yere ve zamana göre değişiklik göstermekte olup, herkes tarafından kabul edilmiş bir risk sınıflandırması bulunmadığı gibi, bir riskin farklı isimlerle anılması da söz konusu olabilmektedir. Bir sınıflandırmaya göre KÖİ'ler temel olarak, yapım riski, finansal risk, performans riski, talep riski ve artık değer (*residual value*) riski içermekte olup, her bir risk alt risklere ayrılarak detaylandırılabilir¹⁰⁸⁷. KÖİ projelerindeki riskler, çevre riski, mücbir sebep, finansal risk, gelir (kazanç) riski, işletme riski ve yapım riski¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁴ Sözleşmenin icrasından kaynaklanan riskler, sözleşmede yer alan yükümlülüklerin tanımları ile bunların ifası arasında ortaya çıkan uyumsuzluklardan meydana gelmekte olup, tarafların beklentileri ile ilgili oldukları için sözleşmeye uygun davranıldığında dahi ortaya çıkmaları mümkündür. PEZ Thomas, **Le risque dans les contrats administratifs**, Paris: LGDJ, 2013, s. 74.

¹⁰⁸⁵ PEZ, s. 69-70.

¹⁰⁸⁶ GÜNGÖR, s. 23.

¹⁰⁸⁷ IMF, **PPP**, s. 11-12.

¹⁰⁸⁸ WB, **Concessions for Infrastructure; A Guide to Their Design and Award**, World Bank Technical Paper No: 399, 1998; SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s.431'den naklen.

olarak sınıflandırılabilirdiği gibi, yapım, finansman, işletme, teknoloji, hukuki ve mücbir sebep riskleri olarak da gruplandırıldığı görülmektedir¹⁰⁸⁹. Diğer bir sınıflandırmaya göre KÖİ projelerinde riskler temel olarak projeden kaynaklanan riskler (yanlış proje seçimi, sözleşme öncesi riskler, yapım riski, teknik riskleri ve işletim risklerini içeren işletme riskleri ve piyasa riski), genel riskler (makro-ekonomik risk, politik risk) ve mücbir sebep riski olmak üzere üç grupta incelenebilir¹⁰⁹⁰. Bir başka sınıflandırma tasarım ve yapım risklerini dışarıda bırakarak riskleri, bütçeyi aşma, işletim, gelir risklerini içeren işletme riskleri; borç yönetimi ve kur riskini içeren finansal (mali) riskler; getiri oranı düzenlemeleri, kamulaştırma ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını içeren politik riskler ve çevresel, teknolojik, mücbir sebep risklerini içeren diğer riskler olarak gruplandırmaktadır¹⁰⁹¹.

Talep riski, hizmetten yararlananların, KÖİ projesi kapsamında sunulan mal veya hizmete yönelik taleplerindeki değişikliği ifade etmekte olup, işletme riskinin temel unsurudur¹⁰⁹². Talep riski, tüketici tercihlerindeki değişimler, ikame ya da tamamlayıcı mal ve hizmetlerin varlığı, gelir düzeyindeki ya da demografik yapıdaki değişimler, piyasa riskinden kaynaklanan nedenler ile ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁹³.

Geleneksel olarak Devlet'in gerçekleştirdiği, daha önce devlet sübvansiyonları ile

¹⁰⁸⁹ UNESCAP **Financier's Perspective**, s. 38-39.

¹⁰⁹⁰ MRAK, s. 303-308.

¹⁰⁹¹ SAVAS, s. 252-254.

¹⁰⁹² 2014/23/EU sayılı Direktif (m.5) imtiyaz kavramını tanımlarken, işletme riskinin yükleniciye devrini de tanım kapsamına almıştır. Bu düzenlemeye göre "Yapım işleri veya hizmet imtiyazları verilirken imtiyaz sahibine söz konusu yapım işi veya hizmetin işletilmesinden kaynaklanan ve talep riski, arz riski veya her ikisini birden içerebilecek işletme riskleri de devredilir. Normal işletme koşulları altında, yapılan yatırımın veya imtiyaz sözleşmesinin konusu olan yapım işi veya hizmetlerin işletilmesi sırasında ortaya çıkan maliyetlerin karşılanması garanti edilmediği durumlarda, imtiyaz sahibinin işletme riskini üstlendiği kabul edilir. İmtiyaz sahibine devredilen risklerin bir kısmı, örneğin imtiyaz sahibinin karşılaştığı olası tahmini kaybın nominal veya göz ardı edilebilir olmadığı durumlar gibi piyasanın belirsizliklerine maruz kalma riskleridir." SIGMA, **ABAD**, s. 21.

¹⁰⁹³ ŞENER, s. 34-38.

desteklenen sektörlerde, hizmetlere ilişkin talep düzeyi belli olmamakta, talep riskini üstlenen yüklenici için gelir düzeyinin belirlenmesine ilişkin veriler bulunmadığından, mali risk ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁴. Kamu-özel işbirliklerinde gelir temelli anlaşmalarla farklı finansman mekanizmaları sağlanmakta olduğundan, özellikle sıfırdan yatırım projeleri açısından talep oranının bilinmemesi büyük bir belirsizlik oluşturmaktadır. Bu yatırımlarda kullanıcı ücretlerinin gelir kaynağı olarak belirlenmesi durumunda talep ve gelir riski özel sektör üzerinde kalırken, idareler tarafından elverişlilik (emre amadelik) ödemesi yapılması durumunda risk kamu sektöründe kalmaktadır¹⁰⁹⁵.

Yapım (inşaat) riski, yapının sözleşmede öngörülen zamanda, maliyetle ve kalitede bitirilememesine ilişkin bir risk olup, genellikle yükleniciye devredilmektedir. Yapım riski, işgücü ve girdi maliyetlerindeki dalgalanmalar, yetersiz maliyet yönetimi, uygun olmayan yapım tekniklerinin kullanılması, olumsuz hava ve saha koşulları ve projeye karşı gelişen hareketler, gerekli izin ve onayların alınmasında yaşanan gecikmeler nedeniyle ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁹⁶. Ayrıca, enflasyon, ülkenin ekonomik politikası veya siyasi karışıklıklar gibi dış etmenler de yapım riskinin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

Finansal riskler, faiz oranları, döviz kurları, enflasyon ve mücbir sebeplerden kaynaklanmaktadır¹⁰⁹⁷. Proje şirketince borcun yabancı kreditorlerden alınması, döviz kurunun dalgalanmasından kaynaklanan döviz riskini ortaya çıkarmaktadır.

Söz konusu riskin azaltılarak KÖİ projelerinin özel sektör için cazip hale getirilmesi

¹⁰⁹⁴ ALİCAN, s. 89-90.

¹⁰⁹⁵ The US Committee on the Marine Transportation System Arctic Marine Transportation Integrated Action Team, s. 15.

¹⁰⁹⁶ ŞENER, s. 40-46.

¹⁰⁹⁷ EMEK, **KÖİ Yöntemleri**, s. 224.

için, döviz riski, hükümetler, ihracat kredisi ajansları veya uluslararası finans kuruluşları tarafından üstlenilebilmektedir¹⁰⁹⁸.

Politik riskler, uzun vadede hükümet politikalarındaki belirsizliklerden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede yapılan yasal değişiklikler nedeniyle yüklenicinin projeden beklediği geliri elde edememesi ve/veya proje maliyetlerinin artması ile yüklenici tarafından gerçekleştirilen yatırım sonucunda ortaya çıkan varlıkların işletme süresi tamamlanmadan kamulaştırılmasını içermekte; yatırımcıları politik risklere karşı güvence altına almak için uyuşmazlık çözüm mekanizmaları getirilmektedir¹⁰⁹⁹. Politik risklerin yüklenici üzerinde kalması durumunda, risk maliyete yansıtıldığından projenin fiyatı yüksek seviyede olduğundan, politik riskler kural olarak idarenin üzerinde bırakılmaktadır. Ancak, sözleşme imzalandıktan sonra mevzuatta meydana gelen değişikliklerden kaynaklanan risklerin kimin üzerinde kalacağına ilişkin farklı olasılıklar söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar uygulamada birçok idarenin, özellikle yerel idarelerin, mevzuat üzerinde hemen hemen hiç etkisinin olmadığı ve özel sektörün mevzuat değişikliğinin sözleşmeye yapacağı etkileri hesaplayarak bu değişikliklerin yapılan işe etkisini azaltacak çözümler üretmede uzman olduğu düşünülerek, yüklenicinin mevzuat değişikliğinden doğan risklere katlanması veya onları paylaşması gerektiği savunulsa da¹¹⁰⁰, riskin kimin üzerinde kalacağı mevzuat değişikliğinin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Sözleşme imzalanırken öngörülemeyen ve direkt olarak sözleşme konusu projeyi etkileyen mevzuat değişikliğinden kaynaklanan riskler sözleşmeci idarenin üzerinde bırakılmakta, bu durumda sözleşmenin yeniden

¹⁰⁹⁸ ALİCAN, s. 91

¹⁰⁹⁹ ŞENER, s. 24-25.

¹¹⁰⁰ ERSÖZ, s. 59.

görüülerek uyarlanması söz konusu olmaktadır. Öte yandan, sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşeceği bilinen mevzuat değişiklikleri ile direkt olarak sözleşmeyi etkileyen esaslı bir değişiklik getirmeyen genel bir düzenleme söz konusu olduğunda, risk, yapım aşamasında özel sektörün üzerinde bırakılmalı, uygulama aşamasında ise sermaye harcaması gerektiriyorsa idarenin, gerektirmiyorsa özel sektörün üzerinde bırakılmalı; sözleşmenin uygulamasında uyarlama yapılması gerekmesi halinde ise masraflar taraflar arasında paylaşılmalıdır¹¹⁰¹. İdarenin, yüklenici veya onun yatırımcılarının aleyhine olan mevzuat değişiklikleri nedeniyle uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlü olacağına ilişkin düzenlemenin sözleşme ile yapılabileceği kabul edilmektedir¹¹⁰².

Projenin uygulanacağı arazide önceden öngörüleemeyen çevresel faktörler çevresel riski oluşturmaktadır. Çevresel riskler, arazi risklerinden ve arazi kullanımı risklerinden oluşmakta olup, arazi riskleri zemin koşulları, arazi bedeli, eskiden gelen yükümlülükler gibi unsurlardan oluşurken, arazi kullanımına ilişkin riskler ise tarihi kalıntılar, şartnamelerdeki hatalar ve yüklenicinin tasarım hatası gibi teknik risklerden oluşmaktadır¹¹⁰³.

Teknolojik risk, yeni kullanılmaya başlanan bir teknolojinin yarattığı beklenmeyen sorunlar veya KÖİ süresi boyunca teknolojinin değişmesi ve uygulanmakta olan projenin yaşanan değişime ayak uydurmada veya bu imkânlardan yararlanmada yetersiz kalmasına ilişkin risktir. Bu çerçevede risk, mevcut projelerin yeni teknoloji kullanılarak daha az maliyetle gerçekleştirilebilecekken, söz konusu

¹¹⁰¹ HM Treasury, **Standardisation of PF2 Contracts**, London, 2012, (**Standardisation**), s. 84, 121.

¹¹⁰² YESCOMBE, **PPP**, s. 275.

¹¹⁰³ EMEK, **KÖİ Yöntemleri**, s. 223.

teknoloji olmadan daha fazla maliyetle uygulanmaya devam etmesine bağı olarak ortaya çıkabileceğı gibi¹¹⁰⁴, yüklenicinin ilave yatırım yapmasına da neden olabilecektir.

Başarılı KÖİ uygulamalarında genellikle proje tasarımı, inşaat riski ve piyasadaki taleple ilişkili olan ticari risklerin oluşturduğu işletme riskinin özel sektör tarafından, mücbir sebepler ve politik risklerin ise kamu kesimi tarafından üstlenilmesinin dengeli risk dağılımının çerçevesini çizdiği savunulmaktadır¹¹⁰⁵. Risklerin paylaşılmasında, işletme riskleri özel sektöre devredilerek performans ve fiyat motivasyonu sağlanabileceğı kabul edilmektedir¹¹⁰⁶. Ancak uygulamada, risk priminin yükselmemesi için talep riskinin kısmi olarak da olsa idare tarafından üstlenildiğı ve buna yönelik garantiler verildiğı görülmektedir.

KÖİ projelerinde Hazine'nin sorumluluğuna direkt veya şarta bağı, açık veya örtülü, bilinen veya beklenmeyen riskler neden olabilmektedir. Beklenmeyen risklerin ortaya çıkması halinde sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi yoluna gidilebilmektedir. Ancak, hatalı proje seçimi, uygun olmayan tasarım isteğı, proje şirketinin iflas etme olasılığı ve etkin olmayan risk dağılımı ile birden çok riskin üstlenilmiş olması gibi hâllerde Hazine'nin sorumluluğı söz konusu olmaktadır¹¹⁰⁷. Sözleşme imzalanırken özellikle şarta bağı borçların üstleniminde dikkatli olunması gerekmektedir, ülkemizde elektrik üretimine ilişkin olarak gerekli özen gösterilmeden

¹¹⁰⁴ ALİCAN, s. 92.

¹¹⁰⁵ SARISU, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, s. 363.

¹¹⁰⁶ AYDIN, s. 114-115.

¹¹⁰⁷ CORBACHO/SHWARTZ, s. 89-91.

verilmiş olan garantiler, hukuki uyumsuzluklara, tahkim yoluna gidilmesine neden olmuş ve bütçe açısından gider kalemi haline gelmiştir¹¹⁰⁸.

Kamu otoritelerinin KÖİ projelerinden kaynaklanan riskleri değerlendirme ve yönetme kapasiteleri oluşmadan KÖİ uygulamalarına geçmeleri durumunda, idarelerin verimsiz risk paylaşımı yapmaları ve aşırı riske maruz kalmaları söz konusu olabilmekte, KÖİ projeleri yüksek maliyetli hale gelebilmektedir. Bu durumun bir örneği Türkiye’de söz konusu olmuştur. 1980-1990 yılları arasında verilmiş olan garantilerin büyük bir kısmının 1998-2002 yılları arasındaki ekonomik bunalım döneminde devreye girmesi sonucunda Hazine’nin çok yüksek meblağların ödenmesi gerekmiştir. Bu kapsamda idari kapasitenin oluşturulması, yatırım ortamının iyileştirilmesi ve yerli ve yabancı yatırımların artırılması hedefine yönelik olarak geliştirilen 2001 Reform Programı kapsamında söz konusu olmuştur. Reformlar çerçevesinde yasal altyapının güçlendirilmesi, Hazine garantilerinin verilme usulünün zorlaştırılması ve sınırlandırılması, güvenilir tahsil politikasının oluşturulması, gözetim ve bildirim yapısının geliştirilmesi ve risk yönetim kapasitesinin geliştirilmesi hedeflenmiştir¹¹⁰⁹. Bu çerçevede 2002 yılında 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 2003 yılında 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu yürürlüğe girmiş, risk yönetimine ilişkin düzenlemeler yaparak Hazine’nin konumunu güçlendirmiştir. Hazine borçlanma, ikraz ve garanti limiti getirilmiş (4749 sayılı Yasa m.5) ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde ‘Risk Hesabı’ (4749 sayılı Yasa m. 13) oluşturulmuştur. Mahsuplaşma ve denkleştirme konularında sınırlayıcı hükümler

¹¹⁰⁸ KESSIDES/KHAN, s. 140

¹¹⁰⁹ BUDINA/POLACKOVA BRIXI/IRWIN, s. 16- 17.

getirilmiş ve kısa süreli borç yönetimi raporlama sistemi kurulmuştur (4749 sayılı Yasa m. 14). Hazine içerisinde borç ve risk yönetimi konularında kurumsal yapılanmaya (4749 sayılı Yasa m. 12) gidilmiştir.

2. Devlet Destekleri

Politik, ekonomik, sosyal veya kurumsal yapıların uygun olmadığı ülkelerde, idarelerin, yatırımcılara yönelik riski azaltmak için uzun vadeli strateji geliştirmeleri gerekmektedir¹¹¹⁰. Bu anlamda devlet destekleri, yatırımcılara yönelik riskleri azaltmak için yararlanılan bir strateji olarak nitelendirilebilmektedir. Ancak, devlet desteği verilmesi uzun vadeli stratejinin bir parçası olmadığı takdirde dahi, hizmet kamu hizmeti olduğu sürece kâr amacı taşımadığı ve özel sektörün girişimde bulunmasının temel amacı kâr elde etmek olduğu için, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi söz konusu olduğunda devlet desteklerinin verilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Devlet destekleri projeleri özel sektör için çekici hale getirmeyi amaçlamakta olup genellikle ekonomi temellidirler ve proje şirketinin projeyi sürdürebilmesine imkân veren her türlü katkıyı ifade etmektedir¹¹¹¹.

6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun (m.2/1-b) uyarınca devlet destekleri *“Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkilediği ölçüde doğrudan kamu tarafından veya kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanan, belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine*

¹¹¹⁰ FRÉHAUT Perrine, **L’impact des institutions sur l’essor des partenariats public-privé dans les pays en développement**, Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne DEA Décisions Publiques, Institutions et Organisations, 2005, s. 56.

¹¹¹¹ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 45.

ayrıcalık tanıyarak rekabeti bozan veya bozma tehdidi oluşturan ve yararlanana mali fayda sağlayan her türlü tedbir”i ifade etmekte olup, bu kapsamda destekler aynî, nakdî veya taahhüt şeklinde olabilmektedir¹¹¹². Aynî destekler olarak yükleniciye kamu malı üzerinde üst hakkı tanınması ve yüklenici lehine kamulaştırma yapılabilmesi; nakdî yardım olarak devlet yardımları ve taahhüt olarak da garantiler söz konusu olabilmektedir.

Projelerin yeterince kârlı olmaması, kreditorlerin verdikleri parayı güvenceye almak istemeleri ya da proje şirketine kredi vermekten kaçınmaları, tesislerin kurulacağı yerin özellik arz etmesi, yatırım bedelini azaltma saiki, proje şirketinin ortaklarının yatırım riskine karşı güvence istemeleri özel sektöre destek verilmesine neden olmaktadır¹¹¹³. Projeden paranın karşılığının alınması yani kamu yararının sağlanması, verilen desteğin türüne ve miktarına bağlı olup, desteklerin proje şirketinin kârını çoğaltmak için değil kamu yararının sağlanması için projenin yapılabilirliğini ve sürdürülebilirliğini mümkün kılmak için verilmesi gerekmektedir¹¹¹⁴. KÖİ sözleşmelerinde verilen destekler, proje şirketinin riskleri en iyi şekilde değerlendirme ve yönetme dürtüsünün devam etmesi için, sadece riskin bir kısmını karşılayacak düzeyde olmalıdır¹¹¹⁵. İdare tarafından proje şirketine belli bir oranda ödeme yapılmasının altında, kamu hizmetlerinin makul fiyatlarla

¹¹¹² Ayrıca devlet desteğinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlandırma, imtiyaz verilmesi, sübvansiyon, kredi, fiyat desteği, teknik destek, AR-GE desteği, kamulaştırma, sermaye desteği gibi farklı şekillerde görülebilmektedir. LINOTTE/ROMI, s. 487.

¹¹¹³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 134-136; EPEC, **State Guarantees in PPPs: A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management**, 2011, (State Guarantees), s. 5.

¹¹¹⁴ EVREN, s. 534.

¹¹¹⁵ DELMON Jeffrey, **Public-Private Partnership Programs- Creating a Framework for Private Sector Investment in Infrastructure**, The Hague: Kluwer Law International, 2014, s. 156.

sunulması amacı yatmakta olup, tesislerin işletilmesi imtiyazcının esas gelir kaynağı olma özelliğini kaybetmemelidir¹¹¹⁶.

Kamu hizmetine yönelik olarak kamu malları üzerinde yapılan projelerde, projenin başarısız olması durumunda ilgili arazinin, tesisin ve malzemenin satılarak kreditorlerin yaptıkları yatırımın ödenmesi söz konusu olmayacağı için, kreditorler bu tarz projelerde alacaklarını garanti altına almak için kimi ek teminatlar talep etmektedirler¹¹¹⁷. Bu kapsamda kreditorler projenin ev sahibi olan devletin garantörlüğünü talep edebilmekte, gelirlerin toplanması ve ödemelerin yapılması için özel yöntemler belirlenmesini isteyebilmekte, proje şirketinin taraf olduğu bazı sözleşmelere taraf olabilmekte, projenin finansal veya teknik yetersizlikler nedeniyle devam ettirilemez hale gelmesi halinde ‘müdahale hakkı’ kapsamında proje şirketini değiştirebilmekte veya yerine geçebilmekte, sözleşmenin feshi halinde Devlet’in borç üstlenim garantisi vermesini isteyebilmektedirler. Dünya ekonomik konjonktürün sorunlu durumuna rağmen ülkemizde hem uygulanan KÖİ proje sayısının hem de proje büyüklüğünün artmasının bazı projelerde finansal kapanışı zorlaştırdığı, projelerin finansman bulmasını kolaylaştırmak için borç üstlenimi ve talep garantisi verilmesi gibi mekanizmaların devreye girdiği belirtilmektedir¹¹¹⁸.

KÖİ yöntemlerinde idare projenin niteliğine göre üretilen hizmetleri ya YİD projelerinde olduğu gibi doğrudan satın almayı taahhüt etmekte ya da otoyol, köprü ve havalimanlarında olduğu gibi asgari talep garantisi vermektedir. Elektrik üretim YİD ve Yİ sözleşmeleri ve hastane, okul ve öğrenci yurtlarında uygulanan YKD

¹¹¹⁶ EC, Concessions, s. 3.

¹¹¹⁷ YILMAZ, s. 156-157.

¹¹¹⁸ TC Kalkınma Bakanlığı, **KÖİ Raporu 2016**, Ankara, 2017, s. 56

projelerinde ise hizmeti doğrudan satın almaktadır. Ayrıca, YİD projesi kapsamında üretilen mal ve hizmet bedelinin kullanıcı ücretleriyle karşılanmasının mümkün olmadığı projelerde, idare ücretin bir kısmını veya tamamını görevli teşebbüse katkı payı¹¹¹⁹ olarak ödemektedir¹¹²⁰. Bunların yanı sıra, proje maliyetini ve hizmet bedelini düşürmek amacıyla idare/devlet projelere yer temin edebilmekte, vergi muafiyetleri tanımakta, girdi temini taahhüdünde bulunmakta ve kredi garantileri sağlayabilmektedir¹¹²¹.

Devlet tarafından verilen kimi garantiler, kreditorlerin üzerlerindeki riski aldığından, gerçekte yatırıma elverişli olmayan projelere de kredi verilmesine neden olabilmektedir. KÖİ modelleri yalnızca kendi başına gelir akışı sağlayan projeler için kullanılmaya elverişlidir, dolayısıyla idarenin proje şirketine alım garantisi vermesi,

¹¹¹⁹ 3996 sayılı Yasa'ya katkı payına ilişkin düzenleme 2008 yılında 5762 sayılı Yasa ile eklenmiştir. Söz konusu Yasa'nın gerekçesine göre "...günümüzde kamu-özel sektör işbirliği kavramı kapsamında, yatırımlara ilişkin inşaat ve talep riski gibi risklerin kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluna gidilmektedir. Bu suretle, yatırımı gerçekleştiren şirketlerin yatırımı zamanında ve kaliteli bir biçimde bitirmesi sağlanmaktadır.

"Riskler, yap-işlet-devret yönteminde genellikle görevlendirilen şirketin yatırım sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetleri kullanıcılarına doğrudan satmaları, böylece talebin az olmasının sonuçlarının şirkete yansıtılması yoluyla paylaşılmış olmaktadır. Bu şekilde, şirket yatırımı bir an önce tamamlayarak ve kaliteyi de sağlayarak kullanımı, dolayısıyla gelirlerini yükseltmeyi hedeflemektedir.

"Ancak, bazı yatırımlar sonucu üretilen mal ve hizmetler için kullanıcıların ücretlendirilmesi fiilen zor olabilmektedir.

"Bu durumlarda, riskin paylaşımı için yaygın olarak kullanılan yöntemlerden birisi, Devletin mal veya hizmeti genel uygulamalara paralel olarak kullanıcılara ücretsiz sunması; ancak, bu mal ve hizmeti kendisi satın alırken görevlendirilen şirkete ortaya çıkan talep ve kullanım miktarlarına göre ödeme yapmasıdır. Bu yöntemin en önemli avantajı, fiili kullanıcıların ücretlendirilemediği durumlarda da, görevlendirilen şirketin yatırımı en kısa zamanda ve en yüksek kaliteyle tamamlaması ve kaliteyi sürdürmesi için gerekli saikleri içinde barındırmasıdır."

¹¹²⁰ DPT tarafından hazırlanmış olan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarı Taslağı'nda katkı payı yerine, "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 ücret" olarak tanımlanan gölge ücret uygulaması öngörülmüştür. Söz konusu Taslak yasalaşmamış olup, Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanan Kamu-Özel İşbirliği Kanun Tasarısı'nda benzer bir düzenlemenin yer alıp almadığı, Taslak kamuya açıklanmadığından bilinmemektedir.

¹¹²¹ EMEK, Muhasebe, s.16-17.

esasinda söz konusu projenin KÖİ modeline uygun olmadığını gösterebilmektedir¹¹²².

a. Devlet Yardımları

Teşvik politikası ile, büyüme ve kalkınma hızı, üretimin bölgeler arasındaki dağılımı, üretimin döviz kazandırıcı- kazandırmayıcı kesimler arasındaki dağılımı ve teşebbüs biçimleri etkilenmekte olup, teşvik tedbirleri plan disiplinine uymayı ve plan amaçları doğrultusunda hareket etmeyi özendirici niteliktedir¹¹²³. Teşvik politikasının temelinde yatan düşünce, plan hedef ve amaçlarına uygun yönde faaliyette bulunmayı kabul eden özel girişimin, devletin alacağı bazı tedbirlerle, özellikle bazı mali yükümlülüklerden tamamen veya kısmen bağışık tutulması ve yapacağı yatırımı kolaylaştırıcı nitelikte altyapı ve kredi gibi kolaylıklardan yararlandırılmasıdır¹¹²⁴.

Devlet yardımları, veriliş amaçlarına göre ve veriliş usullerine göre sınıflandırılarak incelenebilmektedir. Veriliş amaçlarına göre devlet yardımları, teşvik amaçlı ve üretimin desteklenmesi amaçlı devlet yardımları olarak; veriliş usullerine göre doğrudan verilen devlet yardımları ve dolaylı olarak verilen devlet yardımları olarak sınıflandırılmaktadır. Doğrudan verilen devlet yardımları karşılıklı ve karşılıksız olmak üzere iki farklı tip olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılıklı tipte olan doğrudan devlet yardımları genel anlamda piyasadan daha ucuza verilen krediler veya işletmenin kısa vadeli nakit akımını sağlamak amacıyla destek alımları veya hepsine ek olarak belirli bir firmanın bir kısım hisse senetlerini satın alma

¹¹²² EVREN, s. 62.

¹¹²³ ULUATAM/TAN, s. 170.

¹¹²⁴ TAN, **Planlama**, s. 205.

olarak tanımlanabilir. Karşılıksız olarak yapılan doğrudan devlet yardımları ise prim ve şirkete veya firmaya yapılan hibeler olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹²⁵. Türkiye’de devlet yardımları yatırımlara veya ihracata yönelik olarak verilebilmektedir.

Yatırımlara yönelik devlet yardımları KOBİ’lere yönelik, bölgesel, AR-GE’ye yönelik, çevre yardımları veya garantiler şeklinde görülebilirken; ihracata yönelik devlet yardımları ise ihracat destekleri, vergi, resim, harç istisnası, dâhilde işleme rejimi, serbest bölgeler ve ihracatın finansmanını kapsamaktadır¹¹²⁶.

2012/3305 sayılı Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Bakanlar Kurulu kararı (m.4) uyarınca, genel, bölgesel, büyük ölçekli ve stratejik yatırımlar olarak gruplandırılan ve teşvik belgesi alan yatırımlar, içlerinde bulundukları gruba göre, gümrük vergisi muafiyeti, KDV istisnası ve/veya iadesi, vergi indirimi veya harç muafiyeti¹¹²⁷, gelir vergisi stopajı desteği, sigorta primi işveren hissesi desteği, sigorta primi desteği, yatırım yeri tahsis¹¹²⁸ ve faiz desteği olarak sıralanan desteklerden bir veya daha fazlasını alabilmektedirler.

KÖİ uygulamalarında, yüklenici, idare hukukunda olduğu gibi vergi hukuku bakımından da kamuya karşı ayrıcalıklı sayılmakta, 213 sayılı Vergi Usul

¹¹²⁵ AKIN Zekeriya, **Rekabet Hukuku Bağlamında Devlet Yardımları**, Isparta: TC Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 9-12.

¹¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. UYSAL Taylan, **Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımları**, İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No: 187, 2005, s. 81-97.

¹¹²⁷ 6428 sayılı Yasa m.9, 351 sayılı Yasa m.20/11, 3996 sayılı Yasa m.12, 3996 Uygulama Kararı m.47, 3065 sayılı Yasa geçici madde 29.

¹¹²⁸ Kamu Taşınmazlarının Yatırımlara Tahsisine İlişkin Usul ve Esaslar uyarınca, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde kullanma izni, Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde ise irtifak hakkı tanınarak gerçek veya tüzel kişiler lehine teşvik sağlanabilmektedir (m. 4, 6, 7). Ancak, Usul ve Esaslar’ın 6/2 maddesi uyarınca, “*finans ve sigortacılık sektörlerinde faaliyet gösteren kurumlar ve iş ortaklıkları ile taahhüt işleri ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun ile 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştirilen yatırımlar ve rödovans sözleşmelerine bağlı olan yatırımlar*” bu teşvikten yararlanamamaktadır.

Kanunu¹¹²⁹, 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu ve 492 sayılı Harçlar Kanunu¹¹³⁰, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu¹¹³¹ bakımından kimi özel düzenlemeler söz konusu olmaktadır. Bu yasal düzenlemeler uyarınca yüklenicinin sahip olduğu vergi indirimleri ve harç muafiyetleri devlet yardımı niteliği taşımaktadır.

Kamu hizmetleri, kamu alımlarına konu olduğunda piyasa değerini göstermekte olup, bu nedenle kamu alımlarına ilişkin düzenlemelere aykırı yapılan ihale çoğunlukla daha yüksek bir fiyat ödenmesine neden olacağından, hizmetin gerçek piyasa değeri ile sözleşme konusu bedeli arasındaki farkın, devlet yardımı niteliğinde olduğu kabul edilecektir¹¹³². Ayrıca, KÖİ sözleşmeleri imzalandıktan sonra sözleşmede yapılan değişiklikler, sözleşmenin ‘eksik sözleşme’ niteliğinden kaynaklanmanın ötesine geçip, normalde piyasada elde edilebilecek olan değer üzerinde bir değişiklik yapılırsa, bu değişiklikler de devlet yardımı niteliği taşıyabilmektedirler¹¹³³.

b. Garantiler

Garanti sözleşmesi ile taraflardan biri, bir üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsün sonucunu temin ve üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde diğer tarafa tazminat ödemeyi

¹¹²⁹ 213 sayılı Yasa madde 325, mükerrer 298, 280.

¹¹³⁰ 3996 sayılı Yasa m. 12, 6428 sayılı Yasa m. 9, 351 sayılı Yasa m. 20/11, 5335 sayılı Yasa m. 32/11.

¹¹³¹ 3065 sayılı Yasa geçici madde 29.

¹¹³² SCHOENMAEKERS Sarah, “Public Procurement and Services of General Economic Interest”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 295-322, s. 316; KEKELEKIS Mihalis/NESLEIN Kine, “Public Procurement and State Aid”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 452-481, s. 475; BOVIS, *General Interest*, s. 165.

¹¹³³ KEKELEKIS/NESLEIN, s. 476.

taahhüt eder¹¹³⁴. KÖİ uygulamaları açısından garantiler, katkı payı, alım garantisi ve borç üstlenimi¹¹³⁵ şeklinde söz konusu olabilmektedir. Garantilerin bir kısmı yüklenicinin finansman ihtiyacına yönelik iken, bir kısmı da projenin nakit akışını ilgilendirmektedir. Devlet tarafından verilen bazı garantiler, finansman maliyetini düşürmekte ya da yüklenicinin finansman sağlamasına yardımcı olmaktadır. Öte yandan, proje şirketine verilen alım garantisi, gelir garantisi gibi destekler, projenin nakit akışını güvence altına alan finansal destek niteliğindedir¹¹³⁶.

Kamu garantilerinin, KÖİ piyasasında güven ortamını sağlamak¹¹³⁷, kamunun piyasaya karşı sorumluluklarını yerine getiren bir pozisyonda olduğunu göstermek,

¹¹³⁴ TANDOĞAN, s. 61.

¹¹³⁵ Ayrıca, sona erdirmeye tazminatı ve sözleşme sonunda kamu varlıklarının değerini ödeme garantisi de görülebilmektedir. EPEC, **State Guarantees**, s. 13-17, 36.

¹¹³⁶ EUROSTAT, **Statistical Treatment**, s. 123-124.

¹¹³⁷ Kreditorler açısından piyasaya güven ortamını oluşturmada en önemli etken idare tarafından verilen borç üstlenim garantileridir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Borç üstlenimi, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından gerçekleştirilen ve belirli şartları taşıyan projeler kapsamında hazırlanan sözleşmelerde düzenlenen hususların gerçekleşmesi ve sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde Hazine Müsteşarlığının taahhüt edeceği tutarı temsil etmektedir. Bahse konu şartların gerçekleşmemesi durumunda borç üstlenimi ile ilgili olarak Hazine herhangi bir ödeme yükümlülüğüne girmeyecektir.

...

"Kanun'un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin dava konusu olan birinci cümlesinde, ... uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır.

...

"Bakanlar Kuruluna verilen, Hazine Müsteşarlığının borç üstlenilmesine karar verme ve üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi, işin özelliğinden kaynaklanan, uzmanlık gerektiren, teknik konulara ilişkindir.

"Ayrıca, söz konusu 8/A maddesinde mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstlenimin limitinin Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği belirtilerek, Hazine Müsteşarlığının ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edebileceği borç üstlenimine bir sınırlama getirilmiş ve borç üstlenimi öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme

ulaşılan finansman miktarını genişletmek, projenin finansman maliyetini düşürmek gibi amaçları bulunduğu belirtilmektedir¹¹³⁸. Ancak, proje finansmanı için kredi teminini kolaylaştırmak ve proje maliyetini düşürmek amacıyla projeye finansman sağlanması veya projelere kısmi ya da tam kredi garantisi, asgari gelir garantisi verilmesi, risklerin çoğunluğunun idare tarafından üstlenilmesine ve KÖİ projelerinden beklenen etkinlik kazanımı için görevli teşebbüslere yeterince risk devredilmemesine neden olabilmektedir¹¹³⁹. YİD ve Yİ yöntemleri çerçevesinde sabit fiyat üzerinden verilen alım garantileri, imtiyazın doğasında var olması gereken risk transferini ortadan kaldırmaktadır¹¹⁴⁰. Proje şirketinin sağlayacağı finansmana gereğinden fazla garanti verilmesi KÖİ yönteminin temel özelliklerinden biri olan finansmanın özel sektörcce karşılanması ilkesine aykırı olmakta ve yöntemi normalden daha pahalı bir anahtar teslim projesine dönüřtürmektedir¹¹⁴¹.

Garantiler, devletin sözleşmeyle belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde sorumluluğu üstleneceğine dair yaptığı anlaşma ile bir kısım veya tüm riskleri kendi üzerine aldığı şarta bağılı yükümlölüklerdir¹¹⁴². Garantiler şarta bağılı yükümlölük oldukları için, devletin ödeme yapıp yapmayacağı, yapacaksa ne zaman ve ne miktarda yapacağı belirsizdir¹¹⁴³.

KÖİ yönteminin uygulanmasında özel sektöre bazı garantiler veriliyorsa bunların kontrol edilmesini ve hükümet için büyük bir risk oluşturacak miktara

imzalanmadan önce merkezi yönetim bütçesi için dış borçlanma yetkisine sahip tek kamu kuruluşu olan Hazine Müsteşarlığının görüşünün alınması öngörölmüştür.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. RG; 15.04.2015, sayı: 29327.

¹¹³⁸ EPEC, **State Guarantees**, s. 7-8.

¹¹³⁹ EMEK, *Muhasebe*, s.23.

¹¹⁴⁰ EMEK, *Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, s. 49.

¹¹⁴¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 129.

¹¹⁴² EVREN, s. 73.

¹¹⁴³ EPEC, **State Guarantees**, s.5.

gelmemesini sağlamak için net kurallar oluşturulmalı ve garantiler açıklanmalıdır¹¹⁴⁴.

Bu kapsamda garantilerin izlenmesi ve kaydının bir birimin sorumluluğuna verilmesi, garantinin kabul edilmesinden önce Maliye Bakanlığı'nın, Kalkınma Bakanlığı'nın ve Hazine Müsteşarlığı'nın veya YPK'nın onayı bir ön koşul olarak istenmesi, bütçede garantilerin tahmini maliyetine yer verilerek bütçe sürecine entegre edilmesi faydalı olacaktır¹¹⁴⁵.

İdare tarafından verilen garantilerden birini alım (talep) garantisi¹¹⁴⁶ oluşturmaktadır. Buna göre idare, taraflarca beklenen ve sözleşmede belirlenen talebin gerçekleşmemesi durumunda yükleniciye ödeme yapmaktadır. Alım garantisi verilen projelerde, doğal kaynaklardan ileri gelen veya tarafların kusuruna dayanmayan nedenlerden ötürü üretim azalması olursa idarenin ödeme yapmaması ve proje şirketine de müeyyide uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁴⁷.

İdare tarafından verilen bir diğer garanti katkı payı¹¹⁴⁸ şeklinde görülmektedir. Katkı payı, bir hizmet ve/veya malın maliyetinin hizmetten

¹¹⁴⁴ IMF'ye göre, kamu yararının korunması ve garantilerin kötüye kullanılmasının engellenebilmesi için "iyi bir bilgilendirme garantiler konusundaki detaylı bilgilerin yayınlamasıyla olur. Bu bilgiler; her garantiyle kamu politikasında neyin amaçlandığını veya garanti programını, garantilerin sektörel olarak sınıflandırılmış şekilde toplam değerini ve süresini, faydalanıcıları ve garantinin ödenme ihtimalini kapsamalıdır. Bu bilgiler aynı zamanda geçmişte garanti kapsamında yapılan ödemeleri de içermelidir." IMF, **PPP**, s. 28. Oysa ülkemizde verilen garantilerin açıklanmaması esastır. Örneğin Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik'in 5/6 maddesi uyarınca "*Bakanlar Kurulu kararının istihsalini müteakip borç üstlenim anlaşması imzalanır. İmzalanan borç üstlenim anlaşmaları Resmi Gazetede yayımlanmaz.*"

¹¹⁴⁵ GÜNGÖR, s. 149.

¹¹⁴⁶ 3996 sayılı Yasa'nın 8/3 maddesi uyarınca "*Görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilebilir. Ancak, talep garantisi verilmesi öngörülen sözleşmelerde, garanti edilen mal ve hizmet düzeyinin üzerinde talep gerçekleşmesi durumunda hasılat paylaşımının ne şekilde yapılacağı hususu düzenlenir.*"

¹¹⁴⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 139, dn 298.

¹¹⁴⁸ 3996 m.3/1-e uyarınca katkı payı, "*Görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete tamamen veya kısmen yapılan ödemeyi*" ifade eder.

yararlananlardan alınan ücretlerle temin edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, ücretin bir kısmının Devlet tarafından karşılanması suretiyle, yatırımcıların söz konusu projede yer almalarını sağlamayı amaçlamaktadır.

Son olarak idare KÖİ projelerinde borç üstlenim garantisi¹¹⁴⁹ ve Hazine garantisi¹¹⁵⁰ verebilmektedir. Hazine garantisi ise geri ödeme, yatırım, karşı garanti ve ülke garantisi şekillerinde söz konusu olabilmektedir¹¹⁵¹. Borç üstlenimi, sözleşmenin süresinden önce feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması durumunda, yüklenici tarafından sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin belirli bir yüzdesinin idare tarafından üstlenilmesini ifade etmekte olup, Bakanlar Kurulu kararı üzerine imzalanabilmektedir. Borç üstlenim garantisi verilmesine ilişkin sürecin, yatırımcılar açısından belirsizlik yarattığı

¹¹⁴⁹ 3996 m.11/A uyarınca borç üstlenim garantisi verilmesi mümkün olup “Görevli şirket ile yapılacak sözleşmede, sözleşmenin feshedilerek yatırım ve hizmetin süresinden önce ilgili idare tarafından devralınması hükmünün bulunması hâlinde, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmiş kısmına tekabül eden yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin idare tarafından üstlenilmesine, gerçekleştirilmemiş yatırım ve hizmetlere ilişkin kısmının ise idarenin talebine bağlı olarak kullanılabileceğine ilişkin hükümlere yer verilebilir.”

¹¹⁵⁰ 4283 sayılı Yasa’nın 4. maddesi uyarınca “TEAŞ’ın sözleşmenin enerji satışına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri için, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanlığınca üretim şirketine Hazine garantisi verilebilir.”

¹¹⁵¹ 4749 sayılı Yasa’nın 3. maddesi uyarınca Hazine garantisi, Yasa’da sayılan idarelerin dış finansman kaynağından sağladıkları dış borçlarının geri ödenmesi hususunda verilen Hazine geri ödeme garantisi; yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri ve benzeri finansman modelleri kapsamında ilgili yasa hükümlerine dayanan ve bunlarla sınırlı olmak üzere verilen Hazine yatırım garantisi, Yasa’da sayılan idarelerin bir dış finansman kaynağı tarafından verilen garantiye karşı verilen garantiler ile herhangi bir dış finansman kaynağının ihdas ettiği garanti programları çerçevesinde yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri ile benzeri finansman modelleri kapsamında gerçekleştirilecek projelerle ilgili olarak, mevzuatta öngörülen Hazine garantileri ile sınırlı olmak ve şartları Müsteşarlık tarafından müzakere edilmek üzere, bir dış finansman kaynağı tarafından verilen garantiye karşı verilen Hazine karşı garantisi ve Yabancı ülkelerin herhangi bir dış finansman kaynağından sağlayacakları finansmanın geri ödenmesi hususunda verilen Hazine ülke garantisinden herhangi birinin verilmesi durumunda söz konusu olabilmektedir.

belirtilmektedir¹¹⁵². İdarenin haksız olarak veya kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmesi halinde alınan kredi için garanti verilmesi olağan olmakla birlikte, mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin feshi halinde bütün yükümlülüğün kamuya bırakılması KÖİ uygulamalarının mantığına aykırı olduğu belirtilmektedir¹¹⁵³. Ayrıca, sözleşmenin yüklenicinin kusuru nedeniyle feshedilmesi halinde de alınan kredi için garanti verilmemesi gerekmektedir.

YİD ve Yİ sözleşmelerinde yüklenicilere verilen borç üstlenim garantisi ve Hazine garantisi nedeniyle yüklenicilerin aslında risk üstlenmedikleri belirtilmektedir¹¹⁵⁴. Ayrıca birçok projede verilen alım garantileri de talep riskini yüklenicilerin üzerinden almaktadır. Bu nedenle, paranın karşılığının alınmasının sağlanması için, uygun risk dağılımı sağlanması kadar, riski üstlenen tarafın söz konusu riski iyi yönetmesini sağlamak için motivasyon sağlaması gerekmektedir. KÖİ projelerinde, gereğinden fazla garanti verilmesi, yüklenicinin yapım ve işletme dönemindeki verimlilik saikini ortadan kaldırma riskini içerisinde barındırdığı için, verilen risklerin idare tarafından değerlendirilmesinin dikkatli yapılması gerekmektedir.

¹¹⁵² Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi uyarınca, borç üstlenim anlaşması yapılması için izlenilmesi gereken süreçte Hazine Müsteşarlığı'nın ve Bakanlar Kurulu'nun ikişer kez karar vermesi söz konusu olmaktadır. Hem ihale yapılmadan önce, hem de ihale sonrasında sözleşme taslağında yer alan ve borç üstlenimini doğrudan ilgilendiren hükümleri inceleyen Hazine Müsteşarlığı'nın uygun görüşü üzerine anlaşma Bakanlar Kurulu'nun onayına sunulmaktadır. İhalede sonraki Bakanlar Kurulu kararının alınmasının ardından borç üstlenim sözleşmesinin imzalanması söz konusu olmaktadır. Hem Hazine'nin hem de Bakanlar Kurulu'nun ihaleden önce verdikleri kararın bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Öğretide, ihale şartnamesinde borç üstlenim garantisi verileceğine dair hüküm bulunsa dahi, ihaleden sonra borç üstlenim kararı verilmeme olasılığının bulunmasının istekliler açısından belirsizlik oluşturacağı ve bu belirsizliğin de ihaleye girme, ihale fiyatı, süresi başta olmak üzere ihaleye teklif verme şartlarında istekliler arasında bir duraksama ve haksız rekabet unsuruna dönüşebileceği haklı olarak belirtilmektedir. KARACAN Ali İhsan, **Yaklaşırken Uzaklaşmak, Siyaset ve İktisat Yazıları**, İstanbul: Doğan Kitap, 2015, s.191.

¹¹⁵³ EVREN, s. 81.

¹¹⁵⁴ EMEK Uğur, *"Yap-İşlet Projeleri: İmtiyaz veya Özel Hukuk Sözleşmeleri?"*, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Ağustos 2006, ss. 21-24, s. 23-24.

c. Aynî Destekler

Devlet desteklerinin üçüncü türünü oluşturan aynî destekler, kamu malı üzerinde yükleniciye üst hakkı tanınması ve yüklenici lehine kamulaştırma yapılmasıdır.

Türk Hukuku açısından kamu mallarının KÖİ projelerine dâhil edilmesi iki şekilde mümkün olmaktadır. Taşınmaz, Hazine'nin özel mülkiyetinde ise irtifak hakkı ile, Devletin hüküm ve tasarrufu altında ise¹¹⁵⁵ kullanma izni ile projeye tahsis edilebilmektedir¹¹⁵⁶. Kamu hizmetinin özel kişiler tarafından görülmesi durumunda, bu konuda görev ve yetki alındıktan sonra, kamu malından yararlanmak için ayrı bir sözleşme yapılması veya ruhsat alınması suretiyle kamu malı, o hizmeti gördüğü süre boyunca özel kişiye tahsis edilmektedir¹¹⁵⁷. KÖİ projelerinde, sözleşme süresinin sonunda, tesisler işletme ömürlerini tamamlamış olsalar dahi, tesislerin üzerine kurulu olduğu arazilerin veya doğal kaynak ve servetlerin nitelikleri gereği mülkiyetlerinin idareye devirleri gereklidir¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik (m.4) uyarınca, Hazine taşınmazı, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden oluşmakta olup Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmaz, tapuda Hazine adına tescilli taşınmazları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer ise Türk Medenî Kanunu ile diğer kanunlarda Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen yerleri ifade etmektedir.

¹¹⁵⁶ EVREN, s. 92.

¹¹⁵⁷ GÜLAN Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 1999, s. 219. “KÖİ modelinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesisler Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yapılabilecektir. Ancak Hazine taşınmazlarının mülkiyeti yükleniciye devredilmemekte, sadece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmektedir. Üst hakkının, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemesi ve bağımsız ve sürekli nitelikte olması öngörülmektedir.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327.

¹¹⁵⁸ HM Treasury, **Standardisation**, s. 234.

Kamu yatırımlarında, yatırım arazisi olarak kullanılacak olan kamu arazisinin¹¹⁵⁹ kullanımının özel yatırımcılara bırakılması aşamasında, mülkiyet hakkının devri yoluna gidilmeksizin yatırımcıya bir aynı hak kazandırmak düşüncesi, üst hakkını bir çözüm olarak ortaya çıkarmıştır¹¹⁶⁰.

Kamu mallarının hukuki rejimi incelendiğinde, karşılaşılan temel ilkeler, kamu mallarının devir ve ferağ edilmezliği, zamanaşımı ile iktisaba elverişli olmaması, özel hukuk işlemlerine konu olamaması, kamulaştırılamaması ve özel korumaya tabi olması ilkeleridir. Kamu mallarının özel hukuk işlemlerine konu olamaması ilkesi, içerisinde kamu malları üzerinde özel kişiler lehine sınırlı aynı hakların kurulamaması, kira gibi özel hukuk işlemlerine konu olamaması¹¹⁶¹, tapu sicilinde tescile tabi olmaması ve haczedilememesi ilkelerini barındırmaktadır. Kamu

¹¹⁵⁹ Danıştay’a göre yer tahsisi konusundaki temel esaslar düzenleyici işlemlerle belirlenmelidir. Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik’e karşı açılan davada Danıştay, “Yönetmeliğin 5. maddesine yönelik olarak davacı tarafından, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenen santralin kurulacağı yerin özel şirkete hangi koşullarda tahsis edileceğine dair kurallara hiç yer verilmediği iddia edilmektedir.

“Yönetmeliğin 5. maddesi bu açıdan değerlendirildiğinde; anılan maddenin 3. fıkrasında, yer tahsis şartlarını kapsayan ayrı bir sözleşmenin ilgili kurum veya kuruluş ile şirket arasında yapılacağı öngörülmek suretiyle, yer tahsisine ilişkin koşulların Yönetmelikle belirlenmek yerine ilgili kurum veya kuruluş ile şirket arasında yapılacak sözleşmeye bırakıldığı, diğer bir anlatımla, Bakanlık tarafından belirlenen santralin kurulacağı yerin şirkete hangi koşullarda tahsis edileceğine ilişkin kurallara Yönetmelikte yer verilmediği anlaşıldığından, anılan Yönetmelik hükmünde hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 13.D, 04.03.2011, E.2009/333- K.2011/876 (UYAP).

¹¹⁶⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 145. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “...idare tarafından şirkete imtiyazlı hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz mallar, araç ve gereçler de sağlanabilmektedir. Ancak, bunlardan kamu malı niteliğinde olanların, yalnız hizmete tahsis edilmiş sayılacağı fakat tasarruf edilemeyeceği açıktır. İmtiyazı alan, bu tür haklardan yararlanacağı gibi genellikle o konudaki tekelden de yararlanabilecektir. İdare aynı konuda başkasına imtiyaz ve çalışma izni vermemeyi kabul edebileceği gibi imtiyaz sahibine, kamu malları üstünde ve altında tesisler yapmak için bayındırlık imtiyazları veya irtifak hakları da tanıyabilir. Bu nedenle, davacıların ileri sürdüğü gibi dava konusu düzenleme ile devlet ve onun adına hareket edenler, devlete ait yetkileri geri alınamayacak biçimde özel şirketlere devretmemekte, imtiyaz sözleşmesinin gereklerini yerine getirmekte olduklarından, Anayasa’nın 2. maddesi ile çelişen bir durum söz konusu değildir.” Anayasa Mahkemesi, 26.03.1997, E.1996/63- K.1997/40. **RG**; 28.06.2001, sayı: 24446.

¹¹⁶¹ Dar anlamda kamu malları üzerinde medeni hukukun düzenlediği hükümler geçerli olmadığından bunlar üzerinde kira gibi özel hukuka tabi sözleşmeler yapılamayacak olmakla birlikte, kamunun özel malları üzerinde özel hukuk işlemleri yapılabilir. GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 143.

malı, özel mülkiyete, özel hukuk irtifaklarına, ipoteklere konu olamamaktadır¹¹⁶².

Ancak, kamu malları üzerinde özel kişiler lehine sınırlı aynî hak kurulamaması kuralının, aksine özel yasal düzenleme bulunması ve kamu malı niteliği ile bağdaşır bir sınırlı aynî hakkın malın kamu malı statüsüne alınmasından önce kurulmuş olması şeklinde iki istisnası olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶³. Kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurulması için yasal bir düzenleme olması gerekmekte¹¹⁶⁴, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın kamu malı niteliğine aykırı kullanılmaması gerekmektedir¹¹⁶⁵. Bu nedenle kamu malları üzerinde kurulan idari irtifakların Medeni Kanun’da yer alan irtifaklardan farklılık gösterdiği kabul edilmektedir¹¹⁶⁶.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen taşınmaz malların kanunla düzenlenmiş tek bir statüsü bulunmamakta olup, kamu tüzel kişilerinin bu mallar üzerinde mülkiyet hakkı değil, kamu hukukundan kaynaklanan değişik hak ve yetkileri bulunmakta, gerekli olduğu ölçüde medeni hukuk kurumlarından yararlanılmaktadır¹¹⁶⁷. İdarenin kamu malı üzerinde, özgüleme amacına ters düşmedikçe irtifak hakkı kurabilme yetkisinin mevcut olduğu, irtifak hakkı kurulmasına ilişkin idari karar alındıktan sonra eşya hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹⁶⁸.

¹¹⁶² YAYLA Yıldızhan, “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi”, İHİD C.9, S.1-3, 1988, ss. 357-364, s. 360.

¹¹⁶³ GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 135-136.

¹¹⁶⁴ 351 sayılı Yasa m. 20/8, 5710 sayılı Yasa m. 7/2, 6428 sayılı Yasa m. 1/2-u, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.19/8, 652 sayılı KHK m. 23/3-b, 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 53.

¹¹⁶⁵ GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 134-142.

¹¹⁶⁶ Danıştay DDK, 21.01.1975, E.1974/676- K.1975/720, GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 141’den naklen.

¹¹⁶⁷ BİLGİN Pertev, “Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 9, 1994, ss. 23-38, (Taşınmaz Mallar), s. 30

¹¹⁶⁸ KUNTALP Erden, “Bağımsız ve Sürekli Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, ss. 528-551, s. 533.

Üst hakkı sahibi yatırımcı, inşa ettiği tesisin mülkiyetine sahip olurken, taşınmazın kendisi kamu malı statüsünü korumakta, ayrıca üst hakkının sona ermesi halinde de tesisin mülkiyeti, taşınmazın mülkiyetine bağlı olarak, kendiliğinden idareye intikal etmektedir¹¹⁶⁹. Medeni Kanun (m. 826) uyarınca üst hakkı ile taşınmaz maliki, üçüncü kişiye arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisi vermektedir¹¹⁷⁰. KÖİ projeleri açısından bakıldığında taşınmaz maliki Devlet veya diğer idareler, lehine hak tanınan üçüncü kişi ise proje şirketi olmaktadır. KÖİ projelerinde üst hakkı kurulması ile proje şirketine mülkiyet hakkına yakın bir koruma yaratılmakta, ayrıca inşa edilecek tesisin finansmanı için üst hakkı teminat gösterilerek daha kolay kredi alınabileceği belirtilmektedir¹¹⁷¹. Ancak, yükleniciye üst hakkı tanındığında, yüklenici sadece inşa ettiği tesisin mülkiyetine sahip olduğu ve idarenin sözleşmeyi feshetme yetkisi bulunduğu için, üzerinde üst hakkı tanınan taşınmaz kredi almak için teminat olarak gösterilememektedir¹¹⁷².

Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in (m. 76/1) uyarınca, *“Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde Türk Medeni Kanununa göre en fazla kırkdokuz yıla kadar, oturma hakkı hariç olmak üzere irtifak hakkı kurulabilir. Bu taşınmazlar üzerinde taşınmaz yükü ve taşınmaz rehni tesis edilemez.”* Doktrinde Medeni Kanun'da herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen,

¹¹⁶⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 146.

¹¹⁷⁰ SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 546; OĞUZMAN M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 16. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 856.

¹¹⁷¹ EREKMEKÇİ Müge, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 96.

¹¹⁷² EMEK Uğur/ACAR Muhittin, “Public Procurement in Infrastructure: The Case of Turkey”, **Government Favouritism in Europe, The Anticorruption Report 3**, ed. Alina MUNGIU-PIPPIDI, Opladen-Berlin-Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2015, ss. 84-96, s. 92.

bu hüküm ile kamu malları üzerinde ipotek kurulmasının yasaklanmasının normlar hiyerarşisine aykırı olduğu savunulmaktadır¹¹⁷³. Medeni Kanun'un 826. maddesi uyarınca üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte ise tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilmekte ve üzerinde sınırlı aynî hak kurulabilir nitelik kazanmaktadır¹¹⁷⁴. Üst hakkının sürekli nitelikte olması için, en az otuz yıllığına kurulmuş olması, bağımsız nitelikte olması için ise, üst hakkı sahibince 3. kişiye devredilebilir olması gerekmektedir¹¹⁷⁵. Medeni Kanun uyarınca (m.826/2) üst hakkı, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça 3. kişilere devredilebilir, dolayısıyla bağımsız bir irtifaktır. Ancak, eşyaya bağlı olan veya devri malikin rızasına tabi olan üst hakkının bağımsız olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁷⁶. KÖİ projelerinde ise kamu malı, bir devlet desteği niteliğinde olarak proje şirketine kamu hizmetinin yerine getirilmesi ya da altyapının kurulması için bırakılmakta, bu niteliği dolayısıyla üst hakkı sahibince idareden izin alınmaksızın devri mümkün bulunmamaktadır¹¹⁷⁷. İmtiyaz sözleşmelerine bağlı olarak tesis edilen üst hakları, imtiyaza bağlılıkları nedeniyle, YİD sözleşmelerine bağlı olarak tesis edilen üst hakları ise, uygulama sözleşmesinden doğan imtiyaz hakkının varlığına ve devamına bağlı olduğundan bağımsız hak niteliğine sahip değildirler¹¹⁷⁸. İpotek edilebilmesi açısından müstakil ve daimi hak niteliğinde kurulacak olan üst hakkının görevli şirkete tanınan imtiyaza bağımlı olması, onun müstakil olma niteliğine ters düşeceği gibi, ipoteğin paraya

¹¹⁷³ EVREN, s. 94.

¹¹⁷⁴ Yasal düzenlemelerde KÖİ projelerinde yüklenici lehine tanınan üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu ve idareden izin alınmadan devredilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. 351 sayılı Yasa m. 20/8, 6428 sayılı Yasa m. 1/2-u, 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 53.

¹¹⁷⁵ SİRMEN, **Eşya Hukuku**, s. 546; OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY-ÖZDEMİR, s. 857.

¹¹⁷⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY-ÖZDEMİR, s. 857, dn 462.

¹¹⁷⁷ 652 sayılı KHK m. 23/3; 351 sayılı Kanun m.20/8.

¹¹⁷⁸ GÜRZUMAR Osman Berat, **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı: Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 221-226.

çevrilmesinde de önemli sorunlar yaşanmasına neden olacaktır¹¹⁷⁹. Dolayısıyla, bağımsızlık niteliğini taşımayan üst hakkının ayrı bir taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilmesi ve sınırlı aynî haklara konu olması mümkün bulunmamaktadır.

Kamu mallarından yararlanma genel yararlanma ve özel yararlanma şeklinde olabilmektedir. Kamu mallarından genel yararlanmanın hukuki rejimine hâkim olan ilkeler, serbestlik ilkesi, eşitlik ilkesi, bedelsizlik (meccanilik) ilkesi ve süreklilik ilkesidir. Serbestlik ilkesi çerçevesinde, bireyler genel yararlanmaya elverişli kamu mallarından kural olarak serbestçe yararlanabilmekteyken, eşitlik ilkesi çerçevesinde bireyler kamu mallarından eşit şartlarda yararlanmaktadırlar; bu kapsamda bireylerin diğer bireylerin yararlanmasını engelleyecek tutum ve davranışlardan kaçınmaları gerekmektedir. Karşılıksızlık ilkesi ise kural olarak genel yararlanmanın karşılığında herhangi bir karşılık ödenmemesini ifade etmekte, ancak istisnaen bir miktar para alınabileceği kabul edilmektedir. Süreklilik ilkesi ise kamu malı maddi olarak var olduğu sürece genel yararlanmanın devam etmesi anlamına gelmektedir¹¹⁸⁰. Kamu mallarından genel yararlanma, kural olarak orta malları ve sahipsiz mallar için geçerli olup, hizmet mallarından genel yararlanma tahsisin niteliğine bağlı olarak değişmekte, idarenin özel malları ise genel yararlanmaya konu olmamaktadır¹¹⁸¹.

Kamu mallarından özel yararlanma, kamu mallarının tahsis amacına uygun ya da bağdaşabilir şekilde, üçüncü kişilerin bu mallardan yararlanmasını kısmen veya tamamen engelleyerek, idareden izin alarak ve bir karşılık vererek geçici olarak

¹¹⁷⁹ SİRMEN, YİD, s. 16-17.

¹¹⁸⁰ GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 179-190; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 713-714; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 985-988; GÖZLER/KAPLAN, s. 701-702; GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun/ BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 878- 881;

¹¹⁸¹ ÇAĞLAYAN, **İdare Hukuku**, s. 744-747.

yararlanma anlamına gelmektedir¹¹⁸². Üst hakkı kurularak bir kamu malının yükleniciye bırakılması durumunda, kamu malından özel yararlanma söz konusu olmaktadır. Üst hakkı bir kişiye, başkasına ait bir arazideki yapının maliki olma yetkisini vermekte olup, üst hakkı kuran sözleşmeye, yapının şekli, niteliği, tahsis amacına ilişkin kayıtların yanı sıra yapının bakım ve işletilmesine ilişkin hükümler de konulabilmektedir¹¹⁸³.

Hizmet malları söz konusu olduğunda, söz konusu taşınmaz mal ile ilgili özel kanunların, taşınmaz malın tahsis edildiği kamu hizmetini düzenleyen kanun hükümlerinin, Medeni Kanun'un mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerinin, taşınmaz mal mülkiyetinin kullanılmasına ilişkin kanunların ve mahkeme içtihatlarının uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda kanunlar ihtilafı olması halinde, idare hukuku kuralları, 'kamu kudreti usulleri' uygulanacaktır¹¹⁸⁴.

KÖİ sözleşmelerinin anayasal ve yasal düzenlemelerle özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesiyle birlikte, özel hukuk kurumu olan üst hakkı gibi uygulamaların projelere daha kolay adapte edilebilir hale geldiği savunulmaktadır¹¹⁸⁵. Ancak, taşınmazın niteliği sözleşmenin hukuki rejiminden bağımsız olduğundan, kamu malı niteliği dolayısıyla özel hukuk kurumlarının KÖİ projelerine uygulanması özellik ve zorluk arz etmektedir¹¹⁸⁶.

Üst hakkının sona ermesi durumunda tüm yapı ve tesislerin bedelsiz olarak idareye geçeceği kuralı Medeni Kanun'un 829. maddesi ile uyumludur. Ancak

¹¹⁸² GÜLAN, **Kamu Malları**, s. 201-203; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 714-716; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 990-996; GÖZLER/KAPLAN, s. 702-704; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 881-883.

¹¹⁸³ SİRMEN, YİD, s. 12.

¹¹⁸⁴ BİLGEN, *Taşınmaz Mallar*, s. 37.

¹¹⁸⁵ EREKMEKÇİ, s. 92.

¹¹⁸⁶ EVREN, s. 92.

imtiyazın süresinden önce sona ermesi nedeniyle üst hakkının süresinden önce sona ermesi halinde, taraflar aralarında kararlaştırmamış olsalar dahi, idarenin Medeni Kanun'un 832 ve 833. maddeleri uyarınca üst hakkı sahibine uygun bir tazminat ödemesi gerekmektedir. Ayrıca Medeni Kanun'un 831 ve 832. maddeleri uyarınca üst hakkının terkinin şarta bağlanamamakta, tapuya terkinine ilişkin hüküm konulamamakta, üst hakkının terkinin için adli yargıda dava açılması gerekmektedir. Ancak, KÖİ sözleşmesinin proje şirketinin kusuru nedeniyle ya da kamu yararı gerekçesiyle süresinden önce sona erdirilmesi durumunda, üst hakkının kendiliğinden sona ereceği ve tazminat sorumluluğu doğmayacağı çeşitli düzenlemelerde yer almaktadır¹¹⁸⁷. Doktrinde söz konusu düzenlemeler uyarınca idarenin üst hakkını terkin edip edemeyeceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme yönetmelik ile yapıldığı için terkin açısından yeterli değildir, yasal bir düzenleme yapılarak üst hakkının sözleşmenin var olduğu sürece geçerli olacağı ve ne surette sona ererse üst hakkının da sona ereceğine dair açık hüküm getirilmelidir¹¹⁸⁸. Bir başka görüşe göre ise yasalarda yer alan “...yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer” hükmü¹¹⁸⁹ üst hakkının bağımsız nitelikte olmadığını göstergesidir ve uygulama sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üst hakkı kendiliğinden sona erecektir¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ 6428 sayılı Yasa m. 4/10, 6428 Uygulama Yönetmeliği m.62/4, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik m. 80.

¹¹⁸⁸ EVREN, s. 96-97.

¹¹⁸⁹ 3996 sayılı Yasa m. 9.

¹¹⁹⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 147-148.

KÖİ projelerinde idareler özel kişi lehine kamulaştırma yapabilmektedir. Kamulaştırma bedelinin proje şirketince mi yoksa idarece mi ödeneceği konusunda mevzuatta birlik bulunmamaktadır¹¹⁹¹. KÖİ modelinde yatırım finansmanının özel sektörde karşılanması esas olduğundan, tesislerin inşası için gerekli taşınmazların kamulaştırma bedelinin özel sektörden alınması KÖİ uygulamalarının amacıyla uyumludur¹¹⁹².

E. Denetim Yetkisi

Sözleşmenin ifasının denetlenmesinin, sözleşmenin değişen hukuki ve ekonomik şartlara uygun olarak uyarlanması sağlamak ve sözleşme konusu hizmetin, kamu hizmeti ilkelerine uygun şekilde ve belli bir kalitede ifa edilmesini sağlamak olmak üzere iki hedefi bulunmaktadır¹¹⁹³.

Kamu hizmetinin, kamu hizmetinin kesintisiz devam etmesini ifade eden hizmetin devamlılığı ilkesi, kamu hizmetinin teşkilât ve fonksiyonuna ilişkin kuralların değişen kolektif ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak maksadıyla her zaman değiştirilebilmesini ifade eden değişkenlik ilkesi ve kamu hizmetinin idare edilenlere arzında eşitlik ilkesine uygun olarak yürütülmesi

¹¹⁹¹ Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun m.2/1 uyarınca imtiyaz sahibi tarafından ödenir; 3996 m.10 uyarınca kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen sermaye şirketi veya yabancı şirketçe ödenmesi hususu idare ile bu şirketler arasında yapılacak sözleşmelerde hükme bağlanabilir; 3096 m.11/1 uyarınca kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenir; Yİ Yönetmeliği m.4/1-j uyarınca kamulaştırma bedelleri TEAŞ tarafından karşılanır; 3465 sayılı Yasa m.8 uyarınca görev sözleşmelerinde, kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen, görevli şirketçe Genel Müdürlüğe ödenmesi hususu hükme bağlanabilir; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.19/1,7 uyarınca kamulaştırma bedelleri ile kamulaştırma işlemlerinin gerektirdiği diğer giderler kamulaştırma talebinde bulunan özel hukuk tüzel kişisi tarafından ödenir.

¹¹⁹² EVREN, s. 100.

¹¹⁹³ BERGÈRE/BEZANÇON/DERUY/GOULARD/FORNACCIARI, s. 209.

gerekmektedir¹¹⁹⁴. Kamu hizmeti ister bizzat kamu otoritelerince sunulsun, ister statüter veya sözleşmesel ilişki içerisinde özel hukuk kişilerine gördürülsün, kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak sürdürülmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi durumunda, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesinin garanti altına alınması için idarenin kimi yetkilere sahip olması gerekmekte, kamu yararına ilişkin olarak hizmetlerin denetimi, hizmetin esas sorumlusu olarak idarenin yetki alanında kalmaktadır¹¹⁹⁵. Bu nedenle idarenin imzaladığı sözleşmenin, hem hizmetin gereklerine göre değişiklik yapılabilecek şekilde esnek olması, hem de idarenin yükleniciyi denetleme ve yönlendirme yetkisinin bulunması gerekmektedir¹¹⁹⁶.

İdare, hizmetin şartlaşmada yer alan hükümlere ve kamu hizmetinin genel ilkelerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini gözetmek durumundadır. Hem kanunlara ve genel normlara aykırı hareket edilmesini engellemeyi hem de kamu hizmetinin kamu menfaatine uygun bir şekilde işlemlerini sağlamayı hedefleyen¹¹⁹⁷ bu denetim, özel faaliyetler üzerinde idarenin uyguladığı kolluk denetiminin

¹¹⁹⁴ AZRAK, s. 523; GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 597-603.

¹¹⁹⁵ BOVIS, *PFI*, s. 31. “Kamu hizmetinin gerçek sahibi olan Devlet-İdare bu hizmetin imtiyazını vermekle sorumluluktan kurtulmuş olmayacağından, işletmenin teknik, idari ve malî hususları üzerinde denetim ve gözetim yapacaktır.” Anayasa Mahkemesi, 07.05.2002, E.2000/17- K.2002/46. **RG**; 26.03.2003, sayı: 25060. Kamu hizmetlerinin gördürülmesi halinde, vatandaşların sahip oldukları hakların korunması ve hizmetin objektif ve eşit olarak dağıtılması açısından devletin denetim mekanizmasının varlığı ve bu denetimin düzgün bir şekilde işlemesi, kamu hizmetinin gördürülmesinin esas noktalarındandır. ÖZTÜRK, **Kamu Yararı**, s. 170.

¹¹⁹⁶ COLLINS, s. 308. “Kamu hizmetinin vasfının değiştirilmesi veya kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesi bu hizmetler yönünden Devlete düzenleme ve denetim konusunda yetkiler veren yeni özel düzenlemeler ve yeni bir hukukî alt yapının oluşturulmasını gerektirir.” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E.1994/70- K.1994/65-2. **RG**; 28.01.1995, sayı: 22185. (değişik gerekçe)

¹¹⁹⁷ AYDINOĞLU Zeynep Nihal, **Özel Kişiler Tarafından Yürütülen Kamu Hizmetlerinde İdarenin Denetim ve Gözetim Yükümlülüğü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 111.

sınırlarını aşan¹¹⁹⁸, faaliyetin her noktasına nüfuz eden, içselleştirilmiş bir denetimdir¹¹⁹⁹.

KÖİ modelleri ile yapılan projelerde, yapım ve işletme aşamalarında tesislerin, üretilen mal ve hizmetlerin önceden belirlenen standartlarda olup olmadığının denetlenmesi¹²⁰⁰, bu kapsamda denetimlerin içerik, zaman ve sıklığının belirlenmesi gerekmektedir. Kural olarak denetimlerin, önceden belirlenen zamanlarda, belirlenmiş olan içeriğe göre yapılması gerekmele birlikte, proje şirketinin sürekli olarak yükümlülüklerini yerine getirmede yetersiz kalması veya gerekli bildirimleri yapmamış olması hallerinde sürelerle bağlı kalmadan da denetim yapılabilir.

KÖİ projelerinde sunulan hizmetlerin veya işletmeye hazır bulundurulan tesislerin denetiminde tarafların hak, yetki ve sorumlulukları, denetimin ne zaman başlayacağı ve kim tarafından yapılacağı, denetim masraflarını kimin üstleneceği, proje şirketinin denetim için sağlaması gereken bilgi belgelerin neler olduğu¹²⁰¹, denetim sonucunda raporlamanın nasıl yapılacağı ve denetimin sözleşmeci idarenin

¹¹⁹⁸ TAN, *Yap-İşlet-Devret*, s. 309.

¹¹⁹⁹ GÜLAN, **Kamu Hizmeti**, s. 7; ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s. 15-16.

¹²⁰⁰ “İdare, ... Şirket’in işbu Sözleşme kapsamına giren tüm faaliyetlerini, her türlü aşamada denetlemekle yükümlü olup bu hakkını bizzat kuracağı denetim mekanizması ile kullanabileceği gibi, bir denetim kuruluşu marifetiyle de yerine getirebilir. Bu doğrultuda, Sağlık Tesisi’nin yapı denetimi işi İdare’nin sorumluluğu kapsamına girmektedir.” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş Sözleşmesi, madde 24/9. 6428 sayılı Yasa m. 4/4 uyarınca “İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir.”

¹²⁰¹ Sözleşme veya mevzuat uyarınca muhasebe kayıtları, sağlık ve güvenlik konusundaki olaylara ilişkin kayıtlar, bakım işlemlerine ilişkin kayıtlar ve görevli personel kayıtları gibi bilgilerin proje şirketince tutulması ve denetim için istenildiğinde veya periyodik olarak denetleyiciye verilmesi gerekmektedir. HM Treasury, **Standardisation**, s. 295-298.

diğer projeleri ile ilişkisi gibi unsurların önceden taraflarca düzenlenmesi tavsiye edilmektedir¹²⁰².

KÖİ projelerinde idare, sunulacak hizmetin standardını ve fiyatlandırma politikasını belirleyerek kamu yararı amacının takip edilmesini sağlamakta; hizmet standardı, hizmetin kalitesi, sürekliliği, sağlık, güvenlik ve çevre standardı gibi unsurları içermekte¹²⁰³, bu durum idarenin denetim sorumluluğunu beraberinde getirmektedir¹²⁰⁴. Proje şirketinin kâr elde etme amacıyla kamu yararının çatışma olasılığının yüksekliği nedeniyle, düzenli denetim yapılması gerekmektedir¹²⁰⁵.

Denetimler idare tarafından bizzat yapılabileceği gibi özel kişilere¹²⁰⁶ de yaptırılabilir¹²⁰⁷. Ancak denetim yetkisinin de özel sektöre devredilmesi

¹²⁰² HM Treasury, **Standardisation**, s. 178.

¹²⁰³ Sunulacak hizmete ilişkin genel düzenleme yasalarda yer almakla birlikte, hizmet standartları, uygulama sözleşmesinde ve düzenleyici işlemlerle belirlenmektedir. UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 128.

¹²⁰⁴ YALÇIN, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, s. 41.

¹²⁰⁵ EVREN, s. 371. Mülkiyet haklarını izleyerek, özelleştirmenin teorik analizinin temelini oluşturan vekâlet teorisi (*principal-agent theory*), regülasyon teorisi çerçevesinde mikroekonomik düzeyde etkinliği arttırmaya dönük sorunlar olarak sözleşme ve teşvik problemlerini ele almakta, vekâlet veren ile vekilin birbirinden farklı çıkarları olduğu için, kontrol amaçlı izleme yapılmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. DELİCE/YAVİLIOĞLU, s. 30-31; BAYLISS, s. 548; KESGİN, s. 155-156. KÖİ projelerinde asiller sözleşmede belirlenen standartlarda hizmet sunulmasını beklemekte ve gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan maliyetleri düşürmeye çalışmaktayken, vekil kârını yükseltmeye çalışmaktadır. Bu nedenle performans bazlı ödeme sistemi ile vekâlet problemi çözümlenebilmektedir. ROBINSON Herbert/CARILLO Patricia/ANUMBA Chimay J./PATEL Manju, **Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships**, West Sussex-Oxford: Wiley- Blackwell, 2010, s. 19.

¹²⁰⁶ “Özel kesimin faaliyetlerinin denetimine ilişkin usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurulması hususunda Sağlık Bakanlığına düzenleme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E.2013/50- K.2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327. Yüklenicinin hizmetlerinden yararlanan ve hizmetin kalitesinden ve eksiklerinden direkt olarak etkilenen kurum ve derneklerden oluşan ‘stratejik işbirliği kurulu’ kurularak denetimlerin yaptırılabilirliği belirtilmektedir. MÖRİC, s. 23.

¹²⁰⁷ EPEC, **Managing PPPs During Their Contract Life: Guidance for Sound Management**, 2014, (**Managing PPP**), s. 45. Anayasa Mahkemesi de denetimin özel sektör tarafından yerine getirilmesi halinde, oluşturulan denetim raporları kapsamında gerekli yaptırımlar ve işlemler idare tarafından yerine getirildiği için kolluk yetkisinin devrinin söz konusu olmadığına hükmetmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık

halinde idare ile kamu hizmeti arasındaki bağı çok zayıflayacağı ve idarenin elinde planlama yapmak ve denetleyeni denetlemek gibi sınırlı görevler kalacağından, mümkün olduğu ölçüde idare tarafından denetimin yapılması gerektiği savunulmaktadır¹²⁰⁸.

Periyodik denetim yapılması, hem proje şirketinin belirlenen standartlara göre hizmeti sunup sunmadığının, hem de projenin amacına uygun işleyip işlemediğinin belirlenmesini ve değişen şartlar gereğince sözleşmede uyarlama yapılmasının gerekli olup olmadığının tespit edilmesini sağlamaktadır¹²⁰⁹. Denetimler sırasında şirketin üretmesi gereken mal ve hizmetleri daha az girdiyle temin etmesine imkân tanıyan yeni buluşlar geliştirmiş olması, idarenin gereğinden fazla miktarda taahhütte bulunduğu tespit edilmiş olması veya mesai saatlerinde meydana getirilen değişiklik nedeniyle maliyetlerin azalması gibi gelişmeler olması durumunda, şirketin kârı artmakta ya da tasarruf yapılmakta olup, idarenin elde edilen bu artı değere ortak olması mümkün olduğundan, bunların sözleşmeye nasıl yansıtılacağının da belirlenmesi önerilmektedir¹²¹⁰.

işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.” Anayasa Mahkemesi, 01.04.2015, E. 2013/50- K. 2015/38. **RG**; 15.04.2015, sayı: 29327. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi yapı denetim kuruluşlarına idareye görüş bildirme yetkisi veren 4708 sayılı Yasa'ya karşı açılan davada “İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir” gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 26.02.2002, E. 2001/377- K.2002/59. **RG**; 09.11.2002, sayı: 24931.

¹²⁰⁸ EVREN, s. 144.

¹²⁰⁹ EVREN, s. 143.

¹²¹⁰ EPEC, **Managing PPP**, s. 46.

F. Müdahale Hakkı

Müdahale hakkı, istisnai bir hak olup sözleşme ile veya mevzuatta¹²¹¹ düzenlenebilmektedir¹²¹². Müdahale hakkının (*step-in right*) kullanılması yoluyla, hem projenin ve sözleşmenin devamı hem de kreditorlerin verdikleri kredilerin geri dönüşü sağlanmaktadır. Müdahale hakkı kreditorler tarafından kullanabileceği gibi ilgili idare de müdahale yetkisini kullanabilmektedir. Kreditorler tarafından müdahale hakkının kullanılması durumunda proje şirketinde değişikliğe gidildiği için bu hak kalıcı nitelikteyken, sözleşmeci idarenin kullandığı müdahale hakkı kural olarak geçici nitelik taşımaktadır.

Kamu idarelerinin, ihaleyi kazanarak sözleşme imzalanmış olan proje yükleniciyi, güvenilir olmaması, sözleşme hükümlerine uygun ifade bulunmaması ya da iflas etmesi gibi nedenlerle değiştirmek istemesi mümkün olabilmektedir. Yüklenicinin değiştirilmesi, rekabete dayalı ihaleler sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifin seçilerek sözleşmelerin imzalanması açısından bazı temel sorunlar

¹²¹¹ Müdahale hakkı, EÖT Yönetmeliği'nin 4. maddesinde “İdare tarafından gerekli görüldüğü takdirde projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kurumlar ile idare arasında imzalanacak kira ödemelerinin idare tarafından beyan edileceği sözleşmede, finans sağlayıcılara yükleniciyi malî, idarî ve hukukî açıdan denetim yetkisi veren ve gerekirse yüklenicinin yerine idarenin onayına bağlı olarak yeni bir yüklenicinin tayin edilmesine ilişkin düzenleme” olarak tanımlanmıştır.

6428 sayılı Yasa m. 4/6 uyarınca “Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.”

¹²¹² UNCITRAL, **Reference Guide**, s. 48.

gündeme getirmektedir¹²¹³. İhale hukuku açısından bu durumda rekabeti sağlamak için yeni bir ihale sürecinin başlatılması gerekebilmektedir¹²¹⁴.

Kreditörlerce müdahale hakkının kullanılması, projenin uygulanmasında yetersiz kalan proje şirketinin risklerinin kreditörler tarafından üstlenilerek projenin tamamlanmasına imkân sağlamak ve böylece kamu hizmetlerinin devamlılığı temin edilmektedir. Müdahale hakkının tanınması durumunda, bu hakkın hangi hâllerde kullanılabileceği, proje şirketinin değiştirilmesinde izlenilecek usul, idarenin hangi hâllerde kreditörlerin sunduğu proje şirketinin değiştirilmesi teklifini reddedebileceği, yeni proje şirketinin tabi olacağı yükümlülüklerin düzenlenmesi tavsiye edilmektedir¹²¹⁵. Müdahale hakkının kullanılması genellikle, proje şirketinin yönetiminin kreditörlerin belirleyeceği ve idarenin onay vereceği yeni bir şirkete veya yönetime devredilmesi şeklinde olmaktadır¹²¹⁶.

İdare müdahale yetkisini proje şirketinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi, ihlal etmesi halinde kullanabileceği gibi proje şirketinin iradesi dışında meydana gelen, insan, mal veya çevreye karşı ciddi sağlık veya güvenlik tehdidinin bulunması, yasal bir yükümlülüğün ifası veya acil bir durumun ortaya çıkması gibi durumlarda da

¹²¹³ SEMPLÉ/ANDRECKA, s. 186.

¹²¹⁴ SEMPLÉ/ANDRECKA, s. 184. 2014/24/EU sayılı Direktif'in 72. maddesinin 1/d fıkrası ve 2014/25/EU sayılı Direktif'in 89. maddesinin 1/d fıkrasında proje şirketinin yeni bir ihale süreci işletilmeden değiştirilebileceği üç durum açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu düzenlemelere göre yüklenici; (1) sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin düzenleme uyarınca veya ihale belgelerinde tanınan bir yetkiye dayanılması durumunda; (2) ihale belgelerinde belirlenen nitel seçilme kriterlerini sağlayan başka bir ekonomik operatörün, devralma, birleşme, satın alma ya da iflas gibi nedenlerle şirket yeniden yapılandırma işlemlerinin ardından ilk yüklenicinin konumuna genel veya kısmi olarak geçmesi halinde, bunun sözleşmede başka esas değişiklikler gerektirmemesi koşuluyla; (3) ulusal mevzuata uygun olması şartıyla, sözleşmecinin idarenin müdahale hakkını kullanarak ana yüklenicinin taaşeronlara olan yükümlülüklerini üstlendiği durumlarda değiştirilebilmektedir.

¹²¹⁵ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 148-149.

¹²¹⁶ WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 48.

kullanabilmektedir¹²¹⁷. İdarenin yetkisini kötüye kullanmasının engellenmesi için, müdahale hakkının hangi koşullarda kullanılabilceğinin mümkün olduğunca açık bir şekilde düzenlenmesi önerilmektedir¹²¹⁸. İdarenin, müdahale yetkisini ancak önemli eksiklik ve aykırılıklar söz konusu olduğunda kullanabilmesi mümkün olup, proje şirketinin performans yetersizliği direkt müdahale yetkisinin kullanılmasını gerektirmemekte, geçici nitelikte olan müdahale hakkı kullanıldığında, problem aşılmıca idarenin işletmeden çekilerek hizmet sunumunu tekrar yükleniciye bırakması gerekmektedir. Sözleşmeci idarenin müdahale hakkını kullanmaya karar verdiğinde, sözleşmenin uygun ifa edilmediğini ve almak istediği önlemleri gerekçeleriyle birlikte proje şirketine bildirmesi ve aykırılıkların giderilmesi için süre vermesi gerektiği belirtilmektedir¹²¹⁹.

G. Sözleşmenin Uyarlanması

Uyarlama, özel hukukta işlem temelinin çökmesi (aşırı ifa güçlüğü) nedeniyle tarafların mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını istemesi ve sözleşmenin taraflarca yapılan müzakereler sonucunda tadil edilmesi olasılıklarını ifade etmektedir. İdare hukukunda, işlem temelinin çökmesi, öngörülemezlik (emprevizyon) teorisi ile görülürken, sözleşmenin tadili genellikle idarenin tek taraflı değişiklik yapması şeklinde söz konusu olmaktadır.

Sözleşme hükümlerinde, tarifelerin güncellenmesi gibi sözleşme hükümlerinin kendisinden kaynaklanan, sözleşmenin koşullarında meydana gelen

¹²¹⁷ HM Treasury, **Standardisation**, s. 151; EUROSTAT, **Statistical Treatment**, s. 132.

¹²¹⁸ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 147.

¹²¹⁹ UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 28; HM Treasury, **Standardisation**, s. 151-152.

değişikliklerden kaynaklanıp taraflar arasında anlaşmaya bağlı olan^{1220,1221} ve idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisine dayanan değişiklikler¹²²² nedeniyle güncellenme söz konusu olabilmektedir.

Sözleşmenin iki tarafın hak ve yükümlülükleri arasında bir dengeye dayandığı ve geçerliliğini tarafların iradesinden aldığı dikkate alındığında, sözleşmeyle kurulan bir ilişkinin, taraflardan birinin iradesiyle başkalaştırılması ve sözleşmeyle bağlılığın bu durumda da sürmesi sözleşme düşüncesinin özüne aykırı olduğundan, sözleşme hükümlerinin tek tarafın iradesi ile değiştirilerek karşı tarafın sözleşmede öngörülmemiş yükümlülükler altına sokulmasının kural olarak mümkün olmadığı¹²²³; ancak, kamu hizmetinin gereklerine bağlı olarak idarenin sahip olduğu üstün yetkileri uyarınca tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.

¹²²⁰ “Taraflar; Sözleşme Süresi içinde, işbu Sözleşme’de öngörülemeyen veya işbu Sözleşme’nin esaslı unsurlarını ve yürütülmesini etkileyen ve önceden tahmini mümkün olmayan durumların söz konusu olması halinde, yürürlükteki mevzuata uygun olmak kaydıyla, bu durumların işbu Sözleşme’yi tadil edecek sözleşmeler veya işbu Sözleşme’nin uygulanmasına ilişkin ilave ayrıntılı kurallar getirecek protokollerle düzenlenmesi hususunda mutabık kalmışlardır. Her iki Taraf’ça imzalanacak söz konusu yeni sözleşmeler ve protokoller işbu Sözleşme’nin ayrılmaz bir parçasını oluşturacaktır. İşbu Sözleşme’nin Ekleri’nde değişikliğe ve ilaveye gidilmesine ilişkin hükümler saklıdır.” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş Sözleşmesi, madde 61.

¹²²¹ 6428 sayılı Yasa’nın 4/9 maddesine karşı açılan iptal davasında “Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir...” düzenlemesiyle ilgili olarak iptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi’ne göre, “...ihalenin gerçekleşmesinden önce ya da sonra gerekli koşullar oluştuğu takdirde sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi ilişkin hususları belirleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da sözleşmede değişiklik yapılması, devri ve feshine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kural ile sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinin genel çerçevesini belirlemiştir. Kanun’da belirtilen hâllerin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme şartlarında değişiklik yapılamayacağı açıktır. KÖİ modeli sözleşmelerinin niteliği ve süreleri dikkate alındığında ihalenin gerçekleşmesinden sonra değişen ve gelişen koşullara uygun olarak sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılamaması bu modelin işlememesine ve dolayısıyla da sağlık hizmeti sunumunu olumsuz etkilenmesine neden olabilecektir.” Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92- K.2016/6. RG; 03.03.2016, sayı: 29642.

¹²²² INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, s. 183- 185.

¹²²³ TEKİNSOY, **İdari Sözleşme Rejimi**, s. 68-69.

Değişkenlik ve uyum ilkesi, kamu hizmetinin değişen koşullara ve kamunun gereksinimlerine uyumlu biçimde görülmesini, teknolojik ve bilimsel gelişmelerin dikkate alınmasını, hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinin nitel ve nicel olarak geliştirilmesini ifade etmekte olup, bu ilke kapsamında idarenin düzenleyici işlemlerinde her zaman gereken değişiklikleri yapabileceği, imtiyaz yoluyla görülen kamu hizmetlerinde de imtiyaz sahibinin kamu hizmetinde gerekli değişiklikleri yapmaya zorlanabileceği, ancak mali dengede yaratacağı bozulmanın idarece karşılanacağı kabul edilmektedir¹²²⁴. İdarenin, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile, seçilmiş olan hizmetin yürütüm biçiminin sınırları içinde kalmak ve sözleşme konusuna tamamen yabancı olmamak koşuluyla, hizmetin değişen şartlara uydurulması amacıyla gerekli değişiklikleri tek taraflı olarak yapma yetkisi bulunmakta; gerekli değişiklikleri yapmayan idarenin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir¹²²⁵. Ancak idarenin, yalnızca kamu yararı gerekçesine dayanarak değişiklik yapılmasını istemesinin mümkün olmadığı, söz konusu değişikliğe neden olan durumun taraflarca öngörülememiş olması ya da değişikliğin yapılmasının zorunlu olması ve yüklenicinin değiştirilmesinin mümkün olmaması gerektiği kabul edilmektedir¹²²⁶.

Sözleşmenin uyarlanması söz konusu olduğu diğer durum, tarafların anlaşarak sözleşmeyi tadil etmeleri halidir. 25-30 yıl gibi uzun süreli bir ilişki kuran kamu-özel işbirliği sözleşmelerinde, risk paylaşımının başarılı olabilmesi için,

¹²²⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *Cilt I*, s. 600-601; GÜLAN, *Kamu Hizmeti*, s. 44; ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, s. 239.

¹²²⁵ UZ, *Kamu İhale Sözleşmeleri*, s. 48-49.

¹²²⁶ NOGUELLOU Rozen, “*L'exécution des contrats de concession*”, AJDA, No: 18, 2016, ss. 1008-1012, s. 1011.

esneklik sağlanması gerekmekte¹²²⁷, bu nedenle sözleşmeler ‘eksik sözleşmeler’ olarak nitelendirilmekte ve bu nedenle zaman içerisinde uyarlama yapılması gerekli hale gelebilmektedir¹²²⁸. Yeniden müzakere olasılığı, proje büyüklüğü ile ve projenin finansman tipiyle doğru orantılı olarak artmaktadır¹²²⁹.

Sözleşmenin yeniden görüşülmesi, sözleşmenin eksik sözleşme olma niteliğinden kaynaklanıyorsa olumlu bir durum olup, sosyal faydanın yükselmesini sağlayabilmekteyken, taraflardan birinin fırsatçılığı nedeniyle söz konusu olmaktaysa, KÖİ yönteminden beklenen avantajların kaybolmasına ve KÖİ modellerinin geçerliliğinin sorgulanmasına neden olabilmektedir¹²³⁰.

Sözleşmenin yeniden görüşülmesi, sözleşmenin imzasından kısa bir süre sonra yapıldığında, ihale sürecinin önemini kaybetmesine, yarışmalı ihalenin bir pazarlığa dönüşmesine neden olmakta; sözleşmeciyi idare projenin başarısız olmasını göze alamayacağı ve işlem maliyetinin yükselmesini istemeyeceği için¹²³¹, proje

¹²²⁷ Belirsizliğin düşük olduğu sözleşmeler genellikle katı olabilecekken, esnek sözleşmelerin yeniden görüşülme olasılıkları çok daha yüksek olduğundan sözleşmenin karşı tarafının kişiliği daha fazla önem arz etmektedir. ATHIAS, s. 91.

¹²²⁸ YESCOMBE, **PPP**, s. 26; TAFOTIE YOUNSI, s. 683 vd; OECD, **Concessions**, s. 8.

¹²²⁹ GEDİZ ORAL, s. 30. İmtiyaz tipi KÖİ sözleşmelerinde talep riski yüklenicinin üzerinde kaldığı için, belirsizlik ve bilgi asimetrisi nedeniyle yeniden görüşülme olasılığı artmaktadır. Yeniden görüşmelerin önüne geçmenin bir yolu imtiyaz tipi KÖİ yapmaktansa, kamu alımı tipi KÖİ modelleri kullanarak, performans bazlı ödeme sistemi yerine elverişlilik (emre amadelik) bazlı bir ödeme sistemi belirlemektir. ATHIAS, s. 14.

¹²³⁰ FRÉHAUT, s. 67-68; ANDRES Luis A./GUASCH J. Luis, “Negotiating and Renegotiating PPPs and Concessions”, **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, IMF Publication, ed. Gerd SCHWARTZ/Ana CORBACHO/Katja FUNKE, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008, ss. 197-227, s. 220-221.

¹²³¹ İhale şartnamelerine işin tamamlanamaması durumunda sözleşmenin feshedileceğine dair maddeler eklense dahi, ihaleyle başlanılan ekonomik ilişkinin tekeli bir yapı yaratmış olması, sözleşmenin son derece uzun bir dönemi kapsamaması ve kamu kesimi için projeyi iptal etme maliyetinin çok yüksek olması nedenleriyle, bu maddenin uygulanması pratikte neredeyse olanaksız hale gelmektedir. NAO, s. 13.

şirketi yeniden görüşmeler esnasında güçlü pozisyonda bulunmaktadır¹²³². Ayrıca, kamu hizmeti üçüncü bir kişiye devredildiğinde, yüklenicinin kamu hizmetinin sunumunda tıkanıklık yaratarak idareyi sözleşmeyi yeniden görüşmeye zorlaması, düzenleyici otoriteleri kendi kârlılığını yükseltecek şekilde düzenleme yapmaya yöneltmesi, hizmetten yararlananların aleyhlerine verimliliği düşürmesi mümkün olduğundan müzakerelerde pozisyonu güçlenmektedir¹²³³. Bu nedenle, tarafların anlaşarak sözleşmeyi tadil edebileceği haller sınırlandırılmaktadır.

KÖİ uygulamalarında tarafların anlaşarak sözleşmede değişiklik yapabilmesi, sınırlı hâllerde ve ihale aşamasındaki rekabeti bozmayacak ölçüde mümkündür¹²³⁴. KÖİ sözleşmesi imzalandıktan sonra tarafların tekrar müzakere yapmasının¹²³⁵, sözleşme görüşmelerinde iki tarafın da öngöremediği hâllerde ve kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi değişikliğe haklılık kazandıran hâllerde mümkün olması tavsiye edilmekte¹²³⁶; projenin beklenen geliri getirmemesi¹²³⁷, proje şirketinin ihaleyi kazanmak için vermiş olduğu teklifin koşullarının projeyi gerçekleştirebilecek

¹²³² ANDRES/GUASCH, s. 213. Türkiye'nin de içinde bulunduğu 17 ülkede yapılan bir araştırmaya göre, imtiyaz sözleşmelerinin %30'unda uyarılma için tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere ettiği, bu görüşmelerin 15-30 yıl için imzalanan sözleşmelerin yaklaşık 2. yılında başladığı ve müzakere isteğinin çoğunlukla yükleniciden geldiği, düzenleyici bir otorite olmadığı durumlarda ve düzenleyici çerçeve mevzuatta değil sözleşmenin içerisinde yer aldığı daha fazla müzakere yoluna gidildiği tespit edilmiştir. OECD, **Concessions**, s. 37-38.

¹²³³ FRÉHAUT, s. 14.

¹²³⁴ AB'de 2004/18/EC sayılı Direktif, imzalanmış bir sözleşmenin şartlarında ne dereceye kadar değişiklik yapılabilmesine dair belirgin hükümler içermemekte, ilansız pazarlık usulünün kullanılmasına izin verilen durumlarda sözleşmede yapılan değişikliklerin, ihaleyle verilmesi gereken yeni bir sözleşme gibi düşünülmemesi gerektiği kabul edilmekteydi. SIGMA, **ABAD**, s. 125. 2014/24 sayılı Direktif'in 72. maddesi, sözleşme süresi içinde yeni bir ihale yapılmadan değişiklik yapılabilmesi imkânını getirmiştir.

¹²³⁵ Prensipte olarak KÖİ sözleşmelerinin yeniden müzakeresinin sadece *ex-post* risk *ex-ante* riski aştığında yapılabilmesi kabul edilmektedir. GÜNGÖR, s. 35.

¹²³⁶ EC, Green Paper, s. 15-16. Müzakere yapılabilmesi için, tarifeler, yatırım planları, garantiler, toplu ödeme veya yıllık ücretler, hizmet standartları ve imtiyaz sürelerinde, belirtilen ihtimallerin dışında esaslı bir değişikliğin söz konusu olması gerekmektedir. ANDRES/GUASCH, s. 214.

¹²³⁷ Proje şirketinin beklediği kadar kâr elde edememesi ya da zarar etmesi sözleşmede değişiklik yapılması için geçerli bir neden olmamakla birlikte, kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsız hale getirecek düzeydeyse sözleşmede değişiklik yapılabilir.

nitelikte olmaması, ekonominin tüm alanlarını veya pek çok sektörü etkileyen mevzuat değişikliği gibi hâllerde müzakere yapılmaması gerektiği belirtilmektedir¹²³⁸. Sözleşmenin esasına ilişkin değişiklik yapılması durumunda, ihale ilkelerinin göz ardı edilecek olması ve aslında yeni bir ihale neticesinde, aynı işin daha az maliyetle yaptırılabilme imkânı bulunması¹²³⁹, sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapılması gerekli olduğunda, müzakereler suretiyle değişiklik yapılmasındansa, mevcut sözleşmenin sona erdirilerek yeniden ihale yapılmasını gerektirmektedir¹²⁴⁰.

Sözleşme dönemi içinde mevzuatta sözleşme hükümleri ile doğrudan ilgili değişiklik¹²⁴¹ olması durumunda taraflar, sözleşme kapsamındaki faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için yüklenicinin katlanması gereken maliyetlerde herhangi bir artışı veya azalışı ya da hizmet ödemelerinde maruz kaldığı azalışı uyarlamak amacıyla yükleniciye yapılacak ödemelerde yeniden düzenleme yapmaya yetkilidir¹²⁴². Ancak ödemelerde uyarlama yapılabilmesi için, mevzuat

¹²³⁸ Ancak belirli bir projeyi veya proje grubunu etkileyen bir mevzuat değişikliğinin söz konusu olması haline ilişkin garanti verilmesi söz konusu olabilmelidir. IMF, **Guarantees**, s. 34.

¹²³⁹ Danıştay 13.D, 11.02.2011, E.2010/3670- K.2011/557 (UYAP).

¹²⁴⁰ Case C-337/98, Commission v. France, Judgment of 5 October 2000, points 44 ff, EC, Green Paper, s. 16'dan naklen.

¹²⁴¹ “İşbu Sözleşme kapsamında Mevzuatta Sözleşme Hükümleri ile Doğrudan İlgili Değişiklik aşağıdaki hallerden herhangi birisi manasına gelir:

a. Mevzuatta, Şirket tarafından Sözleşme Kapsamındaki Faaliyetler'in yürütülmesine ilişkin maliyetleri etkileyecek nitelikte meydana gelen Ayrımcı Değişiklik veya

b. Mevzuatta, Şirket tarafından Tıbbi Destek Hizmetleri karşılığında alınan Hizmet Ödemeleri'nin, maliyetleri etkilensin ya da etkilenmesin, azalmasına neden olan bir değişiklik veya

c. İlgili tarihten sonra, Şirket'in Tesisler'in bir kısmını oluşturan tamamlanmış herhangi bir Aşama ile ilgili olarak Bakım Onarım çalışması niteliğinde olmayan veya Şirket'in işbu Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri çerçevesinde yapması gerekli olmayan bir işi yapmasını gerektiren (Tesisler'in kalite veya işlevine ilişkin olarak herhangi bir tadilat, ilave, yıkım ya da tevsi veya değişiklik) değişikliklerdir.” TC Sağlık Bakanlığı, Kamu-Özel İşbirliği Modeli ile ... Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş Sözleşmesi, madde 43/3.

¹²⁴² “İmtiyaz Sözleşmesi'nin 21(h) maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklere ilişkin düzenlemelere uyacağını, bu değişiklikler kapsamında mevcut

değişikliğinin, yayımlanmış taslak kanun ve düzenlemeler ışığında ve kapsamında öngörülemez olması ve yüklenicinin katlanması gereken maliyet artışının belli oranların üzerinde olması gerekmekte, ödemelerde yapılacak uyarılama ile yüklenicinin mevzuat değişikliğinden önce olduğundan daha iyi duruma gelmemesi gerekmektedir. KÖİ projesiyle doğrudan ilgisi bulunmayan mevzuat değişiklikleri söz konusu olduğunda doğacak masraflar, hizmetin kullanıcılarından veya kamu tarafından proje için alınan ek güvenlik önlemlerinden karşılanabilmektedir¹²⁴³.

Sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan olay ve durumların sözleşmenin uygulanmasını zorlaştırması, hatta kimi durumlarda olanaksız kılması söz konusu olabilmektedir. Kamu yararı ve kamu hizmetinin sürekliliği ilkelerinden kaynaklanan¹²⁴⁴ kamu gücünün eylemi (*fait du prince*) kuramına göre, idarenin sözleşmenin tarafı olarak değil, fakat düzenleme yetkisi gibi başka yetkilerini kullanarak aldığı kararlarla sözleşmenin uygulanmasını etkilemesi, mali dengesini bozması söz konusu olduğunda, idare sözleşmeci özel kişinin alınan kararlar dolayısıyla uğradığı zararları tümüyle karşılamak zorundadır¹²⁴⁵. Ancak, sözleşmenin mali dengesini bozan değişikliğin yeni bir sözleşme yapılmasını gerektirecek kadar geniş olmaması gerekmektedir¹²⁴⁶. Sözleşmenin mali dengesinin bozulmasına neden olacak durumlara ilişkin açık bir yasal düzenleme yapılmadığı ve idarenin KÖİ sözleşmesinin mali dengesini tekrar kurma zorunluluğu hükme bağlanmadığı sürece,

sözleşmenin müzakereye açılarak sözleşmenin değişeceğini kabul etmiş olduğu kuşkusuzdur.” Danıştay 13.D, 31.05.2005, E.2005/5390- K.2005/2879 (UYAP).

¹²⁴³ ERSÖZ, s. 60. Ancak, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerin tamamının sözleşme bedelinin değiştirilmesine imkân vermesi halinde, proje şirketinin üzerinde hiçbir risk bırakılmamış olur. EVREN, s. 523.

¹²⁴⁴ PEZ, s. 46-47.

¹²⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt I, s. 540; GÖZLER/KAPLAN, s. 509-510.

¹²⁴⁶ CHAPUS René, **Droit administratif général**, Tome 1, 15^e ed., Paris: Montchrestien, 2001, s. 1210.

sözleşmede düzenlenen genel durumlar yoruma açık olduğundan güvenilirliği tartışmalıdır¹²⁴⁷.

Sözleşmenin süresinin uzatılması da, sözleşmenin uyarlanması kapsamında karşılaşılabilecek bir başka olasılık olarak görülmektedir. Kamu-özel işbirliği projelerinde sözleşme süresi sona erdikten sonra idarenin kamu hizmetini gördürmesi için sözleşmesel ilişkiye girebileceği kişiyi ancak ihale ile seçebilmesi mümkün olduğundan, idarenin sözleşme süresini uzatması kural olarak mümkün değildir. Tarafların kontrolleri dışında gelişen nedenlerden dolayı yapım aşamasında gecikme meydana gelmesi nedeniyle işletme süresi kısalsın veya proje şirketinin kusurundan kaynaklanmayan bir şekilde işletme süresinin kesinti, projenin askıya alınması gibi bir nedenle kısılması söz konusu olursa ve sözleşme süresi uzatılmazsa, proje şirketi maliyetlerini karşılayamayacak durumda olursa sözleşme süresinin uzatılabileceği kabul edilmektedir¹²⁴⁸. Ancak hukukumuzda, bu tarz bir sınırlamaya tabi olmaksızın sözleşme sürelerinin uzatılabileceği yönünde düzenlemeler bulunmaktadır¹²⁴⁹.

Sözleşme süresinin uzatılması kural olarak yasak olmakla birlikte, kamu yararının

¹²⁴⁷ DANIŞMAN/ÇİFÇİ/GEDİK/MAMAK/İŞMEN, s. Turkey 78.

¹²⁴⁸ 3465 Uygulama Yönetmeliği'nin 58. maddesi uyarınca "Yapım safhasında, görevli şirketin kusuru veya ihmali dışında meydana gelen, işin yapımını ve yürütülmesini engelleyen, görevli şirket tarafından süresinde bildirilen ve Genel Müdürlükçe uygun görülen mücbir sebeplerden dolayı süre uzatımı verilebilir.

İşletme döneminde, görevli şirketin kusuru veya ihmali dışında meydana gelen ve görev konusu tesislerin sözleşmedeki koşullara uygun olarak işletilmesini engelleyen mücbir sebebe neden olan olaylar nedeniyle, mücbir sebebin devam ettiği süre kadar işletme süresi uzatılabilir..."

¹²⁴⁹ 3096 sayılı Yasa m.8/1 uyarınca "Belli bir süreyi kapsayan sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde, sürenin bitimi ile son bulur."

Yİ Yönetmeliği m. 4/1-g uyarınca "...ülke makro politikaları ve arz-talep dengeleri göz önünde bulundurularak üretim şirketi ile TEAŞ'ın karşılıklı anlaşmaları halinde, sözleşmenin süresinin bitiminden bir yıl önce belirlenecek ve mutabık kalınacak yeni şartlar çerçevesinde bu süre uzatılabilir." Uluslararası metinlerde de kimi hâllerde süre uzatımına imkân sağlanması önerilmektedir. Bkz. UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 28-29; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. xxiii.

TAV ile DHMİ arasındaki sözleşmede düzenleme yapılarak TAV'ın işletme süresinin uzatılması karşılığında ek tesis ve otel yapımı konusunda anlaşmaya varılmıştır. KAYA/GEREDE/BAŞAR/KUYUCAK/SÜRMELİ, s. 115.

gerektirmesi, kamu hizmetinin gereği gibi sunulabilmesi için sözleşmede öngörülemeyen yatırımların yapılmasının gerekli olması ya da sözleşmenin ekonomik dengesinin değişmesine neden olan coğrafi değişikliklerin meydana gelmesi hallerinde sürenin uzatılması söz konusu olabilmektedir¹²⁵⁰.

Projeyle doğrudan ilgili veya projeden ayrılamayacak nitelikte ve önceden öngörülemeyen bazı işlerin yapılması gereğinin ortaya çıkması halinde, bu işlerin proje şirketi tarafından yapılması mümkün olmaktadır. Nitekim hukukumuzda da bu yönde kimi düzenlemelere rastlanmaktadır¹²⁵¹. Ancak önceden öngörülemeyen bu işlerin toplam proje maliyetinin belli bir yüzdesini aşması durumunda¹²⁵² ya da projeden ayrılabilir nitelikte olması halinde ayrı bir ihaleye çıkılması gerekmektedir. AB’de ek işlerin veya öngörülemeyen sebeplerden doğan ihtiyaçların ihalesiz olarak karşılanabilmesi için, teknik sebeplerle işin sadece proje şirketi tarafından yapılabilecek nitelikte olması ve değişiklik bedelinin ilk sözleşmenin bedelinin %50’sinden fazla olmaması gerekir¹²⁵³.

¹²⁵⁰ INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, s. 75.

¹²⁵¹ Örneğin 3465 Uygulama Yönetmeliği’nin 56. maddesi uyarınca “Genel Müdürlük, yatırım bedelinin %5 ini geçmemek kaydıyla ilave işler isteyebilir. Bu durumdan dolayı görev süresi uzatılamaz.”; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.24 uyarınca “Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10’una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20’sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.”

¹²⁵² EFCA, s. 15.

¹²⁵³ Public Procurement Reform Fact Sheet No:10,

<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15549/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

İşlem temeliniin çökmesi nedeniyle uyarlama, TBK'nın 138. maddesinde genel, TBK'nın 480/2 maddesinde özel düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, sözleşme yapılırken öngörüleemeyen ve borçludan kaynaklanmayan bir nedenle tarafların edimleri arasındaki denge büyük ölçüde bozulursa mahkemeden uyarlama istenebilmektedir. Uyarlama, ifası aşırı güçlük arz eden edim miktarının azaltılması, karşı edimin arttırılması, edimin ertelenmesi, ödemelerin taksitlendirilmesi, taksit sayısının arttırılması, taksit aralarının açılması, ifa yerinin değiştirilmesi gibi farklı şekillerde yapılabilmektedir¹²⁵⁴. Uyarlamanın, idare hukukundaki görünümü olan öngörülemezlik teorisi, sözleşmenin taraflarının iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan, sözleşmenin yapıldığı tarihte öngörüleemeyen olaylar nedeniyle, sözleşmeci özel kişinin olağanüstü biçimde ağırlaşan yükünün bir bölümünün idare tarafından üstlenilmesini ifade etmektedir. Öngörülemezlik teorisinin geliştirilmesinde ahde vefa ilkesi ile kamu hizmetlerinin kesintisiz ve düzenli yürütülmesi ve hakkaniyet ilkeleri arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır¹²⁵⁵.

Proje şirketinin, öngörülemezlik teorisinden yararlanmak için kural olarak mahkemeye başvurmasının gerekli olması, hukuka aykırı uygulamaların, ihale aşamasındaki rekabetin ihlaline neden olacak büyüklükte yardım yapılmasının önüne geçer¹²⁵⁶. Ancak Anayasa Mahkemesi aksi düzenleme getiren ve tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi değiştirebileceklerini belirten 6428 sayılı Kanun'un 4.

¹²⁵⁴ OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 207-208; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt**, 6. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, 272.

¹²⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, **Cilt I**, s. 540-541; GÖZLER/KAPLAN, s. 510-512; FEYZİOĞLU Turhan, **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi)**, Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1947, s. 4, EVREN, s. 88'den naklen.

¹²⁵⁶ EVREN, s. 90.

maddesinin 9. fıkrasını¹²⁵⁷ Anayasa’ya aykırı bulmamıştır¹²⁵⁸. Uyarılama ile üzerinde anlaşılacak değişikliklerin, hizmet kalitesini yükseltmesi ve artı değer katması için,

¹²⁵⁷ Dava konusu düzenlemeye göre “Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.” Madde düzenlemesine ilişkin eleştirisi için bkz. SARISU, YKD, s. 535-538.

¹²⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Kuralda geçen ‘sözleşme eklerinin uygulanmasını etkileyen sebeplerin ortaya çıkması’ ya da ‘sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi’ ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hal kavramlarının dışında zaman içerisinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç olacağının, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesi olanağı yoktur. Sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce ihtiyaçların giderilmesi gerektiği de açıktır. Nitekim Kanun’un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin gerçekleşebileceğinin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemek de olanaksızdır. Bunun yanında zaman içerisinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesi yepyeni ihtiyaçlar ortaya çıkaracaktır. Böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğması olasıdır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır.

“Diğer taraftan dava dilekçesinde ahde vefa yani söze bağlılık ilkesinden bahsedilmektedir. Bu ilke uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu ilke mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmüş olduğu gibi, genel olarak doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği kabul edilen haller vardır. Bu haller her zaman sayılmak suretiyle belirtilemez. Bu durumda kanunlara genel hükümler konulabileceği gibi kanuna dayanmak üzere belirleme düzenleyici işlemlere bırakılabilmektedir. Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin uygulanması taraf ya da taraflar için artık imkânsız hale gelmiş ya da sözleşmenin sürdürülmesi dürüstlük kuralına aykırı hâli gelmiş ise hâkimden uyarılama yapılmasını istemek mümkündür. Kanun koyucu, KÖİ modeli uygulamasında bu hususları kanun maddesi olarak ancak genel hüküm olarak düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, sözleşmenin taraflarca kolaylıkla sona erdirilmesi yerine olabildiğince tadil edilmesi yoluyla devamını öngörmektedir. Bunu yaparken de uyarılama için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerini ve buna göre değişiklik yapılmasını uygun görmektedir. Zira

sözleşme yapısının, proje şirketinin bu yönde hareket etmesini özendirmesi gerekmektedir¹²⁵⁹. Ancak, ülkemizde görevli şirketlerle imzalanan sözleşmelerin defalarca yeniden görüşüldüğü ve her değişiklikte, projelerin toplam yatırım tutarlarının ve tarifelerin yükseltildiği, işletme sürelerinin uzatıldığı, erken üretim, eksik ve fazla üretim fiyatlarının değiştirildiği; bu değişikliklerin tamamen şirketlerin talepleri doğrultusunda ve firmaların lehine olduğu, kamu yararı açısından yapılması zorunlu olan değişikliklerin yapılmadığı ve kamu kesiminin riskinin artmasına yol açıldığı tespit edilmiştir¹²⁶⁰.

H. Sözleşmenin Sona Ermesi

KÖİ sözleşmesi, sözleşme süresinin bitmesi haricinde, proje şirketinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle, idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle, kamu yararının gerektirmesi nedeniyle veya mücbir sebep nedeniyle sona erebilmektedir.

KÖİ sözleşmesi kural olarak belirlenmiş olan sözleşme süresinin dolması ile sona ermektedir. Sözleşme süresinin sonunda idarenin projeye şirketine kural olarak herhangi bir ödeme yapması gerekmemektedir.

uyarılmanın yargı kararı ile yapılması hem zaman alacak hem de taraflar açısından daha külfetli olacağı tartışmasızdır. Bu şekilde hem sözleşmenin devam etmesi sağlanırken ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yine tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirilmektedir. Aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözülmesinin kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğu tartışmasızdır.” Anayasa Mahkemesi, 28.01.2016, E.2014/92- K.2016/6. **RG**; 03.03.2016, sayı: 29642.

¹²⁵⁹ ATHIAS, s. 13.

¹²⁶⁰ TC Sayıştay Başkanlığı, s. 172.

KÖİ sözleşmelerinin sona ermesinde bir başka olasılık, sözleşmenin idare tarafından veya yüklenici tarafından feshedilmesidir. Fesih, karşı tarafın kusuru üzerine bir yaptırım şeklinde söz konusu olabileceği gibi, herhangi bir kusur bulunmamasına rağmen kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararının bulunması nedeniyle de söz konusu olabilmektedir¹²⁶¹. Kamu yararı gerekçesiyle sözleşmenin feshi, kusur nedeniyle fesihten farklı olup sözleşme ile sınırlandırılması mümkün değildir¹²⁶².

Sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi son çare olarak başvurulması gereken bir yol olup, tarafların menfaatlerini gözetebilecek farklı çözümler bulunduğu sürece fesihten kaçınılmalıdır¹²⁶³. Ancak sözleşmenin sona erdirilmesinden başka bir yol söz konusu olmadığında tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Kamu otoritelerinin genellikle yasal düzenlemelerde ya da sözleşmelerde, performansa bağlı olmaksızın, açık bir şekilde düzenlenmiş fesih yetkisi bulunmaktadır¹²⁶⁴. Kamu otoritesi tek taraflı fesih gücünden geçerli bir şekilde feragat edemeyeceği gibi, yüklenici de, kamu yararı gerekçesiyle sözleşmenin tek taraflı feshinden doğan zararlar için tazminat alma hakkından feragat edemez¹²⁶⁵.

Proje şirketinin yapım aşamasından önce, yapım aşamasında ve işletme aşamasındaki davranışları, uygulama sözleşmesinin sona ermesine neden olabilecek olup, bu davranışlar liste olarak sayılabileceği gibi kusurlu davranışın tanımlanması

¹²⁶¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 557-558; GÖZLER/KAPLAN, s. 503, 506-507; BRACONNIER Stéphane, “*L’indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d’un contrat public d’affaires pour motif d’intérêt général*”, AJDA, No: 37, 2009, ss. 2035-2043, s. 2036.

¹²⁶² TIGANESCU, s. 525.

¹²⁶³ TALUS, s. 54; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 153; WB-PPIAF, **Reference Guide**, s. 157.

¹²⁶⁴ EUROSTAT, **Statistical Treatment**, s. 99.

¹²⁶⁵ BRACONNIER, s. 2039.

şeklinde de belirlenebilmektedir. Kusurlu davranışın tanımlanmasında ‘esaslı aykırılık’ dikkate alınmakta ve içeriğinin belirlenmesi genellikle uygulama sözleşmelerine bırakılmaktadır¹²⁶⁶.

Proje şirketinin aczi veya iflası¹²⁶⁷; yapım öncesinde, yapım veya işletme aşamasında gerekli şartları sağlayamaması, yükümlülüklerini yerine getirememesi¹²⁶⁸; belirli süre içerisinde belli bir ceza puanı almış olması; idareden izin alınmaksızın yükümlülüklerini alt yükleniciye devretmesi veya uygulama sözleşmesini başka bir şirkete devretmesi; gerekli sigortaların yaptırılmaması proje şirketinin kusuru sayılan hâller arasında sayılmaktadır¹²⁶⁹. İdarenin proje şirketinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeden önce,

¹²⁶⁶ UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 155. Kusurun geniş şekilde tanımlanması halinde taraflar arasında kusurun yorumlanması konusunda da uyuşmazlık çıkması riski bulunmaktadır.

¹²⁶⁷ 3096 sayılı Yasa m.8/2, 3465 sayılı Yasa m. 6/2, 3996 Uygulama Kararı m.28.

¹²⁶⁸ 2886 sayılı Yasa 62, 3096 sayılı Yasa m.8/2, 3465 sayılı Yasa m. 6/2, 6428 sayılı Yasa m.4/7, EÖT Yönetmeliği m. 42/1, 3465 Uygulama Yönetmeliği m. 55, 3996 Uygulama Kararı m.28. Yapım aşamasından önceki aşamada finansmanın temin edilememesi, proje şirketinin oluşturulamaması, gerekli izinlerin alınamaması, yapıma başlanamaması gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Yapım aşamasında esasen işin süresinde ve/veya belirlenen standartlarda bitirilememesi sözleşmenin sona erdirilmesine gerekçe olabilmektedir. İşletme aşamasında ise hizmetlerin aksatılması ya da istenilen kalitede sunulamaması, tesislerin bakım ve onarımın yapılmaması veya geciktirilmesi gibi durumlar gündeme gelebilmektedir. UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 156-157. Mersin Limanının işletme hakkının verilmesine ilişkin sözleşmede, hizmet kalitesi ve süresi, verimliliğin nasıl ölçüleceğine ilişkin düzenlemeler bulunmakta olup, bunlara uygun davranılmaması halinde sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür. OECD, **Concessions**, s. 179-180. Kamu hizmetinin sürekliliği ve kamu yararı ilkeleri nedeniyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi olasılığıyla fazla karşılaşılmamaktadır. PEZ, s. 43-44.

¹²⁶⁹ EPEC, **Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts: Review of Current European Practice and Guidance**, 2013, (Termination), s. 35; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 156-158; YESCOMBE E.R., **Principles of Project Finance**, London: Academic Press, 2002, (Project Finance), s. 92. Danıştay tarafından, kamu hukuku tüzel kişileri aleyhine dayanaksız ve haksız davaların açılması, hizmetlerin kesintisiz, sağlıklı ve gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli yatırımların yapılması, tesislerin iyi bir şekilde işletilmesi taahhüt edilmiş olmasına karşın, gerekli yatırımların şirketçe zamanında yapılmamış olması, Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümlerine aykırı tutum sergilenmesi gibi nedenlerin sözleşmenin uygulanmasını ve devamını çekilmez hale getirmekle birlikte, görevin şirkete verilmesindeki amacın yerine gelmemesi idarenin sözleşmeyi feshetmesi ve şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece el konulması için geçerli sebepler olarak kabul edilmiştir. Danıştay 13.D, 31.05.2005, E.2005/5390- K.2005/2879 (UYAP).

düzeltililebilecek aksaklıklar söz konusu ise, proje şirketini bu konuda uyarması ve aksaklıkları gidermesi için makul bir süre vermesi gerekmektedir¹²⁷⁰.

İdarenin sözleşme hükümlerini esaslı şekilde ihlal etmesi halinde, proje şirketinin, sözleşmeyi askıya alma ve/veya feshetme hakkı bulunmaktadır¹²⁷¹.

İşbirliği sözleşmelerinde, yüklenicinin sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlar düzenlendiği gibi, idarenin sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda yüklenicinin sahip olduğu yetkilerin de düzenlenmesi, bu bağlamda sorumluluklarını askıya alma hakkı tanınması, kamu hizmeti söz konusu olduğu için çok sıkı koşullarda mümkündür. Yükleniciye belirli bir süre ödeme yapılmaması halinde, yüklenici idareye işi askıya alma niyetini bildirmekte, bunun üzerine idare, sözleşmenin devam etmesi yönünde karar almaz ise işi askıya alabilmektedir¹²⁷². Öte yandan, sözleşmenin feshedilmesine neden olabilecek idari kusurların, tesislere veya proje şirketinin hisselerine el konulması, bunların devletleştirilmesi veya kamulaştırılması, proje şirketine yapılması gereken ödemelerin yapılmaması, idarenin yükümlülüklerini, proje şirketinin kendi yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacak şekilde ihlal etmesi, idarenin eylem ve işlemlerinin sözleşmenin yerine getirilmesini imkânsız hale getirmesi, sözleşmeciy idarenin ya da ilgili başka bir idarenin gerekli izin ve onayları vermemesi, sözleşme koşullarının müzakeresinden sonuç alınamaması, sözleşmeciy idarenin veya

¹²⁷⁰ 2886 sayılı Yasa 62, 6428 sayılı Yasa m.4/7, EÖT Yönetmeliği m. 42/1, 3465 Uygulama Yönetmeliği m. 55. EPEC, **Termination**, s. 36.

¹²⁷¹ İdarenin kusuru nedeniyle yüklenicinin sözleşmeyi feshetmek istemesi halinde, kusuru öğrendikten itibaren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi uyarınca yüklenicinin, 60 gün içerisinde idareye fesih ihbarında bulunması gerektiği savunulmaktadır. ERSÖZ, s. 62. Ancak İYUK'un 11. maddesinde düzenlenmiş olan 60 günlük süre, idari dava açılmadan önce bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yerine yeni bir işlem yapılması için üst makamlara başvuru için belirlenmiş olup, bu sürenin yüklenicinin fesih hakkını sınırlandırmak için kullanılması mümkün değildir.

¹²⁷² BUCHER, s. 425-426.

başka bir idarenin işlemleri sonucunda şirketin gelirlerinde önemli bir düşüş veya masraflarında ciddi bir artış meydana gelmesi veya idarenin sözleşme hükümlerini tek taraflı değiştirmesi ve sözleşmenin mali dengesinin sağlanamaması olarak belirlenmesi tavsiye edilmektedir¹²⁷³.

KÖİ sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi halinde fesih tazminatı¹²⁷⁴ ödenmesi söz konusu olabilmektedir. Fesih tazminatının ölçülü olması gerekmekte ve tazminat miktarı her somut olayda ayrıca değerlendirilmektedir. Tazminatın tespitinde sözleşmenin süresi, her iki taraf için sözleşmenin geçmişteki ve gelecekte beklenen değeri, fesih sebebi ve sözleşme kusur nedeniyle feshedilmiş ise ihlalinin ağırlığı dikkate alınmaktadır¹²⁷⁵. Sözleşmenin feshinden doğan zararın tazmini, sözleşmenin devam ettirilmesi durumunda sahip olunacak mali dengenin korunmasını sağlamaktadır¹²⁷⁶.

Proje şirketinin kusuru nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda kural olarak idarenin herhangi bir ödeme yapması gerekmemekle birlikte, tesisler için yapılan masraflar dikkate alınarak proje şirketine ya da müdahale hakkını kullanmayan kreditorlere idarenin bir miktar tazminat ödemesi gerekli olabilmektedir¹²⁷⁷. İdarenin kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi halinde ödeyeceği tazminatın, proje şirketinin sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle, olması gerekenden daha iyi veya daha kötü bir duruma gelmemesini sağlayacak düzeyde olması gerekmekte olup, idarenin proje şirketinin

¹²⁷³ EPEC, **Termination**, s. 17; UNCITRAL, **Legislative Guide**, s. 159-160; UNCITRAL, **Model Provisions**, s. 29.

¹²⁷⁴ 6428 Uygulama Yönetmeliği m.62/7, EÖT Yönetmeliği m.36/2.

¹²⁷⁵ TALUS, s. 58.

¹²⁷⁶ BRACONNIER, s. 2041.

¹²⁷⁷ HM Treasury, **Standardisation**, s. 202; EPEC, **TEN-Transport**, s. 101.

normalde sözleşme süresi sona erinceye kadar elde edeceği kâr da dâhil olmak üzere tüm zararını karşılayacağı şekilde düzenleme yapılması önerilmektedir¹²⁷⁸.

Yapım döneminde sözleşmenin feshi söz konusu olduğunda, yüklenicinin yapmış olduğu yatırım tutarı dikkate alınarak tazminat belirlenirken, işletme döneminde yapının amortisman değerinin ve finansman şeklinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷⁹. Sözleşmenin işletme faaliyete geçtikten sonra feshedilmesi durumunda, hiç tazminat ödenmemesi, yüklenicinin proje kapsamında yaptığı harcamalardan kusuru nedeniyle yarattığı zararların çıkarılması suretiyle belirlenen tazminatın ödenmesi, projenin piyasa değerinin ödenmesi gibi farklı olasılıklar söz konusu olabilmektedir¹²⁸⁰.

KÖİ sözleşmeleri, sürenin sona ermesi ve fesih hakkının kullanılması dışında, mücbir sebep nedeniyle de sona erebilmektedir. Sözleşmenin taraflarının iradesi dışında ortaya çıkan, öngörülmesi ve önlenmesi olanaksız olan ve sözleşmenin uygulanmasını engelleyen olaylar ‘mücbir sebep’ olarak nitelenmekte, hangi olayların mücbir sebep olarak kabul edileceği ilgili mevzuatta ve/veya sözleşmede düzenlenmektedir¹²⁸¹. Bu nedenlerin varlığı sözleşmenin iki tarafını da ifa borcundan kurtarmaktadır. Mücbir sebep sayılan durumların ortaya çıkması halinde taraflar yeni

¹²⁷⁸ EPEC, **Termination**, s. 21; GÖZLER/KAPLAN, s. 507.

¹²⁷⁹ EPEC, **Termination**, s. 21.

¹²⁸⁰ YESCOMBE, **Project Finance**, s. 93. Proje şirketinin kusuru nedeniyle fesih durumunda, kamu otoritesinin yapının hukuki sahibi olması ve proje şirketinin yalnızca sözleşmeye dayalı olarak işletme yetkisine sahip olması söz konusu ise, proje şirketinin taahhüt ettiği hizmeti sağlamaması halinde tazminat ödemesi yapılmaması gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte, inşa edilmiş olan yapının bir piyasa değeri söz konusu olduğu için bu görüş kabul edilmemektedir. YESCOMBE, **PPP**, s. 279-280.

¹²⁸¹ Örneğin 6428 Uygulama Yönetmeliği m.59 uyarınca doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı veya savaş, ifayı imkânsız kılan diğer haller mücbir sebep kabul edilmektedir. EÖT Yönetmeliği’nin 40. maddesi uyarınca mücbir sebep hâllerinin ve bu hâllerde uygulanacak hükümlerin sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

bir sözleşme yapma konusunda anlaşabilecekleri gibi, sözleşmenin sona erdirilmesi için yargı yoluna da gidebilirler¹²⁸².

Mücbir sebep, hem proje şirketine hem de idareye sözleşmeyi sona erdirme yetkisi vermektedir¹²⁸³. Mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde, hiçbir tarafın kusuru söz konusu olmadığı için, sözleşmenin sona erdirilmesinin finansal sonuçlarının taraflarca paylaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle idarenin, proje şirketinin yaptığı masraflarla orantılı olarak bir miktar ödeme yapması gerekmekte birlikte, bu miktar proje şirketinin bütün zararını gidermeyi değil, finansal sonucun taraflar arasında adil bir şekilde paylaşılmasını amaçlamaktadır¹²⁸⁴.

¹²⁸² GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, **İdare Hukuku - Cilt I - Genel Esaslar**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 541-542; GÖZLER/KAPLAN, s. 508-509.

¹²⁸³ 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 63, EÖT Yönetmeliği m. 43/1.

¹²⁸⁴ HM Treasury, **Standardisation**, s. 217-218.

SONUÇ

1970’li yıllarda yaşanan krize çözüm olarak devletin küçültülmesi hedeflenmiş, kamu düzenine yönelik olarak yürütülen kolluk faaliyetleri devletin temel işlevi olarak varlığını sürdürürken, diğer alanların özel girişimcilere bırakılması gündeme gelmiştir. Bu çerçevede 1980’li yıllarda başlayan özelleştirme uygulamaları ile kamunun hizmet sektöründeki varlığının daraltılması amaçlanmış, bir yandan kamu mülkiyetinde bulunan kuruluşlar özelleştirilmiş, diğer yandan özel sektörün kamu hizmetlerine katılımını sağlayan farklı yöntemleri öngören yasal düzenlemeler yürürlüğe konularak, kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımı arttırılmıştır. Böylece kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri çeşitlenmiş, yüzyıllardır uygulana gelen ve İdare Hukukunun klasik kurumlarından biri olan kamu hizmeti imtiyazı yönteminin yanı sıra, idare ile özel sektör arasında pek çok yeni ilişki ortaya çıkmıştır. KÖİ kavramı altında yer alan bu ilişkiler, esasen, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi işinin, masrafları, kârı ve zararı yükleniciye ait olmak ve hizmetten yararlananlardan topladığı ücret ile yatırımın geri dönüşünü sağlamak, belirlenen süre sonunda tesisi her türlü borçtan ari, çalışır bir şekilde idareye teslim etmek üzere, idare ile özel hukuk kişisi arasında kurulan imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır.

Kamu hizmetlerine özel hukuk kişilerinin katılmasına yönelik birçok uygulamayı ifade etmek için yararlanılan ve şemsiye bir kavram olarak nitelendirilen kamu-özel işbirliği kavramının tanımı, unsurları ve tabi olduğu hukuki rejim konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Kamu-özel işbirliklerinin tanımlanmasında,

konusu, işbirliği modelleri ve amaçları dikkate alınabilmekte, temel alınan unsura göre tanımlar değişiklik göstermektedir. Kamu-özel işbirlikleri, kamu hizmetlerinin sunumunda yararlanılan altyapı yatırımlarının özel sektöre finanse edilerek kurulması ve/veya işletilmesi, yenilenmesi ve kamu hizmetinin sunulması için kamu otoriteleri ile özel sektörün uzun süreli bir ilişki içerisine girmesini ifade etmekte olup, taraflar arasındaki iş dağılımı uyarınca, yap-işlet, yap-işlet-devret, işletme hakkının devri ve yap-kirala-devret şeklinde farklı isimlerle anılmaktadır.

Kamu-özel işbirlikleri, bir projede yer alan farklı unsurların bağlantılanarak ihale edildiği, proje finansmanı ilkesine dayanan, uzun süreli ve bütçe dışı bir ilişki kuran, paranın karşılığının alınmasının ve yönetişimin sağlanmasının amaçlandığı, çok taraflı karmaşık bir ilişkidir. Kamu otoritelerinin, bütçe kısıtlarından sıyrılarak, mevcut durumda yıllar sonra yapılabilecek yatırımları gerçekleştirmek amacıyla, bütçe dışı bir ilişki olma niteliği nedeniyle KÖİ projelerine yönelmesi mümkün olmakla birlikte, KÖİ projesinin kendisinden beklenen verimliliği sağlaması için, projeden paranın karşılığının alınması açısından uygun risk transferi yapılması, yönetişimin sağlanması için ise paydaşların sürece dâhil edilmesi gerekmektedir.

Kamu-özel işbirlikleri, hukuki yapısı, konusu ve finansman şekli uyarınca sınıflandırılmaktadır. İşbirliklerinin konusu, yatırımın yeni altyapı yatırımları gerektirip gerektirmemesine göre sıfırdan yatırım ve ilave yatırım projeleri olarak farklılaşmakta, özel sektörün yapması gereken yatırım miktarını ve uygulanabilecek modelleri etkilemektedir. Hukuki yapısı uyarınca kamu-özel işbirlikleri, sözleşmesel ve kurumsal olarak gruplandırılmaktadır. Kurumsal KÖİ'lerde kamu ve özel sektörün mevcut ya da yeni bir şirket yapısı içerisinde bir araya gelmesi söz konusu olurken, sözleşmesel KÖİ'lerde taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi

kurulmamaktadır. İşbirlikleri, finansman şekli uyarınca ise kamu alımı tipi ve imtiyaz tipi olabilmekte, kamu alımı tipi KÖİ'lerde işletme döneminde nakit akışı idarenin yaptığı ödemelerden sağlanırken, imtiyaz tipi KÖİ'lerde hizmetten yararlananlarla direkt finansal bir ilişki kurularak ücret toplanması söz konusu olmaktadır.

KÖİ'lerin diğer uygulamalarla karşılaştırılması yapıldığında, işbirliklerinin hem kamu alımları, hem de özelleştirme uygulamaları ile kesiştiği görülmektedir. Kamu alımları, kamusal bir ihtiyacın tedarik edilmesinin kurallarını belirlemekte olup, ihtiyacın tespiti, ihale süreci ve işin ihale edilmesi sonucunda bir yüklenici ile sözleşme imzalaması aşamalarını içermektedir. Bu çerçevede, kamu-özel işbirlikleri bir mal, hizmet veya yapım işi alımı olarak ifade edilen klasik kamu alımlarından farklı olmakla birlikte, geniş anlamda kamu alımları içerisinde yer almaktadır. Özelleştirme kavramı, kamu iktisadi teşebbüslerinin hisselerinin kısmen veya tamamen özel kişilere devrini ifade etmek için dar anlamda kullanılabildiği gibi, yönetimin veya işletmenin özel kişilere devri, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi gibi kamu hizmetine özel sektörün katılımını ifade etmek için geniş anlamda da kullanılabilmektedir. Bu bağlamda KÖİ uygulamaları, geniş anlamda özelleştirme kavramı içerisinde yer almaktadır.

Kamu hizmeti, özel kişilere statüter veya sözleşmesel ilişki içerisinde gördürülebilmekte, sözleşmesel ilişki ise Özel Hukuka veya İdare Hukukuna tabi olabilmektedir. Kamu-özel işbirlikleri, temelinde imtiyaz usulünün özelliklerini içermektedir. Bu nedenle düzenlendikleri yasalarda Anayasa'nın 47. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak özel hukuk sözleşmesi oldukları yönünde bir hükmün yer almaması halinde, idari sözleşme olarak nitelendirilmektedirler. İmzalanan

sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi oldukları yönünde yasal düzenleme olması halinde de, söz konusu sözleşme maddi anlamda idari sözleşme olmakla birlikte, şekli olarak özel hukuk sözleşmesi statüsü kazanmaktadır.

1980’li yıllardan itibaren çeşitlenen kamu hizmetinin gördürülme yöntemlerine ilişkin olarak yeknesak bir düzenleme olmaması uygulamada karışıklığa yol açmakta, yatırımcılar açısından zorluk yaratmaktadır. Hem usuli hem de maddi hususlara ilişkin olarak düzenlemelerde çeşitlilik bulunmaktadır. Kamu-özel işbirliklerinin tabi oldukları bir yasal düzenlemede, birden fazla mevzuata gönderme yapılması mümkün olmakta veya düzenleme konusu işin, farklı yasalarda düzenlenmiş olan KÖİ modelleri uyarınca yapılabileceğine dair hükümler bulunabilmekte veyahut işin konusu farklı yasal düzenlemeler yer alan birden çok modelle gerçekleştirilmeye elverişli olabilmektedir. Söz konusu değişik yasal düzenlemelerin de farklı ihale usulleri öngörmesi mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla aynı nitelikte bir işin, aynı idare tarafından, tamamen farklı hukuki düzenlemelere tabi olarak, farklı ihale yöntemleri takip edilerek ve farklı koşullarla özel sektöre devredilmesi söz konusu olabilmektedir. Kamu hizmetlerine özel sektörün katılımı yöntemlerinin sistematik bütünlükten yoksun olması, belirlilik ve hukuki güvenilirlik ilkesi açısından eksiklik yaratmakta, uygulamada karışıklığa sebep olmakta, uzun vadede uyuşmazlıkların çoğalmasına neden olma riskini bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle yeknesak bir düzenleme yaparak, bütün KÖİ yöntemleri için geçerli olarak temel kuralların belirlenmesi gerekmektedir.

Kamu yararı açısından, kamu-özel işbirliklerinde, hem yöntemsel hem de sözleşmesel olarak takip edilmesi gereken kimi unsurlar bulunmaktadır. Yöntemsel olarak kamu-özel işbirliği projelerinde kamu yararının sağlanması için, uzmanlaşmış

bir birimin bulunması; doğru proje için KÖİ modelinin uygulanmasına yönelik olarak, etkin bir ihale süreci işletilerek, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli ile sözleşme imzalanması ve yargısal belirsizliğin azaltılması gerekmektedir.

Kamu-özel işbirliklerinde, ihtiyaç analizi ile projelerinin önceliğinin belirlenmesinden, fizibilite analizleri yapılarak projeye karar verilmesine; ihale sürecinin başlatılmasından, ihalenin sonuçlandırılmasına; sözleşmenin müzakere edilmesinden, sözleşme yönetimine kadar farklı işlevlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Geniş bir yelpazede yer alan bu işlevleri yerine getirmek ve paydaşların sürece katılımını sağlayarak yönetim ilkesine uygunluğu temin etmek için, uzmanlaşmış bir birim kurulması gerekmektedir. Bu birimin merkezi, adem-i merkezi ya da karma modele göre kurulmasına ülkenin dinamikleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekmekte olup, önemli olan hangi modele göre birimin kurulduğu değil, görev ve yetki paylaşımının net bir şekilde düzenlenmesidir. Ülkemizde hali hazırda bazı bakanlıkların içerisinde KÖİ birimleri kurulmuş olmakla birlikte, bu birimler yerine getirmeleri gereken bütün işlevler açısından yeterli olmadığından, KÖİ sürecinde danışmanlık ihtiyacı çoğalmaktadır. Bu nedenle özerk bir KÖİ birimi kurularak, mevcut birimlerden uzmanların ve KÖİ uygulamaları açısından önem arz eden bakanlıklar ve kurumlar ile yıllardır özelleştirme konusunda bilgi birikimine sahip olan ÖİB'den ve ihaleler konusunda görev almakta olan Kamu İhale Kurumu'ndan uzmanların da bu birimde görev alması sağlanmalıdır.

Kamu-özel işbirliklerinde ihale süreci, ön hazırlık aşaması, yetki aşaması ve ihale aşaması olmak üzere birden çok aşamayı içermekte, her bir aşama içerisinde birçok işlemin yapılması söz konusu olmaktadır. Ön hazırlık aşamasında, strateji belgeleri çerçevesinde yapılan ihtiyaç analizi ile, proje önceliklendirmesi yapılarak

KÖİ projesinin yapılmasına karar verilmekte, ardından fizibilite analizleri yapılarak, KÖİ projesinin yapılabilirliği araştırılmaktadır. Bir projenin KÖİ yöntemiyle yapılmasının, paranın karşılığının alınması ilkesi çerçevesinde, ekonomik açıdan en avantajlı yöntem olup olmadığının her bir proje özelinde, bütün hizmet sunum yöntemleri karşılaştırılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, altyapının yapılmaması, kamu tarafından yapılması ve KÖİ yöntemi ile yapılması olasılıkları göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılmaktadır. Fizibilite analizleri sonucunda projenin yapılabilir ve KÖİ yönteminin de en avantajlı yöntem olduğuna karar verilirse, yetki başvurusunda bulunulmakta, ilgili idarenin yetki almasının ardından ihale aşamasına geçilmektedir. Ön hazırlık aşamasında yapılan analizlerin hukuka uygun bir şekilde yürütülmeleri, yeterli ve deneyimli personel tarafından yapılması, doğru projeler için KÖİ yönteminin uygulanmasını sağlayacaktır.

İhale aşaması, hazırlık, ilan, ön yeterlik değerlendirme, teklif ve müzakere, ihale ve sözleşme aşamalarından oluşmaktadır. Bu sürecin her aşamasında, temel ihale ilkeleri olan rekabet, saydamlık, eşitlik ve orantılılık ilkelerine uygun davranılması, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi isteklinin tespit edilmesi için önem arz etmektedir. İdarenin ihale ilanına çıkmak için hazırladığı dokümanların doğru hazırlanması, söz konusu işlemler ihalenin temel taşını oluşturduğu ve bir kısmı da sözleşmenin eki haline geldiği için önem taşımaktadır. Ön yeterlik, teklif ve müzakere aşamalarında ihale komisyonunun ihale ilkelerine uygun bir şekilde hareket ederek karar vermesi, iş bir istekliye ihale edildikten sonra teklifte esaslı değişiklik yapılmasına izin verilmemesi ve ihale dokümanlarının bir parçası olan taslak sözleşmede yer alan koşullara paralel olarak uygulama sözleşmesinin imzalanması sağlanmalıdır.

Kamu-özel işbirliği projelerinde yargısal belirsizlik taraflar açısından güvenilirliği sekteye uğrattığı için olabildiğince azaltılması gerekmektedir. Yargısal belirsizlik, sözleşme imzalanmadan önceki süreçte yürütülen ve idari olduğu kabul edilen ihale sürecine yönelik hukuka aykırılıklar için açılan iptal davalarında verilen iptal kararları nedeniyle ortaya çıkabildiği gibi, proje kapsamında yer alan hizmetlerden zarar gören 3. kişilerin açtıkları tazminat davalarında verilen kararlar nedeniyle de söz konusu olabilmektedir.

Kamu-özel işbirliği sözleşmesi imzalandıktan sonra, idari yargı yerlerince ihale sürecine yönelik olarak verilen ve idarenin iradesini sakatladığı için sözleşmenin geçerliliğini etkileyen iptal kararlarının uygulanmasında yaşanan sıkıntıları gidermek için, hukuka aykırılık iddialarının sözleşme imzalanmadan önceki aşamada sonuçlandırılmasını sağlayacak hukuki mekanizmalar ve idari yargıda tedbir kararları getirilebilir. Bu çerçevede, ihale kararı ile sözleşmenin imzalanmasının arasına bir asgari bekleme süresinin öngörülmesi ve ihale sürecine ilişkin hukuka aykırılık iddiası olduğunda, ihale sürecini askıya almaya yönelik geçici tedbir kararı verilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca, yargısal belirsizliği en aza indirmek için, oluşturulacak ya da yetkilendirilecek KÖİ birimine, Kamu İhale Kurulu'nda olduğu gibi bir şikâyet mekanizması getirilerek, ihalelere ilişkin uyuşmazlıkların sözleşme imzalanmadan önce çözülmesi sağlanabilir. Bunlardan başka, ihale işlemlerine karşı açılacak iptal davalarının, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen ivedi yargılama yöntemine tabi tutularak, işlemlerde hukuka aykırılık bulunması durumunda, bu aykırılıkların kısa sürede ortaya çıkarılması sağlanarak, mahkeme kararlarının uygulanmasında hukuki ve fiili imkânsızlık oluşmasının önüne geçilebilir.

Tazminat kararları nedeniyle oluşan yargısal belirsizliğin ortadan kaldırılması için, mevcut yasal düzenlemelerde yer alan sorumluluk hükümlerinin geliştirilmesi, ‘yetki normu’ niteliğinin ötesine geçilerek yüklenicinin sorumluluğunun temeli oluşturulacak, sorumluluk şartlarını taşıyan maddi hukuk normları konulması ya da TBK’deki hangi sorumluluk türü uyarınca yüklenicinin sorumlu olacağı belirlenerek, idarenin sorumluluğunun sınırının çizilmesi gerekmektedir.

Bir KÖİ projesinin kamu yararına uygun olduğunu tespit edebilmek için, sözleşmenin içeriğinin kamu yararına uygun olması gerekmektedir. KÖİ sözleşmelerinin, beklenmeyen durumlara uyarlanabilecek ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümleyebilecek kadar esnek olması, ancak sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi halinde, proje şirketinin sözleşmeden kaynaklanan tekелci ve güçlü konumundan yararlanmasını engelleyecek kadar belirgin olması gerekmektedir. KÖİ sözleşmesinde yer alan her bir husus kamu yararı açısından önemli olmakla birlikte, sözleşme süresi, ödemelerin ve/veya tarifelerin belirlenmesi, risklerin taraflar arasında etkin dağılımının yapılması ve devlet desteklerinin belirlenmesi, idareye denetim yetkisi verilmesi, müdahale hakkı tanınması, sözleşmenin uyarlanmasının koşullarının ve sona erme hallerinin düzenlenmesi özellikle önem taşımaktadır.

Sözleşme süresinin kısa belirlenmesi rekabeti arttırmakta, hizmetin teknolojideki hızlı gelişmelere uyarlanmasını kolaylaştırmakta, özel tekellerin oluşmasını engellemekle birlikte, büyük yatırım gerektiren projelerde yapılan kısa süreli sözleşmeler, tarifelerin veya idarenin yapacağı ödemelerin çok yüksek olmasına ya da ihalelere daha az sayıda isteklinin katılmasına neden olabilmektedir. Ayrıca kısa süreli sözleşmelerde, sözleşme süresi sonunda yüklenici

değişebileceğinden, hizmetin işletme tarzının sık sık değişmesi söz konusu olabilecek ve kamu hizmetinin devamlılığı açısından sorun yaşanabilecektir. Bu nedenle KÖİ sözleşmelerinde, sözleşme süresinin çok uzun ya da kısa belirlenmemesi esas olup, yasalarda düzenlenen azami sürelerin içerisinde kalmak kaydıyla, sürenin yatırımın geri dönüşünü ve yüklenicinin makul oranda elde edeceği kârı sağlayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme için işletme ömrü, hizmete ihtiyaç duyulacak süre, yüklenicinin yaptığı proje ile ilişkili yatırımların işletme ömürleri, kullanılacak teknolojinin değişim hızı gibi hususlar göz önüne alınmalıdır.

Kamu hizmetlerinin gördürülmesi söz konusu olduğunda, tarifenin belirlenmesinde kâr da bir kalem olarak dikkate alındığından tarifeler yükselmekte olup, KÖİ modelleri ile hizmetin sunulması durumunda, paranın karşılığının alınması ile kastedilen hizmetlerin daha kaliteli ve düşük maliyetli olması değil, hizmetin daha kaliteli sunulması ve kaynakların etkin kullanılması olmaktadır. Bu çerçevede, KÖİ sözleşmelerinde, ödemelerin ve/veya tarifelerin belirlenmesinde, yüklenicinin hizmeti kaliteli bir şekilde aksatmadan sunması amaçlanmalı, sözleşme bedeli ve/veya ücreti, sözleşme süresi dikkate alınarak, yüklenicinin yatırımının geri dönüşünü ve makul bir kârı elde edeceği şekilde belirlenmelidir.

Risklerin taraflar arasında etkin dağılımının yapılması, VfM'nin sağlanmasında temel unsur olarak kabul edilmekte olup, risk paylaşımı yapılırken riskin, o riski en iyi yönetecek tarafta bırakılması esastır. Yüklenicinin üstlendiği kimi risklerin hafifletilmesi ve kamu hizmeti piyasasının özel yatırımcı için çekici olması için, kimi devlet desteklerinin verilmesi söz konusu olmaktadır. Devlet desteklerinin, risklerin tamamen kamu otoritelerinin üzerinde kalmasına neden

olmayacak ancak yatırımcıların projede yer alması için motivasyon sağlayacak derecede verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle risklerin paylaşımı ve verilecek devlet desteklerinin belirlenmesi aşamasında, değerlendirmelerinin ayrıntılı bir şekilde yapılması gerekmektedir.

KÖİ projeleri, kamu hizmetlerinin sunumunda yararlanılan altyapı yatırımlarının özel sektörcü finanse edilerek kurulması ve/veya işletilmesi, yenilenmesi ve kamu hizmetinin sunulması için yapıldığından, idareye denetim yetkisi verilmesi, bu yetkinin içerik, zaman ve sıklığının düzenlenmesi gerekmektedir. İdarece veya idarenin yetkilendirdiği kişilerce denetimler, hem sözleşme konusu hizmetin kamu hizmeti ilkelerine uygun şekilde yürütülüp yürütülmediğini saptamayı, hem de sözleşmenin değişen hukuki ve ekonomik şartlara uygun olarak uyarlanmasının gerekmesi halinde bu durumu tespit etmeyi hedeflemektedir.

KÖİ projeleri kamu hizmetinin gördürülmesi kapsamında yer aldığından, kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi çerçevesinde hizmet sunumunun aksamaması önem arz etmekte olup, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi halinde kreditoörlere müdahale hakkı tanınabileceğı gibi, hem yüklenicinin ifa yetersizliğı hem de yüklenicinin iradesi dışında meydana gelen, insan, mal veya çevreye karşı ciddi sağıık veya güvenlik tehdidinin bulunması, yasal bir yükümlölüğün ifası veya acil bir durumun ortaya çıkması gibi durumlarda, idareye de müdahale yetkisi tanınabilmektedir. Müdahale istisnai bir durum olduğı için, yasada veya sözleşmede düzenlenmesi gerekmektedir.

KÖİ uygulamaları, uzun süreli bir ilişki oluşturdıklarından, imzalanan uygulama sözleşmeleri eksik sözleşme niteliğinde olmakta ve bu nedenle zamanla değişen koşullara göre uyarlanması gerekmektedir. Sözleşme hükümlerinde, idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisine dayanan değişiklikler söz konusu olabileceği gibi, tarifelerin güncellenmesi gibi sözleşme hükümlerinin kendisinden kaynaklanan değişiklikler veya sözleşmenin koşullarında meydana gelen değişikliklerden kaynaklanıp tarafların üzerinde anlaştıkları değişiklikler de olabilmektedir. Bütün bu hâllerde sözleşmenin taraflarca uyarlanması mümkün olmakla birlikte, uyarlama ile sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapılması söz konusu olsaydı, idarenin yeniden ihaleye çıkması gerekmektedir.

Kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi gereğince, sözleşmenin sona erdirilmesi son çare olup, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulması gerekmektedir. Bu nedenle hangi hallerinin sözleşmenin feshine neden olacağı belirlenerek öngörülebilirlik sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

2016 Yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı Eki, **RG**; 23.01.2016, sayı: 29602 (mükerrer). (2016 Yılı Programı)

2017 Yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı Eki, **RG**; 30.10.2016, sayı: 29873 (mükerrer). (2017 Yılı Programı)

ACAR Muhittin, **Accountability in Public-Private Partnerships: Perspectives, Practices, Problems and Prospects**, Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, 2009.

ACARTÜRK Ertuğrul/KESKİN Sabiha, “*Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, 2012, ss. 25-51.

AKBULUT Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

AKDOĞAN A. Argun, “*Habermas’ın Sistem Kuramı Eleştirisi Çerçevesinde Yeni Kamu İşletmeciliği*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40, S. 4, 2007, ss. 21-44.

AKDOĞAN Muzaffer, “*Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, 2014, ss. 683-702.

AKDOĞAN Muzaffer, **Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası**

İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması, İstanbul: XII Levha

Yayıncılık, 2015. **(Kamu Alımları)**

AKILLIOĞLU Tekin, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, Amme İdaresi

Dergisi, C. 24, S. 2, 1991, ss. 3-15. *(Kamu Yararı)*

AKILLIOĞLU Tekin, **Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş**, 2.

Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2015. **(Hukuka Giriş)**

AKIN Zekeriya, **Rekabet Hukuku Bağlamında Devlet Yardımları**, Isparta: TC

Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim

Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

AKINTOYE Akintola/BECK Matthias/HARDCASTLE Cliff, “Introduction: Public-

Private Partnership in Infrastructure Development”, **Public Private**

Partnerships: Managing Risks and Opportunities, ed. Akintola

AKINTOYE/Matthias BECK/Cliff HARDCASTLE, Oxford: Blackwell

Publishing, 2003, ss. xix-xxiv.

AKINTOYE Akintola, “PPPs for Physical Infrastructure in Developing Countries”,

Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships, ed.

Akintola AKINTOYE/Matthias BECK, West Sussex- Oxford: Wiley-

Blackwell Publishing, 2009, ss.123-144.

AKTAN Coşkun Can/DİLEYİCİ Dilek, “Altyapı Reformu: Altyapı Hizmetlerinin

Sunumu ve Finansmanında Yeni Trendler- Alternatif Yöntemler”, **Altyapı**

Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme, ed.

Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 43-63. (Altyapı Reformu)

AKTAN Coşkun Can/DİLEYİCİ Dilek, “Genel Olarak Altyapı Hizmetleri”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, edt. Coşkun Can AKTAN/ Dilek DİLEYİCİ/ İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 11-20.

AKTAN Coşkun Can/ VURAL İstiklal Y., “Gelişmekte Olan Ülkelerde Altyapı Reformlarının Etkileri ve Sonuçları”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, edt. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 177-188.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

ALİCAN Nesrin, **Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**, Ankara: TC Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, 2008.

ALSHAWI Mustafa, Concept and Background to Public Private Partnership (PPP)/ Private Finance Initiative (PFI) UK Experience, 2009.

ALTAY Ali, “İdari (Özelleştirme) İşlem(lerin)in İptali ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen ya da Bu İşlemlerin Müdahale Ettiği Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti” (Gri Alan),

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Dosyalar/yie/IPTAL.pdf>. (Gri Alan)

ALTAY Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009. (**Ortak Girişim**)

ALYANAK Servet, **Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

AMILHAT Mathias, **La Notion de contrat administratif- L’influence du droit de l’Union européenne**, Bruxelles: Bruylant, 2014.

ANDRECKA Marta, “Innovative Public-Private Partnerships”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 242-267.

ANDRES Luis A./GUASCH J. Luis, “Negotiating and Renegotiating PPPs and Concessions”, **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, IMF Publication, ed. Gerd SCHWARTZ/Ana CORBACHO/Katja FUNKE, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008, ss. 197-227.

ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997.

ASCHIERI Annalisa, “*Non-Financial Benefits: Another Reason to Foster the Promotion of PPPs as a Viable Alternative for Public Service Delivery*”, EPPPL, 4/2014, ss. 240-255.

ASLAN Zehreddin/ARAT Nilay, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2002/2, ss. 1-25.

ATASOY Hidayet, **Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği**, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.

ATAY Ender Ethem/ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

ATHIAS Laure, **Uncertainty, Renegotiation and Incentives in Public Private Partnerships: An Economic Analysis of Worldwide Toll Road Concessions**, Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne U.F.R. de Sciences Économiques, 2007.

ATİYAS İzak/ODER Burak, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Ankara: TEPAV, 2008.

AUDIT COMMISSION, **PFI in Schools: The quality and cost of buildings and services provided by early Private Finance Initiative schemes**, Northampton: Belmont Press, 2003.

AYANOĞLU Kamil/DÜZYOL M.Cüneyd/İLTER Niyazi/YILMAZ Cevdet, **Kamu Yatırım Projelerinin Planlanması ve Analizi**, DPT İktisadi Sektörler Koordinasyon Genel Müdürlüğü Proje, Yatırımları Değerlendirme ve Analiz Dairesi, 1996.

AYAYDIN Cem, **1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

AYDIN Eyüp Vural, **Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı:**

Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli, İstanbul: Marmara Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış

Doktora Tezi, 2014.

AYDINOĞLU Zeynep Nihal, **Özel Kişiler Tarafından Yürütülen Kamu**

Hizmetlerinde İdarenin Denetim ve Gözetim Yükümlülüğü, Ankara:

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

AYRANCI Hasan, “*Sözleşme Kurma Zorunluluğu*”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, ss.

229-252.

AYRANCI Hasan, **Enerji Sözleşmeleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010. (**Enerji**

Sözleşmeleri)

AZRAK Ülkü, “*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair*

Mukayeseli Bir İnceleme”, İÜHFM, C. 29, S. 3, 1963, ss. 521-539.

BAKİOĞLU Ayşen/KİRİŞÇİ SARIKAYA Aylin, **Eğitimde Özelleştirme, Avantaj**

ve Dezavantajlar, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2015.

BALL Rob/HEAFEY Maryanne/KING Dave, “Risk Management and the Private

Finance Initiative”, **Public Private Partnerships- Policy and Experience**,

edt. Abby GHOBADIAN/David GALLEAR/Nicholas O’REGAN/Howard

VINEY, Hampshire-New York: Palgrave Macmillan, 2004, ss. 179-188.

BAUBY Pierre, **Service public, services publics**, Paris: La Documentation

française, 2011.

BAYAZIT Bahar/ALPER Gizem, “*Ultrahazardous Activity Liability in PPP Models: Efficient Allocation of Risk*”, AÜHFD, C. 66, S. 1, 2017, ss. 1-47.

BAYLISS Kate, “Özelleştirme Teorisi ve Uygulaması: Kalkınma Bağlamında Politika Evriminin Eleştirel Bir Analizi”, **Neoliberal Küreselleşme ve Kalkınma- Seçme Yazılar**, edt. Fikret ŞENSES, İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2013, ss. 545-572.

BAYTAN İlhan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

BERGÈRE François/BEZANÇON Xavier/DERUY Laurent/GOULARD Guillaume/FORNACCIARI Marc, **Le guide opérationnel des PPP**, 3^e ed., Paris: Le moniteur, 2010.

BERKSOY Turgay/ ŞAHİN Mehmet/ UYSAL Özge, “*Kamusal Beyaz Filler ve Kamu Özel Sektör Ortaklıkları*”, Bankacılar Dergisi, S. 83, 2012, ss. 77-98.

BEZANÇON Xavier, **2000 ans d'histoire du partenariat public-privé - pour la réalisation des équipements et services collectifs**, Paris: Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2004.

BING Li/AKINTOYE Akintola/EDWARDS Peter/HARDCASTLE Cliff, “*The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*”, International Journal of Project Management, Vol: 23, 2005, ss. 25-35.

BING Li/AKINTOYE Akintola, “An Overview of Public-Private Partnership”,
Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities, ed.
Akintola AKINTOYE/Matthias BECK/Cliff HARDCASTLE, Oxford:
Blackwell Science, 2003, ss. 3-30.

BINGISSER Stefan/KUNZMANN Melanie, “Principes Directeurs PPP Suisse
Bâtiment- Financement”, **Partenariat Privé Public (PPP) Guide pratique
Bâtiment avec rapport sur l’expérience du projet pilote Neumatt/BE**,
Gêneve-Zurich-Bâle: Schultess, 2011, ss. 53-64.

BİLGİN Pertev, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, İHİD, C.1, S.1, 1980, ss. 113-116.

BİLGİN Pertev, “*Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme)*”,
İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 9, 1994, ss. 23-
38. (*Taşınmaz Mallar*)

BOARDMAN Anthony E./VINING Aidan R., “*The Political Economy of Public-
Private Partnerships and Analysis of Their Social Value*”, Annals of Public
and Cooperative Economics, Vol: 83:2, 2012, ss. 117-141.

BOLZ Urs/KUNZMANN Melanie/WILHELM Thomas, “Introduction”, **Partenariat
Privé Public (PPP) Guide pratique Bâtiment avec rapport sur
l’expérience du projet pilote Neumatt/BE**, Gêneve-Zurich-Bâle: Schultess,
2011, ss. 1-14.

BONNARD Roger, **Précis élémentaire de droit public**, 2^e ed., Paris: Librairie du
Recueil Sirey, 1932.

BOVIS Christopher , *“Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration”*, EPPPL, 2/2013, ss. 186-199. (Efficiency)

BOVIS Christopher, *“How should services of general interest be financed: Does the relation between state aids and market forces reveal a link with Public Private Partnerships?”*, EPPPL, 3/2007, ss. 153-173. (General Interest)

BOVIS Christopher, *“Judicial Review of Public Private Partnerships”*, EPPPL, 2/2007, ss. 104-111. (Judicial Review)

BOVIS Christopher, *“The Notion of Public Concession as a Component of Public Private Partnerships”*, EPPPL, 1/2007, ss. 12-16. (Public Concession)

BOVIS Christopher, *“The Private Finance Initiative (PFI) as the Prelude of Public Private Partnerships (PPPs)”*, EPPPL, 1/2006, ss. 24-32. (PFI)

BOZ Selman Sacit, *“Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, ss. 277-332.

BRACONNIER Stéphane, *“L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général”*, AJDA, No: 37, 2009, ss. 2035-2043.

BRENET François, *“Les nouvelles bases du droit des concessions”*, AJDA, No: 18, 2016, ss. 991-999.

BUCHER Charles-Édouard, **L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat du droit administratif**, Paris: Dalloz, 2011.

BUDINA Nina/POLACKOVA BRIXI Hana/IRWIN Timothy, **Public-Private Partnerships in the New EU Member States Managing Fiscal Risks**, World Bank Working Paper No: 114, Washington: World Bank Publications, 2007.

BULT-SPIERING Mirjam/DEWULF Geert, **Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective**, Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

BURGER Philippe/HAWKESWORTH Ian, *"How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement"*, OECD Journal on Budgeting, Vol: 2011/1, 2011, ss. 1-56.

BURNETT Michael, *"Public-Private Partnership Contract Management- Still in Need of More Attention"*, EPPPL, Vol: 8, Issue 3, 2013, ss. 217-230.

BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

CALLEJA Antoinette, *"Procurement Beyond Award: On the Integration of Governance Principles when Executing Public Private Partnerships"*, EPPPL, 4/2013, ss. 294-301.

CALLEJA Antoinette, *"The Legal and Policy Considerations in the Award of Public-Private Partnerships"*, EPPPL, 2/2010, ss. 97-105. (PPP)

CELLUCI Thomas A., **A Guide to Innovative Public-Private Partnerships:**

Utilizing the Resources of the Private Sector for the Public Good,

Lanham-Toronto-Plymouth: The Scarecrow Press, 2011.

CHAHID-NOURAÏ Noël/LAZERGES Romaric, “*La résolution des litiges dans les contrats de partenariat*”, AJDA, No: 35, 2009, ss. 1924-1931.

CHANG Huei-Tung, **Contrat de partenariat public-privé –une nouvelle forme**

d’entente- Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne École Doctorale de Droit Public et de Droit Fiscal, 2010.

CHAPUS René, **Droit administratif général**, Tome 1, 15^e ed., Paris:

Montchrestien, 2001.

CHEN Chuan/CHEN Ping/WANG Qi, “Comparing the Efficiency of Public-Private

Partnerships with the Traditional Procurement: Based on the Chengdu No: 6

Water Plant B”, **Proceedings of the Tenth International Conference on**

Management Science and Engineering Management, ed. Jiuping XU/Asaf

HAIJIEV/Stefan NICKEL/Mitsuo GEN, Singapore: Springer, 2017, ss. 487-501.

CHINYIO Ezekiel/GAMESON Rod, “Private Finance Initiative in Use”, **Policy,**

Finance & Management for Public-Private Partnerships, ed. Akintola

AKINTOYE/Matthias BECK, West Sussex- Oxford: Wiley- Blackwell

Publishing, 2009, ss. 3-26.

CIPFA, **Private Finance Initiative**, London, 1999.

CLARKE Charles M., “*An Overview of the CJEU's Current Approach Towards the Application of the Underlying Treaty Principles Governing Concessions: Does the New Concessions Directive Reflect the Court's Progressive Functional Methodology and Provide for Legal Certainty?*”, EPPPL, 4/2015, ss. 273-285.

COLLINS Hugh, **Regulating Contracts**, Oxford: Oxford University Press, 1999.

Commonwealth Secretariat, **Introducing New Approaches: Improved Public Service Delivery**, Managing the Public Service Strategies for Improvement Series, No: 5, London: Commonwealth Secretariat, 1998.

Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général* - Rapport public 1999,
<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>.

CORBACHO Ana/SHWARTZ Gerd, “PPPs and Fiscal Risks: Should Governments Worry?”, **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, IMF Publication, ed. Gerd SCHWARTZ/Ana CORBACHO/Katja FUNKE, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008, ss. 85-104.

Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision 2006/35/EC (2008/157/EC).

Council Decision of of 23 January 2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC).

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No: R (84) 15.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017. (**İdare Hukuku**)

ÇAĞLAYAN Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007. (**Kusursuz Sorumluluk**)

ÇAKIR Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015. (**Sağlık Hizmetleri**)

ÇAKIR Mehmet Kadir, **6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala- Devret**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (**Yap-Kirala-Devret**)

ÇAKMAK Naci Münci, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

ÇAL Sedat, “*Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi*”, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, ss. 163-197. (*Kamu Hizmeti Kavramı*)

ÇAL Sedat, “*Intuitu Personae*” veya *İmtiyaz Sözleşmelerinde İdarenin İmtiyazcayı Seçme Hakkı Üzerine*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 3, 2010, ss. 49-115. (*Intuitu Personae*)

ÇAL Sedat, “*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2009, ss. 1829-1906,
<http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>.

ÇAL Sedat, “*Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, ss. 599-655. (*Kamu Hizmeti*)

ÇAL Sedat, **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Ankara: TOBB Yayın No: 58, 2008. (**İmtiyaz**)

ÇEKİRGE Halis Levent, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Sektör Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının İncelenmesi**, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

ÇELEN Mustafa/BALİ Bülent, “*Altyapı Yatırımlarına Özel Sektör Katılımının Fiyatlandırma Politikası Üzerine Etkisi*”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2005, ss. 217-245.

ÇETİNKAYA Özhan, **Türkiye’de Kamu İşletmeciliği ve Özelleştirme**, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2012.

ÇITAK Halim Alperen, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

DANIŞMAN Tolga/ÇİFÇİ İtir Sevim/GEDİK Hakkı/MAMAK Kemal/İŞMEN Senem, “Country Reports- Turkey”, **International Project Finance and PPPs: A Legal Guide to Key Growth Markets**, edt. Jeffrey

DELMON/Victoria Rigby DELMON, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, ss. Turkey 1-78.

DAVIES Anne, **The Public Law of Government Contracts**, Oxford: Oxford University Press, 2008.

DAVIS Alan, “*Financing PEI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid*”, EPPPL, 3/2009, ss. 152-157.

DE BETTIGNIES Jean-Etienne/ ROSS Thomas W., “*The Economics of Public-Private Partnerships*”, Canadian Public Policy – Analyse de Politiques, Vol: XXX, No: 2, 2004, ss. 135-154.

DELİCE Güven, “Özelleştirmenin Nedenleri, Amaçları, Yöntemleri”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, ed. Cengiz YAVİLİOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 41-66.

DELİCE Güven/YAVİLİOĞLU Cengiz, “Özelleştirme: Kavramsal ve Teorik Çerçeve”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, ed. Cengiz YAVİLİOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 7-40.

DELMON Jeffrey, “Introduction to Public-Private Partnerships”, **International Project Finance and PPPs: A Legal Guide to Key Growth Markets**, ed. Jeffrey DELMON/Victoria Rigby DELMON, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, ss. Introduction to PPPs 1-23. (PPP)

DELMON Jeffrey, **Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

DELMON Jeffrey, **Public-Private Partnership Programs- Creating a Framework for Private Sector Investment in Infrastructure**, The Hague: Kluwer Law International, 2014.

DEMİRBAĞ Cengiz, **Kamu Özel Sektör İşbirliği Modeli Çerçevesinde Türkiye için Büyük Kamu Yatırımlarının Gerçekleştirilmesine İlişkin Model Önerisi**, Ankara: TC Maliye Bakanlığı Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, 2007.

DİK Esra, **Kamu Yararı**, Mersin: Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

DİLEKLİ Selin/YEŞİLKAYA Kadriye, Maastricht Kriterleri DPT Müsteşarlığı, 2002, s. 1-2,
www3.kalkinma.gov.tr/DocObjects/Download/2976/kriter.pdf;
https://www.ab.gov.tr/files/EMPB/fasil_sunumlari/ekonomik_kriterler_2016_ocak.pdf

DOĞANYİĞİT Saadettin/GÜVENDİ İrfan, **İhale ve Sözleşme Hukuku**, Ankara: KAMEP Derneği Yayınları, 2016.

DURAN Lütfi, “*Yap-İşlet-Devret*”, **Prof. Muammer Aksoy’a Armağan**, AÜSBFD, C. 16, S. 1–2, 1991, ss.147-170. (*Yap-İşlet-Devret*)

DURAN Lütü, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2956), 1982. (**İdare Hukuku**)

DURAN Lütü, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara: Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1974. (**Sorumluluk**)

EC, Commission Interpretative Communication on the Application of Community Law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), 2008/C 91/02, Brussels, 2008. (IPPP)

EC, Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law, 2000/C 121/02, 2000. (Concessions)

EC, Commission Staff Working Document: FAQ concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, SEC (2007) 1514, Brussels, 2007. (FAQ)

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

EC, Communication From The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions on A Quality Framework for Services of General Interest in Europe, COM(2011) 900 final, 20.12.2011.

EC, Explanatory Note-Competitive Dialogue-Classic Directive, corresponding CC/2005/04.

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

EC, Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, Brussels, 2003.
(Guideline)

EC, Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, SEC 2005/629, 2005.

EFCA, **Award Procedures for Public-Private Partnerships (PPPs) for Project Delivery**, 2006.

EIC, EIC White Book on BOT/ PPPs, Berlin, 2003.

EMEK Uğur, “*Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y.16, S. 184, 2001, ss. 42-53. (*Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme*)

EMEK Uğur, “*Devletleştirme ve Özelleştirme Arasında: Kamu-Özel İşbirlikleri*”, İktisat, İşletme ve Finans, 22/261, 2007, ss. 155-159. (*KÖİ*)

EMEK Uğur, “İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, ed. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 23-35.
(*Doğal Tekel*)

EMEK Uğur, “*Kamu-Özel İşbirliklerinin Devlet Muhasebe Sistemindeki Yeri ve Önemi*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 29, S. 337, ss. 9-38. (*Muhasebe*)

- EMEK Uğur, “*Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye*”, Rekabet Dergisi, C. 10, S. 1, 2009, ss. 7-53. (Avrupa Topluluğu ve Türkiye)
- EMEK Uğur, “*Özelleştirme Uygulamalarında Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 15, Nisan 2000, ss. 74-86.
- EMEK Uğur, “*Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Nisan 2006, ss.70-73.
- EMEK Uğur, “*Piyasaların Oluşumunda İhale Düzenlemeleri ve Rekabet Politikaları*”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2001, ss. 57-94.
- EMEK Uğur, “*Turkish Experience with Public Private Partnerships in Infrastructure: Opportunities and Challenges*”, Utilities Policy, No: 37, 2015, ss. 120-129.
- EMEK Uğur, “*Türkiye’de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, ne zaman, nasıl?*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 24, S. 284, ss. 9-45. (Altyapı Hizmetleri)
- EMEK Uğur, “*Türkiye’de Düzenleyici Devlete Dönüşüm Süreci*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Mayıs 2006, ss. 23-26.
- EMEK Uğur, “*Yap-İşlet Projeleri: İmtiyaz veya Özel Hukuk Sözleşmeleri?*”, İktisat, İşletme ve Finans, Y. 21, Ağustos 2006, ss. 21-24.

EMEK Uğur, “*YİD Modeli ile Yaptırılacak Üçüncü Havalimanı İhalesinden Sonra Rekabet Kurulu’ndan Görüş ve/veya Ön İzin Alınması Gerekli Midir?*”

<http://uemek.blogspot.com.tr/2012/11/yid-modeli-ile-yaptrlacak-ucuncu.html>.

EMEK Uğur, **Altyapı Yatırımlarında Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri**, İstanbul: İktisadi Araştırmalar Vakfı, 2010. **(KÖİ Yöntemleri)**

EMEK Uğur, **Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı**, Ankara: TÜSİAD Yayın No: TÜSİAD-T/2001-11/311, 2001.

EMEK Uğur, **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması**, Ankara: DPT Yayın No: 2657, 2002. **(Rekabet)**

EMEK Uğur/ACAR Muhittin, “Public Procurement in Infrastructure: The Case of Turkey”, **Government Favouritism in Europe, The Anticorruption Report 3**, edt. Alina MUNGIU-PIPPIDI, Opladen-Berlin-Toronto: Barbara Budrich Publishers, 2015, ss. 84-96.

ENGLISH Linda M., “*Public Private Partnerships in Australia: An Overview of their Nature, Purpose Incidence and Oversight*”, University of New South Wales Law Journal, Vol: 29(3), 2006, ss. 250-262.

EPEC, **A Guide to Guidance Sourcebook for PPPs in TEN-Transport. (TEN-Transport)**

EPEC, **A Programme Approach to PPPs: Lessons from the European Experience**, 2015. **(European Experience)**

**EPEC, Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships Purposes,
Methodology and Recent Trends, 2010.**

**EPEC, Managing PPPs During Their Contract Life: Guidance for Sound
Management, 2014. (Managing PPP)**

**EPEC, State Guarantees in PPPs: A Guide to Better Evaluation, Design,
Implementation and Management, 2011. (State Guarantees)**

**EPEC, Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts: Review of
Current European Practice and Guidance, 2013. (Termination)**

**EPEC, The Guide to Guidance How to Prepare, Procure and Deliver PPP
Projects.**

**ERDEM Ebru, Sağlık Hizmetinde Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Kamu
Maliyesine Etkileri, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.**

**EREKMEKÇİ Müge, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli
Çerçevesinde Üst Hakkı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.**

**EREN Veyssel/KILIÇ Selim, “Yerel Hizmetlerde Özelleştirmeye Alternatif Bir
Yöntem Olarak Rekabet Yaklaşımı”, AÜSBFD, C. 61, S. 3, 2006, ss. 73-101.**

**ERSÖZ Melis, Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private
Partnership Uygulamaları, İstanbul: İktisadî Araştırmalar Vakfı, 2010.**

ESPLUGAS Pierre, Le Service Public, 3^e ed., Paris: Dalloz, 2012.

European Parliament, Resolution on Public-Private Partnerships and Community

Law on Public Procurement and Concessions, 2006/2043 (INI), 26.10.2006.

EUROSTAT, **A Guide to the Statistical Treatment of PPPs**, 2016. (**Statistical Treatment**)

EUROSTAT, **Manuel SEC95 pour le déficit public et la dette publique**.

EUROSTAT, New decision of Eurostat on deficit and debt Treatment of public-private partnerships, news release, STAT/04/18, 2004. (Decision)

EVANS Joanne/BOWMAN Diana, “Getting the Contract Right”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**,
edt. Graeme HODGE/Carsten GREVE, Cheltenham: Edward Elgar
Publishing, 2007, ss. 62-80.

EVREN Çınar Can, **Kamu-Özel İşbirlikleri (Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi)**, Ankara: Seçkin
Yayıcılık, 2016.

FALAY Nihat, “Özelleştirme Yöntemleri ve Sorunlar”, **Özelleştirme Tartışmaları**,
edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1994, ss. 21-36.

FAULKNER Keith, “Public-Private Partnerships”, **Public Private Partnerships- Policy and Experience**, edt. Abby GHOBADIAN/David

GALLEAR/Nicholas O'REGAN/ Howard VINEY, Hampshire-New York:
Palgrave Macmillan, 2004, ss. 65-70.

FORWARD Paul, “*Public Private Partnership or Conflict: Is it Time for a New Approach?*”, University of New South Wales Law Journal, Vol: 29(3), 2006, ss. 263-269.

FOURIE Frederic CvN/BURGER Philippe, “*An Economic Analysis and Assessment of Public - Private Partnerships (PPPs)*”, South African Journal of Economics, Vol: 68, Issue 3, 2000, ss. 694-725.

FRÉHAUT Perrine, **L’impact des institutions sur l’essor des partenariats public-privé dans les pays en développement**, Paris: Université Paris I Panthéon-Sorbonne DEA Décisions Publiques, Institutions et Organisations, 2005.

GARSSE Steven van, “Concessions and Public Procurement”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**, ed. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 593- 626.

GARSSE Steven van, “Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 28-30 August 2008,
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.568.341&rep=rep1&type=pdf>.

GAUDEMET Yves, “*Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique*”, BJCP, No: 36, 2004, ss. 331-339.

GEDİZ ORAL Burcu, **Kamu Özel Sektör İşbirlikleri Finansmanı Rant Vergisi**, Ankara: Gazi Kitabevi, 2017.

GENÇ Ömür/ERTUĞRUL Erdal, **Altyapı Yatırımlarının Finansmanı**, Ankara: Türkiye Kalkınma Bankası AŞ- Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, 2007.

GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun/BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 5. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2012.

GOMEZ Christy/GAMBO Muhammad, “*Evaluation of Special Purpose Vehicle Organisation Skill Sets Taxonomy for Effective Public-Private Partnership Infrastructure Project Delivery*”, Journal of Construction in Developing Countries, 21(1), 2016, ss. 147-165.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2016.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku - Cilt I - Genel Esaslar**, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016. **(Cilt I)**

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku - Cilt II – İdari Yargılama Hukuku**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017. **(Cilt II)**

GRIMSEY Darrin/LEWIS Mervyn K., “Developing a Framework for Procurement Option Analysis”, **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, ed. Akintola AKINTOYE/ Matthias BECK, Oxford: Blackwell Publishing, 2009, ss. 398-413.

GUGLIELMI Gilles J./KOUBI Geneviève, **Droit du service public**, 3^e ed., Paris: Montchrestien Lextenso éditions, 2011.

GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, edt. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 140-154.

GÜLAN Aydın, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, İÜHFM, C. LVI, S. 1-4, 1998, ss.97-107. (*Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*)

GÜLAN Aydın, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987. (**Kamu Hizmeti**)

GÜLAN Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 1999. (**Kamu Malları**)

GÜLEN Fikret, <http://www.yayed.org/id81-incelemeler/ozellestirme-yap-islet-devret-kamu-ozel-sektor-isbirligi.php>.

GÜLNAR Halil, **Yüksek Hızlı Tren Yatırımlarının Gelir Ortaklığı Senedi ile Finansmanı**, Ankara: TC Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No: 2958, 2016.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2011.

GÜNGÖR Harun, **Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye için Değerlendirme**, Uzmanlık Tezi, Ankara: TC Kalkınma Bakanlığı Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No: 2831, 2012.

GÜRKAN Mehmet Fatih, **Kamu Özel Ortaklığı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

GÜRZUMAR Osman Berat, **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı: Kamu Mali Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001.

GÜZELSARI Selime, “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme” **Kamu Yönetimi: Yapı, İşleyiş, Reform**, edt. Barış ÖVGÜN, Ankara: KAYAUM Yayınları, 2009, ss. 43-77.

HALL David, **Why Public Private Partnerships Don't Work: The many advantages of the public alternative**, PSIRU, 2015.

HARRIS Stephen, **Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services**, Washington: Inter-American Development Bank Working Paper.

HASGÜR İbrahim, **Türk ve Alman Kamulaştırma Hukukunda Kamu Yararı Kararı**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1997.

HM Treasury, **Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value**, London, 2008. **(Procurement)**

HM Treasury, **Joint Ventures: A Guidance Note for Public Sector Bodies Forming Joint Ventures with the Private Sector**, London, 2010. **(Joint Ventures)**

HM Treasury, **Standardisation of PF2 Contracts**, London, 2012. **(Standardisation)**

HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, 2006. (VfM)

HODGE Graeme/GREVE Carsten, “Public-Private Partnership in Turbulent Times”,
Rethinking Public-Private Partnerships- Strategies for Turbulent Times,
edt. Carsten GREVE/Graeme HODGE, London-New York: Routledge,
2013, ss. 1-32.

HOPPE Eva I./KUSTERER David J./SCHMITZ Patrick W., “*Public–Private Partnerships versus Traditional Procurement: An Experimental Investigation*”, Journal of Economic Behavior & Organization, No: 89, 2013, ss.145-166.

IMF, **Good Governance: The IMF’s Role**, Washington: IMF Publications, 1997.

IMF, IMF Country Report 12/16 - Turkey, 2012. (Turkey)

IMF, **Public-Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk**,
Washington: IMF Publications, 2006. (Guarantees)

IMF, **Public-Private Partnerships**, Washington: International Monetary Fund Fiscal
Affairs Department, 2004,
www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf. (PPP)

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE DEXIA, **Partenariats public privé:
Mode d’emploi juridique et approche économique**, Paris: La
Documentation française, 2006.

İLKORKOR Yunus Emre, “*Kamu Hizmetlerinde Etkinliği Sağlama*”, İdarecinin
Sesi, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2013, ss. 31-36.

İPEK Mehtap, **Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları**, İstanbul:

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim

Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002.

JABER Rita Waked, **Le contrat administratif international: Essai d'une théorie générale à travers l'exemple du contrat BOT (Build, Operate, Transfer)**,

Beyrouth: Les Editions Universitaires du Liban, 2013.

JEFFARES Stephen/SULLIVAN Helen/BOVAIRD Tony, "Beyond the Contract:

The Challenge of Evaluating the Performance(s) of Public-Private

Partnerships", **Rethinking Public-Private Partnerships- Strategies for**

Turbulent Times, ed. Carsten GREVE / Graeme HODGE, London-New

York: Routledge, 2013, ss. 166-187.

JIN Xioa-Hua, "*Allocating Risks in Public-Private Partnerships using a Transaction*

Cost Economics Approach: A case study", The Australasian Journal of

Construction Economics and Building, Vol: 9, No:1, 2009, ss. 19-26.

KALEM Ali, **Türkiye'de Kamu Yatırımlarının Özel Sektör Yatırımlarına**

Etkisinin İncelenmesi, TC Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No:

2922, 2015.

KAPLAN İbrahim, "*Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım*

Sözleşmeleri", BATİDER, C. XIX, S. 4, 1998, ss. 9-42.

KARACAN Ali İhsan, **Yaklaşırken Uzaklaşmak, Siyaset ve İktisat Yazıları**,

İstanbul: Doğan Kitap, 2015.

KARAHANOGULLARI Onur, “*Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, ss. 177-215. (*Eksik İmtiyaz*)

KARAHANOGULLARI Onur, “*Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, ss. 279-323. (*Yargısal Denetim*)

KARAHANOGULLARI Onur, “*Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, S. 1, 1998, ss.104-109. (*İhale*)

KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011. (**Yasallık ve İdari İşlemler**)

KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015. (**Kamu Hizmeti**)

KARAHANOGULLARI Yiğit, “*Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirilmesi*”, AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2012, ss. 95-125. (*Mali Değerlendirme*)

KARASU Koray, “*Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi*”, **Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform**, edt. Barış ÖVGÜN, Ankara: KAYAUM Yayınları, 2009, ss. 79- 91. (*Sözleşme Sistemi*)

KARASU Koray, “*Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı*”, AÜSBFD, C. 66, S. 3, 2011, ss. 217-262. (*Kamu-Özel Ortaklığı*)

KARASU Koray, “*Yeni ‘Kamusal’ Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri*”, AÜSBFD, C. 64, S. 3, ss.117-147. (*Kamu Yararı Şirketleri*)

KARAYALÇIN Yaşar, “*Hukukun Üstünlüğü (Kavram- bazı problemler)*”,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/457/5205.pdf>, ss.193-214.

KAYA Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.

KAYA Ergün/GEREDE Ender/BAŞAR Mehmet/KUYUCAK Ferhan/SÜRMELİ Arda, “*Havaalanlarında Yap İşlet Devret Uygulamaları*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 40 S. 2, 2007, ss. 99-129.

KAZGAN Gülten, **İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, 19. Bası, Ankara: Remzi Kitabevi, 2014.

KEKELEKIS Mihalis/NESLEIN Kine, “Public Procurement and State Aid”,
Research Handbook on EU Public Procurement Law, edt. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016, ss. 452-481.

KELEŞ Ruşen, “*Kamu Yararı Üzerine*”, **Bedia Akarsu Armağanı**, Ankara: İnkılâp Kitabevi, 2000, ss. 215-230 (*Kamu Yararı Üzerine*).

KELEŞ Ruşen, “Kentleşme ve Kamu Yararı”, Ekonomi-Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 28-30 Kasım 1975, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:20, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, ss. 3-40 (Kentleşme).

KERMAN Uysal/ALTAN Yakup/AKTEL Mehmet/EKE Erdal, “*Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2012, ss. 1-23.

KESGİN Selman Salim, **Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Kamu Özel**

İşbirlikleri: Sağlık Bakanlığı Örneği, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

KESKİN Bayram, **Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde**

Uluslararası Tahkim, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2008.

KESSIDES Christine/KHAN Shaheena “Infrastructure”, **Fiscal Policy and**

Economic Growth: Lessons for Eastern Europe and Central Asia, ed. Cheryl GRAY/Tracey LANE/Aristomene VAROUDAKIS, Washington: World Bank Publications, 2007, ss. 109-146.

KEŞLİ Ahmet T., **Kamu Özel Sektör İşbirliği PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**,

2. Baskı, İstanbul: Group Law Yayıncılık, 2016.

KIR Atıf, **Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik**

Piyasası Örneği, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

KIRATLI Metin, “*İdarenin Bayındırlık Hizmetleri*”, AÜSBF Dergisi, C. 27, S. 4,

1972, ss. 53-81.

KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim**

Şirketler Hukuku, Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim

Kurulu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

KITCHEN Harry, “Delivering Local/Municipal Services”, **Public Service Delivery**,

edt. Anwar SHAH, Washington: World Bank Publications, 2005, ss. 117-152.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.

KOÇAK Yüksel, **Neo-Liberalizmin Türkiye’deki Belediye Hizmetlerinin Görülmesi Üzerine Etkisi: Özelleştirme**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2011.

KORKUT Levent, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı*”, Liberal Düşünce, C. 11, No: 44, 2006, ss. 77-98.

KORKUT Yakup Levent, **Hukuki Çıkarım ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994. **(Kamu Yararı)**

KUNTALP Erden, “*Bağımsız ve Sürekli Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, ss. 528-551.

KUNTALP Erden, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013. **(Karışık Muhtevalı Akit)**

KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997.

LAFATX Jean-François, **Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l’Administration**, Paris: Dalloz, 2009.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, "L'Exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration", Recommandation No: R(80)2.

<https://rm.coe.int/16804f4177>

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, "La privatisation d'entreprises et d'activités publiques" Recommandation No: R(93)7.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=577513&SecMode=1&DocId=611434&Usage=2>.

LEBLEBİCİLER Okan, **Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar:**

Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği, Ankara: Ankara

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi

Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005.

LICHÈRE François, "*La passation des concessions*", AJDA, No: 18, 2016, ss.1000-1007. (*Concessions*)

LICHÈRE François, "*Les contrats de partenariat- Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique?*", RDP, No: 6, 2004, 1547-1568. (*Les contrats de partenariat*)

LIGNIÈRES Paul, **Partenariats public-privé**, 2^e ed., Paris: Litec, 2005.

LINDER Stephen H, "Coming to Terms With the Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings", **Public Private Policy Partnerships**, ed. Pauline VAILLANCOURT ROSENAU, Cambridge: The MIT Press, 2000, ss. 19-35.

LINOTTE Didier/ ROMI Raphaël, **Services publics et droit public économique**, 5^e ed., Paris: Litec, 2003.

MARTIN Brendan, **Privatization of municipal services: Potential, limitations and challenges for the social partners**, ILO Sectoral Activities Programme Working Paper No: 175, Geneva: ILO, 2001.

McCRUDDEN Christopher, **Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change**, Oxford: Oxford University Press, 2007.

MERİÇ Osman, “*İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri*”, **Danıştay Dergisi**, S.11, 1973, ss. 66-81.

MILLER Arthur, “*Foreword: The Public Interest Undefined*”, Fundamental Concepts of Public Law Symposium, No: I, Journal of Public Law, Issue 2, 1961, ss. 184-202.

MORRIS D.S./HAIGH R.H., “Management of the Changing Public Sectors”, **Public and Private Sector Partnerships in the Global Context**, ed. Luiz MONTANHEIRO/Rui NUNES/Glyn OWEN/Efigénio REBELO, Sheffield: Sheffield Hallam University, 1995, ss. 372-382.

MÖRİC Kim Éric, **Les partenariats public-privé, Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire**, Bruxelles: Larcier, 2009.

MRAK Mojmir, “Managing Risks in BOT Model of Project Financing”, **Public and Private Sector Partnerships: Learning for Growth**, ed. Luiz MONTANHEIRO/Bob HAIGH/David MORRIS/Zarjan FABJANCIC, Sheffield: Sheffield Hallam University, 1997, ss. 299-309.

NAO, **Lessons from PFI and other projects**, London, 2011.

NÉZARD Henry, **Éléments de droit public**, 5^e ed., Paris: Librairie Arthur
Rousseau, 1931.

NG Andrew/LOOSEMORE Martin, “*Risk allocation in the private provision of
public infrastructure*”, International Journal of Project Management, Vol: 25,
2007, ss. 66-76.

NOGUELLOU Rozen, “*L’exécution des contrats de concession*”, AJDA, No: 18,
2016, ss. 1008-1012.

OECD, “*OECD Best Practices for Budget Transparency*”, OECD Journal on
Budgeting, Vol: 1(3), 2002, ss. 7-14.

OECD, **Concessions**, Policy Round Tables in Global Forum on Competition,
DAF/COMP/GF(2006)6, 2006, s. 7. **(Concessions)**

OECD, **Dedicated Public Private Partnership Units: A Survey of Institutional
and Governance Structure**, Paris: OECD Publishing, 2010. **(PPP Units)**

OECD, **OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure**,
2007.

OECD, **Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for
Money**, Paris: OECD Publishing, 2008. **(VfM)**

OECD, **Recommendation on Effective Public Investment Across Levels of
Government**, 2014.

OECD, Sağlık Sistemleri İncelemeleri: Türkiye, 2008.

Office of Inspector General, **Financial Analysis of Public Transportation-Related Public Private Partnerships**, USA Federal Highway Administration Report
No: CR-2011-147, 2011.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 11. Bası,
İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 10.
Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

OĞUZMAN M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 16.
Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Cilt**, 3. Bası, İstanbul:
Hak Kitabevi, 1966. **(Cilt I)**

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Cilt**, 3. Bası, İstanbul:
Hak Kitabevi, 1966.

Onuncu Kalkınma Planının (2014-2018) Onaylandığına İlişkin Karar, **RG**;
06.07.2013, sayı: 28699 (mükerrer)

OPPENHEIM Felix E., *“Self-Interest and Public Interest”*, Political Theory, Vol: 3,
No: 3, 1975, ss. 259-276.

ORAK Cem Çağatay, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet
Hukuku Kurallarının Uygulanması**, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2011.

Orta Vadeli Program (2016-2018)’ın Kabul Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu
Kararı, **RG**; 11.01.2016, sayı: 29590 (mükerrer).

Orta Vadeli Program (2018-2020)'ın Kabul Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu
Kararı, **RG**; 27.09.2017, sayı: 30193 (mükerrer).

ORTAÇ F. Rıfat, "İktisadi Verimlilik Açısından Bir Hizmetin Devlet Tarafından
veya Özel Sektörce Yürütülmesi", **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden**
Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, edt. Ali ULUSOY, Ankara:
Liberte Yayınları, 2001, ss. 47-62.

OZANSOY Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan**
Sorumluluğu, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1989. **(Sorumluluk)**

OZANSOY Cüneyt, "*Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve*
Habaset Alanı", AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, ss. 85-100. **(Kamu Hizmeti)**

ÖRSTEN ESİRGİN Seda, **Osmanlı Devleti'nde Yabancılar Verilen Kamu**
Hizmeti İmtiyazları, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2010.

ÖZAY İl Han, "*Ortak Yararlı İşletme ya da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet"*,
İÜHFM, C. 54, S. 1-4, ss. 55- 70.

ÖZAY İl Han, "*Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A*
Tes Amour"", İÜHFM, C. 56, S.1-4, 1998, ss. 293-295.

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 2002. **(Günışığında**
Yönetim)

- ÖZBEK Taner, **Türkiye’de ve Dünya’da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- ÖZCAN Elvin Evrim, “Public-Private Partnerships in Turkey”, **Public-Private Partnership: International Academy of Comparative Law XVIIIth Congress**, edt. François LICHÈRE, Bruxelles: Bruylant, 2011, ss. 497-507.
- ÖZCAN Elvin Evrim, **İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- ÖZKAN Gürsel, **Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014. (Temel İlkeler)
- ÖZKAN Umut Rıza, **Public Private Partnership as a Policy Instrument: The Case of Çalbir (Politika Aracı Olarak Kamu Özel Ortaklığı: Örnek Olay Çalbir)**, Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- ÖZTAN Bilge, **Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272, 1970.
- ÖZTÜRK Funda, **Özelleştirmede Kamu Yararı**, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007. (Kamu Yararı)

- ÖZTÜRK Kaya Burak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000. (**İmtiyaz Sözleşmeleri**)
- ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, 1972-1973, (Ankara Hukuk Fakültesi öğrencileri için çoğaltılmış ders notları),
<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/793.pdf>.
- PEKGÜÇLÜ KARABULUT Güzin, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- PEZ Thomas, **Le risque dans les contrats administratifs**, Paris: LGDJ, 2013.
- PFNÜR Andreas/WEILAND Sonia, “*Integrating Building Performance in PPP Management Decisions*”, EPPPL, 4/2009, ss. 215-224.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Public Procurement Reform Fact Sheet No:10,
<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15549/attachments/1/translations/en/renditions/native>
- RACCA Gabriella M./PERIN Roberto Cavallo, “*Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption*”, EPPPL, 4/2013, ss. 279-293.

RAQUEL Andre Santos/ANDRADE Alexandre, “*Corporate Governance in Public Private Partnerships*”, EPPPL, 4/2010, ss. 209-214.

REYNAERS Anne-Marie/GRAAF Gjalte de, “*Public Values in Public–Private Partnerships*”, International Journal of Public Administration, Vol: 37/2, ss. 120-128.

RICHER Laurent, **Droit des contrats administratifs**, 4^e ed., Paris: LGDJ, 2004.

ROBINSON Herbert/CARILLO Patricia/ANUMBA Chimay J./PATEL Manju, **Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships**, West Sussex- Oxford: Wiley- Blackwell, 2010.

SANCAKTAR Oğuz, “*Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, ss. 241-270.

SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul: Arıkan, 2007.

SANLI Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015. (Sözleşme Hukuku)

SARAÇOĞLU Metin, **Kamu Yararının Analizi: Kamu Malları Sorunsalı**, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1999.

SARISU Ayhan, “*Altyapı Yatırımlarında Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-I*”,
Yaklaşım, Y. 16, S. 181, 2008, ss.199-205.

SARISU Ayhan, “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı Tasarısının Değerlendirilmesi*”, Yaklaşım, Y. 16, S. 183, 2008, ss. 214-222.
(KÖİ Tasarısının Değerlendirilmesi)

SARISU Ayhan, “*Bütçe Katılığına Etki Açısından Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kirala-Devret Projeleri*”, Tarih Okulu Dergisi, Y. 9, S. XXVI, 2016, ss. 203-567. (YKD)

SARISU Ayhan, “*Kamu & Özel İşbirliği ve Özelleştirmelerde Hukuk Güvenliği Süreçleri Geliştirilmelidir*”, Yaklaşım, Y. 21, S. 246, 2013, ss.194-199.

SARISU Ayhan, “*Kamu Yatırımlarında İsraf: Kim, Kimin Parasını Nasıl Harcamalı?*”, Yaklaşım, Y. 16, S. 185, 2008, ss. 214-221. (Kamu Yatırımları)

SARISU Ayhan, “*Sağlık Bakanlığı’nda Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkında 6428 sayılı Kanun’un Değerlendirilmesi II*”, Yaklaşım, Y. 21, S. 245, 2013, ss. 251- 260.
(6428 sayılı Kanun’un Değerlendirilmesi)

SARISU Ayhan, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009.
(Kamu & Özel İşbirlikleri)

SAVAS Emanuel S., **Privatization and Public-Private Partnerships**, New York-London: Chatham House Publishers, 2000.

SAVAŞ Vural Fuat, “*Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)*”,
Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, 1998, ss. 79-98.

SCHOENMAEKERS Sarah, “Public Procurement and Services of General
Economic Interest”, **Research Handbook on EU Public Procurement Law**,
edt. Christopher BOVIS, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar
Publishing, 2016, ss. 295-322.

SEMPLE Abby/ANDRECKA Marta, “*Classification, Conflicts of Interest and
Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement
Directive*”, EPPPL, 3/2015, ss. 171-186.

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt**, 6. Bası, İstanbul:
Filiz Kitabevi, 2014.

SEZGİNER Murat, “*İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*”, Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, 2007, S. 1-2, ss.1079-1093. (*İhale Süreci*)

SEZGİNER Murat, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin
Uyuşmazlıklar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013. (**İdarenin Sözleşmeleri**)

SHLEIFER Andrei, “*State versus Private Ownership*”, **Journal of Economic
Perspectives**, Vol: 12, No: 4, 1998, ss. 133–150.

SIGMA, **Avrupa Birliği Adalet Divanının Kamu Alımlarına İlişkin
Kararlarından Seçmeler (2006-2014)**, Paris, 2014. (**ABAD**)

SIGMA, Turkey Public Procurement Assessment, 2008,

<http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/3082,procurement2008pdf.pdf?0>.

Simmons&Simmons ve Group Law Office, **İngiltere ve Galler’de PPP Hukuku ve Sözleşmeleri**, İstanbul/Londra, 2008.

SİRMEN Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 11-17. (YİD)

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016. (**Eşya Hukuku**)

SMITH Courtney A., **Making Sense of the Private Finance Initiative-Developping Public-Private Partnerships**, Oxon: Radcliffe Medical Press, 1999.

SON Seungwoo, Legal Analysis on Public-Private Partnerships Regarding Model PPP Rules, 2012.

SÖNMEZ Sinan, “Kriz, Devlet Müdahalesi ve Özelleştirme”, **Özelleştirme Tartışmaları**, edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1994, ss. 37-56.

ŞAHİN İLKORKOR Zehra, “Kamu Yönetiminde Etkinliğin Sağlanmasında Alternatif Bir Model: İhale Yöntemi”, Türk İdare Dergisi, S. 468, 2010, ss. 63-84.

ŞAHİN Mehmet/ UYSAL Özge, “Kamu Maliyesi Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme”, Maliye Dergisi, S. 162, 2012, ss. 155-174. (Değerlendirme)

ŞAHİN Mehmet/UYSAL Özge, **Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**, Bursa: Ekin Yayınları, 2008. (**Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları**)

ŞENER Mustafa Burak, **Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk Paylaşımı**, Ankara: TC Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 2009.

TAFOTIE YOUMSI Roger Nimrod, **Build, Operate and Transfer: Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics**, Bruxelles: Larcier, 2013.

TALUS Kim, “*Public-private partnerships in energy – Termination of public service concessions and administrative acts in Europe*”, Journal of World Energy Law & Business, Vol: 2, No: 1, 2009, ss. 43-67.

TAN Turgut, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 2, 1975, ss. 33-49. (*Yargısal Denetim*)

TAN Turgut, “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 23-40.

TAN Turgut, “*İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*”, AÜSBFD, C. 50, S. 3, 1995, ss. 291-309. (*İdari Sözleşme Kuramı*)

TAN Turgut, “*Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline*”, AÜSBFD, C. 47, S. 3, 1992, ss.307-325. (*Yap-İşlet-Devret*)

TAN Turgut, “KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, Amme İdaresi Dergisi, C. 25, S. 1, 1992, ss. 27-64.

TAN Turgut, “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, AÜSBFD, C. 22, S.2, 1967, ss. 285-326.

TAN Turgut, “Özelleştirme”, İHİD, C. 9, S. 1-3, 1988, ss. 271-297.

TAN Turgut, “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü (İşlevsel İşbirliği Üzerine Bazı Gözlemler)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof.Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, Cilt II, Kamu Hukuku, 2/2004, ss. 43- 61.

TAN Turgut, “Sağlık Hizmetleri İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?” (Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda bir örnek olay)”, İÜHFM, **Prof.Dr. İl Han Özey’a Armağan**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 289-298. (Sağlık Hizmetleri)

TAN Turgut, “Yargı Kararlarını Uygulamama Yetkisi Verilebilir mi?”, Güncel Hukuk, S.105, 2012, ss.50-53. (Yargı Kararları)

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015. (Ekonomik Kamu Hukuku)

TAN Turgut, **Planlamanın Hukuki Düzeni**, Ankara: TODAİE Yayınları No: 154, 1976. (Planlama)

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

TC Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Kamuda İyi Yönetişim Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2007.

TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2009–2013 Stratejik Plan, http://www.oib.gov.tr/2012/sgb/OIB2009_2013SP.pdf.

TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2014–2018 Stratejik Plan, <http://www.oib.gov.tr/dokuman/stratejik-planlar/2014-2018-stratejik-plani.pdf>.

TC Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliğine İlişkin Gelişmeler 2015**, Ankara, 2016. (KÖİ Gelişmeleri 2015)

TC Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, Ankara, 2012. (KÖİ Uygulamaları)

TC Kalkınma Bakanlığı, **Kamu Özel İşbirliği Raporu 2016**, Ankara, 2017. (KÖİ Raporu 2016)

TC Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014. (KÖİ Komisyon Raporu)

TC Sayıştay Başkanlığı, *“Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi”*, Sayıştay Dergisi, S. 52, 2004, ss.169-172.

TEKİN Ali Güner, “*Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri, Kamu Özel Ortaklıkları, Public Private Partnerships veya PPP Modelleri*”, İdarecinin Sesi, Mayıs-Haziran 2007, ss.10-14.

TEKİN M. Önder, **Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları**, Ankara: Elektrik Mühendisleri Odası Yayınları, 2006.
(Kararlar)

TEKİNSOY Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, AÜHFD, C. 55 S. 2, 2006, ss. 181-227. (*Ölçüt Sorunu*)

TEKİNSOY Ayhan, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002. (**İdari Sözleşme Rejimi**)

The US Committee on the Marine Transportation System Arctic Marine Transportation Integrated Action Team, Recommendations and Criteria for Using Federal Public-Private Partnerships to Support Critical US Arctic Maritime Infrastructure,
http://www.cmts.gov/downloads/NSAR_1.1.3_Recommendations_and_Criteria_2017_FINAL.pdf , 2007.

TIGANESCU Ana-Maria, “*Legal Aspects of the Contract of Public-Private Partnership*”, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Vol: 5(2), 2013, ss. 519-526.

TOMBALOĞLU Nermin, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2014, ss. 353-388, s. 356-363.

TOPRAK Eren, **Kamu İhaleleri, Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmel ve Siyasal Boyutu**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

TRUCHET Didier, “*Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş*”, çev. Ender Ethem ATAY, **Prof.Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, ss. 357-375. (*Kamu Yararı*)

TRUCHET Didier, **Droit administratif**, Paris: PUF, 2008. (**Droit administratif**)

TVARNØ Christina D., “PPPs in an international legal, economic and political perspective”, **Public-Private Partnerships: An international analysis - from a legal and economic perspective**, Asia Link Project 2010, ss. 224-257. (PPP)

TVARNØ Christina D., “Presentation of the PPP concept”, **Public-Private Partnerships: An international analysis - from a legal and economic perspective**, Asia Link Project 2010, ss. 23-44. (PPP concept)

ULUATAM Özhan/TAN Turgut, **Türk İktisat Politikasının Hukukî Çerçevesi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 487, 100. Doğum Yılında Atatürk’e Armağan Serisi 30, 1982.

ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden**

Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, edt. Ali ULUSOY, Ankara:

Liberte Yayınları, 2001, ss. 1-22. (Kamu Hizmeti)

ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ankara: Ülke Kitapları, 2004. (**Kamu Hizmeti İncelemeleri**)

UNCITRAL, **Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York: United Nations Publication, 2001. (**Legislative Guide**)

UNCITRAL, **Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York: United Nations Publications, 2004. (**Model Provisions**)

UNECE, **Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships**, New York-Geneva: UN Publications, 2008. (**Guidebook**)

UNECE, **Guidelines on Private Public Partnerships for Infrastructure Development**, ECE/TRADE/NONE/2000/8, New York, 2000. (**Guideline**)

UNESCAP, **A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure**, Bangkok: UNESCAP, 2011. (**Guidebook**)

UNESCAP, **Public Private Partnerships A Financier’s Perspective**, 2004. (**Financier’s Perspective**)

USA National Council for Public-Private Partnerships, <http://www.ncppp.org/wp-Content/uploads/2017/02/Public-Private-Partnership-P3-Facilities-and.pdf>, 2006.

UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2013.

UYSAL Taylan, **Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımları**, İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No: 187, 2005.

UZ Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005. (**Kamu İhale Hukuku**)

UZ Abdullah, “*Kamu-Özel Ortaklığı/Public Private Partnership (PPP)- (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, 2007, ss. 1165-1182. (PPP)

UZ Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010. (**Kamu İhale Sözleşmeleri**)

UZUN A. Meral/YAVİLİOĞLU Cengiz, “Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri (PPP)”, **Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları, Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif**, edt. Cengiz YAVİLİOĞLU/Güven DELİCE/Onur ÖZSOY, Ankara: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Yayını No: 1, 2010, ss. 67-104.

ÜREL Osman Can, **The Evaluation of Construction Projects Realized with Public Private Partnership Model in Turkey**, Ankara: ODTÜ İnşaat Mühendisliği Bölümü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

VARLIER Oktay, “Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 342, 1996, ss. 3-7.

WB, **Development in Practice, Governance: The World Bank’s Experience**, Washington: World Bank Publications, 1994.

WB, **Governance and The Law**, Washington: World Bank Publications, 2017.

WB, **Public-Private Partnership Units: Lessons for their Design and Use in Infrastructure**, Washington: World Bank Publications, 2007. **(PPP Units)**

WB-PPIAF, **Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017: Assessing Government Capability to Prepare, Procure, and Manage PPPs**, Washington: World Bank Publications, 2016. **(PPP Procurement)**

WB-PPIAF, **Developing a Public-Private Partnership Framework: Policies and PPP Units**, 2012. **(PPP Framework)**

WB-PPIAF, **Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0**, Washington: World Bank Publications, 2017. **(Reference Guide)**

WB-PPIAF, **Report on Recommended PPP Contractual Provisions 2015 Edition**, Washington: World Bank Publications, 2015.

WEISS Anna Elena, “Principes Directeurs PPP Suisse Bâtiment- Préparation”

Partenariat Privé Public (PPP) Guide pratique Bâtiment avec rapport

sur l’experience du projet pilote Neumatt/BE, Gêneve-Zurich-Bâle:

Schultess, 2011, ss. 17-32.

YALÇIN Fatma Ceren, “*Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir*

Çerçeve”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Y.13, S. 25,

2014, ss. 133-162. (*Özelleştirme*)

YALÇIN Fatma Ceren, **Kamu-Özel İşbirlikleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora

Tezi, Ankara, 2014. (**Kamu-Özel İşbirlikleri**)

YALOVA Yüksel, **Türkiye-Avrupa İlişkileri Işığında Özelleştirme**, Ankara:

Nobel Yayın Dağıtım, 2005.

YASİN Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin**

Hukuki Rejimi, 2. Bası, İstanbul: Betaş, 2007.

YAŞAR Süleyman, **Türkiye’de Kullanılan Özelleştirme Yöntemlerinin Analizi**,

İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

YAVAŞ A. Murat, **Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Kamu Hizmeti**

İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek

Lisans Tezi, 2003.

YAYLA Yıldızhan, “*Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi*”, İHİD C. 9, S. 1-3, 1988,

ss. 357-364.

YAYLA Yıldızhan, “*Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi*”,
İÜHFİM, C. 30, S. 3-4, 1964, ss. 1034-1048. (*Takdir Yetkisi*)

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2009. (**İdare Hukuku**)

YERLİKAYA Gökhan Kürşat, **Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

YESCOMBE E. R., **Public Private Partnerships, Principles of Policy and Finance**, Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007. (**PPP**)

YESCOMBE E.R., **Principles of Project Finance**, London: Academic Press, 2002.
(**Project Finance**)

YILDIRIM Turan, “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, ed. Ali ULUSOY, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, ss. 36-46.

YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nür/ÖZDEMİR Eyüp/ÜSTÜN Gül/TEKİNSOY OKAY Özge, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2016.

YILMAZ Osman, “Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli”, **Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, ed. Coşkun Can AKTAN/Dilek DİLEYİCİ/İstiklal Y. VURAL, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, ss. 149- 162.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku - Cilt I**, Ankara: Yetkin Yayınları,
2012. **(Cilt I)**

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku - Cilt II**, Ankara: Yetkin Yayınları,
2012. **(Cilt II)**

ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme
Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, Yap-
İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler
Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın
No: 342, 1996, ss. 45-54.

ZAİM Osman/ÇAKMAK Erol H, “Kamu Sektörü, Özelleştirme ve Etkinlik”,
Özelleştirme Tartışmaları, edt. Aykut POLATOĞLU, İstanbul: Bağlam
Yayıncılık, 1994.

İNTERNET KAYNAKLARI

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com

UYAP, www.danistay.gov.tr

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/comm_quality_framework_en.pdf.

http://www.ab.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/05_KamuAlimlari.pdf

http://www.ab.gov.tr/files/uepkitapcik2016_2019.pdf.

http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kurumsalhaberler/64.hukumet_programi.pdf.