

Kamu Özel İşbirliği

(Public Private Partnership/PPP)

I. Genel Olarak Kamu Özel İşbirliği Sistemi

Son dönemde sıkça duyduğumuz, kimi zaman PPP diye anılan Kamu Özel Ortaklığı veya Kamu Özel İşbirliği (“KÖİ”); kamu idarelerinin, özel sektör ile bir altyapı projesi veya bir kamu hizmetinin verilmesi amacıyla finansman, yapım, işletme, yenileme gibi alanlarda yaptığı işbirliği türleri olarak tanımlanabilir. Bir başka ifade ile KÖİ, özel sektörün, çeşitli başlıklar altında kamunun mal ve hizmet üretimine destek olduğu uygulamaları ifade eder.

II. Tarihçe

A. Dünyada Kamu Özel İşbirliği

1980’lerde İngiltere ve Avustralya başta olmak üzere bütün dünyada, kamu hizmetinin özelleştirilmesi süreci başladı. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine dair modeller Türkiye’de Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet, İşletme Hakkının Devri olarak anılırken, kamu hizmetinin gereken sermayenin özel sektör eli ile karşılanması ve inşaatının yine özel sektör tarafından ifa edilmesi prensibine dayalı modele Avrupa’da **Public Private Partnership** (“PPP”) ve **Private Finance Initiative** (“PFI”) adı verildi. Günümüzde bizde de bu model Kamu Özel Ortaklığı (“İşbirliği”) olarak anılmaktadır.

B. Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği

1. Türkiye’deki Öncül Uygulamalar

Türkiye’de 1980’lerden itibaren uygulanan Yap-İşlet-Devret (“YİD”), Yap-İşlet (“Yİ”) ve İşletme Hakkının Devri (“İHD”) gibi modeller, KÖİ’nin öncül örneklerini teşkil eder. Anılan yıllarda Devletin ilgili ihale makamları ile kamu hizmeti sunmayı isteyen özel sektör arasında YİD, Yİ ve İHD modellerine dayalı pek çok «imtiyaz sözleşmesi», «uygulama sözleşmesi» ve «görev sözleşmesi» akdedilmiştir. Bu modellerin yasal zemini, kimisi halen yürürlükte olan ve bir kısmı aşağıda anılan muhtelif kanunlara dayanmaktaydı:

- 3096 sayılı kanun (elektrik)
- 3996 sayılı kanun (elektrik ve diğer yatırımlar)
- 4283 sayılı kanun (elektrik)
- 3465 sayılı kanun(otoyol)
- 4046 sayılı kanun (Özelleştirme Kanunu)
- Belediye Kanunu (Madde 18)
- İSKİ Kanunu
- 406 sayılı kanun (Eski Telgraf Telefon Kanunu)

Bu modellerin Türkiye’de proje üstlenmeyi arzu eden yabancı yatırımcılar için de cazip hale getirilmesi amacıyla, zaman içerisinde Anayasa’da yapılan muhtelif değişiklikler ile «uygulama sözleşmeleri» özel hukuka tabi sözleşmeler olarak kabul edildiler. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinde de tahkim şartı ikamesine izin verildi.

Türkiye’de 2001 yılında Elektrik Piyasası Kanunu («EPK») çıktıktan sonra elektrik, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumundan EPK kapsamında alınan lisanslar ile üretilmeye başlandı; 3096 ve 4283 sayılı kanunlar kapsamında yeni faaliyetlere izin verilmedi, ancak bu kanunlar

altında başlamış olan eski projelerin ifasına devam edildi. 3996 sayılı kanunun ise son revizyonunda elektrik üretimi zaten düzenlenmemektedir. Böylece elektrik piyasası faaliyetleri artık YİD, Yİ ve İHD kapsamında değil, EPK kapsamında lisans ile yürütülmeye başlandı.

2. Yasalaşmayan Taslak Kanun

2007 yılında Devlet Planlama Teşkilatı'nın KÖİ uygulamalarını tek çatı altında sistematik bir şekilde düzenlemek amacı ile hazırladığı ancak yasalaşmayan ve artık gündemde olmayan *“Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı”* (**“Taslak Kanun”**), genel olarak KÖİ kavramını ve modellerini tanımlamayı, KÖİ mevzuatını yeknesaklaştırmayı, KÖİ süreci ile risk ve garantilere ilişkin düzenlemeler öngörmeyi ve KÖİ Projelerinden sorumlu merkezi bir birim kurmayı hedeflemektedir.

Taslak Kanun yasalaşmamıştır. Ancak, artık gündemde olmamasına rağmen, KÖİ kavramını anlayabilmek açısından Taslak Kanun'da yer alan bazı tanım ve düzenlemelere kısaca değinmekte fayda vardır. Taslak Kanun'da özel sektör tarafından yürütülebilecek hizmetlerin kapsamı, oldukça geniş tutulmuştur.

Taslak Kanun'da KÖİ, “Kanunda belirlenen yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve getirilerinin, idareler ve özel sektör arasında, Taslakta öngörülen modeller çerçevesinde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmaktaydı.

Taslak Kanunda sayılan KÖİ modelleri; Türkiye’de halihazırda uygulanmakta olan (veya uygulanması mümkün görülen) dört temel modelden oluşmaktaydı:

- YİD Modeli
- Yİ Modeli

- Yap-Kirala Modeli
- İşletme Hakkı Devri Modeli

Yap Kirala Modeli; Madde 5’de “kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir yapının özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, gerekli hallerde tasarlandığı, belirli bir süre için idareye kiralandığı, kiralanın yapı üzerindeki bazı mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yapımıcı tarafından işletilebildiği ve yapının mülkiyetinin kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği KÖİ modeli” olarak tanımlanmaktaydı.

Taslak Kanun “Gölge Ücret” kavramını ise, görevli şirketin işletme süresinde ürettiği mal ve 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 tanımlanmaktaydı.

3. Taslak Kanun, Zaten Uygulanmakta Olan YİD-Yİ ve İHD Modellerinden Farklı Ne Düzenleme Getirmekteydi?

- Kamunun, özel sektör tarafından alınan krediye dair garanti vermesi mümkün kılınmaktaydı.
- Kamunun, «finansman katkısı sağlamak amacıyla» ve % 49’u geçmemek kaydı ile özel sektör ile ortaklık kurabileceği düzenlenmekteydi.
- İhaleyi kazanan şirket veya ortak girişim ile idare arasında «uygulama sözleşmesi» imzalanır ve uygulama sözleşmesi özel hukuk hükümlerine tabi kılınmaktaydı.
- YİD, Yİ ve İHD modellerine ek olarak *Yap Kirala Modeli* düzenlenmişti.

4. Kanun Taslağında Yer Alan Diğer Önemli Hususlar

- Uyuşmazlıkların çözümünde Türk Hukuku şart kılınmış ancak tahkim serbest bırakılmıştı. Bu prensibin, daha sonraları Sağlık Tesisleri Kanunu'nda da korunduğunu görüyoruz.
- İdare ile görevli şirket arasında risk paylaşımı esasına yer verilmişti.
- İdarenin, Yap Kirala Modeli'nde ödeyeceği kira bedellerine dair ödeme garantisi; diğer modellerde ise görevli şirket tarafından üretilen mal ve hizmete dair alım garantisi veribilmesine dair düzenleme yer almaktaydı.
- Kanunun Taslağının yürürlüğe girmesi ile birlikte, 3096 sayılı kanun, 3996 sayılı kanun, 3465 sayılı kanun, 4283 sayılı kanunların yürürlükten kaldırılması, Belediye Kanunu Madde 18'e ise değişiklik yapılması öngörülmekteydi.

5. PPP/PFI Nedir? Taslak Kanunda Anılan Dört Modelden Farklı Mıdır?

PPP, kamu hizmetinin özel sektör eli finanse edilmek sureti ile ifa edilmesi diye tanımlayabileceğimiz, kamu hizmetinin özelleştirilmesi genel ve ana tanımıdır. **PFI** ise daha dar bir anlamı içermekte olup, Taslak Kanunda tanımlanan YK Modeline karşılık gelmektedir. Bu modelde idare yatırımın sahibi değildir ve yatırımı kullanmak için yatırımcı şirkete ödeme yapmaktadır. Bu kapsamda yüklenici, inşaat giderlerini karşılayacak ve tamamlanmış projeyi idareye kiralayacaktır.

III. Günümüzde Kamu Hizmetinin Özel Sektör Eli İle İfası

Günümüzde kamu hizmetinin özel sektör eli ile görülmesi muhtelif mevzuat altında mümkün olabilmektedir. Örneğin belediyeler çöp işletmelerini imtiyaz sözleşmeleri (Belediye Kanunu Madde 18) ile özel sektöre verebilmektedirler. Muhtelif yatırımların ifasına ilişkin 3996 sayılı kanun, otoyol yapımı ile ilgili 3465 sayılı kanun, 3096 sayılı kanun halen yürürlüktedir.

A. Hastane Projeleri?

1. 3359 sayılı kanun ve 5396 sayılı kanun ile eklenen Ek Madde 7 – Yönetmelik



2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na ("**Sağlık Kanunu**") eklenen Ek 7. Madde ile sağlık projelerinde Yap Kirala modelinin ("**YK Modeli**") uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Yeni düzenleme ile Sağlık Kanunu ve Yönetmeliğinde tanımlanan YK Modeli, Taslak Kanun'da tanımlanan YK Modeli'ne benzemektedir. Düzenlemeye göre, Sağlık Bakanlığı'na bağlı döner sermaye işletmeleri, yatırımı kullanmak için yatırımcı şirkete kira bedeli ödeyecektir.

03 Temmuz 2006 tarih ve 2006/10655 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan *Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik* ("**Yönetmelik**"), Sağlık Kanunu'na eklenen Ek Madde 7'nin uygulanmasına dair prensipleri düzenlemek üzere 30 Nisan 2010 tarih ve 2010/403 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tadil edilmiştir.

Sağlık Kanunu ve Yönetmelik, Taslak Kanun'un aksine idarenin alınan kredilere dair herhangi bir garanti vereceğine ya da maliyete katılacağına ya da risk paylaşacağına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Sağlık Kanunu ve Yönetmelik kapsamında yapılan düzenlemeye göre:

- Yatırımcı şirkete kamu arazisi üzerinde bedelsiz olarak ve 49 yılı aşmayacak şekilde üst hakkı tanınacak ve inşaat kamu arazisi üzerine yapılacaktır;
- Kira süresi 49 yılı geçmeyecek,
- Öngörülen sürenin sonunda, yatırım Sağlık Bakanlığı'na devredilecek,
- YK Modeli kapsamında yapılan sözleşme özel hukuka tabi olacak,
- YK Modeli kapsamında imzalanan uygulama sözleşmesi Türk Hukukuna tabi olacak, [ancak yabancılık unsuru barındırması halinde, (Anayasa düzenlemesi uyarınca) uyuşmazlıkların çözülmesi hususunda tahkim şartı düzenlenebilecektir.]
- YK Modelinde, görevli şirket tarafından tedarik edilen proje finansmanı için devlet tarafından garanti verilmesi söz konusu olmayacaktır.

2. Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz - Yeni Düzenleme ve Ek 7. Maddenin İptali

Türk Tabipler Birliği tarafından Yönetmeliğin belirli maddelerinin iptali için dava açılmış, açılan davada yürütmeyi durdurma kararı alınarak, gerekli ana prensiplerin yasama yolu ile değil de yönetmelik ile düzenlenmesinin Anayasa'nın 7. Maddesine aykırı olduğu iddiası ile Danıştay 13. Dairesince itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur (Anayasa'nın 7. Maddesi yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde olduğunu düzenlemektedir.).

Anayasa Mahkemesi konuyu karara bağlamadan önce 21 Şubat 2013 tarih ve 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 (“**Sağlık Tesisleri Kanunu**”) yasalaşmış ve bu yeni kanun ile Sağlık Kanunu’nda yer alan ve YK Modelini düzenleyen Ek 7. Madde yürürlükten kaldırılmıştır. Ek 7. Madde kapsamında ihale edilen işler ile ilgili olarak Sağlık Tesisleri Kanunu aşağıdaki düzenlemeyi yapmıştır:

- Sağlık Kanunu Ek 7. Maddeye yapılan atıflar, Sağlık Tesisleri Kanunu’na yapılmış sayılacak,
- Geçici Madde 1 kapsamında yaptığı düzenleme ile Sağlık Tesisleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce Sağlık Kanunu Ek 7. Maddeye göre ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılacağı; ancak Sağlık Tesisleri Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten önce Sağlık Kanunu Ek 7. Madde çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümlerin uygulanmayacağı ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazların yükleniciye verilmeyeceği; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmelerin bu hükümler geçerli olmaksızın yürütüleceği kuralı getirilmiştir.

Yeni yasanın çıkması üzerine, Anayasa Mahkemesi, söz konusu itiraz ile ilgili karar vermeye yer olmadığını hükme bağlamıştır.

Sağlık Tesisleri Kanunu, Sağlık Kanunu’nda yer alan 49 yıllık üst hakkı ve kira süresini kısaltmış ve ayrıca detay düzenlemeler getirmiştir. Bunları aşağıdaki şekilde kısaca özetleyebiliriz:

- Azami üst hakkı ve kira süresi 30 yıl olarak belirlenmiştir.
- Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, idare kusur giderim süresi de

tanıyarak temerrüt ihtarı çeker ve ayrıca durumu projenin finansörlerine de bildirir. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir.

- Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idare yine ek süre vererek kusur ihtarı çeker ve keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılarına da ihbar edilir. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır.
- Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir ve bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.
- Sözleşmede hakim hukuk Türk hukuku, ihtilafların çözüm makamı Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleridir. Ancak, Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkim yetkilendirilmesi de mümkündür.
- Sözleşmenin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idare tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmana ilişkin mali yükümlülüklerin Müsteşarlık 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 Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

- 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 imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Borç üstlenim taahhüdü kısmen veya tamamen verilebilir.

Sağlık Tesisleri Kanunu ayrıca ihale usulü ve bedel ile ilgili düzenlemelere de yer vermiştir.

3. YK Modeli Düzenlemesi Sadece Sağlık Kanunu Kapsamındaki Projelere mi Mühastır?

351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu (“YÖKYKK”) Madde 20’ye 6082 sayılı kanun ile 25 Kasım 2010’da getirilen ek düzenleme, Sağlık Kanunu’nda yer alan YK Modelinin aynısını içermektedir. Dolayısıyla öğrenci yurtlarının da bu kapsamda inşa edilip kullanılması mümkündür. Bu kanunda üst hakkı ve kira için azami süre 49 yıl olarak düzenlenmiştir, ancak Sağlık Tesisleri Kanunu’ndan farklı olarak burada idare tarafından açılacak ihalenin Kamu İhale Kanunu’nda belirtilen ihale usullerinden birisi olacağı düzenlemesi mevcuttur.

4. Taslak Kanun Yasalaşmadığına göre, KÖİ de Sadece Sağlık Tesisleri Kanunu ve YÖKYKK Çerçevesinde Yapılabildiğine Göre, Türkiye’de Gerçekleştirilecek Diğer Yatırımlarda PPP veya PFI Modelleri Mümkün Değil Midir?

Taslak Kanun yasalaşmamıştır; ancak 3465 sayılı kanun, 3996 sayılı kanun, Belediye Kanunu Madde 18, İSKİ Kanunu, Özelleştirme Kanunu’nun ilgili maddeleri ve diğer muhtelif düzenlemeler halen yürürlükte. Zaten 80’lerden beri Türkiye’de uygulanmakta olan YİD-

Yİ ve İHD modelleri, Taslak Kanun'da sayılan dört modelden üçünü oluşturmaktadır. Taslak Kanunun amacı, bunları tek çatı altına toplamak ve aslında en önemli amacı kamunun mali desteğini işin içine sokmaktır. Kamu garantisi ya da desteği olmaksızın, bu modeller bugün zaten halihazırda uygulanmaktadır.

Ancak aynı durum YK Modeli için geçerli değildir. Zira, YK Modeline dair yasal düzenleme sadece Sağlık Tesisleri Kanunu ve YÖK YKK'da yer almaktadır ve kamunun kiralama ve hatta sonradan çıkan Sağlık Tesisleri Kanunu ile kamunun finans sağlayıcılara karşı borç üstlenme taahhüdünü kapsamaktadır, dolayısıyla bu iki kanun dışında kalan yatırımların YK modeli ile ifası mümkün görünmemektedir.

Ancak her zaman için bu bilgiyi güncellemek ve ilgilenilen alan her ne ise o konu ile ilgili kanunu inceleyerek, ilgili kanuna da YK modelinin derç edilip edilmediğini kontrol etmek en doğrusu olacaktır. Zira Taslak Kanunun yasalaştırılması yerine, uygulamada her bir kanunun içine ayrı ayrı YK Modeli işlenmesi yönünde bir gelişim gözlenmektedir.