



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

SANAYİ, HİZMETLER VE TARIM KOMİSYONU

BAZI YATIRIM VE HİZMETLERİN KAMU KESİMİ İLE ÖZEL SEKTÖR İŞBİRLİĞİ MODELLERİ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN KANUN TASARISI TASLAĞI HAKKINDA GÖRÜŞLER

17.12.2007

TS/BNS/2007-57

BAZI YATIRIM VE HİZMETLERİN KAMU KESİMİ İLE ÖZEL SEKTÖR İŞBİRLİĞİ MODELLERİ ÇERÇEVESİNDE GERÇEKLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN KANUN TASARISI TASLAĞI HAKKINDA GÖRÜŞLER

TASARININ MADDELERİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER:

Kanun Tasarısı Madde 1:

“Bu Kanunun amacı, *kamu kurumları ve kamu tüzel kişileri* tarafından yürütülen bazı yatırım ve hizmetlerin, *kamu hizmeti gördürme usullerinden biri olan sözleşmeyle yetkilendirme usulü kapsamında* Kamu-Özel İşbirliği modelleri ile gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.”

Kanun Tasarısının birinci maddesi yukarıdaki şekilde değiştirilmelidir. Kanunun amacını belirleyen bu maddede “kamu kurumları ve kamu tüzel kişileri” ibaresini kullanarak kanunun kapsamı genişletilebilmektedir.

Kanun Tasarısı kapsamında yer alan modeller kamu hizmeti gördürme usullerinden biri olan “sözleşmeyle yetkilendirme” içerisine girmektedir. Bilindiği üzere kamu hizmeti gördürme usullerinden bir diğeri olan ruhsat veya lisanslama ile de kamu hizmeti tanımına giren alanlarda faaliyet gösterilebilmektedir. Tüm kamu hizmetlerinin sadece bahse konu Kanunda öngörülen modellerle yapılacağı gibi bir kanaat oluşmamasını ve hukuki zeminde tartışmalara yol açılmamasını teminen birinci maddenin yukarıdaki şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 2:

Tasarının ikinci maddesine aşağıdaki şekilde ikinci fıkra eklenmelidir.

“Birinci fıkra kapsamındaki sektörlerden serbest piyasaya açılmış olanlar için bu Kanun çerçevesindeki modellerin uygulanması yoluyla bir projenin gerçekleştirilebilmesi ancak söz konusu projenin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunması ve projenin taşıdığı riskler nedeniyle özel sektör tarafından tek başına yapılabilir olmaması durumunda mümkündür. “

Bilindiği üzere enerji ve haberleşme sektörlerindeki faaliyetler, düzenleyici otoriteler tarafından lisans veya ruhsat verilerek serbest piyasa koşullarına uygun bir biçimde herhangi bir devlet garantisi verilmeksizin gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle bu sektörlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın bu Kanunun kapsamına alınması hukuki zeminde sorunların doğmasına yol açacaktır. Dolayısıyla serbestleştirilen bir sektörde bu Kanun çerçevesinde Kamu-özel sektör işbirliği ile bir projenin gerçekleştirilebilmesinin ön şartını kamu kaynaklarının yetersizliği değil, yapılmasında kamu yararı bulunan bir projenin taşıdığı riskler nedeniyle özel sektör tarafından tek başına yapılmasının tercih edilmemesi teşkil etmelidir. Bu kapsamda ikinci maddeye yukarıdaki fıkranın eklenmesi uygun olacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 3:

f) Kamu Hizmeti: Kamu kurum ve kuruluşları veya bunların gözetim ve denetimleri altında özel sektör kuruluşları tarafından kamusal ihtiyaçları karşılamak için topluma sunulmuş sürekli ve düzenli faaliyetleri,

Tanımdaki “bulunan” ibaresi gerçekleşmiş bir fiili ifade etmektedir. Oysa kamunun özel sektör üzerindeki gözetim ve denetimi bu Kanun kapsamındaki bir projenin yürürlüğe girmesiyle başlayacaktır. Bu itibarla “bulunan” ibaresinin metinden çıkarılması uygun olacaktır.

Ayrıca, Madde 3/f'deki tanım kamu hizmetinin sadece kamu kurum ve kuruluşlarınca değil, bunların gözetim ve denetimi altındaki özel sektör kuruluşlarınca da kamusal ihtiyaçların sürekli ve düzenli faaliyetle karşılanmasını da içermektedir. Bu noktada, kamu hizmeti görmekte olan özel kuruluşların yapacağı alımların tabi olacağı rejim önem kazanmaktadır. Madem ki kamu hizmeti bir özel sektör kuruluşunca da yerine getirilebilecektir, o vakit bu kuruluşun kamu hizmetini yerine getirmek için yapacağı alımlar da kamusal bir nitelik kazanacaktır.

Bu alımlardaki yüksek maliyet veya alınan mal veya hizmetin düşük kalitede olması, özel sektör kuruluşunun sunacağı kamu hizmetinin fiyat ve kalitesini de etkileyecektir. Bu nedenle bir KÖİ projesine bağlı olarak kamu hizmeti görecektir özel sektör kuruluşlarının bu projeye ait alımlarının belli bir ihale rejimine bağlanması gerekmektedir.

n) Tasarının 3. maddesinin (n) bendinde özel sektör, yerli veya yabancı sermaye şirketini veya bir ortak girişimini ifade etmektedir. O halde, özel sektör olarak ihaleyi kazanan şirketin yerli veya yabancı olması mümkündür. Esasen GATT ve onun eki niteliğini taşıyan GATS (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması) ilkeleri çerçevesinde yerli ve yabancı işletmeler arasında ayrımcılığın olabildiğince engellenmesi gereği dikkate alındığında, bu özel sektör tanımının yerinde olduğu belirtilmelidir.

Ancak, aynı tasarının 3. maddesinin (l) bendi ve 14/3, 15/3, 16, 19/2 ve 19/3. maddelerinden kurulmak istenen modeli ile yerli veya yabancı sermaye şirketinin veya orta girişimin ihaleye katılması, ihalenin kazanılmasından sonra ise muhakkak Türk hukukunun uygulanacağı bir anonim şirketinin görevli şirket sıfatı ile salt ihale kapsamında yer alan işin yapılması için kurulması gerektiği anlaşılmaktadır.

İhaleyi kazanmış mevcut bir limited şirketin ihale konusu işi yapamaması ve ihaleyi kazananın bir yabancı sermaye şirketi olması halinde, mutlaka Türk hukukuna tabi yeni bir anonim şirket kurmak zorunda kalmasının sebepleri temellendirilmemektedir.

Bu maddenin bahsi geçen şekilde uygulanması durumunda, bir şirketin aldığı bir ihale için ayrı bir şirket kurması gerekeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, görevli şirketin sadece anonim şirket olarak kurulabilmesinin ve buna bağlı olarak limited şirket şeklindeki yapılanmanın kanun kapsamı dışında bırakılmasının nedenleri anlaşılmamaktadır. Bunun yanı sıra, özel sektör tanımında yer alan yerli veya yabancı “sermaye şirketi” terimi de ihaleye ortak girişim olarak katılmak istemeyen şirketler açısından sınırlayıcı bir noktadır. Zira, Türk hukukunda sermaye şirketi denildiğinde anonim ve limited şirketler anlaşılmaktadır. Ancak, özellikle yabancı hukuk düzenleri tarafından tanınmış sermaye şirketi niteliğini taşımayan ancak büyük sermayeye sahip şirketler olduğu bilinmektedir. Özel sektör tanımının sermaye

şirketi olarak sınırlanması halinde, büyük malvarlığına sahip yabancı şirketlerin Tasarı kapsamındaki ihalelere katılması peşinen engellenmiş veya bu şirketlerin ihaleye ortak girişim olarak katılması zorunlu kılınmış olacaktır.

r) Tasarının 3. maddesinin (r) bendinde köprü kredi tanımlanmaktadır. Burada, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu ve uygulama sözleşmesinde açıkça belirtilen hususlardaki kusuru nedeniyle ortaya çıkacak ihtiyaçlardan söz edilmiştir. Oysa, uygulama sözleşmesinde açıkça idare tarafından yerine getirileceği belirtilsin veya belirtilmesin, sözleşme veya genel hükümler çerçevesinde idarenin üzerine düşen mükellefiyetler varsa bunlar yerine getirilmediği takdirde ihtiyaç olduğunda bu kredinin alınabilmesi veya belirtilen garantilerin sağlanması uygun olacaktır.

ş) Tasarı'nın 3/ş maddesinde "istekli" tanımı yapılmıştır. Buna göre, "*idare tarafından açılan KÖİ ihalesine teklif veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi*" istekli kabul edilecektir. Oysa gerek özel sektör tanımında (3/n), gerekse aday tanımında (3/s) ortak girişimler de sayılmıştır. Ortak girişimlerin hukuken tüzel kişilikleri bulunmadıklarından, istekli tanımında yer alan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi sayılmaları da söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla, ortak girişimler, aday olabilecek; ancak Tasarı'daki istekli tanımına girmedikleri için istekli olamayacaklardır. Bu maddeye ortak girişimlerin de eklenmesi gerekmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 4:

Tasarı'nın 4. maddesinin (b) bendinde görev yanında "ve yetki" ibaresinin eklenmesinde yarar vardır. Ayrıca, maddenin (ç) bendinde finansman dengelerinde uyumun nasıl sağlanacağı, hangi unsurların dikkate alınacağı, ayrıntıların hangi kriterlere göre tespit edileceği hususları belirlenmelidir. Bu önemli hususların yönetmelik ile düzenlenmesinin ne ölçüde uygun olduğu tartışılmalıdır.

Kanun Tasarısı Madde 5:

Tasarının 5. Maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerindeki modellerdeki "yap" kavramı bir projenin sıfırdan özel sektör tarafından yapılmasını içermekte olup, projenin tamamlanmasından sonra işletilmesi için herhangi bir devir işlemini gerektirmemektedir. Söz konusu modellerdeki "sıfırdan yap" kavramı yerine "tamamla, yenileştir, geliştir, restore et" gibi mevcut bir tesis için geçerli olan kavramlar kullanıldığında, yeni oluşacağı ifade edilen bu modellerin, işletme hakkı devri yapılmadan uygulanması mümkün olmayacaktır. Esasen 5. maddenin 2. fıkrasında kapsam dışı bırakılan, İşletme Hakkı Devri modeli mevcut tesislerin belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının özel sektöre verildiği bir modelidir ve "tamamla, yenileştir, geliştir, restore et, rehabilite et" gibi kavramlar işletme hakkının devredilmesinin şartları olarak düzenlenebilir. Bu itibarla anılan fıkranın işletme hakkı devri olmaksızın uygulanmasının mümkün olamayacağı değerlendirilmektedir.

Öte yandan, bakım onarım, faturalama veya tarifelerin toplanması gibi küçük çaplı kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından yapılması durumlarında 1 ile 15 yıl arasında değişen sürelerde Hizmet Sözleşmesi, İşletme Sözleşmesi veya Kira Sözleşmesi gibi sözleşme modelleri uygulanabilmektedir. Bu hizmetlerin de KÖİ modelleri kapsamında Kanunda detaylı olarak tanımlanması KÖİ'deki taraflar için belirsizliği azaltan ve üstlendikleri riskleri daha net olarak görmelerini sağlayan bir husus olması açısından önem arz etmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 6:

Tasarının “Yetki süreci” kenar başlığını taşıyan 6. maddesinin 4. fıkrasında, Yüksek Planlama Kurulu’nun (YPK) yetkili idareyi, seçilecek KÖİ modelini, yapılacak olan yatırım ve hizmetleri, ihale stratejisinin esaslarını ve yetkinin geçerli olacağı süreyi de belirleyerek idareyi KÖİ modeli ile ihaleye çıkması için yetkilendireceği öngörülmüştür. Özel sektör tarafından gerçekleştirilecek olan özellikle uzun vadeli projelerde KÖİ modelinin seçiminde özel sektörün durumunun ve piyasa analizinin iyi yapılması gerekmektedir. Kanunda belirtilmiş olan KÖİ modellerinin daha detaylı olarak tanımlanması bu açıdan da büyük önem arz etmektedir. Hangi durumlarda hangi modelin uygulanacağı konusunda bir mevzuatın olması model yanlışlıklarının önüne geçilmesini sağlayacaktır. Bu şekilde KÖİ uygulamalarının daha şeffaf olacağı düşünülmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 7:

Tasarının 7. maddesinin gerekçesinde madde 7 (1)’de belirtilen yetkinin geçerli olma süresinin, projeye ilişkin analizlerin güncelliğini yitirmemesi olduğu ifade edilmiştir.

Ancak, yetkinin ihale işlemlerinin yapılmasına ilişkin olduğu dikkate alındığında, ihalenin süresi içerisinde gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesine rağmen, bilahare uygulama sözleşmelerinin yapılması yahut sözleşmelerde bazı değişikliklerin gerekli olması durumunda, bu sürenin geçmesi sebebiyle ilgili idarenin ihale işlemleri yönünden yetkisinin kalmadığı sonucuna varılıp varılamayacağı hususunda bir açıklama yoktur. Bu süre bu açıdan son derece tehlikeli olabilir. Esasen 7. maddede uygulama sözleşmelerinin dahi YPK tarafından onaylanacağı öngörüldüğüne göre, YPK’nın uygun sürenin geçmesi, dolayısıyla analizlerin güncelliğini yitirmesi şeklinde bir kuşku bulunduğu takdirde, sözleşmeleri onaylamama imkanı bulunmaktadır. Oysa, ihale ile ilgili yetkinin süreli olduğundan söz edildiğinde, sürenin geçmesi halinde yetkinin otomatik olarak ortadan kalkacağı şeklinde bir sonuç ortaya çıkabilecek ve bu husus uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

Ayrıca, Başbakanlığa bağlı YPK’nın ihalelerde bu kadar geniş ölçüde yetkili kılınmasının doğru olup olmadığı üzerinde düşünülmelidir. Esasen anayasada yerel yönetimlere ait yetkilerin yasa ile icracı olmayan başbakanlığa bağlı YPK’ya aktarılması ihalenin iptal edilmesine yol açabilir. Bu nedenle konu yeniden düşünülmeğe değer gözükmektedir.

Tasarı’nın 7. maddesinin 1. fıkrasında idarenin, YPK onayında belirtilecek sürede kesin proje üzerinden ihaleye çıkacağı, tasarının da yer aldığı KÖİ modelleri ile yapılacak ihalelerde kesin proje şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Bu hususta madde gerekçelerinde modelin özelliğine göre, özel sektörün sahip olduğu avantajlardan yararlanmak amacıyla tasarım işinin bazı hallerde projenin kapsamında değerlendirilebileceğinin belirtildiği, bu gibi durumlarda ihaleye çıkmak için kesin proje şartı aranmayacağının öngörüldüğü belirtilmiştir. Oysa, madde hükmünde, bu türden koşullar ve kriterler yer almamakta, doğrudan tasarının yer aldığı modellerde kesin proje şartının aranmayacağı belirtilmektedir. Hal böyle olunca bu farklılığın madde hükmünden açıkça anlaşılmadığı ve somut kriterlerin getirilmediği gözlemlenmektedir.

Tasarı’nın 7. maddesinin 3. fıkrasında, YPK’nın taslak uygulama sözleşmesini onaylamaması durumunda ihalenin geçersiz sayılacağı; keza 4. fıkrada ihaleye çıkma yetkisinin DPT Müsteşarlığınca verildiği projelerde taslak uygulama sözleşmesinin DPT Müsteşarlığı tarafından onaylanmadığı hallerde ihalenin geçersiz sayılacağı öngörülmüştür.

Uygulama sözleşmesi, adından da anlaşılacağı üzere, ihalenin yapılmasından sonra, ihale konusu işin yapımına yönelik icrai sözleşmeler mahiyetini taşımaktadır. Bu nedenle, uygulama sözleşmesinin hiç yapılmaması veya yapılsa dahi yasaya aykırı olması, ihalenin değil, ilgili sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecektir. Tarafların bilahare geçerli uygulama sözleşmesi/sözleşmeleri yapma veya uygulama sözleşmesini hukuka uygun olarak yapmamaları nedeniyle buna aykırı davranan tarafın sorumluluğuna başvurma hakları saklıdır. O nedenle, uygulama sözleşmesinin ilgili makam tarafından onaylanmamasının, bütün olarak ihaleyi geriye etkili biçimde geçersiz hale getireceğine ilişkin bu düzenleme hukuk ilkelerine aykırıdır.

4734 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesi uyarınca hazırlanan Kamu İhale Kurumu İhale Yönetmeliği'nin 33. maddesinde ihale sonrasında istekliye uygulama sözleşmesinin imzalanması için davette bulunulacağı; 35. maddede ihale üzerinde kalan isteklinin 33. ve 34. maddelerine göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorunda olduğu; bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği; bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de bu Yönetmelikte belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabileceği; ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 33 üncü maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 33 üncü maddede belirtilen şekilde tebligat yapılması gerektiği; ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatının gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, uygulama sözleşmelerinin bulunmaması, yapılmaması, yapılmış olsa dahi kabul edilmemesi, ancak bu sözleşmelerin usulüne uygun hale getirilmesi mükellefiyetini yükleyebilir. İhalenin ilgili teklif sahibine yapılması ile ihale işlemi teknik anlamda tamamlandığından, uygulama sözleşmeleri ancak icrai nitelik taşıdığından, bu sözleşmelerdeki sakatlığın, en fazla ihalenin iptaline yol açabileceği, ihalenin kendiliğinden geçersiz olması gibi bir sonucun hukuken kabul edilemeyeceği belirtilmelidir.

Kaldı ki, bir yandan bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu kabul, diğer yandan sözleşmelerin imzalanmasından sonra dahi YPK onayının zorunlu kılınması, keza 14. maddede belirtildiği gibi değişikliklerde dahi bu onayın aranması kendi içinde çelişki de taşımaktadır.

Bu itibarla, özellikle boşlukların olduğu hallerde Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı 29. maddede açıkça belirtildiğine göre, Devlet İhale Kanunu'nun uygulanıp uygulanmayacağı net olarak anlaşılamamaktadır. Buradaki süreç ile Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'nda yer alan süreçler arasında ciddi farklılıkların bulunduğu da dikkate alındığında bu hususta sorunların ortaya çıkacağı açıktır. Tasarıda ihale sisteminin aşamalarının yeterince düzenlenmemesinden dolayı hukuki boşluklar doğabilecektir. Bu sebepten dolayı KÖİ projelerinin ihale süreçlerine ilişkin olarak Tasarıda hüküm bulmayan yerlerde Kamu İhale Kanununun uygulanması yerinde olacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 8:

Tasarının 8. maddesinin 2. fıkrasında ihalelerde; proje bazında ve işin niteliğine göre en az maliyetle en yüksek fayda sağlayan teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif kabul edileceği belirtilmiştir. Burada yer alan kavramların açıklanması gerekmektedir. Aksi halde, ihalenin yapılması hususunda objektif kriterlerin bulunmaması sebebiyle çok daha uygun teklif veren girişimler ile ihalenin yapılmaması ve en az maliyet, en yüksek fayda sağlayan ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verenin ihaleyi kazandığı şeklinde bir iddianın ileri sürülmesi mümkün olabilecektir. İhaleyi alım kriterinin sadece en düşük fiyat mı, yoksa en az maliyetle en fazla fayda sağlamak mı olduğu açıkça ifade edilmelidir. Eğer en az maliyetle en fazla fayda sağlanması kast ediliyorsa bu kriterler de kanunda açıkça belirtilmelidir.

Kanun Tasarısı Madde 9:

Tasarı'nın 9. maddesinde "orantısallık" terimi yerine, Anayasa'da dahi yer alan ve artık hukuk diline yerleşmiş bulunan "oranlılık" teriminin tercih edilmesinde yarar vardır.

Kanun Tasarısı Madde 10:

Tasarı 10. maddesinde belirtilen ihale usullerini açık ve tutarlı bir şekilde ortaya koyamamaktadır. İhale mevzuatında rekabetçi diyalog usulü yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Tasarının 10. maddesi ise ihale usulleri arasından rekabetçi diyalog usulünü tercih eder bir şekilde yazılmıştır. Ayrıca 11. maddede belirlenen esas usullerin yerine bu özel usulün hangi koşullara göre tercih edileceği de açık değildir.

Madde 10(1)c-2'de "*İdarelerin teknik standartları veya performans ve işlevsel gereklilikleri objektif ölçütlere göre tanımlayamamaları ve projenin hukuki, finansal karakteristiklerini açıkça belirtilememesi halinde veya açık ve belli istekliler arasında ihale usullerinden biri ile projenin tahsis edilememesi durumunda rekabetçi diyalog usulü kullanılabilir*" denilmektedir. Ancak, "*ihale usullerinden biri ile projenin tahsis edilememesi durumu*" ibaresinin yorumlama ve uygulama farklılıklarına sebebiyet vermemesi için daha net bir şekilde tanımlanması gerekmektedir.

İhalelerin öngörülebilirliği ihale düzeninin şeffaf olmasının önkoşuludur. Bu açıdan Madde 10(1)c-2'de ihalelerin somut koşulları açıkça belirtilmemiştir. Bu maddede yer alan esas usuller yerine özel usullere başvurmak için gerekli hukuki ve finansal koşulların objektif kıstaslarla belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca ihalelerin konu ve büyüklüklerine göre hangi usule göre yapılacakları da kanun tasarısında belirtilmelidir.

Madde 10(1)c-7'de bahsi geçen *açıklayıcı doküman* Kanun Tasarısında tanımlanmamıştır. Zuhur edecek belirsizlikleri engellemek için tanımların yapıldığı üçüncü madde içerisine "açıklayıcı doküman" eklenmelidir. Diğer taraftan, reddedilen çözüm önerilerinin açıklayıcı doküman kapsamında gerekçelendirilerek isteklilere yazılı olarak bildirilmesinin, şeffaflık ve tarafsızlığın sağlanması açısından gerekli olduğu değerlendirilmektedir.

Madde 10(1)ç-4'te bahsi geçen elenen teklifler ile ilgili gerekçelerin, şeffaflık ve tarafsızlığın sağlanması açısından teklif sahiplerine yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Madde 10(1)ç-5'te idarelerin işin "fiyatına ilişkin koşulları önceden belirlerler" ifadesi yer almaktadır. Ancak aynı maddenin birinci fıkrasında bu modelin uygulanmasının

gerekçelerinden birisi olarak “işin doğası gereği varolan risklerin, başlangıçta genel bir fiyatlandırmaya izin vermemesi” sayılmaktadır. Bu doğrultuda, aynı maddenin iki fıkrasının birbiriyle çelişki yarattığı gözlemlenmektedir.

Tasarının diğer bütün maddelerinden farklı olarak 10. maddede en avantajlı teklifin değil en iyi teklifin seçileceği hükme bağlanmış, ancak en avantajlı teklifin belirlenmesindeki kriterlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Terim ve uygulama birliği ve kavram kargaşası yaratılmaması açısından bu terimlerin düzeltilmesinde yarar vardır. Zira, Tasarı, en iyi teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğundan yola çıkmış, bu kavramı ihale sürecinde temel almıştır. Bilahare, en iyi teklif adı altında farklı bir kavramdan söz edilmesi ve bunun da esasen ekonomik açıdan en avantajlı teklifin kriterlerine göre belirleneceğinin ifade edilmesi karışıklık yaratmaktadır.

Kanun Tasarısı Madde 11:

Tasarı’nın 11. maddesinde, KÖİ projelerinin ihalelerinin açık veya belli istekliler arasında uygulanmasının esas olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık 10. maddede belli istekliler arasında ihale usulü “İdarece yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulü” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde bu yöntem kapsamında gerçekleştirilen uygulamalarda İdareler tarafından ön yeterliliğe sahip olan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmesi gerekmektedir ve aday sayısı önceden sınırlandırılmaz.

Tasarı’nın 11. maddesinin 3. fıkrasında “*KÖİ projesi için idarenin tamamlaması gereken imar planı revizyonu, ÇED Olumlu veya ÇED Gerekli Değildir Kararı ve gerektiği takdirde kamulaştırma gibi idari işlemler sonuçlanmadan ihale ilanına çıkılmayacağı*” belirtilmiştir. Dolayısıyla, ihale ilanına çıkılması ve tekliflerin alınabilmesi, ihale ve bilahare uygulama sözleşmelerinin yapılabilmesi için (gerekli ise) kamulaştırma idari işleminin sonuçlanmış olması şarttır.

Ancak, Tasarı’nın “Kamulaştırma” kenar başlığını taşıyan 20. maddesi uyarınca bu Kanun’da öngörülen yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırma işlemleri idare tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılması öngörülmektedir. Kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen görevli şirket tarafından ödenmesi hususu idare ile ihaleyi kazanan şirket veya ortak girişim arasında yapılacak uygulama sözleşmelerinde hükme bağlanabilir. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti devir sözleşmesi yapılmadığı sürece idareye aittir. Görüldüğü üzere burada, kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen görevli şirket tarafından ödeneceği hususunda uygulama sözleşmesinde hüküm yer alabileceği belirtilmektedir.

Bu hüküm, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na aykırıdır. Zira, Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesinde kamulaştırma şartları düzenlenmiş olup; bu madde uyarınca idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya bu maddede belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler. Dolayısıyla bu madde uyarınca, kural olarak kamulaştırma bedelinin peşin ve nakden ödenmesi esastır. Bu itibarla, esasen kamulaştırmanın yapıldığı anda bedelin ödenmesi şarttır. Oysa, 11. maddenin 3. fıkrası uyarınca kural olarak kamulaştırma işlemleri sonuçlanmadan yani bedelin ödenmesi gerçekleşmeden, ihaleye çıkılması mümkün değildir. Bedelin peşin veya maddede belirtilen hallerde taksitlerle

ödendiği bütün durumlarda dahi, kamulaştırmada bedelden sorumlu olan bizatihi idaredir. İdarenin Kamulaştırma Kanunu'ndan kaynaklanan sorumluluğunu, uygulama sözleşmesindeki bir hükümle görevli şirkete devretmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bu düzenlemenin Kamulaştırma Kanunu hükümlerine ve ilkelerine uygun hale getirilmesi, kastedilen idarenin ihaleye çıkmadan önce kamulaştırma yapmak ve bedelini ödemek zorunda kalmış olması dolayısıyla bu bedelin tamamen veya kısmen görevli şirket tarafından idareye ödenmesi (bir tür tazmini) ise, bu hususun daha açık bir şekilde madde içerisinde kaleme alınması gerekmektedir.

Tasarı'nın 11. maddesinin 5. fıkrasında Ön yeterliliği sağlayan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmesi gerekir. Yukarıdaki fıkranın belli istekliler arasında ihale usulünde uygulanması madde 4/1/a'daki KÖİ projelerinin temel amacı olan kamu yararının gözetilmemesine yol açacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 12:

Tasarının 12. maddesinde ihaleye itirazın Kamu İhale Kurumu tarafından değerlendirilerek sonuçlandırılacağı belirtilmektedir. Ancak 29. Maddede bu Kanun kapsamındaki ihalelerin KİK Kanuna tabi olmadığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, madde gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek husus ihale ilanlarına ilişkin şikâyetleri içerecektir. Bu şekilde sınırlandırılmış bile olsa Kamu İhale Kurumunun hiçbir şekilde dahil olmadığı bir ihale sürecine ilişkin görevlendirilmesinin uygun olmayacağı düşünülmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 13:

Tasarıda ön yeterlilik, mali ve teknik yeterlilik koşulları, idari ve teknik şartnameler ile ilanlarda yer alacak unsurlar, idare ve isteklinin sorumlulukları, ihalenin hangi durumlarda iptal edileceği ile ihalelerde uygulanacak diğer işlemler ve şikâyetlerin değerlendirilmesine yönelik temel unsurların düzenlenmesi Bakanlar Kurulu kararı ile yayımlanacak yönetmeliklere bırakılmıştır. Yönetmelikler kanunların sağladığı öngörülebilirlik ve güvenilirliği sağlayamamaktadırlar. Bu nedenle büyük ölçekli altyapı yatırımları ve temel kamu hizmet projelerinin ihalelerine ilişkin bir kanunda, ihale sürecinin temel unsurlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Bu tasarıda yönetmelik ile düzenlenmesine karar verilen unsurlar, ihale düzenin öngörülebilir ve güvenilir olması için hayati önem taşıyan etmenlerdir.

Kanun Tasarısı Madde 14:

Tasarı'nın 14/3. maddesinde sözleşmenin esaslı unsurlarının idare aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Bu hükümde "...kira bedeli, ücret ve gölge ücret koşulları gibi sözleşmenin esaslı unsurları" şeklinde bir ifadeye yer verildiğinden, sözleşmenin örnekleyici olarak sayılan esaslı unsurları yanında diğer bütün esaslı unsurlarının idare aleyhine değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir. Maddede devamla, mücbir sebeplerin gerçekleşmesi durumunda bu unsurlara ilişkin sözleşme değişiklikleri ile sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin idare lehine sözleşme değişikliklerinin YPK onayı ile yapılabileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen unsurlar, sınırlı sayım olmadığından, bunların yanında diğer bütün esaslı unsurların idare aleyhine değiştirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak devam eden hükümde çelişkili gibi görünen bir düzenleme ile mücbir sebepler bulunduğu takdirde bu unsurlara ilişkin sözleşme değişikliklerinin YPK onayı ile yapılacağı kabul edilmiştir. Bu unsurlardan kasıt yukarıda sayılan hususlar ise, esasen örnekleyici sayım olduğuna göre (gibi

ifadesi bunu göstermektedir) zaten bütün unsurları kapsamaktadır. Ancak, hükmün devamında ayrıca sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin idare lehine sözleşme değişikliklerinin YPK onayı ile yapılabileceği öngörülmüş olup; bunun mücbir sebep halini gerektirmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu hali ile hüküm, mücbir sebepler bulunsa dahi esaslı unsurlara ilişkin değişikliklerin ancak idare lehine olması halinde yapılabileceği gibi bir yoruma uygun olup; eğer mücbir sebep halinde esaslı unsurlarda idare lehine veya aleyhine değişiklik yapılabileceği (YPK onayı ile) veya esaslı unsurlarda mücbir sebep bulunmasa dahi idare lehine değişiklik yapılabileceği (YPK onayı ile) kastedilmekte ise, hükmün “Sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik, mücbir sebep söz konusu ise veya böyle bir hal bulunmasa dahi idarenin lehine olduğu takdirde YPK onayı ile yapılabilir” biçiminde düzenlenmesinde yarar vardır. Gerekçe incelendiğinde, mücbir sebep söz konusu olduğu takdirde idare aleyhine dahi esas unsurlarda değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Keza, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu dikkate alındığında, değişikliklerin YPK onayından geçirilmek suretiyle yapılabileceğine ilişkin bu hüküm, uygulama sözleşmelerinin peşinen YPK tarafından onaylanması halinde geçerli olacağı; aksi halde ihalenin geçersiz sayılacağına ilişkin hüküm gibi hukukun genel ilkeleri ile çatışmaktadır.

Kanun Tasarısı Madde 16:

16. maddenin 2. fıkrasında görevli şirketin idareye ve tüketicilere karşı yükümlülüklerini yerine getirmesi hükmü yer almaktadır. Burada, görevli şirketin sunduğu kamu hizmetinin alıcılarının her zaman tüketici olmaması ihtimali de vardır. O nedenle, burada “alıcı” veya “nihai kullanıcı” yahut benzeri bir kavramın kullanılmasında yarar vardır.

Keza, 16/2’de görevli şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi değil; getirememesi; iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerinde idarenin cezai yaptırımlar uygulayacağından söz edilmektedir. Burada özellikle görevli şirketin kusurunun bulunmadığı hallerle bağlantılı olarak cezai yaptırımın terim olarak dahi kullanılması uygun görülmemektedir. Zira, ceza, ancak bir kişinin kendi kusuru ile bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi için söz konusudur. Görevli şirketin kusurunun olmadığı, kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle sayılan haller gerçekleşirse burada cezai yaptırım değil; olsa olsa sözleşmelerin akibetinin ne olacağına ilişkin düzenleme ve idarenin hakları kastedilmiş olabilir. O nedenle hükmün, “.... hallerinde idarenin seçimlik hakları ve gerektiği takdirde uygulayabileceği yaptırımlar uygulama sözleşmesinde belirtilir” şeklinde düzeltilmesinde yarar vardır.

Kanun Tasarısı Madde 17:

Tasarı’nın 17. maddesinde uyumsuzlukların Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olacağı belirtilmiştir. Burada, “mevzuat” yerine “yasa” tabirinin kullanılması daha doğru olabilir. Böylelikle uluslararası sözleşme veya metinlerin, direktiflerin ve uygulamaların olası olumsuz etkileri kısmen de olsa sınırlandırılmış olacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 19:

Tasarı’nın 19/1. maddesinde risk paylaşımında temel ilkenin riskin en iyi yönetebilecek tarafça üstlenilmesi olduğu; riskin nasıl paylaşılacağı, yönetmelikte düzenlenecek esaslara uygun olarak ve ihale şartnamesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, idare ile ihaleyi kazanan şirket veya ortak girişim arasında akdedilecek uygulama sözleşmesinde belirleneceği

öngörülmüştür. Projedeki hem içsel hem de dışsal risklerin teşhis edilebilmesi ve kim hangi riski en az maliyetle en iyi şekilde yönetebilecek ise o haliyle taraflar arasında dağıtılması en optimum yaklaşımdır ve Kanun taslağında da bu şekilde öngörülmektedir. Ancak, risklerin gerekçeler kısmında değil Kanun’da net olarak tanımlanması ve ayrıştırılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Örneğin ticari riskler özel sektör tarafından üstlenilirken, piyasa riskinin taraflar arasında paylaşılması, politik risklerin ise kamu kesimi tarafından üstlenilmesi gerekmekte olup, Kanun içerisinde belirli gruplar altında risk paylaşımları belirtilebilir.

Projeye özel oluşturulacak olan Ortak Girişim Şirketinin finansman kaynakları da bir başka risk konusu unsurdur. Çok uzun vadeli (25-30 yıl) KÖİ modellerinde uzun vadede finansmanı Türk Banklarından sağlama olanağı azdır. Bunun yanı sıra, Proje riski, ülke riskinden daha yüksek olacağından dolayı uluslararası borçlanmanın maliyeti de daha yüksek olacaktır. BBB kredi notu ve yukarısının tercih edildiği uluslararası sermaye piyasalarından finansman sağlama imkanı olmaması halinde Avrupa Yatırım Bankası, IBRD, KfW gibi uluslar arası kuruluşlardan finansman sağlama imkanı olmalıdır. Söz konusu kuruluşlardan sağlanacak olan fonlarla bir finansman havuzu oluşturularak, özel sektörün finansman olanağı artırılmalıdır.

Kanun tasarısı taslağında 19. maddenin 2. ve 3. fıkralarında belirtilen garanti şartlarının Genel Gerekçe’de olduğu gibi Kanun içerisinde de detaylı ve net olarak tarif edilmesi, KÖİ modeli çeşidine göre farklılık meydana gelip gelmeyeceğinin de ayrıca vurgulanması, firmalar açısından gerçekleştirilecek olan projenin maliyet hesaplarının daha tutarlı ve etkin yapılmasını sağlayacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 20:

Tasarı’nın 20. maddesinin son cümlesinde kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin devir sözleşmesi yapılmadığı sürece idareye ait olacağı öngörülmüştür. Bu yaklaşım anayasal mülkiyet hakkının özüne ve kamulaştırma amacına uygun gözükmemektedir. İdare kamu yararı için kamulaştırma yapıp özel mülkiyeti ihlal ettikten sonra bu mülkiyeti tekrar özel bir kişiye aktarması –tartışılır olmakla birlikte- kamulaştırma amacına uygun gözükmemektedir.

Kanun Tasarısı Madde 21:

Tasarının 21. maddesinde İdarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmazların görevli şirket lehine en fazla uygulama sözleşmesi süresince tahsis edilebileceği ve üst hakkı tanınabileceği belirtilmektedir. Ancak, 14. Maddenin 2. fıkrasında “*Bu Kanun kapsamında yapılan sözleşme sürelerinin belirlenmesinde yatırımın geri dönüş süresi dikkate alınır*” ifadesi yer almaktadır. Bu itibarla, özellikle Yap-işlet projelerinde yatırımın geri dönüş süresi sonunda uygulama sözleşmesinin sona ereceği dikkate alındığında, görevli şirket lehine tesis edilmiş üst hakkı ortadan kalkacağından, bu durumda tesisin mülkiyet haklarının idareye geçmesi gibi bir sorun ortaya çıkacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 25:

DPT Müsteşarlığı bünyesinde kurulması öngörülen Kamu-Özel İşbirliği Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasına özel sektör temsilcileri ile kamu sektörü temsilcilerinin bir araya geleceği koordinasyon toplantılarının düzenlenmesi de yer almalıdır. Bu toplantılar,

kamu ile özel sektör arasında paydaşların bir araya gelerek koordinasyonun sağlanmasında faydalı olacaktır.

Kanun Tasarısı Madde 27:

27. madde kapsamında yürürlükten kaldırılması öngörülen kanunlar uyarınca çıkarılmış yönetmeliklerin dayanak noktasını artık bu Kanun teşkil edecektir. Dolayısıyla, bu yönetmelikler uyarınca düzenlenen hususların bu Kanun tasarısındaki düzenlemelerle çelişkili olmaması ya da dayanaksız kalmamasının sağlanması gerekecektir. Zira yürürlükten kaldırılan kanunlara dayanılarak gerçekleştirilen sözleşmeler çerçevesinde uluslararası tahkime gidilmesi mümkündür.

Diğer taraftan, yürürlükten kaldırılacağı ifade edilen 3996 sayılı Kanunda değişiklik öngören “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ile Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 1/480 esas numarasıyla 11/12/2007 tarihinde Plan ve Bütçe Komisyonuna sevk edilmiştir. Söz konusu değişiklik kapsamında yap-işlet-devret sözleşmelerinin içerikleri ve ödeme şekillerine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı ifade edilmektedir. Bu itibarla, anılan değişiklik önerilerinin bu Kanun kapsamında bulunup bulunmadığı hususunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Kanun Tasarısı Madde 30:

Tasarı’nın 30/2. maddesine göre, bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak DPT Müsteşarlığı gerektiğinde yönetmelik, tebliğ ve genelge hazırlamaya yetkilidir. DPT müsteşarlığının yönetmelik yapma yetkisi hukuken tartışılması gereken bir husustur. Anayasa’nın 124. maddesi gereği başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri yönetmelik çıkarmaya yetkilidir. Bu anlamda DPT Başbakanlığa bağlı bir müsteşarlık olduğundan, bu konuda Başbakanlığın yönetmelik çıkarmasının daha doğru olacağı değerlendirilmektedir.

Kanun Tasarısı Geçici Madde 1:

Tasarı’nın Geçici 1. Maddesi’nde Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce 3996, 3465, 3096, 4283, 4046 ve 5396, 5335 sayılı Kanunlara göre yürütülen ve ihale ilanı yayınlanarak başlatılmış olan projeler ve işlerin tabi oldukları usul ve esaslara göre devam edeceği öngörülmüştür. İşbu hüküm, kazanılmış haklara saygı şeklindeki anayasal ilke çerçevesinde gerekli bir düzenlemeyi içermekle birlikte; özellikle uygulama sözleşmeleri tip sözleşmeler şeklinde yapılacaksa ve bu sözleşmeler ihaleyi kazanmış olan işletmelerin lehine düzenlemeler içerecek ise, halihazırda ihalesi gerçekleşmiş bir işi yürütmekte olan işletmenin dilediği takdirde, kendi sözleşmesini yeni uygulama sözleşmelerine uygun olarak değiştirme opsiyonunun tanınması yerinde olacaktır. Aksi halde, aynı işi yapmakta olan birden fazla işletme arasında sözleşmeler bazında ayırimcılık yapılmış olabilecektir.