

Public Private Partnership under Turkish Law

Türk Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları

ABSTRACT

Public private partnership (“PPP”) is a project finance model based on sharing the financing, risk, asset or operation of projects -those especially require high investments- with private sector institutions with the purpose of taking the financial burden off the government. The model which is started to be applied in 1660s with the road construction projects with the participation of private sector in the UK continued to be prevalently used in Turkey since 1910 upon the first legal regulations regarding concession in Ottoman period. Although PPP models differ in accordance with the specific project or the local legislation, they are classified based upon various criteria by international organizations. Mentioned models are mainly composed of concession, build-operate-transfer, build-lease-transfer and transfer of operating rights and the special provisions regarding various sectors in compliance with the legal foundations in Turkey. As a result of this structuring, the current developments in Turkey especially in the fields of health and education in respect to PPP models are examined in this article.

ÖZET

Kamu özel ortaklığı (“PPP”), sunulacak mal ve hizmetlerin maliyet yükünün devlet üzerinden alınması amacıyla, özellikle yüksek meblağda yatırım gerektiren projelerin finansman, risk, malvarlığı veya işletmesinin özel sektör kuruluşları ile paylaşımını temel alan bir proje finansman modelidir. İngiltere’de 1660’larda özel sektörün katıldığı yol inşaat projeleri ile uygulamaya başlanan bu model, Osmanlı döneminde imtiyaza ilişkin getirilen yasal düzenlemeler ile 1910 yılından beri Türkiye’de yaygınlaşarak kullanılmaya devam edilmektedir. PPP modelleri, kullanılan her bir proje ve yerel mevzuata göre değişiklik göstermekle beraber, uluslararası organizasyonlar tarafından çeşitli kriterlerle sınıflandırılmıştır. Söz konusu modeller, Türkiye’deki yasal dayanaklara göre çeşitli sektörlerle ilişkin özel düzenlemeler etrafında imtiyaz, yap işlet devret, yap işlet, yap kirala devret ve işletme haklarının devri modelleri etrafında şekillenmiştir. Bu yapılaşmanın da bir sonucu olarak PPP modellerine ilişkin özellikle sağlık ve eğitim alanında Türkiye’deki güncel gelişmeler makale içerisinde ayrıca incelenmiştir.

KEYWORDS: Project Finance, Public Private Partnership, PPP, Public Service.

1. PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP AS A PROJECT FINANCE MODEL

1.1. Introduction

PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IS A PROJECT FINANCE model to ease the financial burden of goods and services that are traditionally served by the government. It is also made to realize the projects, which burdens or exceeds the government budget or require high amounts of investment.

In the financing of the public projects, the most traditional method of financing is the execution by the government, therefore realizing the goods and services by means of covering the costs from the government budget. In this case, since the government undertakes all the risks of the project, the profit of the project is transferred to the government budget. Therefore, in contrary to the traditional government financing model, the privatization model which is developed in the course of time, the project is being financed by the private sector, which takes up all financial burdens with all its risks and profits.

Since existing models could not serve the need of certain projects, the PPP models are brought in to fill this gap in the business sector, which requires close cooperation between public and private sector. The PPP models enabled the participation of the private sector in publicly owned projects, where the presence of the government is essential. Therefore, the PPP models solved the financing issues at publicly owned projects.¹ This project finance model is being employed in large scale projects,

ANAHTAR KELİMELEER: Proje Finansmanı, Kamu Özel Ortaklığı, PPP, Kamu Hizmeti.

1. BİR PROJE FİNANSMANI MODELİ OLARAK KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI

1.1. Giriş

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI, GELENEKSEL OLARAK DEVLETlerin sunduğu mal ve hizmetlerin, maliyet yükünü devletlerin üzerinden kısmen de olsa almak ve devlet bütçesini zorlayan veya aşan meblağlarda yatırım gerektiren projelerin hayata geçirilebilmesi amacıyla ortaya çıkmış bir proje finansmanı modelidir.

Kamu projelerinin finansmanı söz konusu olduğunda, en geleneksel yöntem bu projelerin devlet tarafından finanse edilmesi, dolayısıyla maliyetlerin devlet bütçesinden karşılanması yoluyla mal ve hizmetlerin hayata geçirilmesidir. Bu durumda projenin tüm risklerini devlet üstlendiği gibi, proje gelirleri de devlet bütçesine aktarılır. Bunun yanında, zaman içerisinde geliştirilen özelleştirme modelinde ise, geleneksel devlet finansmanının tam aksine, kamu hizmeti olarak nitelendirilen projeler özel sektör tarafından finanse edildiği gibi, projeye ilişkin tüm riskler ve proje gelirleri özel sektöre aittir.

Ne var ki, bu iki modelin de uygun çözümü sağlayamadığı projeler söz konusudur. Bu nedenle zaman içerisinde, kamu hizmeti olarak nitelendirilen ancak devletin tümüyle çekilmek istemediği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve böylece devletlerin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu aşmak amacıyla,¹ devlet tekeli ve özelleştirmenin ortasında duran PPP modeli geliştirilmiştir. Bu proje finansmanı modeli yüksek sermaye isteyen büyük kapsamlı projelerde ve yaygın olarak

FOOTNOTE

¹ Acartürk, E. (2012). Public Private Partnership Model in Turkish Health Sector. Süleyman Demirel University The Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, 25-51, 1.17, P.3.

² Çekirge, H. (2006). Implementations of Public Private Partnership in the World and Turkey and Evaluation of Financial and General Advantages of Model in an Example Project. İstanbul: Unpublished Post Graduate Thesis, İstanbul University.

³ Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brussels, 30.04.2004, COM (2004), 327 T.R. Ministry of Finance, Head of the EU and External Affairs Department, European Commission, Public Private Partnerships and the Green Book on Public Tenders and Concessions in Community Law, paragraph 23, footnote 27, p. 11: "PFI term which inferred as Private Finance Enterprise is the name of

a program used by the British government to renew the public infrastructure. The same model is used in other Member States with certain fundamental changes. For instance in Germany, in the course of the development of "Betreibermodell" the PFI model is inspired."

⁴ Uz, A. (no date). Public Private Partnership (PPP) (Term and Legal Framework). The Journal of Gazi University Law Faculty I. XI P. 1-2, 1165-1182.

which require high investment and commonly employed in sectors like infrastructure investments, energy, health, education or transportation.

1.2. Historical Development

The first practices of the projects realized through the collaboration of the government and the private sector commenced with the road construction projects in the UK in 1660s. Especially by the time of 1860s the practices of PPP peaked up through the canal and railway construction projects after the industrial revolution. However many of the investors went bankrupt because of the economic crisis that struck Europe. The application of this PPP model commenced first United Kingdom, and was later followed by countries like United States and France. It is worthwhile to mention that even the Suez Canal in Egypt was financed by this PPP model, which was completed in 1869 by Said Pasha.²

The first application of PPP models in its current form was first applied in 1992 in the UK upon the abolition of the legal regulations which prevented the entrance of the private sector to public area and was known as Private Finance Initiative (PFI).³ Upon successful implementation of the model in the United Kingdom, many countries led the filed including United States of America, Ireland, Spain, Portugal, Germany, France and Italy. While the number of the countries implementing PPP model was about ten in 1999, today the number is more than a hundred.⁴

1.3. Public Private Partnership Models

When PPP models are reviewed, all the methods from design-build to concession provides hints about the relationship between public and private sectors. Therefore, it can be said that the more closer the design and build-

altyapı yatırımları, enerji, sağlık, eğitim veya ulaşım gibi sektörlerde uygulanmaktadır.

1.2. Tarihsel Gelişimi

Kamu ve özel sektörün işbirliği ile gerçekleştirilen projelerin tarihteki ilk uygulamaları, İngiltere’de 1660’larda özel sektörün katıldığı yol inşaat projeleri ile başlamıştır. Özellikle endüstri devrimi sonrasında kanal ve demiryolu projeleriyle 1860’lara gelindiğinde PPP modelinin uygulanması en üst seviyeye ulaşmış fakat Avrupa’daki ekonomik krizle birlikte birçok yatırımcı iflas etmiştir. İngiltere’nin ardından Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa’da da PPP modeli uygulanmıştır. Yine Mısır Valisi Said Paşa tarafından desteklenen ve yapımı 1869 yılında tamamlanan Süveyş Kanalı da PPP’nin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.²

Bugünkü anlamda PPP modellerinin uygulanmasına ise ilk olarak, özel sektörün kamusal alana girmesine engel olan yasal düzenlemelerin kaldırılmasını takiben İngiltere’de, “Özel Sektör Finansman Girişimi” (PFI)³ adı altında 1992 yılında başlamıştır. İngiltere’de modelin başarılı uygulamalarını müteakip ABD, İrlanda, İspanya, Portekiz, Fransa, Almanya ve İtalya’nın başı çektiği birçok ülke bu modeli uygulamak için harekete geçmiştir. 1999 yılında dünyada PPP uygulamaları konusunda çalışma yapan ülkelerin sayısı on civarında iken bugün bu sayı yüzün üzerindedir.⁴

1.3. Kamu Özel Ortaklığı Modelleri

PPP modelleri incelendiğinde tasarla-yap modelinden imtiyaza kadar tüm yöntemler, kamu ve özel sektör arasındaki ilişki hakkında ipuçları verir. Buna göre örneğin tasarla-yap yönteminden özelleştirme yöntemine yaklaşıldıkça özel sektörün risk oranına paralel olarak diğer sorumluluklarının arttığı söylenebilir.⁵ Bu şekilde her

DİPNOT

¹ Acartürk, Ertuğrul. “Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, s. 29, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, s. 25-51, 2012.

² Çekirge, Halis Levent, “Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi”, s. 5, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 2006.

³ Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Brüksel, 30.04.2004, COM (2004), 327 Nihai, Çev. T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Avrupa Komisyonu, Kamu Özel İşbirlikleri ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlarına İlişkin Yeşil Kitap, paragraf 23, dipnot 27, s. 11: “Özel Finans Girişimi anlamına gelen PFI kavramı İngiliz hükümetinin özel finansman kullanarak,

kamu altyapısını yenilediği bir programın ismidir. Aynı model, kimi temel değişikliklerle diğer Üye Devletlerde de kullanılmıştır. Örneğin Almanya’da “Betreibermode’ll’in geliştirilmesi esnasında PFI modelinden esinlenilmiştir”.

⁴ Uz, A. “Kamu Özel Ortaklığı/Public Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI S. 1-2, 1165-1182.

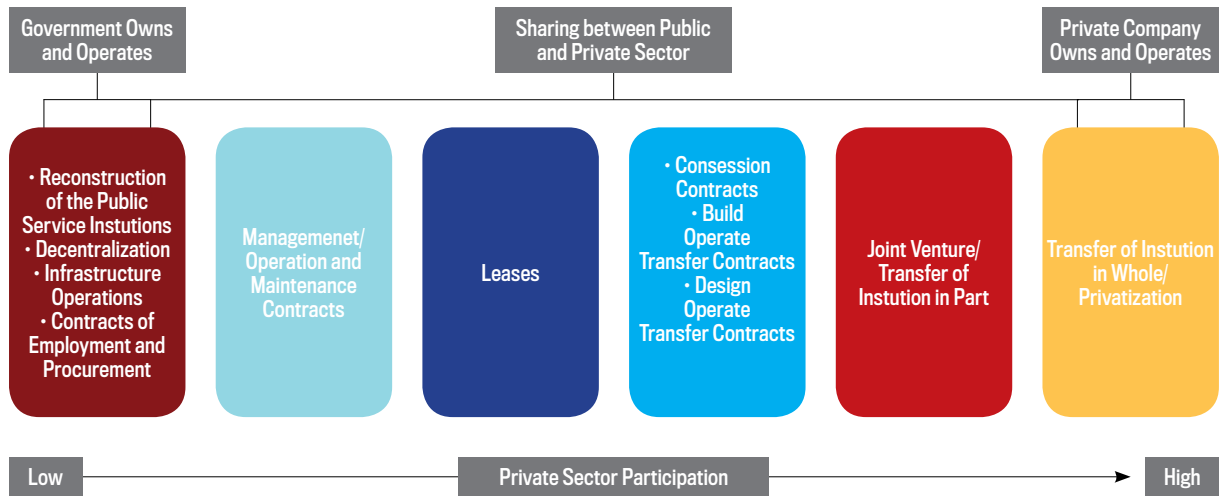
ing process approaches privatization, the more risky it will be, alongside with the responsibilities.⁵ Respectively, each PPP model is developed around particular rights and obligations deriving from different contracts.

PPP models are classified by international organizations based on the criteria consisting of the responsibilities of private company in partnership, and whether the operation of the intended cooperation is public or private sector's power or whether the assets subject to the partnership is in public or private sector's ownership. By virtue of the World Bank reviews, the range of PPP models can be listed as presented in hereinafter table:⁶

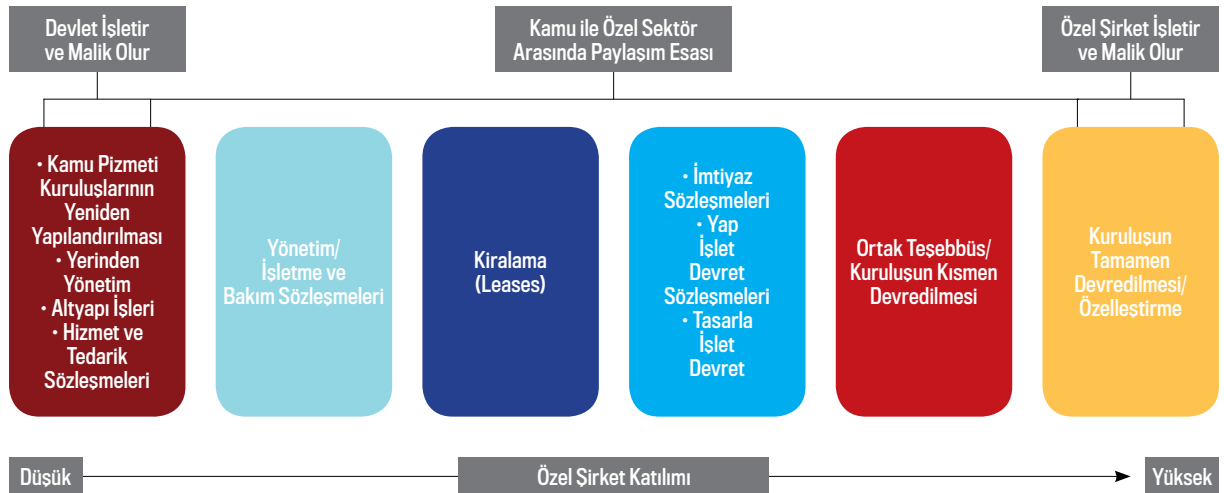
projede tarafların yükümlülükleri ve haklarının sözleşme serbestisi etrafında şekillenmesi ile bir PPP modeli meydana gelmektedir.

PPP modelleri, özel şirketin ortaklıkta üstlendiği sorumluluklar, kurulacak işbirliğinin işletiminin kamu veya özel sektör elinde olması veya söz konusu ortaklığa konu malların kamu veya özel sektör mülkiyetinde olması gibi ölçütlere göre uluslararası organizasyonlarca sınıflandırılmıştır. Dünya Bankası'nın değerlendirmelerine binaen PPP modelleri yelpazesi aşağıdaki tabloda yer verildiği şekilde sıralanabilir:⁶

DIAGRAM 1: PPP MODELS, WORLD BANK DATA



TABLO 1: PPP MODELLERİ, DÜNYA BANKASI VERİLER



According to this classification, PPP model can be divided into three groups depending on the public or private sector participation:

1.3.1. PPP Models Subject to Public Operation and Ownership with Very Limited Participation of Private Sector

In these models, the government provides public services to public disclosure by taking up the risks and costs of those projects, by endorsing both public asset values and that of private companies. In the formation of these models, the government aims to increase the efficiency of services that are being delivered or to be initiated by the government usually in the standards determined in the performance contracts, by means of maintaining the fulfillment of delivery of the public services via private sector.

1.3.2. PPP Models which Contain Sharing not only Operation and Ownership but also Risks between Public and Private Sector:

1.3.2.1. Operation and Maintenance Contract (O&M Contracts)

In this kind of contracts, operation of certain works are transferred to the private sector for the period, which is determined under the contract. These works vary from technical support regarding the delivery of the public services to comprehensive operation and maintenance.

This type of PPP models may appear as build-operate-transfer or concession contracts. As an example of such PPP types, water and sanitation procurement, energy projects, and contracts on transfer of the license or operation of train and railways can be given. Generally, PPPs based on international model contracts such as FIDIC, JCT or ICE are also in this scope.

1.3.2.2. Lease Contracts

These PPPs are the ones that private sector operator is responsible for both management as well as the maintenance of public service institutions but has no responsibility of financing the investment. The risks under these kinds of partnerships mostly fall under the responsibility of private sector operator.

Bu sınıflandırmaya göre PPP modellerini kamu ve özel sektör katılımlarına göre üç gruba ayırabiliriz:

1.3.1. Kamu İşletimi ve Mülkiyetine Tabi, Özel Şirket Katılımının Oldukça Sınırlı Olduğu PPP Modelleri

Bu modellerde devlet, kamu hizmetlerini, riski ve maliyeti kendisine ait olmak üzere, kamusal malvarlığı değerleri ve özel sektör şirketlerinin kullanımı ile halkın kullanımına sunmaktadır. Bu modellerin oluşumunda devlet, kendi kontrolünde sürdürdüğü veya girişeceği kamu hizmetleri sunumunun, genellikle performans sözleşmelerinde belirlenen standartlarda, özel sektör aracılığı ile yerine getirilmesi yolu ile hizmet verimini artırmayı amaçlar.

1.3.2. İşletimi ve Mülkiyetinin Yanında Risklerin de Kamu ile Özel Sektör Arasında Dağılım Gösterdiği PPP Modelleri:

1.3.2.1. Yönetim/İşletme ve Bakım Sözleşmeleri

Bu tip sözleşmeler, kamu hizmeti sunumuna ilişkin teknik destekten, tam kapsamlı yönetim ve bakıma dek değişkenlik gösteren belirli işlerin idaresinin, sözleşmede belirlenen bir süre için özel sektöre bırakıldığı PPP'leri ifade eder. Bu sözleşmeler performans/verim odaklı olduğu ölçüde malvarlığı riskleri özel sektöre bırakılmaktadır.

Bu tip PPP modelleri, yap-işlet-devret veya imtiyaz sözleşmeleri olarak karşımıza çıkabilir. Bunlara örnek olarak, su ve sıhhi tesisat tedariki, enerji projeleri ile tren ve demiryollarının işletimi ile lisansının devrine ilişkin sözleşmeler verilebilir. Genellikle FIDIC, JCT veya ICE gibi uluslararası model sözleşmeler temel alınarak oluşturulan PPP'ler de bu kapsamdadır.

1.3.2.2. Kiralama Sözleşmeleri

Özel sektör işletmecisinin sözleşmeye konu kamu hizmeti kuruluşunun işletme ve bakımından sorumlu olmasına karşılık, söz konusu yatırımın finanse edilmesinden sorumlu olmadığı PPP'lerdir. Bu tip ortaklıklarda ticari risk önemli ölçüde özel sektör işletmecisi üzerindedir ve buna bağlı olarak işletmeci etkili şekilde kamu hizmeti sunumunun sağlanması için pek çok teşvikten yararlandırılır. İşletme ve bakım sözleşmelerinden farklı olarak burada işletmeci sabit bir bedel üzerine üstlendiği işleri



Accordingly, the operator is availed of plenty of the incentives for the efficiently delivering the public service. Unlike operation and maintenance contracts, the operator does not fulfill the works that he/she has undertaken for a fixed price. Subsequently, he/she finances the operation by charging the consumer with a certain amount of operating fee or government in the ratio of consumers. As an example of that, leasing the water and sanitation or energy operations to the private sector institutions can be given.

1.3.2.3. Concession, Build - Operate - Transfer, Design - Build - Operate and Similar Contracts

These contracts are product-oriented PPP contracts and they cover the long-term operation of the projects to be built or renovated in addition to the design and construction of them. The projects subject to these contracts can be projects to be newly built (greenfield) or already built

yerine getirmez, ancak söz konusu hizmetten yararlanan kişilerden veya yararlanan kişiler oranından devletten belirli bir işletme ücreti almak suretiyle işletmeyi finanse eder. Bu sözleşmelere örnek olarak, su ve sıhhi tesisat ile enerji işletmelerinin özel sektör kuruluşlarına bu kapsamda kiralanması verilebilir.

1.3.2.3. İmtiyaz, Yap - İşlet - Devret, Tasarla - İşlet - Devret ve Benzeri Sözleşmeler

Bu sözleşmeler ürün odaklı PPP sözleşmeleri olup, yeni inşa edilecek (greenfield) veya mevcut ancak önemli ölçüde yenileme veya geliştirme içeren (brownfield) projelerin özel sektör tarafından tasarım ve inşaatının yanında uzun dönem işletimini de kapsamaktadırlar.

İmtiyaz sözleşmelerinde devlet, imtiyaz sahibine, kamu hizmeti kuruluşunun kamusal malvarlığından uzun dönem yararlanmasını sağlarken, karşılığında imtiyaz sa-



but containing significant restoration or development (brownfield).

Under the concession contracts, the government provides to the concessionaire a long term utilization of the public asset of the public service institution. In return, the concessionaire private sector institution undertakes the responsibility to operate the project subject to the contract and invests in a certain level. Herein, the liability and the risk of operation belong to the private sector institution while the ownership and the risk of asset values belong to the public.

Build – operate – transfer projects are the PPP projects that the project contractor private sector institution finances the particular project. In return, the contractor obtains the contract price from the public service institution or the government in the term of operation of the institution subject to the project.

hibi özel sektör kuruluşunun sözleşmeye konu projeyi işletme sorumluluğu ile belirli ölçüde yatırım yapmasını sağlar. Burada malvarlığı değerlerinin mülkiyeti ile riskinin kamuda kalmasına karşılık işletme sorumluluğu ve riski de özel sektör kuruluşundadır.

Yap-işlet-devret projelerinde genellikle proje yüklenicisi özel sektör kuruluşunun, finanse ettiği münferit projenin yapılması karşılığında sözleşme bedelini, proje konusu kuruluşun işletimini yaptığı dönemde genellikle kamu hizmeti kuruluşu veya devletten elde etmek suretiyle oluşturulan PPP'dir.

Tasarla-yap-işlet projelerinde ise kamu kuruluşu projenin yapımını finanse eder; özel sektör kuruluşu ise projeyi taraflar arasında ayrıntılı şekilde kararlaştırılan ürünleri elde etmek üzere tasarlar, yapar ve işletir.

As in the design – build– transfer projects, the public institution finances the construction of the project while the private sector institution designs, builds and operates the project to obtain the products determined by parties in detail.

1.3.2.4. Contracts on the Transfer of the Public Institution in Part or Joint Venture

These contracts are made to transfer a part of shares of the public institution to the private sector institution or for the establishment of a new institution/company (joint venture) through the joint venture of the public institution and the private sector institution for the purpose of development of a new project. Because of the strategic reasons, the administration of the related public institution or the joint venture is generally left to the private sector institution. But, it is also common that the veto rights of the public are preserved in the administration of the new company or institution.

1.3.3. The PPP Models Subject to Operation and Ownership of Private Company with the Limited Participation of the Government

This means the privatization or the PPPs in which the public institution is transferred in its entirety to the private sector institution. In these cases, the privatization may take place with sales of an asset or an equity share. Generally the government protects its veto rights under the name of golden share in the sales of the equity share. At the same time, these partnerships can also be established with the government keeping some liabilities in the context of the subject matter transfer.

1.4. Risk Sharing in the Public Private Partnerships

Risk, which is defined as “expense, cost or uncertainty about the damage”, is unavoidable in public private partnerships as well as in all the project finances. The risks

1.3.2.4. Ortak Teşebbüs veya Kamu Kuruluşunun Kısmen Devredilmesine İlişkin Sözleşmeler

Bu sözleşmeler mevcut bir kamu kuruluşunun paylarının bir bölümünün özel sektör kuruluşuna devredilmesi veya yeni yapılacak bir projenin gerçekleştirilmesi amacıyla kamu kuruluşu ile özel sektör kuruluşunun ortak girişimleri ile yeni bir kuruluş/şirket (joint venture) kurulması amacıyla yapılırlar. Stratejik nedenlerle, çoğunlukla, ilgili kamu kuruluşunun veya ortak girişimin yönetimi özel sektör kuruluşuna bırakılır. Ancak yeni şirketin veya kuruluşun yönetiminde kamunun veto haklarının korunması yaygındır.

1.3.3. Özel Şirketin İşletimi ve Mülkiyetine Tabi, Devletin Katılımının Oldukça Sınırlı Olduğu PPP Modelleri

Özelleştirme veya kamu kuruluşunun tamamen özel sektör kuruluşuna devredildiği PPP’leri ifade eder. Bu hallerde özelleştirme bir malvarlığı veya hisse senedi satışı ile gerçekleştirilebileceği gibi, genellikle hisse senedi satışında, devlet altın hisse adı altında veto hakkını koruyabilir. Aynı zamanda bu ortaklıklar, devletin söz konusu devir kapsamında bazı sorumluluklarını devretmemesi şeklinde de kurulabilmektedir.

1.4. Kamu Özel Ortaklıklarında Risk Paylaşımı

Tüm proje finansmanlarında olduğu gibi kamu özel ortaklıklarında da risk, tanımı itibarıyla “masraf, maliyet veya zarara ilişkin belirsizlik” kaçınılmazdır. Bilhassa gelişmekte olan ülkelerde büyük zararları içinde barındıran risklerin gereğinden fazla olması her projede risklerin doğru şekilde tespiti, analizi ve dağıtılması önem arz etmektedir.⁷

FOOTNOTE

⁵ Altan, Y., Kerman, U., Aktel, M., Metin, Y., & Eke, E. (2013). The Implementation of the Public Private Partnership in the Local Governments: The Example of Büyükkabaca Municipality. The Journal of International Alanya Administration Faculty, C:5, S:3, p. 11.

⁶ PPP Arrangements / Types of Public-Private Partnership Contracts. (2015, March 10). August 24, 2015 Worldbank: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/contracts>

⁷ Crothers, John, D. “Risk Identification and Allocation in Project Finance”, pp. 1-14, Euromoney Learning Solutions, London.

containing substantial damages are superabundant particularly in the developing states. Therefore, it is crucial that the risks in each project are properly determined, analyzed and distributed.⁷

The basic understanding in the project finance is that each risk is borne on behalf of the party who is able to bear this risk. To prevent the risks is interpreted as both having control over these risks and covering possible expenses. In this context, generally;

- Development, construction, completion and operation risks belong to the private sector institution and
- Political risks, uninsurable force majeure and risk of “uncertain request” belong to the government.

Certainly, every risk taken by the private sector institution necessitates that contract price, charging in the term of operation, incentives or similar contributions to be provided by the government. Every single risk left to the public institution is determined based on whether the control or influence of the institution is subject to the mentioned institution or the government or the material value of it in case of where it gets beyond control.

2. LEGAL BASIS AND DEVELOPMENT OF PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN TURKEY

2.1. Development in Turkey

In the last quarter of 20th century, the concept of the government has changed from a monopolistic government producing and providing services, especially regarding the infrastructure services, to a government determining political regulations and managing them. In this direction, legislation is amended to concord with the PPP administration. Furthermore, the specialization on the process is targeted by creation of the special units that deal only with the PPP projects within an organizational structure.

Proje finansmanında temel anlayış, her riskin, gerek üzerinde belli ölçüde kontrole sahip olması, gerekse oluşturabileceği masrafları karşılayabilmesi açısından, bu riskin üstesinden gelebilecek taraf lehine doğmasıdır. Bu bağlamda genellikle;

- Geliştirme, inşaat, tamamlama ve işletme riskleri özel sektör kuruluşuna ve
- Politik riskler, sigorta edilemez mücbir sebep ve “belirsiz talep” riski devlete bırakılır.

Elbette özel sektör kuruluşuna bırakılan her risk, sözleşme bedeli, işletme döneminde ücretlendirme, teşvik ve benzeri bir karşılığın devlet tarafından sağlanmasını gerektirecektir. Kamu kuruluşuna bırakılan her bir risk, bu riskin söz konusu kuruluşun veya devletin kontrol ve etkisi dâhilinde olmasına veya kontrolünü aşan hallerde maddi değerine göre bırakılmaktadır.

2. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞININ TÜRKİYE'DEKİ GELİŞİMİ VE YASAL DAYANAKLARI

2.1. Türkiye'deki Gelişimi

20. yüzyılın son çeyreğinde Türkiye’de özellikle altyapı hizmetlerinin sağlanması açısından hizmet üreten, sunan ve tekeli devlet anlayışından, politika belirleyen ve düzenleyen devlet anlayışına doğru bir dönüşüm ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda mevzuat, PPP yöntemine uygun bir hale getirilmekte ve teşkilat yapısına sadece PPP projeleriyle ilgilenen özel birimler oluşturulmak suretiyle süreç konusunda uzmanlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır.

DİPNOT

⁵ Altan, Yakup; Kerman, Uysal; Aktel, Mehmet; Metin, Yüksel; Eke, Erdal. “Yerel Yönetimlerde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması: Büyükkabaca Belediyesi Örneği”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, C:5, S:3, s. 11, Antalya, 2013.

⁶ PPP Arrangements / Types of Public-Private Partnership Agreements. (2015, Mart 10). Ağustos 24, 2015 tarihinde Worldbank: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/agreements> adresinden alındı.

⁷ Crothers, John, D. “Risk Identification and Allocation in Project Finance”, s. 1-14, Euromoney Learning Solutions, London.

If the background of the PPP models is investigated in Turkey, primarily, we have to mention “Law on Concession for Public Interest” dated 1910 from the Ottoman Era. This law which is still in force constitutes the basic foundation of the transfer of the services qualified as concession to the private sector. Especially from 1980s to present time, the legal regulations on PPP models regarding their various sectoral implementations continued to rise. Even, the effect of the freedom of contract is increased in these models by accepting that some PPP contracts are subject to the private law. The tables showing the size of the PPP projects in Turkey at present are below:

YEAR	TOTAL (US DOLLAR)
1986 - 1994	53.630.534,34
1995 - 2001	8.954.342.373,86
2002 - 2009	15.887.482.719,21
2010-2013	62.679.669.327,66
2014	14.325.000.000
Maximum 2013	46.138.675.956
TOTAL	101 billion 900 million Dollar

Diagram 2: Contracts' Distribution by Years

SECTOR	TOTAL (US DOLLAR)
Highway Projects	10.646.863.811,13
Airway Projects	51.681.191.050,00
Harbor Projects	1.598.884.785,00
Marina and Tourism Facility Projects	270.633.513,00
Customs Facility and Customs Station Projects	359.688.021,66
Industrial Facility Projects	1.307.035.433,00
Health Facility Projects	3.816.554.228,00
Power Plant Projects	17.894.274.113,28

Diagram 3: Contracts' Distribution by Sectors
(Source: Ministry of Development)

PPP modelinin Türkiye'deki geçmişine inilirse, öncelikle Osmanlı döneminden kalan 1910 tarihli “Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”dan bahsetmek gerekir. Bu kanun imtiyaz oluşturan hizmetlerin özel sektöre devrinin genel dayanağı olup halen yürürlüktedir. Özellikle 1980 sonrasında günümüze PPP modellerinin farklı sektörel uygulamalarına ilişkin yasal düzenlemeler artmaya devam etmiş ve hatta kimi PPP sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu kabul edilerek bu modellerde sözleşme serbestisinin etkisi artırılmıştır. Uygulamada bugün PPP projelerinin Türkiye'deki büyüklüğünü gösterir tablolar aşağıdaki gibidir:

YIL	TOPLAM (ABD DOLARI)
1986 - 1994	53.630.534,34
1995 - 2001	8.954.342.373,86
2002 - 2009	15.887.482.719,21
2010-2013	62.679.669.327,66
2014	14.325.000.000
En yüksek yıl 2013	46.138.675.956
GENEL TOPLAM	101 milyar 900 milyon Dollar

Tablo 2: Sözleşmelerin Yıllara Göre Dağılımı

SEKTÖR	TOPLAM (ABD DOLARI)
Karayolları Projeleri	10.646.863.811,13
Havalanı Projeleri	51.681.191.050,00
Liman Projeleri	1.598.884.785,00
Yat Limanı ve Turizm Tesisi Projeleri	270.633.513,00
Gümrük Tesisi ve Gümrük Kapısı Projeleri	359.688.021,66
Endüstriyel Tesis Projeleri	1.307.035.433,00
Sağlık Tesisi Projeleri	3.816.554.228,00
Enerji Üretim Tesisi Projeleri	17.894.274.113,28

Tablo 3: Sözleşmelerin Sektörlere Göre Dağılımı
(Kaynak: Kalkınma Bakanlığı)

2.2. Legal Basis

Applicability of the PPP models in the delivery of the public services in Turkey depends on providing the essential legal infrastructure. The current legal infrastructure in this context is considerably insufficient, complicated and disorganized.

The last paragraph of the article 47 of the Constitution of the Republic of Turkey (“**Constitution**”) states that: *“Those investments and services carried out by the State, state economic enterprises and other public corporate bodies, which could be performed by or delegated to persons or corporate bodies through private law contracts shall be determined by law.”* According to this provision, the government may execute the public services via the private sector institution with the condition of an available legal basis.

In line with the given provision of the Constitution, a legal framework does not exist in the Turkish law. However, the Ministry of Development, previously called State Planning Organization, prepared a draft law in 2007. The Public Procurement Agency also prepared a draft law in 2009. Both of these drafts are prepared for the development of a legal framework. However these drafts are still not on the parliament’s agenda. Apart from that, the laws and disorganized regulations are still in force with their current states. These regulations comprise the regulatory special provisions of rules and procedures related to the implementation of the PPP models in different sectors. Mentioned draft laws and current legal regulation are explained below.

2.2.1. Legislative Drafting regarding Public Private Partnership

Two different draft laws were prepared by the Ministry of Development in 2007 and the Public Procurement Agency in 2009 with the aim to create a legal basis for PPP, efficient fulfillment of the delivery of the public services by removal of the uncertainty that arises due to the lack of a legal regulation.

2.2.1.1. Draft Law Prepared by the Ministry of Development

A draft law with the name “Draft Law on the Execution of some Investments and Services within the Scope of the Partnership Models between the Public Sector and the

2.2. Yasal Dayanaklar

PPP modellerinin Türkiye’de kamu hizmetleri sunumunda uygulanabilirliği gerekli hukuki altyapının sağlanmış olmasına bağlıdır. Mevcut hukuki altyapı bu kapsamda oldukça yetersiz, karışık ve dağınıktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (“**Anayasa**”) 47. Maddesinin son fıkrasında yer alan “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*” hükmü uyarınca devlet kamu hizmetlerini özel sektör kuruluşları aracılığı ile kanuni bir düzenlemenin sağlanmış olması koşuluyla, yürütebilir.

Yer verilen Anayasa hükmü doğrultusunda Türk hukukunda çerçeve bir kanun düzenlemesi mevcut değildir. Ancak bu doğrultuda yasal bir çerçeve getirilmesi için Kalkınma Bakanlığı, eski adıyla Devlet Planlama Teşkilatı, 2007’de ve Kamu İhale Kurumu ise 2009’da kanun tasarıları hazırlamışlardır. Ne yazık ki bu tasarılar henüz meclisin gündemine dahi alınmamıştır. Bunun haricinde, PPP modellerinin farklı sektörlerde uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyici özel düzenlemeler içeren kanunlar ile dağınık düzenlemeler mevcut haliyle yürürlüktedir. İlgili tasarılar ile mevcut yasal mevzuat aşağıda açıklanmıştır.

2.2.1. Kamu Özel Ortaklığına İlişkin Mevzuat Çalışmaları

PPP için bir yasal zemin oluşturulması, yasal düzenleme eksikliğinden doğan belirsizliğin kaldırılması ve bu sayede kamu hizmetlerinin daha verimli şekilde yerine getirilmesi amacıyla 2007 yılında Kalkınma Bakanlığı, 2009 yılında ise Kamu İhale Kurumu tarafından iki farklı kanun tasarısı taslağı hazırlanmıştır.

2.2.1.1. Kalkınma Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Tasarısı

Kalkınma Bakanlığı tarafından “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı” adıyla 2007 yılında bir kanun tasarısı taslağı hazırlanmıştır. Bu taslak ile merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütü-

Private Sector” was prepared by the Ministry of Development in 2007. Some investments and services executed by the public administrations with the central administration, social security institutions, local governments and the public economic enterprises to be executed through PPPs was aimed with this draft.

In this draft, it is stated that public institutions can establish a partnership with the private sector for implementation of a project and/or providing financial contribution by the PPP model under the related regulations, with the condition that private sector’s shares cannot be more than 49%. Its realization is bound to the Higher Planning Council’s consent.

The most important feature of this draft is that PPP models are not limited in respect to variation. Therefore, a freedom of contract is provided into the framework presented to the related partnerships.

2.2.1.2. Draft Law Prepared by the Public Procurement Authority

A draft law prepared in 2009 by the Public Procurement Authority on “Public Procurement and Sectoral Procurement and Concession Tenders” aims to determine the rules and procedures on the concession tenders regarding the works subject to concession in public procurement or sectoral procurements.

However, taking into consideration the great difference between public procurement and PPPs, especially in terms of their financial structure, it is tenable to say regulating these two subjects in the same law was inappropriate. For instance, specific subjects as in facility transfer, guarantees and risks that take part in the process of conducting PPPs cannot be encountered in a typical public procurement. Thus, if the draft aims to set regulations exclusively for the public private partnerships, a proper regulation should be set in accordance with this.

2.2.2. Current Legislation

As mentioned in the previous section, there is no enacted regulation available although there are drafts related to the legal frameworks on PPPs. However, enacted regulations regarding the rules and procedures and generally oriented towards sectors regarding the realization of PPPs are listed in the table below:

len bazı yatırım ve hizmetlerin PPP modelleri gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Taslakta, PPP modeli ile projenin gerçekleştirilmesi ve/veya finansman katkısı sağlanması amacıyla tabi oldukları mevzuatlar çerçevesinde kamu kuruluşlarının özel sektör ile sermaye payı %49’u geçmemek kaydıyla ortaklık kurabilecekleri belirtilmiştir. Bunun gerçekleştirilebilmesi ise Yüksek Planlama Kurulu’nun onayına bağlanmıştır.

Taslağın en önemli özelliği, PPP modellerinin çeşit bakımından sınırlandırılmamasıdır. Bu sayede ilgili ortaklıklara sunulan çerçeve içerisinde bir sözleşme serbestisi sağlanmış durumdadır.

2.2.1.2. Kamu İhale Kurumu Tarafından Hazırlanan Kanun Tasarısı

2009 yılında Kamu İhale Kurumu’nun hazırladığı “Kamu Alımları ve Sektörel Alımlar ile İmtiyaz İhaleleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı” ile kamu alımlarında ve sektörel alımlarda imtiyaz usulünün uygulanmasının öngörüldüğü işlere ilişkin imtiyaz ihalelerinde uygulanacak esas ve usullerin belirlenmesini amaçlanmıştır.

Ancak kamu alımları ile PPP’lerin bilhassa finansal yapılarının oldukça farklı olduğu göz önünde tutulacak olursa bu iki konunun aynı kanuna konu edilmesinin yerinde olmadığı savunulabilir. Örneğin PPP’lerin yürütülmesi sürecinde tesis devri, garantiler ve riskler gibi tipik bir kamu alımında rastlanmayan spesifik konular yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu taslağın münhasıran kamu özel ortaklıklarına ilişkin düzenlemeler getirmeyi amaçlıyorsa, buna uygun bir düzenleme yapılması gereklidir.

2.2.2. Mevcut Yasal Mevzuat

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere, PPP’lere ilişkin çerçeve düzenlemelere ilişkin taslaklar olmasına rağmen, henüz yasalaşmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak PPP’lerin gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen ve genellikle sektörlere yönelik yasalaşmış düzenlemeler aşağıdaki tablodaki gibidir:

Diagram 4: Current Legislative Regulations

MODEL	LEGAL FRAMEWORK	EXECUTION AREA	SECTOR
Build Operate Transfer	3096/1984	Law on Commissioning Institutions about Electricity Generation, Conduction, Distribution and Trade other than Turkish Electricity Administration	Electricity, Energy
	3465/1988	Law on Commissioning Institutions about Access Controlled Highway Construction, Maintenance and Operation	Highways, Infrastructure
	3996/1994	Law on Having some Investments and Services as Build-Operate-Transfer Model	Infrastructure
Build Operate	4283/1997	Building and Operating Power Plants with Build-Operate-Transfer Model and Regulating Energy Sale	Electricity, Energy
Build Lease Transfer	6428/2013	Law on Building, Restoration and Getting Service with Public-Private Sector Cooperation by Ministry of Health and Amending Some Law and Decree Law Education Campuses	Health
	652/2011	Decree Law Concerning the Organization and Duties of the Ministry of National Education	Education
Transfer of Operating Rights	5335/2005	Law on Amending Some Law and Decree Law	Airways and Railways -
	5393/2005	Law on Municipalities Revenues	
Long Term Lease	4046/1994	Law on Privatization Implementations	-
Other Related Regulations	4501/2000	Law on Principles About Arbitration in Conflicts Comes out of Concession Documents Listing the Terms of a Contract and Contracts about Public Services	-
	576/1908	Law on Concession about Public Interest	-

Tablo 4: Mevcut Yasal Düzenlemeler

MODEL	HUKUKİ ÇERÇEVE	UYGULAMA ALANI	SEKTÖR
Yap İşlet Devret	3096/1984	Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun	Elektrik, Enerji
	3465/1988	Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun	Karayolları, Altyapı
	3996/1994	Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun	Altyapı
Yap İşlet	4283/1997	Yap İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun	Elektrik, Enerji
Yap Kirala Devret	6428/2013	Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Eğitim Kampüsleri	Sağlık
	652/2011	Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	Eğitim
İşletme Hakkı Devri	5335/2005	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	Airways and Railways -
	5393/2005	Belediye Kanunu	
Uzun Dönem Kiralama	4046/1994	Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun	-
Diğer İlgili Düzenlemeler	4501/2000	Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Sartaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun	-
	576/1908	Menafi Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun	-

2.3. PPP MODELS IN TURKEY

Although there is no legal framework regulating PPPs in Turkey, since 1980, various PPP models are adapted into public service projects considering international customary law.⁸ Some of the models in force including their primary features are explained below:

2.3.1. Concession

Law on Concession about Public Interest numbered 576 and dated 10.06.1910 is the foundation of the concession contracts. It mediates the transfer of the management duty on the infrastructure and public services of the public administration to the private sector institutions.

In its decision dated 29.04.1993 with merits no. 991/1, decision no. 993/173, the 10th Chamber of the Council of State indicates the distinctive feature of the concession contracts as; *“If the fulfillment of a duty with the characteristics of a public service is transferred to a private enterprise by an administrative contract, the public service to be conducted by means of concession is in question; and the distinctive features of the concession contracts from others are the fees of the services based on the tariff determined by law to be collected during the concession and the transfer of the service to be made for a long and specified period.”*⁹ Concession contracts are subject to review of the Council of State and public law.

2.3.2. Build - Operate - Transfer

Build - operate - transfer model is defined as a special financing model in which the profits of the sales of the produced goods and provided services are used to cover the costs of the investor.

According to the latest amendments, the built – operate – transfer models which are subjected to the law numbered 3996 are also subject to private law provisions and separated from those related to electricity production, transmission, distribution and trade as per the law numbered 3096 and those related to road construction, maintenance and operation as per the law numbered 3465.

2.3.3. Build - Operate

Build – operate model is exclusively regulated by including only the construction and operation of the power plants and healthcare facilities owned by the investors. Hydro-

2.3. TÜRKİYE'DE PPP MODELLERİ

Türkiye’de PPP’leri düzenleyen çerçeve bir kanun olmamasına rağmen, 1980’lerden beri, kamu hizmeti projelerine uluslararası teamülü dikkate alarak çeşitli PPP modelleri uyarlanmıştır.⁸ Aşağıda hâlihazırda yürürlükte olan bazı modellerin temel özellikleri sunulacaktır:

2.3.1. İmtiyaz

İmtiyaz sözleşmelerinin temelini oluşturan 576 sayılı 10.06.1910 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun, kamu idaresinin altyapı ve kamu hizmetine ilişkin işletme görevinin, riski ile birlikte özel sektör kuruluşlarına aktarılabilmesine aracılık eder.

Danıştay 10. Dairesi, 29.4.1993 tarih, E.991/1-K 993/172 sayılı kararında, imtiyaz sözleşmelerinin ayırt edici özelliğini; *“kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşme ile özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusu olup imtiyaz süresince hizmetten bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerdir.”* şeklinde ifade eder.⁹ İmtiyaz sözleşmeleri Danıştay incelemesine ve kamu hukukuna tabidir.

2.3.2. Yap - İşlet - Devret

Yap – işlet – devret modeli, üretilen ürünlerin ve sunulan hizmetlerin yatırımcı tarafından satılması karşılığında elde edilen karın, yatırım maliyetlerini karşılığı olarak yatırımcıya ödendiği özel bir finansman modeli olarak tanımlanmaktadır.

Son değişikliklere göre 3996 sayılı kanuna tabi yap işlet devret modelleri, 3096 sayılı kanun gereği elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretine ilişkin olanlar ile 3465 sayılı kanun gereği otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesine ilişkin olanlardan ayrılarak özel hukuk hükümlerine tabidir.

2.3.3. Yap - İşlet

Yap – işlet modeli, yatırımcılara ait olan enerji üretim tesisleri ile sağlık tesislerinin yalnızca inşası ve işletilmesini kapsayacak şekilde inhisari şekilde düzenlenmiş durumdadır. Hidroelektrik santraller, jeotermal ve nükleer santraller ile yenilenebilir enerji kaynaklarıyla çalışan

electricity plants, geothermal plants, nuclear plants and all other plants that operate on renewable energy sources are out of the scope of this law. Contracts within the context of this model are regulated by private law and local or international arbitration can be chosen to settle disputes.

2.3.4. Build - Lease - Transfer

Build – lease- transfer model is put into practice through the Health Services Fundamental Law and can only be applied for projects concerning health services. The Ministry of Health applies build – lease – transfer model for investors, which rents the health facilities after building them on public properties. In these facilities all services are fulfilled by the private sector except the health services. This model is subject to private law provisions.

2.3.5. Transfer of Operating Rights

In the transfer of operating rights model, administration transfers its operating rights of the concerned public institution to a private sector institution, under certain conditions and for a period of time.

2.4. Developments on Public Private Partnership in Turkey

2.4.1. Public Private Partnership in Health Sector

The fundamentals of the PPP model in Turkish health sector are based on the Health Services Fundamental Law numbered 3559 (**“Law numbered 3559”**). In accordance with the Law numbered 3559, upon the decision of the Council of Ministers, health institutions belonging to public institutions and organizations can be converted into health enterprises with the possession of public entity. In this way, the management in health sector is separated from conducting health services.

The first regulation on conducting health services via PPP is regulated under the additional article 7 of the Law numbered 3559. According to this; *“By the decision of the Higher Planning Council regarding the necessity of the health facilities can have (...) a natural person or a legal entity determined through a tender build on the real property belonging to itself or the Treasury by in exchange, for lease for a period of time and price with the condition not to exceed forty nine years.”* Subject matter primary features of health facilities are determined by the Ministry of Health and predetermined bidders are determined through tender.

diğer tüm santraller bu kanunun kapsamı dışındadır. Bu model kapsamındaki sözleşmeler, özel hukuk kuralları ile yönetilir ve uyuşmazlıkların çözümü için ulusal ve uluslararası tahkime gidilebilir.

2.3.4. Yap-Kirala-Devret

Yap – kirala – devret modeli, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile uygulamaya girmiş olup yalnızca sağlık hizmetlerine ilişkin olarak uygulanabilmektedir. Sağlık Bakanlığı yatırımcılara, kamuya ait taşınmazlar üzerinde sağlık tesisleri inşa etmelerine müteakip söz konusu tesisleri kiralamak sureti ile yap kirala devret modelini uygulamaktadır. Bu tesislerde sağlık hizmetleri harici tüm hizmetler özel sektör tarafından karşılanmaktadır. Bu model özel hukuk hükümlerine tabidir.

2.3.5. İşletme Haklarının Devri

İşletme haklarının devri modeli ile idare, ilgili kamu kuruluşuna ilişkin işletme haklarını belirli şartlar dâhilinde ve belirli bir süre için özel sektör kuruluşuna devretmektedir.

2.4. Türkiye’de Kamu Özel Sektör Ortaklığı ile ilgili Gelişmeler

2.4.1. Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı

Türkiye’de sağlık sektöründe PPP modelinin kökleri 3559 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na (**“3559 sayılı Kanun”**) dayanır. 3559 sayılı Kanun sayesinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları Bakanlar Kurulu kararı ile kamu tüzelkişiliğini haiz sağlık işletmesine dönüştürülebilmektedir. Bu sayede sağlık sektöründe işletmecilik sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden ayrılabilmiştir.

Sağlık hizmetlerinin PPP ile yürütülmesi yönünde ilk düzenleme 3559 sayılı Kanun’a eklenen Ek 7. Maddedir. Buna göre; *“Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, (...) kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde, ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”* Söz konusu sağlık tesislerinin temel özellikleri Sağlık Bakanlığı tarafından saptanacak ve istekliler ihale ile belirlenecektir.

Bu kapsamda 2006 yılında Sağlık Tesislerinin, Kiralama

In this context, in 2006, Regulation on the Health Facilities to be Built in Exchange for Lease and to be Refurbished in Exchange for Operation of the Areas and Services out of the Areas of the Medical Services of Facilities (“**Regulation**”) was entered into force.

The Law numbered 6428 was entered into force in order to obviate criticism on the additional article and the mentioned Regulation provisions.¹⁰ As per the Law numbered 6428, “*Ministry of Health and its affiliated institutions; (...) can have the contractor build facilities on the Treasury’s private property in exchange for remuneration regarding independent and continuous right of construction established in a contract free of charge in favor of the contractor by the Ministry of Finance.*”

Thus, besides the health facilities, the renovation operations of the facilities in use can be left to the private sector in accordance with the rules determined by the Ministry of Health, in exchange for the delivery of certain services in the facilities and/or operation of commercial service areas and/or the payment of its price.

Application Regulation on Building, Restoration and Obtaining Service with Public-Private Sector Cooperation by Ministry of Health which is cited in the law was entered into force with the publication of the official gazette dated 09.05.2014 numbered 28995. It especially regulates tender procedures in detail.

The most conspicuous discussion on PPPs in the health-care area is whether to include medical services which are the core area of health services to PPPs.¹¹ As a result of lack of an existing legislation on this subject, a serious freedom is given to administration on the transfer of health services. Even though a medical service cannot be transferred in PPP projects in practice, lack of a provision which limits this application is against the purpose of health politics.¹²

Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine dair Yönetmelik (“**Yönetmelik**”) de yürürlüğe girmiştir.

Ek madde ile bahse konu Yönetmelik hükümlerine getirilen eleştirilerin giderilmesi için 6428 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir.¹⁰ 6428 Kanun uyarınca, “*Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları; (...) Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sözleşmesinde belirtilen şartlarla Hazine’nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir.*”

Böylece, sağlık tesislerinin yanında, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımda bulunan tesislerin yenilenmesi işleri de tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında özel sektöre yaptırılabilir.

6428 sayılı kanunda atıf yapılan Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği 09.05.2014 tarihli ve 28995 numaralı resmi gazete ile yürürlüğe girmiş olup özellikle ihale usullerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

PPP’lerin sağlık alanında en dikkati çeken tartışması, PPP’lere sağlık hizmetinin çekirdek alanı tıbbi hizmetlerin dâhil edilip edilmeyeceği sorunsalıdır.¹¹ Bu sorunsala ilişkin mevcut bir yasal düzenleme bulunmaması neticesinde, tıbbi hizmetlerin devredilebilmesi hususunda idareye ciddi ölçüde bir serbesti tanınmıştır. Her ne kadar uygulamada PPP projelerinde tıbbi hizmet devredilmiyor olsa da, bu uygulamayı sınırlayan bir hüküm bulunmaması sağlık politikalarının amacına aykırıdır.¹²

Bir diğer önemli konu, Türkiye’de sağlık alanındaki PPP modellerinde, hizmetlerin merkezi planlama ile kamusal

FOOTNOTE

⁸ Canaz Yılmaz, I. (2009). The Models of Public Private Sector Partnership in Turkey, p.1.

⁹ Council of State, 10. Chamber, 29.4.1993, M.1991/1-D.1993/172. Council of State Magazine, no:88, p.463.

¹⁰ Erdem, E. (May 2013). Public Private Partnership Model in Health Sector. August 24, 2015 Erdem-

Erdem: <http://www.erdem-erdem.com/articles/saglik-sektorunde-kamu-ozel-isbirligi-modeli/>.

¹¹ Karasu, K. (2011). Public Private Partnership in the Organizing of Health Services. Ankara University The Journal of SBF, V: 66, No:3, 226-231.

¹² (2003). Healthcare Transformation. Ankara: Ministry of Health, p. 24.

¹³ Karasu, K. (2011). Public Private Partnership in the Organizing of Health Services. Ankara University The Journal of SBF, V: 66, No:3, 226-231.

¹⁴ Büyükcın, T., & Yelken, E. (2015). Schools Migrating Abroad: Education Campuses. The Journal of Education Science Community, V:13, I: 49, 17.

Another important subject is that the PPP models in the field of health in Turkey are based on traditional organization principles with uncertain limits that create liberty in practice. It is required that an organization based on general administration principles in which the services are subject to centralized planning. In this way, the services would be provided through public sources and civil servants while the financing would be covered through taxes, and the risks are covered in a pool. Unfortunately, the current situation carries a great risk with the large-scale buildings where the efficiency is uncertain.¹³

2.4.2. Public Private Partnership in Education Sector

A legal framework regarding the PPP formation in the educational area is not available, though a much dispersed practice is followed by planning and conducting certain projects in the educational area.

The most important project among these projects is the 'education campuses' project which came after negotiations with an amendment in the article 16 of the National Education Basic Law numbered 1739, in 2009. The finance model preferred for this project takes its infrastructure from the build – lease – transfer model.

As per the article 23 of the Decree Law on Organization and Duties of Ministry of National Education ("Decree Law") dated 25.08.2011 and numbered 652, education and training facilities can be built by natural persons or private law legal entities through a tender within the context of preliminary project given by the Ministry and the fundamental standards. It is built on government's property, in exchange for lease for a period of time and price, with the condition that it should not to exceed forty nine years. According to this regulation, in the education campuses, where there are more than one education institutions, to fulfill the common needs of these institutions, a campus management will be established and the

rejime tabi olarak kamu personeli eliyle, finansmanın vergi gelirlerinden karşılandığı ve buna yönelik risklerin bir havuzda toplandığı genel idare esaslarına dayalı bir örgütlenme yerine geleneksel, sınırları belirsiz bir uygulama serbestisi yaratan bir örgütlenmenin esas alınmasıdır. Ne yazık ki bu durum verimliliğinin belirsiz olduğu büyük ölçekli yapılar ile büyük risk taşımaktadır.¹³

2.4.2. Eğitim Sektöründe Kamu Özel Sektör Ortaklığı

Türkiye'de eğitim alanında PPP oluşumlarını düzenleyen çerçeve bir kanun mevcut değildir. Ancak eğitim alanında belirli projelerin planlanıp yürütülmesi ile oldukça dağınık bir uygulama izlenmektedir.

Bu projelerin en önemlisi, 2009 yılında 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 16. maddesinde yapılan bir değişiklik ile gündeme gelen 'eğitim kampüsleri' projesidir. Bu proje için tercih edilen finansman modeli, alt yapısını yap kirala devret modelinden almaktadır.

Bu yönde 25.08.2011 tarihli ve 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ("KHK") 23. maddesine göre, eğitim-öğretim tesisleri, Bakanlık tarafından verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, devlete ait taşınmazlar üzerinde, ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine, kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir. Bu düzenlemeye göre, aynı alan içerisinde birden fazla eğitim kurumunun yer aldığı eğitim kampüslerinde, bunların ortak ihtiyaçlarının karşılanması için kampüs yönetimi kurulacak ve kampüs bünyesinde işletilecek ortak açık alan, kantin, salon ve benzeri yerlerin işletiminden elde edilecek gelirler kullanılacaktır.

Ayrıca bu çerçevede yapılacak iş ve işlemler, Kamu İhale Kanunu'na değil yukarıda belirtilen KHK'ya dayan-

DİPNOT

⁸ Canaz Yılmaz, İsil. "Türkiye'de Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modelleri", s.1, 2009.

⁹ Danıştay 10.D; 29.4.1993, E.1991/1-K 1993/172. Danıştay Dergisi, sayı:88, s.463 vd.

¹⁰ Erdem, Ercüment. "Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Modeli", Mayıs 2013. Ağustos 24, 2015 tarihinde Erdem-Erdem: <http://www.erdem-erdem.com/articles/saglik-sektorunde-kamu-ozel-isbirligi-modeli/> adresinden alındı.

¹¹ Karasu, Koray. "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı", s. 226, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 66, No:3, 2011.

¹² Sağlık Bakanlığı. "Sağlıkta Dönüşüm", s. 24, Ankara, 2003.

¹³ Karasu, Koray. "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı", s. 231, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 66, No:3, 2011

¹⁴ Büyükcın, Tufan; Yelken, Ejder. "Şehir Dışına Göç Eden Okullar: Eğitim Kampüsleri", s. 17, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, Cilt:13, Sayı: 49, 2015.



revenue will be collected through managing common open-air area, canteen, auditorium and related areas within the campus.

Also, businesses and operations carried in this context will not be subject to the Public Procurement Law, but rather to the Regulation on the Education and Training Facilities to be Built in Exchange for Lease and to be Refurbished in Exchange for Operation of the Areas and Services out of the Areas of the Education and Training Services of Facilities dated 27.08.2012 and numbered 2012/362 based on the abovementioned Decree Law.

Conclusively, the legal basis of the education campuses project is a decree law and it constitutes a contradiction with the article 47 of the Constitution which states that the public investment and services to be transferred, has to be regulated under a law and the article 123 of the Constitution. However, the process taking the education campuses project, within the context of abovementioned regulations, has been officially endorsed with the architectural project competitions declared on 30.11.2012. In this context, education campuses will be built by the project contractor firms and leased for twenty years by the

dırılan, 27.08.2012 tarihli ve 2012/3682 sayılı Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik'e tabi olacaktır.

Görüldüğü üzere eğitim kampüsleri projesinin yasal dayanağının bir kanun hükmünde kararname oluşu, Anayasa'nın 47. maddesi gereği kamu yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk kişilerine devredebilmesinin ancak kanunla düzenlenmesi koşuluyla mümkün olduğuna ilişkin hükmü ile Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilmelidir. Ne var ki eğitim kampüsleri projesine ilişkin süreç, yukarıda belirtilen düzenlemeler çerçevesinde, 30.11.2012 tarihinde ilan edilen mimari proje yarışmaları ile resmen uygulamaya konmuştur. Bu kapsamda eğitim kampüsleri, proje yüklenicisi firmalar tarafından inşa edilerek yirmi yılına Milli Eğitim Bakanlığı tarafından kiraya verilecek ve bu sürenin sonunda kamuya devredileceklerdir. Yüklenici firmalar, kira süresince kampüsün her türlü hizmet ve ihtiyacının sağlanmasında ve eğitim öğretim hizmeti dışında kalan alanların işletilmesinde imtiyaz sahibi olacaklardır.¹⁴

Ministry of National Education. At the end of this period, they will be transferred to public. During the lease period, the contractor firms will have concession on providing all kinds of services for the campus and the operation of the areas outside of education and training.¹⁴

2.4.3. Treasury Guarantee

According to the Law on the Regulation of Public Financing and Debt Management numbered 4749, the treasury can guarantee public administrations, which includes the central government, social security institutions, state economic enterprises, institutions whose more than fifty percent of capital is owned by public. Also funds, public banks, investment and development banks, metropolitan municipalities, municipalities and their affiliated institutions and other local government institutions are included. This guarantee is provided only for the projects within the scope of build – operate – transfer, build – operate, transfer of operation right and similar financing models.

Rules and procedures related to these guarantees are regulated under the Regulation on Assumption of Indebtedness by the Secretariat of Treasury. According to this regulation, in case an investment exceeds a certain amount, treasury guarantee can be provided for the external loans supplied for the projects.

Treasury guarantee has an important role as an incentive for the large scale public investment PPP models and contributed greatly for the PPP models expand throughout Turkey.

3. CONCLUSION

As a project finance model, PPPs are first used to provide financing needed for infrastructure investments of countries. With the PPP models, the benefits of the private sector is introduced with regard to its management skills, while the public sector can concentrate on public planning and supervision activities. Despite the similarities as to the goals and sectors where PPP models are operating, the models and implementations of these PPPs in each country shapes around the needs of both public and private sectors around their idiosyncratic methods.

In this respect, PPP models have been introduced since 1910 in Turkey and they have been increasing ever since. These models were classified by international organizations depending on different criteria, like distribution

2.4.3. Hazine Garantisi

4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen düzenlemeye göre hazine, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait olan kuruluşları, fonları, kamu bankalarını, yatırım ve kalkınma bankalarını, büyükşehir belediyelerini, belediyeleri ve bunlara bağlı kuruluşlar ile sair yerel yönetim kuruluşlarına gerçekleştirecekleri yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri ve benzeri finansman modelleri kapsamındaki projeler için garanti verebilmektedir.

Bu garantilere ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik'te düzenlenir. Buna göre bahse konu projelere yapılacak yatırımların belirli bir tutarın üzerine çıkması halinde projeler için sağlanan dış kredilere hazine garantisi verilebilecektir.

Hazine garantisi, büyük ölçekli kamu yatırımlarında PPP modellerine önemli bir teşvik niteliğine haiz olup Türkiye'de PPP modellerinin yaygınlaşmasına büyük katkı sağlamıştır.

3. SONUÇ

Bir proje finansmanı modeli olarak PPP'ler, ilk olarak ülkelerin altyapı yatırımlarının karşılanmasında ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamak amacıyla kullanılmakta iken, günümüzde özel sektörün işletmecilik becerilerinden yararlanan, kamunun ise planlama ve denetleme faaliyetlerine odaklanmasına imkân tanıyan bir sistem sunmaktadır. Amaç ve işbirliği sağlanan sektörler benzerlik göstermekle beraber PPP modelleri ve bu modellerin işleyişi her ülkede kamu ve özel sektörün ihtiyaçları etrafında kendine özgü yöntemler ile şekillenmektedir.

Bu doğrultuda 1910'dan bu yana Türkiye'de yaygınlaşarak kullanılan modeller, uluslararası organizasyonlar tarafından çeşitli kıstaslarla ayrıştırılan PPP modellerine benzer sermaye, risk ve işletim sorumluluğu dağılımları ile imtiyaz, yap-işlet devret, yap-işlet, yap-kirala devret ve işletme haklarının devri modellerini oluşturmuşlardır. Bu yapılaşmanın etrafında sağlık alanında entegre sağlık kampüsleri ile eğitim alanında entegre eğitim kampüsleri ve benzeri pek çok PPP uygulamaya geçmiştir. Ne var ki yetersiz kanuni düzenlemeler ile sınırları belirlenmemiş ve kamuya açık olmayan planlama sistemleri ve da-

of capital, risk and operation responsibility, concession, build-operate-transfer, build-operate, build-lease-transfer and transfer of operating rights models. Subsequently, health campuses integrated into health field and education campuses integrated into education field and related many PPP models came into effect. However, unlimited planning systems and their foundations which are close to public and insufficient legal regulations cause large-scale buildings with a skeptical productivity.

In order to combine political consolidation with economic consolidation, PPP models have enabled by the cooperation of Turkish banks, professional legal experts, bankers and officers. By informing the cooperating partners on PPP, international know-how is brought to Turkey, which triggered the expansion of PPP models in Turkey and therefore the legal regulations especially in the fields of health and education appears as inevitable. ■

yanakları, verimliliğinden şüphe duyulan büyük ölçekli yapılara yol açmaktadır.

Politik istikrar ile büyük altyapı projelerine girişilmesi, Türk bankalarının sağlam yapısı ile ekonomik istikrarı, PPP alanında yetişen ve uluslararası know-how'ı Türkiye'ye getiren profesyonel hukukçu, bankacı ve devlet personeli ve buna uygun yasal düzenlemeler ile sağlık ve eğitim başta olmak üzere, Türkiye'de PPP modelinin gelişmesi ve yaygınlaşması kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. ■

BIBLIOGRAPHY KAYNAKÇA

Acartürk, E. (2012). Public Private Partnership Model In Turkish Health Sector. Süleyman Demirel University, The Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, 25-51, I.17, P.3.

Affaki, G., & Goode, R. (2011). Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758. Paris: ICC Services Publications.

Altan, Y., Kerman, U., Aktel, M., Metin, Y., & Eke, E. (2013). The Implementation of The Public Private Partnership in the Local Governments: The Example of Büyükkabaca Municipality. The Journal of International Alanya Administration Faculty, C:5, S:3, 11.

Büyükcın, T., & Yelken, E. (2015). Schools Migrating Abroad: Education Campuses. The Journal of Education Science Community, V:13, I: 49, 17.

Canaz Yılmaz, I. (no date). The Models of Public Private Sector Partnership In Turkey. Canbolat, F. (2009). Defense Opportunities and Interim Injunctions in Bank Guarantee. Ankara: Yetkin Publications.

Çekirge, H. (2006). Implementations of Public Private Partnership in the World and Turkey and Evaluation of Financial and General Advantages of Model in an Example Project. Istanbul: Unpublished Post Graduate Thesis, Istanbul University.

Crothers, J. D. (no date). Risk Identification and Allocation in Project Finance. London: Euromoney Learning Solutions.

Delmon, J. (Jan 2010). Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure, Policy Research Working Paper 5173. the World Bank Finance Economics and Urban Department Finance and Guarantees Unit.

Erdem, E. (May 2013). Public Private Partnership Model in Health Sector.

Guidelines for Successful Public Private Partnerships. (March 2003). European Commission.

Hatemi, H., Serozan, R., & Arpacı, A. (1992). Law of Obligations Special Part. Istanbul. (2003). Healthcare Transformation. Ankara: Ministry of Health.

Karahasan, M. R. (1989). Law of Liability and Damages. Istanbul.

Karasu, K. (2011). Public Private Partnership in the Organizing of Health Services. Ankara University The Journal of SBF, V: 66, No:3, 226-231.

Karslı, A. (1994). Recourse Actions on Procedural Law. Istanbul.

Kılıçoğlu, M. (2002). Liability Law. Ankara: Turhan Publications.

Organization, U. N. (1996). Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects. United Nations.

Özsunay, E. (1983). Law of Obligations 1. Istanbul.

PPP Arrangements / Types of Public-Private Partnership Contracts. (2015, March 10). August 24, 2015 Worldbank: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/contracts>

Presidency, T. M. (2004). The Green Book on Public Private Partnership and Public Tenders and Concessions in Community Law. Brussels: European Commission.

Reisoğlu, S. (1964). Turkish Surety Law. Ankara.

Reisoğlu, S. (2003). Bank Letter of Guarantees and Counter Guarantees. Ankara.

Resource Book on PPP Case Studies. (June 2004). European Commission Directorate General Regional Policy.

Sahin, T. (2010). Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt. Ankara: Yetkin Publications.

Tandoğan, H. (1959). Guarantee Contracts (Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki. Ankara.

Tandoğan, H. (1987). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara.

Tekinalp, Ü. (1988). Principles of Bank Law. Istanbul.

The Journal of State Council, I:88, p.463 vd., E.1991/1-K 1993/172 (10th Chamber of State Council April 29, 1993).

The World Bank, A. D.-A. (2014). Public-Private Partnerships Reference Guide . International Bank for Reconstruction and Development.

Turkish Code of Obligations. (11.1.2011, February 04). OG: Date: 4/2/2011 Number : 27836.

Uz, A. (no date). Public Private Partnership (PPP) (Term and Legal Framework). The Journal of Gazi University Law Faculty I. XI P. 1-2, 1165-1182.

Yavuz, C. (2014). Special Provisions of Law of Obligations. Istanbul: Beta Publications.

Yenice, A. Ö. (2009). Recourse Relations In Assurance Contracts. Istanbul: 12 Levha Publications.

Yılmaz, I. C. (no date). Public Private Partnership Models In Turkey.