

KATI ATIK BERTARAF HİZMETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ

PROVISION OF THE SOLID WASTE TREATMENT SERVICES BY PRIVATE LEGAL ENTITIES

Metin GÜNDAY*

Tuğba BAYMAN **

Cem Çağatay ORAK ***

Özet: Mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlardan biri olan katı atık bertaraf hizmetleri doğrudan belediyeler tarafından görülebileceği gibi, belediyenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilere de gördürülebilir. İşbu makalenin konusu ve amacı katı atık bertaraf hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde kullanılacak yöntemleri, bu hususta uygulamada karşılaşılan bazı hukuksal sorunları ve çözüm önerilerini ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: Katı atık bertaraf hizmetleri, imtiyaz sözleşmesi, özel hukuk sözleşmesi, yap-işlet-devret, belediye şirketleri, kamu-özel işbirliği, Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu.

Abstract: Solid waste disposal services, which are among those essential local public necessities, can be performed directly by the municipalities or they can alternatively be performed by the private legal entities under the close supervision of the municipalities. The subject matter and purpose of this article is to set forth the methods which can be applied for the provision of solid waste disposal services by private legal entities, certain legal problems encountered in implementation and the solutions thereto.

Keywords: Solid waste treatment services, concession contract, private law contract, build-operate-transfer, municipal economic enterprises, public-private partnerships, Public Procurement Law, State Tender Law.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Ana Bilim Dalı Başkanı.

** Av., Ankara Barosu.

*** Av, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku doktora programı öğrencisi.

I. Katı Atık Bertaraf Hizmetleri ¹

A. Genel Olarak Belediye Hizmetleri

Belediye hizmetleri ile belediyelerin görev, yetki ve sorumlulukları, Belediye Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerinde sınırlayıcı olmamak üzere sayma yöntemi ile belirtilmiştir. Belediye hizmetlerinin bir kısmı doğası gereği doğrudan belediyelerce yürütülmesi gereken hizmetler olup, ilke olarak özel kişilere devredilemezler.

Bu tür hizmetler, belde halkının hak ve özgürlüklerine düzenlemeler getiren, beldenin güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı ile ilgili olan ve kamu gücünün kullanılmasını gerektiren hizmetlerdir. Daha çok *düzenleme, denetim ve ceza kesmeye ilişkin* olan bu tür hizmetler kamu gücü ayrıcalıklarını barındırdığı için, prensip olarak herhangi bir özel kurum veya kişiye devredilmemektedir.

Bu hizmetler dışında kalan hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi mümkündür. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, kamu hizmeti niteliğinde olan katı atık hizmetleri de özel kişilere gördürülebilecek olan türdeki belediye hizmetlerindedir. Nitekim Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde "*yapmak-yaptırmak*", "*etmek-ettirmek*", "*imtiyaz vermek*" gibi deyimler kullanıldığı görülmektedir. Böylece, yasa koyucu mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin yürütülmesinde belediyeleri görevli kılmış ancak söz konusu hizmetlerin doğrudan belediyeler eliyle yürütülebileceği gibi belediye şirketleri dâhil başka kurum, kuruluş ya da girişimlerce yürütülmesine de olanak tanımıştır.²

¹ Bu makale 16 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla günceldir. Bu makalede kullanılan kısaltmaların tam karşılıkları için makalenin sonunda yer alan "*Kısaltmalar Cetveli*"ne bakınız.

² Yıldırım'a göre, alternatif hizmet sunma modelleri "*kamu kurum ve kuruluşlarının imkânları*" ve "*hizmetlerin ivediliği*" ilke ve prensipleri ışığında değerlendirilmelidir. Bkz. Uğur Yıldırım, "Yeni Belediye Yasaları Çerçevesinde Alternatif Hizmet Sunma Yöntemleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 13, S. 4, Ankara, Ekim 2004, s. 27 vd.

B. Katı Atık Hizmetleri

Elektrik ve su hizmetleri gibi katı atık hizmetleri de dünyanın pek çok ülkesinde kamuya ait hizmet alanı içinde yer almaktadır. Dünya Ticaret Örgütü tarafından uygulamaya sokulan GATS (*General Agreement on Trade in Services - Hizmet Ticareti Genel Anlaşması*) rejimi, hizmetler sektöründe yer alan katı atık hizmetlerinin kamu tekelinden çıkartılmasını ve [ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimi altında] uluslararası serbest rekabete açılmasını hedeflemektedir.³ Ülkemizin GATS kapsamında Dünya Bankası'na sunmuş olduğu genel taahhütnamelerden biri de katı atık hizmetleri konusunda GATS rejimine uygun hareket edilecek olmasıdır.⁴

Katı atık hizmetlerini kısaca, çevre mevzuatına uygun bir biçimde belediye sınırları içindeki katı atıkların toplanması, taşınması, depolanması, ayrıştırılması, geri kazanımı ve ortadan kaldırılması olarak tanımlayabiliriz. Yakın bir zamana kadar katı atıkların bertarafında kullanılan tek yöntem katı atıkların vahşi depolanmasıydı. Ancak belediyelerimiz, çevre kirliliği yaratan bu depolama yönteminden yavaş yavaş vazgeçerek, katı atıkların çevre mevzuatına uygun bir biçimde bertaraf edilmesini sağlamak için girişimlerde bulunmaya başlamışlardır.

Çevre mevzuatına uygun bir biçimde katı atık hizmetlerinin görülmesi ve özellikle de katı atıkların bertarafının sağlanması amacı ile kurulacak tesisler yüksek finansman ve ileri teknoloji gerektirmektedir. Bu sebeple belediyelerimiz, bu işi özel kişiler aracılığı ile gerçekleştirme yolunu tercih etmektedirler. İşbu makalenin konusu, amacı ve sınırı katı atık bertaraf hizmetinin belediyeler tarafından özel kişilere gördürülmesi sürecinde hangi yöntemlerin uygulanabileceğini ortaya koymaktır.

³ Birgül Ayman Güler, *Çöp Hizmetleri Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara, Nisan 2001, s. 42

⁴ http://www.alomaliye.com/gats_taah%20_listesi.htm (Erişim tarihi: 28 Temmuz 2010)

II. Katı Atık Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Yöntemleri

A. Belediye Mevzuatı

Belediye Kanunu'nun belediyelerin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 14(a) maddesinde,⁵ katı atık hizmetlerinin belediyeler tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Belediye Kanunu'nun belediyenin yetki ve imtiyazlarının düzenlendiği 15(g) maddesinde ise *"katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak"* faaliyeti açıkça belediyenin yetkileri arasında sayılmıştır.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 7(i) maddesine⁶ göre *"katı atıkların ve hafriyatın yeniden değerlendirilmesi, depolanması ve bertaraf edilmesine ilişkin hizmetleri yerine getirmek, bu amaçla tesisler kurmak, kurdukmak, işletmek veya işlettirmek"* büyükşehir belediyelerinin yetkileri arasındadır.

Katı Atık Yönetmeliği'nin 5. maddesi⁷ ise katı atıkların toplanması ve bertarafı işini belediyelerin kendilerinin ya da yetkilerini devredecekleri kişi ve kuruluşlar tarafından yürütülebileceğini öngörmüştür.

⁵ Belediye Kanunu'nun 14(a) maddesi şu şekildedir: *İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.*

⁶ Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7(i) maddesi şu şekildedir: *Sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak çevrenin, tarım alanlarının ve su havzalarının korunmasını sağlamak; ağaçlandırma yapmak; hafriyat toprağı, moloz, kum ve çakıl depolama alanlarını, odun ve kömür satış ve depolama sahalarını belirlemek, bunların taşınmasında çevre kirliliğine meydan vermeyecek tedbirler almak; büyükşehir katı atık yönetim planını yapmak, yaptırmak; katı atıkların kaynaktan toplanması ve aktarma istasyonuna kadar taşınması hariç katı atıkların ve hafriyatın yeniden değerlendirilmesi, depolanması ve bertaraf edilmesine ilişkin hizmetleri yerine getirmek, bu amaçla tesisler kurmak, kurdukmak, işletmek veya işlettirmek; sanayi ve tıbbi atıklara ilişkin hizmetleri yürütmek, bunun için gerekli tesisleri kurmak, kurdukmak, işletmek veya işlettirmek; deniz araçlarının atıklarını toplamak, toplamak, arıtmak ve bununla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmak.*

⁷ Katı Atık Yönetmeliği'nin 5. maddesi şöyledir: *"Bu Yönetmelik kapsamına giren katı*

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 10. maddesine göre, büyükşehir, ilçe ve ilk kademe belediyeleri; görevli oldukları konularda bu Kanun'la birlikte Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri ile ilgisine göre belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahiptir.

Yukarıdaki hükümler dikkate alındığında, katı atık hizmetlerinin yürütülmesi konusunda açıkça yetkilendirilen büyükşehir belediyeleri ve belediyeler bu hizmeti doğrudan kendi personel, araç ve gereçleriyle *emanet usulü* altında görebilecekleri gibi, özel kişilere de gördürülebilirler. Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesine göre,⁸ belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılmasına karar verme yetkisi belediye meclisindedir. Bir başka deyişle, belediyelerin katı atık hizmetine ilişkin gerçekleştireceği yatırımları farklı modeller ile gerçekleştirme imkânı bulunmaktadır. Katı atık bertaraf tesisinin kurulması yüksek finansman ve ileri teknoloji gerektirdiğinden YİD veya Yİ modellerinden birisinin kullanımı da gündeme gelebilecektir.

1. İmtiyaz Yöntemi

Bilindiği üzere kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilere rince yürütülmesine *imtiyaz* denir.⁹

atıkların bertarafı sırasında belediyeler ve yetkilerini devrettiği kişi ve kuruluşlar işlettikleri katı atık tesislerinin faaliyetlerinin planlanmasında ve işletilmesinde; insanların ruh ve beden sağlığına, hayvan sağlığına, doğal bitki örtüsüne, yeşil alanlara ve binalara, toplumun düzeni ve emniyetine, yeraltı ve yüzeysel su alanları ile su rezerv sahalarına zarar vermeyecek, hava ve gürültü yönünden çevre kirlenmesini önleyecek uygun tedbirleri almak zorundadırlar."

⁸ Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesi şöyledir:

"Belediye meclisinin görev ve yetkileri şunlardır:

(...)

j) Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek.

(...)"

⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, 2004, s. 171; Cem Çağatay Orak, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara 2006.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin altında yatan temel görüş, kamu hizmeti alanında toplumsal ihtiyaçları karşılayacak hizmet ve mal üretimini gerçekleştirecek özel girişimcinin, kamu hizmetini hem kurma hem de işletme faaliyetini belirli temel ilkelere uyarak hayata geçirmesidir. İmtiyaz sözleşmeleri ile devlet aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini, kâr ve zararı üzerine alacak olan başka bir şahsa veya kuruluşa devretmektedir. Ancak bu durum, hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemekte ve idareyi hizmetin gerçek sorumlusu olmaktan da kurtarmamaktadır.¹⁰

Belediye Kanunu'nun 15(g) maddesi uyarınca belediyeler, katı atık hizmetlerini Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere "imtiyaz" yoluyla üçüncü kişilere gördürebilir.

Bu bağlamda, belediyeler ve büyükşehir belediyelerinin Belediye Kanunu'nun 15. maddesindeki yetkileri kullanarak katı atık hizmetleri konusunda imtiyaz sözleşmesi imzalayabilmesi konusunda herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

İmtiyaz rejiminde aktif rol oynayan organlardan birisi de Danıştay'dır. Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca, Danıştay'ın kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmek zorunda olduğu öngörülmüştür. Danıştay Kanunu'nun 23(d)¹¹ maddesinde de, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildireceği açıkça hükme bağlanmıştır. Danıştay'ın düşüncesini bildirdiği bu kararlar bağlayıcı değil ve fakat istisari nitelikte kararlardır.¹² Dolayısıyla, ilgili idareler, imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasından önce Danıştay'ın düşüncesini almak zorundadır. Ne var ki, bu düşünce doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir. Bu düşünceye uymak istemiyorsa Danıştay'ın görüşüne sunduğu kendi imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarısını olduğu gibi kabul edebilir.

¹⁰ Metin Günay, *a. g. e.*, s. 179; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, Bursa, 2003, s. 372.

¹¹ Danıştay Kanunu'nun 23(d) maddesi şöyledir:

"Tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir."

¹² Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, 7. Bası, Ankara, 2010, s. 578.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmesine yönelik 2 (iki) aylık süre kısıtlaması, 1999 yılında Anayasa'nın 155. maddesinde 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hukukumuza girmiştir. Söz konusu değişiklikten önceki hali ile 155. maddeye göre Danıştay'dan alınan görüş kamu idareleri için bağlayıcıydı. Anayasa değişikliğinin getiriliş amacı şöyle özetlenebilir: **(i)** O dönemde Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelerken çok fazla zaman harcadığı yönündeki eleştirilerin önünü kesmek;¹³ ve **(ii)** Danıştay'ın düşüncesinin "bağlayıcı" nitelikte olmadığını ortaya koymak.

Ancak, ilgili mevzuatta Danıştay'ın 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmemesi halinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda uygulanabilecek bir yaptırım da söz konusu değildir. Kanımızca, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak 2 (iki) ay içerisinde düşüncesini bildirmemesi durumunda Danıştay'ın düşüncesini olumlu olarak değerlendirmek ve o doğrultuda işlem yapmak gerekir.¹⁴ Ne var ki, uygulamada idarelerin imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay'ın görüşleri dışında işlem tesis etmekte çekingen davrandıkları da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, her ne kadar hukuki bir gereklilik olmasa da ilgili idare imtiyaz sözleşmesine yönelik olarak Danıştay'ın görüşünü, 2 (iki) ay geçse de beklemeyi ve Danıştay'ın görüşüne aykırı olmayan bir metni imzalamayı tercih edebilir.

İmtiyaz sözleşmesi hukuksal niteliği itibarıyla idari bir sözleşmedir. Bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olarak adlandırılması görevli ve yetkili yargı yolunun tespitinde önem taşımaktadır. 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen hüküm ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi olanaklı kılınmıştır.¹⁵ Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında gidilebilir.

¹³ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss292m.htm>

¹⁴ Cem Çağatay Orak, *a. g. e.*, s. 145.

¹⁵ Anayasa'nın 125. Maddesi şöyledir:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hükümler: 4446 - 13.8.1999) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Katı atık hizmetlerinin sunumunda, hizmeti yürütecek tüzel kişinin ortaklık yapısı, finansman koşulları, yurt dışından hizmetin ifası için getirilecek makine parkı ve teçhizatı dikkate alındığında, bu tip sözleşmelerde yabancılık unsurunun bulunması sıklıkla gözlemlenmektedir. Bu itibarla şayet katı atık hizmetleri imtiyaz yöntemi ile gör­dürülecekse, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar –sözleşmenin un­sur­ları gözetilerek– milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebi­lir.

Eğer imtiyaz sözleşmesinde uyuşmazlıkları çözüm mekanizması olarak milli veya milletlerarası tahkim öngörülmemişse, imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar Danıştay tarafından çözüme kavuşturulacaktır.¹⁶

2. Özel Hukuk Sözleşmesi

Katı atık hizmeti de dahil olmak üzere Belediye Kanunu'nun 15. maddesi (e), (f) ve (g) bentlerinde sayılan hizmetlerin belediye tarafından mutlak suretle imtiyaz usulüyle¹⁷ mi gör­dürülebileceği, yoksa özel hukuk sözleşmesi aracılığı ile gör­dürülmesinin mümkün olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Danıştay 2006 yılında aldığı bir karar¹⁸ ile Belediye Kanunu'nun 15(2) maddesi karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işlet-

¹⁶ Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin ilgili hükmü şöyledir:

"(...) ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme­yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."

¹⁷ Antalya Büyükşehir Belediyesi, Dünya Bankası'ndan aldığı 100 milyon US\$'lık kredi sonrasında su hizmetleri için Fransız Lyonnaise des Eaux adlı şirkete imtiyaz vermiştir. Bkz. Gamze Öztunalı, *Su Hizmetlerinin Yönetimi – Antalya İncelemesi*, TODAİE, Ankara, Aralık 1999.

¹⁸ Danıştay (1). Dairenin E. 2006/203 – K. 2006/719, T. 6.7.kararının ilgili bölümü şöyledir:

"(...) Sözü edilen hükümlere göre, belediyelerin otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlet­tirmek konusunda tekel niteliğinde yetkileri bulunmaktadır. Hükümde geçen kurmak ve işletmek şeklindeki ifade ile bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinde faaliyetin belediye tüzel kişisi tarafından, kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi demek olan "emanet" usulüne işaret edil­mekte, kurdurmak ve işlet­­tirmek ifadesi ile de, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinin emanet usulü dışında kalan usullerden herhangi biri tercih edilerek kamu

mek konusunda sadece “*emanet*” veya “*imtiyaz*” usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar Danıştay’ın bu kararı sadece toplu taşıma hizmetine ilişkin olarak verilmiş olsa da, Belediye Kanunu’nun 15. maddesine doğrudan atıf yapıldığından, katı atık hizmetlerini de kapsayacak nitelikte olduğu iddia edilebilir. Esasında, modern idare hukukunda kamu hizmetinin bizzat kamu tüzel kişileri ya da özel hukuk kişileri tarafından görülüyor olması çok fazla önemsenmemekte ve fakat hizmetin idarenin yakın gözetimi ve denetimi altında yürütülüyor olması aranmaktadır.¹⁹

Bu prensibin dikkate alınması kaydıyla katı atık hizmetlerinin belediye mevzuatı altında dahi, imtiyaz usulü dışında özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bununla beraber, katı atık bertaraf tesisinin inşaatı ve işletilmesi yatırımının belediye mevzuatı kapsamında özel hukuka tabi YİD veya Yİ sözleşmeleri aracılığıyla özel kişilere gördürülmesinin, Danıştay’ın yukarıda bahsi geçen kararı ile ortaya koyduğu görüş nedeniyle, uygulamada hukuki problemlerle karşılaşması olasılık dâhilindedir.

Şöyle ki, Belediye Kanunu’nun 18(j) maddesinde “*belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılmasına karar verme yetkisi belediye meclisindedir*” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Ancak belediye yatırım ve hizmetlerinin YİD veya Yİ modeli altında görülmesine yönelik sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağına dönük bir hüküm Belediye Kanunu’nda yer almamaktadır.

“*Belediye adına imtiyaz verilmesi*”ne ek ifade olarak “*belediye yatırımlarının Yİ veya YİD modeli ile yapılması*”nın kullanılmış olması nedeniyle Yİ ve YİD modeline göre gerçekleştirilecek yatırımlara ilişkin yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenleneceği söylenebilir.

hizmetinin gördürülmesine olanak sağlanmak istendiği izlenimi yaratılmakta ise de, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin emanet usulü dışındaki diğer usullerden sadece imtiyaz usulünden söz edilen 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında, toplu taşıma sistemleri kurmak ve işletmek konusunda sadece “*emanet*” veya “*imtiyaz*” usullerinin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır (...)

¹⁹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ankara, 2004, s. 35 ; Uğur Yıldırım, . a. g. m., s. 21.

Anayasa'nın 47. maddesine göre "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir", hükmü karşısında bu sonuca bu kadar net ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Keza, Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesi YİD ve Yİ modeline göre yapılacak yatırımların özel hukuk sözleşmesi suretiyle gerçekleştirileceğini düzenlemediği gibi, YİD modeline göre gerçekleştirilecek yatırımların YİD Kanunu hükümlerine göre yapılacağına dair de bir hüküm getirmemiştir. Eğer, söz konusu 18(j) maddesi YİD Kanunu'na atıf yapmış olsaydı, YİD Kanunu'nun 5. maddesine göre bu model altındaki sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu açıkça hükme bağlanmış olurdu. Bunun yanı sıra, pozitif hukukumuzda elektrik sektöründe gerçekleştirilecek belli bazı yatırımlar (termik santraller) dışında Yİ modelini ve bu model altında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliğini düzenleyen²⁰ bir kanun bulunmamaktadır. Bu itibarla, Belediye Kanunu altındaki Yİ sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi olarak düzenleneceği kesin bir ifadeyle söylenemez.

Her ne kadar biz Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesinin imtiyaz dışında YİD ve Yİ modellerine atıf yapmak suretiyle, bu modellere göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olmasının amaçlandığını düşünüyorsak da Anayasa'nın 47. maddesi karşısında bu tam anlamıyla hukuki bir zemine oturtulamamıştır. Bir sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim Anayasa'nın 47. maddesine göre kanunla belirlenmemişse bu takdirde idari sözleşmelere ilişkin *objektif yaklaşım* devreye girecek ve o sözleşmenin niteliğine göre idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar verilecektir.

Katı atık bertaraf tesisine ilişkin bir yatırımı herhangi bir hukuki sorunla karşılaşmaksızın özel hukuk sözleşmesi aracılığı ile gördürme, söz konusu yatırımın -aşağıda inceleyeceğimiz üzere- YİD Kanunu kapsamında YİD modeline göre veya KÖİ Taslak Kanunu altında-

²⁰ 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, sadece elektrik sektörüne mahsus olup bu Kanun'un 3. maddesinde bu kanun altında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.

ki finansman modellerinden birisine göre gerçekleştirmekle mümkün olabilir.

3. Belediye Şirketlerinin Durumu

Katı atık hizmetleri dahil olmak üzere belediye hizmetlerinin belediye şirketleri aracılığı ile gördürülmesi de alternatif modellerden birisidir.

Belediye şirketleri, bazı yerel hizmetlerin yürütülmesi amacıyla belediyeler tarafından kurulan ya da yönetiminin elde edilmesi koşuluyla ortak olunan bağımsız bütçeli özel hukuk tüzel kişileri biçiminde tanımlanabilir.²¹ Belediye Kanunu'nun 70. maddesinde²² belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi²³ de büyükşehir belediyelerinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabileceklerini öngörmüştür.

Belediye şirketleri, belediyenin görev alanına giren bir konuda faaliyet göstermek amacıyla belediye tarafından kurulurlar. Sermayelerinin yarısından fazlası belediyeye ait olmalı ve yönetim ve kontrolleri de belediyenin elinde olmalıdır. Belediye şirketleri her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olsalar da, yönetim ve denetim organlarının beledi-

²¹ Nihat Yıldız, "Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi üzerine Bir Araştırma", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 7, S. 4, Ekim 1998, s. 58 vd.

²² Belediye Kanunu'nun 70. maddesi şöyledir:

"Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir."

²³ Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesi şöyledir:

"Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kuruluşlarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, kendine ait büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin %50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir."

ye tarafından belirlenmesi nedeniyle belediyenin yoğun etkisi altındadır.

Özetlemek gerekirse, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. ve Belediye Kanunu'nun 70. maddeleri uyarınca katı atık hizmetlerinin belediyelerin kuracağı ya da ortak olacağı şirketler vasıtasıyla yerine getirmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de belediyelerin belediye şirketlerine ihale yapmaksızın iş verip veremeyecekleridir. İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün B050MAH0740001/47577 sayılı ve 19 Aralık 2000 tarihli ve İstanbul Valiliği Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'ne hitaben düzenlenen yazısı²⁴ dikkate alındığında, belediyelerin belediye şirketlerine ihalesiz iş vermeleri söz konusu olmayacaktır. Bu durumda gördürülecek işin niteliğine göre, belediye ya Devlet İhale Kanunu ya da Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre ihaleye çıkmalıdır.

Belediyelerin, belediye mevzuatına göre, belediye şirketlerine katı atık hizmetini gördürmek istemeleri durumunda imtiyaz yöntemi uygulanabileceği gibi, YİD Kanunu veya KOİ Taslak Kanunu altında özel hukuk sözleşmesi yöntemi de uygulama alanı bulabilir. Belediye Kanunu'nun 18(j) maddesine göre YİD veya Yİ modeli uygulanması halinde, yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında bu modeller altında imzalanacak sözleşmelerin hukuki statüsüne, sözleşmenin niteliğine göre karar verilmelidir.

²⁴ İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün B050MAH0740001/47577 sayılı ve 19 Aralık 2000 tarihli İstanbul Valiliği Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'ne hitaben düzenlenen yazısında aynen şu ifadeler kullanılmaktadır:

"2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun (71). maddesinde öngörülen kamu kurumlarının ihtiyaçlarının birbirlerinden ihaleye tabi olmaksızın karşılayabilme imkânı belediye şirketleri için geçerli değildir. Çünkü belediye şirketleri kamu kurumu olmayıp, Ticaret Kanunu'na tabi özel hukuk tüzel kişileridir. Buna göre ihtiyaçların ihale yapılmaksızın belediye şirketlerinden karşılanması yasalarımıza aykırıdır. Kamu kurumlarının ihtiyaçlarının 2886 sayılı Kanununun temel ilkelerine uygun olarak serbest rekabet ortamında karşılanması gerekmektedir. Bu, tekelleşmenin önlenmesini, kamu sektörüne dahil ticari şirketlerin özel sektöre eşit şartlarda kamu pazarına girmesini dolayısıyla da kaynakların etkin kullanımını sağlayacaktır. Bu nedenle, belediye birlik, şirket ve iştiraklerinden ihale yapılmaksızın ihtiyaçların temini yoluna gidilmeyecektir"

Belediye şirketi imtiyaz usulüyle katı atık hizmetini üstlendiğinde ancak imtiyaz sözleşmesinin hükümleri elverdiği ölçüde işin bir kısmını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Belediye şirketleri YİD Kanunu ya da KOİ Taslak Kanunu hükümlerine göre belediye ile imzaladığı özel hukuk sözleşmesine göre bu hizmeti görüyorsa üçüncü kişilerden Kamu İhale Kanunu'na göre açacağı ihale ile hizmet satın alabileceği gibi, ihale açmaksızın belediye ile arasındaki özel hukuk sözleşmesi hükümleri uyarınca işin bir kısmını ya da tamamını üçüncü kişilere devredebilecektir.

B. YİD Kanunu

YİD Kanunu ile getirilen YİD modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) görevlendirilen şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini öngörür. YİD Kanunu'nun 2. maddesine göre, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve çevre kirliliğini önleyici yatırımlar gibi yatırımlar, YİD Kanunu kapsamında YİD modeline göre gerçekleştirilebilecek yatırımlardır.²⁵

YİD Kanunu'na göre ilgili idare, YPK'nın onayını müteakiben, ilgili kanunlar çerçevesinde sadece "*kendi asli görevleri*" arasında sayılan bir iş veya hizmeti²⁶ YİD Kanunu'nda öngörülen modele göre belirleyecek görevli bir şirketin yapması için ihale edebilir. YİD modeli kap-

²⁵ YİD Kanunu'nun 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar."

²⁶ YİD Kanunu'nun 3. maddesi "*İdare*"yi aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:

"Yüksek Planlama Kurulunca bu Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak üzere sermaye şirketi veya yabancı şirket ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin asli sahibi"

samında ele alınabilecek çevresel yatırımlar arasında, çöp ayrıştırma-yakma ve çöpten enerji elde etme tesisleri ve çöpten biogaz elde etme yatırımı sayılmaktadır. Bu anlamda, katı atık bertaraf tesislerinin de “çevre kirliliğini önleyici yatırımlar” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla YİD Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. YİD Kanunu kapsamında katı atık bertaraf tesislerinin inşası ve katı atık hizmetlerinin yerine getirilmesi işini özel kişilere gördürmek isteyen belediyeler öncelikle İçişleri Bakanlığı aracılığı ile YPK’na başvurarak bu hususta karar almalıdırlar.

1994 yılında çıkarılan YİD Kanunu’nun 14. maddesine göre,²⁷ Devlet İhale Kanunu hükümleri YİD Kanunu kapsamında yapılacak ihalelere uygulanmayacaktır. Her ne kadar, madde 14’te Kamu İhale Kanunu’na bir atıf yoksa da, 2002 yılında Kamu İhale Kanunu çıkarılmadan önce kamu harcaması gerektiren işlerin de Devlet İhale Kanunu altında gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, YİD Kanunu’na göre yapılacak ihalelerde Kamu İhale Kanunu’nun da uygulanmayacağını söylemek mümkündür. YİD Kanunu’na göre gerçekleştirilecek ihale yöntemleri YİD Kararında sayılmıştır: (i) Kapalı teklif usulü, (ii) Belirli istekliler arasında kapalı teklif usulü ve (iii) Pazarlık usulü. Görevin gereğine göre, bu usullerden hangisinin uygulanacağını tespit etme işi idareye aittir. Gerektiğinde YPK yatırım ve hizmetlerin özelliğine göre görevlendirme usulüne karar verebilir.

YİD Kanunu’nun 5. maddesine göre, idare ile görevli şirket arasında imzalanan sözleşme özel hukuka tabi bir sözleşme olacaktır.²⁸ Bilindiği üzere, 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 155. maddesinde yapılan değişiklikten önce YİD Kanunu kapsamında gerçekleştirilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa’da yapılan değişiklik ve sonra yine aynı yıl içerisinde 4493 sayılı Kanun ile YİD Kanunu’nun 5. maddesinde yapı-

²⁷ YİD Kanunu’nun 14. maddesi şöyledir:

“4 üncü maddede belirtilen Bakanlar Kurulu kararına göre gerçekleştirilecek yatırımlar 8 Eylül 1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir.”

²⁸ YİD Kanunu’nun 5. maddesi şöyledir:

“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak-sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”

lan değişiklikle YİD Kanunu kapsamında gerçekleştirilecek yatırımların “*özel hukuk sözleşmesi*” ile yapılması sağlanmıştır.

Özel hukuka tabi olan söz konusu sözleşmede idare, kamusal hukuki rejimden kaynaklanan üstün haklara sahip olmayacaktır. Sözleşme müzakerelerinde yatırımcı ile idare nispeten eşit konumda olduklarından görüşmeler daha esnek bir müzakere ortamında gerçekleşebilecektir. Özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların çözümünde, Danıştay yetkili olmayacaktır ve taraflar ihtilafların tahkim ile çözümlenmesine karar verebileceklerdir.²⁹

Sözleşmenin süresi, yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınarak tespit edilir. Sözleşmenin süresi 49 yıldan fazla olamaz.

C. KÖİ Taslak Kanunu

Özellikle altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel işbirliği olarak isimlendirilen bu yöntem, zaman içinde giderek yaygın uygulama alanı bulmuştur. Hukuki globalleşme sürecinde bu yöntemin uygulamada *contrat de partenariat* adı altında yeni bir sözleşme kategorisi oluşturduğu kabul edilmektedir.³⁰ Ülkemizde de şu anda gündemde olan KÖİ Taslak Kanunu'nun³¹ yakın bir tarihte yasalaşması beklenmektedir. Makalenin bu bölümündeki incelememiz, söz konusu KÖİ Taslak Kanunu'nun şu anki mevcut haliyle herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yasalaşacağı varsayımı ile yapılmıştır.

KÖİ Taslak Kanunu, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler, bunlar tarafından kurulan birlikler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen tarım, sulama, ulaştırma, enerji, haberleşme, madencilik hizmetleri ve çevre hizmetlerinin kanunda öngörülen finansman modellerinden birisi ile gerçekleştirilmesi amacıyla düzenlenmiştir.³²

²⁹ Supra.

³⁰ Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara, 2010, s. 374.

³¹ Tasarının tam metni için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr>

³² KÖİ Kanunu Taslağı'nın 2. maddesi şöyledir:

KÖİ Taslak Kanunu'nda öngörülen finansman modelleri çerçevesinde özel sektör ile sözleşme yapacak olan idare, söz konusu hizmetin "asli sahibi" olmalıdır.³³ Kısacası, herhangi bir belediyenin KÖİ Taslak Kanunu kapsamında özel sektör ile gerçekleştireceği işler, Belediye Kanunu ile belediyelerin yetkisi altında olan işlerle sınırlı olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, katı atık bertaraf hizmetleri belediyelerin asli görevlerinden biridir. Bu bakımdan KÖİ Taslak Kanunu'nun mevcut haliyle yasallaşması durumunda, katı atık hizmetlerinin KÖİ Taslak Kanunu ile getirilen finansman modellerinden birisi ile gerçekleştirilebilmesi mümkün olacaktır.

KÖİ Taslak Kanunu ile YİD modeli, Yİ modeli, Yap-Kirala modeli ve İşletme Hakkı Devri modeli gibi çeşitli finansman modelleri düzenlenmiştir.

KÖİ Taslak Kanunu'na göre gerçekleştirilecek yatırımlar Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayacaklardır. Çünkü KÖİ Taslak Kanunu KÖİ yatırımlarına uygulanacak ihale yöntemlerini de düzenlemiştir: (i) belli istekliler arasında ihale, (ii) açık ihale, (iii) rekabetçi diyalog usulü, (iv) müzakere usulü (diğerlerinin bir şekilde uygun olmaması nedeniyle istisnai olarak uygulanan yöntem).

KÖİ Taslak Kanunu'na göre gerçekleştirilecek KÖİ yatırımları için idare ile imzalanacak sözleşme özel hukuka tabi olacaktır ve süresi 49 yıldan daha fazla olamayacaktır. Uyuşmazlıkların çözümünde Türk hukuku uygulanacak ve Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Ancak taraflar Türk hukukuna tabi tahkim yolunu da seçebilirler.³⁴ Görüldüğü gibi KÖİ Taslak Kanunu ile belediyelerin hizmetlerini imtiyaz usulü

"Bu Kanun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler ve kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen tarım, sulama, madencilik, imalat, enerji, ulaştırma, haberleşme, bilgi teknolojileri, turizmi konut, kültür, kentsel ve kırsal altyapı, belediye hizmetleri, kentsel dönüşüm, çevre, araştırma-geliştirme, hizmetleri ile eğitim sağlık, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı yatırım ve hizmetlerinin bu Kanunda tanımlanan Kamu-Özel İşbirliği modelleri çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar."

³³ KÖİ Kanunu Taslağı'nın 3. maddesi "İdare"yi şöyle tanımlar:

"Bu Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetleri KÖİ modelleri çerçevesinde yaptırmak üzere özel sektör ile mevzuatı gereği sözleşme yapmaya yetkili ve hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarını,"

³⁴ Supra.

dışında özel hukuk sözleşmesi aracılığıyla özel hukuk kişilerine yaptırma imkânı getirilmektedir.

III. Belediye Mevzuatı Altında Gerçekleştirilecek İhalelerde Sözleşmecinin Seçiminde Kullanılacak İhale Yöntemleri

Yukarıda belirttiğimiz üzere YİD Kanunu ve KÖİ Taslak Kanunu altında gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlere Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu uygulanmaz. Bu nedenle bu başlık altında incelenecek olan ihale yöntemleri, sadece Belediye Mevzuatı altında gerçekleştirilmesi düşünülen katı atık bertaraf hizmetlerine uygulanabilecek ihale yöntemleridir.

A. Genel Olarak

Devlet İhale Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, gelir elde etmeye yönelik işlemlerini Devlet İhale Kanunu'na göre yapacaklardır.

Devlet İhale Kanunu kapsamına girmeyen kamu kurum ve kuruluşları ise gelir elde etmeye yönelik ihale işlemlerini önceden olduğu gibi hangi usule tabi iseler ona göre yürüteceklerdir.

Kamu İhale Kanunu ise bu kanun kapsamına giren kurum ve kuruluşlara, kamu harcaması gerektiren durumlarda uygulanacaktır.³⁵

Kısacası, idarelerin mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinde Kamu İhale Kanunu uygulanacak, bunun dışında idarelerin satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri, kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, Devlet İhale Kanunu'na tabi olarak yürütülecektir.

³⁵ Aynı yönde bkz. Uğur Emek, "Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İşlevi", *Anara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, Ankara, 2002, C. I, s. 333, dipnot (1)

B. Devlet İhale Kanunu

1. Kapsamı ve İhale Yöntemleri

Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin de bu Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütüleceği açıkça hükme bağlanmıştır.³⁶

Devlet İhale Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca ihalelerde kapalı teklif usulünün esas olduğu belirtilmekle beraber, bazı işlerin farklı usuller ile ihale edilebileceği de düzenlenmiştir.³⁷ Belli istekliler arasında ihale usulünde, zorunlu nedenlerle üçten az istekliden teklif almak gerektiği takdirde Maliye Bakanlığı'nın görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulu'ndan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır. Bu usule göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunan bakanın onayının alınması zorunludur.

2. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) Maddesi

Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesinde "*Kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi*" ile "*Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri aynî hak tesisi*" nin pazarlık usulüyle ihalesinin yapılabilme-

³⁶ Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesi şöyledir:

"Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği açıkça hükme bağlanmıştır."

³⁷ Devlet İhale Kanunu'nun 35. maddesi şu şekildedir:

Bu Kanununun 1 inci maddesinde yazılı işlerin ihalelerinde aşağıdaki usuller uygulanır:

- a) Kapalı teklif usulü,
- b) Belli istekliler arasında kapalı teklif usulü,
- c) Açık teklif usulü,
- d) Pazarlık usulü,
- e) Yarışma usulü.

İşin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı, bu Kanun hükümlerine uyularak idarelerince tespit edilir.

sine olanak sağlanmıştır. Buna göre, taşınır veya taşınmaz malın kullanılmasının özelliğinin pazarlık usulüyle ihaleyi gerektirmesi, pazarlık usulünün tatbikinde idareye yararlı olması ve işin ivedilik gerektirdiği hallerde pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir.

Uygulamada bazı katı atık bertaraf hizmetleri projelerinin sadece Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihaleye çıkarıldığına tanık olunmaktadır. Şu hususu açıkça vurgulamak isteriz ki, bir yapım işinin ya da belediye adına katı atık bertaraf tesisinin inşası ve belli bir süre işletilmesi işinin tek başına Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihale edilmesi hukuken doğru bir yöntem değildir. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesinin ihale hukuku ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların nasıl ve ne şekilde tasarrufa konu olabileceğini gösteren bir hükümdür. Bu madde Kamu İhale Kanunu'na tabi olan yapım işlerinde de uygulama alanı bulabilir. Ne var ki, kamu harcaması gerektiren bir yapım ya da hizmet alımı (yapım ve hizmet işi birlikte de olabilir) işinin sadece Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesine göre ihaleye çıkarılması hukuken mümkün değildir.

Kamu harcaması gerektiren bir mal alım, yapım ya da hizmet işi mutlak suretle Kamu İhale Kanunu'na göre ihaleye çıkarılmalıdır. Şayet yapım ya da hizmet işinin gerçekleştirileceği taşınmaz mal ya da ihaleye konu taşınır mal söz konusu yapım ya da hizmet işinin bir parçasını teşkil ediyorsa; o takdirde bununla sınırlı olmak üzere Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi uygulama alanı bulabilir.

3. Katı Atık Bertaraf Tesislerinin Devlet İhale Kanunu'na Göre Gerçekleştirilmesi

Katı atık bertaraf tesislerinin Devlet İhale Kanunu'na göre gerçekleştirilmesi ihtimalinde, esas itibariyle ihalesi yapılan şey "*katı atık*" olmalı ve fakat katı atık bertaraf tesisinin yapımı ve işletilmesi olmamalıdır. Bir başka deyişle Devlet İhale Kanunu'na göre katı atık bertaraf tesisinin ihalesinin yapımında, belediyenin görevli şirkete belli bir miktarda katı atığı yıllık olarak ihale etmeyi taahhüt etmesi esastır. Bu taahhüdün karşılığında belediyenin bir gelir elde etmesi gerekmektedir.

Ancak şu hususu vurgulamak gerekir ki, katı atık bertaraf hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyulan bir katı atık bertaraf tesisinin inşası ve söz konusu tesisin belli bir süre işletilmesi ve sonunda da tesisin belediyeye devrini düzenleyecek unsurları barındıran bir yatırım belediyelerin her ne ad altında olursa olsun harcama yapmasını gerektiren bir sözleşme düzenlenmesini gerektirecektir.

Bu tür unsurları içeren bir yatırımın salt katı atığın özel şirkete satılması suretiyle gerçekleştirilecek şekilde Devlet İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi mümkün görülmemektedir.

Bütün bu unsurlar ve sözleşmenin karma niteliği dikkate alınmaksızın, söz konusu yatırımın Devlet İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi çeşitli hukuki ve fiili sorunlar yaratabilecektir. Örnek vermek gerekirse, belirtilen işletme süresi içinde görevli özel şirketin katı atığı değerlendirip hizmet sunarken belediyeden bir bedel alması halinde veya işletme süresinin sonunda belediyeye devredilecek olan ve esasen belediyeye ait olan bertaraf tesisinin yapımı nedeniyle bir yapım bedeli alması halinde, Devlet İhale Kanunu'nun genel sistematığı bozulmaktadır.

C. Kamu İhale Kanunu

1. Kapsamı ve İhale Yöntemleri

2003/5 sayılı Kamu İhale Tebliği'nde bütçe gideri oluşturan ve harcama gerektiren iş ve işlemlerin Kamu İhale Kanunu'nun konusunu oluşturduğu, kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan işlerin ise Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almadığı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 1. maddesinde, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşların Kamu İhale Kanunu'na tabi olacağı belirtilmek suretiyle kanunun kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesi bu konuda daha somut bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, belediyeler ve belediye şirketleri tarafından yapılacak ve kamu harcaması gerektiren ihaleler de Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına girmektedir.

İdarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde uygulanacak ihale usulleri Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesinde (i) açık ihale usulü; (ii) belli istekliler arasında ihale usulü; ve (iii) pazarlık usulü olarak belirlenmiş ve böylece Devlet İhale Kanunu'ndaki kapalı teklif usulünden vazgeçilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'na göre³⁸ idareler, Kamu İhale Kanunu'na tabi alımlarında, kural olarak açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapmak durumundadırlar. İdareler ihale konusu mal, hizmet ya da yapım işinin niteliğine veya yaklaşık maliyetine göre belirlenen ayrıkçı durumlarda pazarlık usulü ya da ihale usulü olarak öngörülmemiş olmakla birlikte belli durumlarda kullanılabilir olan doğrudan temin yöntemini işletebileceklerdir.

2. Katı Atık Bertaraf Tesislerinin Kamu İhale Kanunu'na Göre Gerçekleştirilmesi

İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren katı atık bertaraf tesislerinin yapımı için Kamu İhale Kanunu altında uygulanacak ihale yöntemi sadece açık ihale usulü ya da belli istekliler arasında ihale usulü olabilir. Katı atık bertaraf tesislerine ilişkin ihalelerin pazarlık usulü ile ihale edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Ancak, her ne kadar katı atık bertaraf tesisinin yapımı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilse de, amaçlanan hedef sadece bu tür bir tesisin üçüncü kişiler tarafından yapımı değil, aynı zamanda da belli bir süre katı atık bertaraf hizmetinin üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlamak olduğu için, Kamu İhale Kanunu altında gerçekleştirecek ihale de ve sonunda görevli şirket ile imzalanacak sözleşme de karma nitelik taşıyacaktır. Bu nedenle de Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu altındaki standart ihale şartnamesi ve sözleşmesinden farklı şartname ve sözleşme metni kullanılması olağandır.

³⁸ Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi şöyledir:

"Bu kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir."

IV. Sonuç ve Öneriler

Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu hükümleri dikkate alındığında, katı atık bertaraf hizmetini belediyeler *emanet usulü* altında bizzat kendileri yapabilecekleri gibi imtiyaz ya da özel hukuk sözleşmesi yoluyla özel kişilere de gördürebilirler. Belediyelerin pozitif mevzuatımız çerçevesinde YİD Kanunu altında YİD Modellerinden faydalanmaları da mümkün olduğu gibi, yakın tarihte yasalaşması beklenen KÖİ Taslak Kanunu ile getirilen finansman modellerinden birisi ile de bu hizmetleri özel sektör ile birlikte gerçekleştirmesi olanaklıdır.

1. Gerek Kamu İhale Kanunu gerekse Devlet İhale Kanunu idarelerin sözleşme akdetme yöntemini ortaya koyar. Ne var ki, imzalanacak sözleşmelerin hukuksal nitelikleri (özel hukuk sözleşmesi ya da imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesi), izlenecek ihale yöntemi için belirleyici değildir.³⁹ Burada daha çok belirleyici olan (i) Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun kapsamı ile (ii) sözleşmelerin konusudur.

2. Kanımızca, kamu harcaması gerektiren ve içerisinde yapım ve hizmet işlerini barındıran bir katı atık bertaraf tesislerinin yapımı ve belli bir süre işletilmesi işinin Devlet İhale Kanunu'na göre ihaleye çıkarılması hukuken sakıncalıdır. Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesindeki pazarlık yöntemi sadece katı atık projesinde kullanılacak iş sahasının özel kişiye tahsisi için kullanılacak bir alternatiftir. Dolayısıyla, katı atık bertaraf tesisleri için Devlet İhale Kanunu'nun 51(g) maddesi tek başına bir ihale metodu olarak değerlendirilmemelidir.

3. Katı atık bertaraf tesislerinin yapımı ve belli bir süre işletilmesini konu alan sözleşmeler yapım ve hizmet işlerini kapsayan karma sözleşmelerdir.⁴⁰ Bu çerçevede esasında kamu harcamasını gerektirir. Dolayısıyla, kamu harcamasını gerektiren her iş gibi katı atık bertaraf tesislerinin de -YİD Kanunu ve KÖİ Taslak Kanunu'na göre⁴¹ ihale edilmemeleri halinde- Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilmesi-

³⁹ Dan. (1) Daire, E. 2006/203 - K. 2006/719, t. 6.7.2006

⁴⁰ Kamu İhale Kanunu'nun (5). maddesine göre aralarında doğal bağlantı bulunan yapım ve hizmet işleri bir arada ihale edilebilir.

⁴¹ Bu şekilde yasalaşacağı dikkate alınarak yazılmıştır.

nin çok daha yerinde olacağını düşünüyoruz.⁴² Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen katı atık hizmetleri için imtiyaz⁴³ veya özel hukuk sözleşmesinin yapılması olanaklıdır.

4. Her ne kadar, katı atık bertaraf tesisi ihalelerinin Kamu İhale Kanunu'na göre düzenlenmesi halinde, yapılacak sözleşmenin "imtiyaz" niteliğinde olmasının şart olmadığına inansak da, son dönemde Danıştay'ın Belediye Kanunu madde 15 altındaki hizmetleri sadece imtiyaz yöntemi ile görülebilecek bir hizmet olarak değerlendirme eğilimi dikkate alındığında, Kamu İhale Kanunu'na göre belediye mevzuatı altında yapılacak katı atık bertaraf tesislerine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

5. Benzer şekilde, Danıştay'ın geçmiş yaklaşımlarından yapılan bir kıyas ile belediyelerin belediye şirketlerine katı atık hizmetini gördürmek istemeleri durumunda imtiyaz yöntemi uygulanabileceği gibi, YİD Kanunu veya KOİ Taslak Kanunu altında özel hukuk sözleşmesi yöntemi de uygulama alanı bulabilir. Belediye şirketi imtiyaz usulüyle katı atık hizmetini üstlendiğinde, bu hizmeti ancak kısmen üçüncü kişiye devredebilecektir. Ne var ki, YİD Kanunu ya da KOİ Taslak Kanunu altında bu hizmeti görüyorsa üçüncü kişilerden Kamu İhale Kanunu'na göre açacağı ihale ile hizmet satın alabileceği gibi, ihale açmaksızın belediye ile imzaladığı özel hukuk sözleşmesi hükümleri uyarınca işin bir kısmını ya da tamamını üçüncü kişilere devredebilecektir.

⁴² Bir başka ifadeyle KİK, hem imtiyaz sözleşmeleri gibi *idari sözleşmelere* hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanabilir. Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, *a. g. e.*, C. I, s. 98

⁴³ İdare hukukunda imtiyaz temelde kişiye bağlı bir işlemdir. Dolayısıyla, yetkisi açık bir biçimde sınırlanmadıkça idarenin imtiyazcayı seçme konusunda serbestisi vardır. Buna *intuitu personae* prensibi adı verilmektedir. Bu serbesti, imtiyazcı şirketin seçilmesinde izlenebilecek yöntem için de geçerlidir. Bu itibarla, Belediye 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu uygulamak suretiyle de imtiyazcayı seçebilir.

KISALTMALAR CETVELİ

Belediye Kanunu	:	13 Temmuz 2005 tarih ve 25874 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu
Büyükşehir Belediyesi Kanunu	:	23 Temmuz 2004 tarih ve 25531 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu
Belediye Mevzuatı	:	Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu
Devlet İhale Kanunu	:	10 Eylül 1983 tarih ve 18161 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
Kamu İhale Kanunu	:	22 Ocak 2002 tarih ve 24648 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
Katı Atık Yönetmeliği:	:	14 Mart 1991 tarih ve 20814 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği
KÖİ	:	Kamu-Özel İşbirliği
KOİ Taslak Kanunu	:	Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı
Yİ	:	Yap-İşlet
YİD	:	Yap-İşlet-Devret
YİD Kanunu	:	13 Haziran 1994 tarih ve 21959 sayılı <i>Resmi Gazete'</i> de yayımlanan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun
YPK	:	Yüksek Planlama Kurulu

KAYNAKLAR

Emek, U., Kamu İhalelerinde Etkinlik Arayışında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun İşlevi, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, C. I, Ankara 2002.

- Gözler, K., *İdare Hukuku*, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, Ş./Tan, T., *İdare Hukuku*, Ankara, 2010.
- Günday, M., *İdare Hukuku*, Ankara 2004.
- Orak, C. Ç., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Ankara 2006.
- Öztunalı, G., *Su Hizmetleri Yönetimi - Antalya İncelemesi*, TODAİE, Ankara Aralık 1999.
- Tan, T., *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara 2010.
- Ulusoy, A., *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul 2004.
- Yıldırım, U. / Güler, B. A., *Çöp Hizmetleri Yönetimi*, TODAİE Yayınları, Ankara Nisan 2001.
- Yıldız, N., *Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi Üzerine Bir Araştırma*, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 7, S. 4, Ekim 1998.