

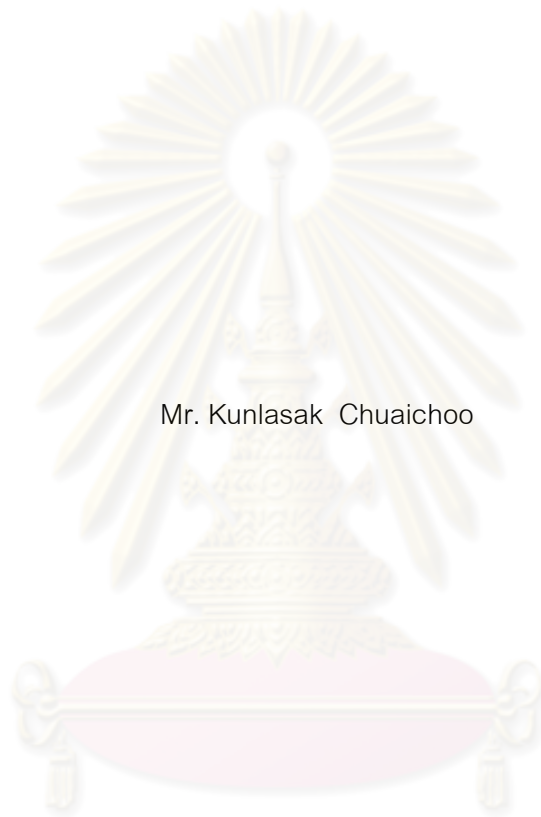
การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะ
ในระบบ PPP



นายกุลศักดิ์ ช่วยชู

ศูนย์วิทยพัทยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2553
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE IMPLEMENTATION OF LEGAL MEASURES TO SUPPORT
PUBLIC SERVICE DELIVERY IN PPP PROJECT



Mr. Kunlasak Chuaichoo

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2010

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำ

บริการสาธารณะในระบบ PPP

โดย

นายกุลศักดิ์ ช่วยชู

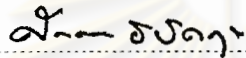
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับเป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต



คณบดีคณะนิติศาสตร์

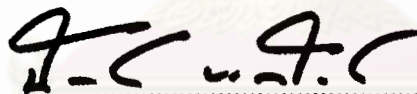
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ รัตนกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



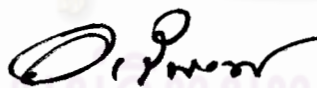
ประธานกรรมการ

(อาจารย์ ดร.สงขลา วิชัยชิตะ)



อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์)



กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ ดร.อารีพงศ์ ภู่อุ่ม)



กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ ดร.จาวรรณ เสงตระกุล)

กุลศักดิ์ ช่วยชู: การนำมาตรการทางกฎหมายมารองรับการจัดทำบริการสาธารณะ
ในระบบ PPP (THE IMPLEMENTATION OF LEGAL MEASURES TO SUPPORT
PUBLIC SERVICE DELIVERY IN PPP PROJECT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก:
ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, 292 หน้า.

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน (Public Private Partnership: PPP) เป็นการ
ร่วมดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการ
สาธารณะ ซึ่งจะช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพมากขึ้นรวมทั้งช่วยลดภาระ
ทางการคลังของภาครัฐได้เป็นอย่างมาก การร่วมดำเนินการในรูปแบบดังกล่าวมักใช้กับ
โครงการสาธารณะขนาดใหญ่ โครงการสาธารณะที่ต้องใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีระดับสูง หรือ
โครงการสาธารณะที่มีความซับซ้อนในการดำเนินงาน โดยโครงการสาธารณะเหล่านี้มักเป็น
โครงการสาธารณะด้านเศรษฐกิจและสังคมที่มีระยะเวลาการดำเนินงานยาวนาน

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนที่จะประสบความสำเร็จได้ดีนั้น จะต้องมีการ
ประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ มีกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
ที่มีประสิทธิภาพ มีการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างผู้ร่วมดำเนินการอย่างเหมาะสม และ
มีกระบวนการกำกับดูแลโครงการที่ดี

เมื่อพิจารณาโครงการร่วมดำเนินการขนาดใหญ่ของประเทศไทย ส่วนใหญ่
กระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการกำกับดูแลโครงการจะเป็นไปตาม
พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535
แต่กฎหมายดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจนหลายประการ จึงสมควรศึกษาแนวทางการร่วม
ดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนที่ประสบความสำเร็จในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับปรุง
กฎหมายภายในประเทศไทยให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมทั้งสอดคล้อง
กับหลักปฏิบัติสากลเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริม
การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน และดึงดูดผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพซึ่งจะส่งผลดี
ต่อการพัฒนาประเทศต่อไป

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....*นิสิต*
ปีการศึกษา.....2553.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....*ศาสตราจารย์*

5185957134 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : PUBLIC SERVICE / PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) / PRIVATE PARTICIPATION IN STATE UNDERTAKINGS ACT B.E. 2535 / JOINT UNDERTAKING KUNLASAK CHUAICHOO: THE IMPLEMENTATION OF LEGAL MEASURES TO SUPPORT PUBLIC SERVICE DELIVERY IN PPP PROJECT. ADVISOR: PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D., 292 pp.

A joint undertaking between the state and a private entity in the form of Public Private Partnership (PPP) is an incident where the state grants an opportunity for private sector participation in the delivery of public services. Such a form of undertaking facilitates greater efficiency in the delivery of public services as well as substantially reduces the fiscal burden on the public sector. This form of undertaking is commonly found in mega projects, public projects which require high level of technological expertise, or complex public projects. These are usually social and economic projects which extend over a relatively long period.

A successful PPP undertaking requires a proper value assessment, efficient selection of participants, appropriate risk allocation between participants, and effective project supervision.

Upon examination of mega joint undertaking projects in Thailand, it was found in most projects that participants were selected and projects were supervised pursuant to the Private Participation in State Undertakings Act B.E. 2535 (1992). The law, however, contained ambiguities in a number of issues. It is therefore expedient to study successful approaches to joint undertakings in foreign countries as a guide to domestic law reforms so as to achieve greater clarity and efficiency, as well as to align national standards with international PPP practices. It is envisaged that these developments would eventually promote greater private participation, especially from those who are highly competent, which would in turn benefit the country's development.

Field of Study :.....Laws..... Student's Signature Kunlasak
Academic Year :.....2010..... Advisor's Signature [Signature]

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงมิได้ หากขาดความกรุณาของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา พร้อมทั้งให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์เป็นอย่างมาก โดยท่านเป็นผู้จุดประกายให้ผู้เขียนสนใจในการทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เมื่อครั้งที่ผู้เขียนได้ลงเรียนวิชากฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะหลัก ซึ่งท่านได้ถ่ายทอดความรู้ที่เป็นประโยชน์และน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งและเป็นเกียรติที่ท่านอาจารย์ได้ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่แห่งนี้ด้วยความเคารพอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.สงขลา วิชัยทัตตะ ผู้บริหารระดับสูงของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นประธานในการสอบครั้งนี้ แม้ว่าท่านจะมีภารกิจและความรับผิดชอบในหน้าที่การงานค่อนข้างมาก ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.อารีพงศ์ ภูษอุม ผู้บริหารสูงสุดของกระทรวงการคลัง ซึ่งแม้ว่าท่านจะมีภารกิจทางราชการที่สำคัญจำนวนมาก แต่ท่านก็ยังให้ความกรุณารับเป็นกรรมการสอบ และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.จากรุวรรณ เสงตระกุล ผู้ทรงคุณวุฒิระดับสูงด้านกฎหมายในประเทศและเป็นผู้บังคับบัญชาสายตรงของผู้เขียน ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบ ทั้งยังช่วยให้ข้อมูลและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อน ๆ ทุกคน ทั้งเพื่อนที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อนที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเพื่อนที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่คอยให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ และคุณศรศักดิ์ ตันติวรวิทย์ ที่ช่วยเหลือเกี่ยวกับข้อมูลและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ขอขอบคุณ คุณพันไมล์ ธาราสุข ที่ช่วยแนะนำการจัดทำรูปแบบวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณคุณยอดฉัตร ตสาริกา ที่ช่วยเขียนบทคัดย่อภาษาอังกฤษ และขอขอบคุณ คุณรัชสิรินทร์ เจริญพิทยา ที่ช่วยกรุณาตรวจสอบคำแปลภาษาอังกฤษ พร้อมทั้งช่วยในการตรวจสอบถ้อยคำ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ บิดา มารดา และบรรดาญาติมิตรทั้งหลายที่เป็นกำลังใจ และคอยผลักดันส่งเสริมผู้เขียนตลอดมา คุณประโยชน์อันใดที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบให้แก่ผู้มีพระคุณทุกท่านด้วยความเคารพจากใจจริง หากมีข้อบกพร่องประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
3. ขอบเขตของการวิจัย.....	5
4. สมมติฐานของการวิจัย.....	5
5. วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 การจัดทำบริการสาธารณะและการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	7
1. ความหมายของบริการสาธารณะ.....	7
2. หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	9
2.1 บริการสาธารณะต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง.....	9
2.2 บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นต้องให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์ โดยเท่าเทียมกัน.....	10
2.3 การจัดทำบริการสาธารณะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการ ของประชาชนตลอดเวลา.....	10
3. ประเภทของบริการสาธารณะ.....	11
3.1 บริการสาธารณะทางปกครอง.....	12
3.2 บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม.....	13
3.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองและ บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม.....	13
3.3.1 แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐไม่ควรจัดทำบริการสาธารณะ ที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ.....	14

3.3.2 แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐควรจัดทำบริการสาธารณะ ที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ.....	15
3.4 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกบริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม.....	15
3.4.1 วัตถุประสงค์แห่งบริการ.....	16
3.4.2 วิธีปฏิบัติงาน.....	16
3.4.3 แหล่งที่มาของเงินทุน.....	16
4. การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยในปัจจุบัน.....	17
4.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ.....	17
4.1.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการ.....	17
4.1.1.1 ราชการส่วนกลาง.....	18
4.1.1.2 ราชการส่วนภูมิภาค.....	18
4.1.1.3 ราชการส่วนท้องถิ่น.....	18
4.1.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ.....	19
4.1.3 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์การมหาชน.....	20
4.1.4 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่.....	21
4.1.4.1 หน่วยธุรกิจขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ.....	21
4.1.4.2 กองทุนที่เป็นนิติบุคคล.....	22
4.1.4.3 หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ.....	22
4.1.5 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรที่ไม่ถือว่าเป็นองค์กร ของรัฐ.....	23
4.1.5.1 สภาวิชาชีพ.....	23
4.1.5.2 สถาบันภายใต้มูลนิธิ.....	23
4.1.5.3 นิติบุคคลเฉพาะกิจ.....	24
4.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน.....	25
4.2.1 การมีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	25
4.2.1.1 การมีส่วนร่วมทางตรง.....	25
4.2.1.2 การมีส่วนร่วมทางอ้อม.....	26
4.2.2 รูปแบบการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำ บริการสาธารณะ.....	27

4.2.2.1 สัญญาสัมปทาน.....	27
4.2.2.2 สัญญาร่วมลงทุน.....	28
4.2.3 กระบวนการในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำ บริการสาธารณะ.....	29
4.2.3.1 กระบวนการตามกฎหมาย.....	29
4.2.3.1.1 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย การพัสดุ พ.ศ. 2535.....	29
4.2.3.1.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2535.....	30
4.2.3.2 กระบวนการทางสัญญา.....	31
5. สัญญาทางปกครอง.....	32
5.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	32
5.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	34
6. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	35
6.1 ความหมายของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	36
6.2 ลักษณะพื้นฐานทั่วไปของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	38
6.3 ความแตกต่างระหว่างการร่วมดำเนินการในระบบ PPP กับการจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบอื่น.....	39
6.4 รูปแบบของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	40
6.5 ความจำเป็นของภาครัฐในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วม ในการดำเนินการ.....	43
6.5.1 ความจำเป็นด้านประสิทธิภาพ.....	43
6.5.1.1 ความคุ้มค่าทางการเงิน.....	44
6.5.1.2 ความจำเป็นด้านความโปร่งใส ป้องกัน การคอร์รัปชัน.....	44
6.5.2 ความจำเป็นด้านเทคโนโลยี นวัตกรรม และทักษะ การดำเนินงาน.....	45
6.5.3 ความจำเป็นด้านผลประโยชน์ทางการเงิน.....	45
6.6 ประโยชน์ของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	46

	หน้า
6.6.1 ประโยชน์ต่อรัฐ.....	46
6.6.2 ประโยชน์ต่อเอกชน.....	48
6.6.3 ประโยชน์ต่อประชาชน.....	48
6.7 การจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชน.....	49
6.7.1 หลักการจัดสรรความเสี่ยง.....	49
6.7.2 ประเภทของความเสี่ยง.....	50
7. ภาพรวมของการจัดทำบริการสาธารณะและการร่วมดำเนินการ ในระบบ PPP.....	54
บทที่ 3 การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศ.....	56
1. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป.....	57
1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา.....	59
1.1.1 ความหมายของคู่สัญญา.....	60
1.1.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	60
1.1.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน.....	60
1.1.2 ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญา ร่วมดำเนินการ.....	61
1.1.3 มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	63
1.2 รูปแบบการร่วมดำเนินการ.....	67
1.2.1 รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบทั่วไป.....	67
1.2.1.1 รูปแบบสัญญาหรือสัมปทาน.....	67
1.2.1.2 รูปแบบการจัดตั้งองค์กรหรือกิจการร่วมค้า.....	68
1.2.2 รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบเฉพาะเจาะจง.....	68
1.2.2.1 สัญญาให้บริการ.....	69
1.2.2.2 สัญญาการดำเนินงานและการบริหารจัดการ.....	69
1.2.2.3 สัญญาลิขสิทธิ์.....	70
1.2.2.4 สัญญาจ้างเหมารวมแบบเบ็ดเสร็จหรือสัญญา รูปแบบ BOT.....	70
1.2.2.5 สัญญารูปแบบ DBFO.....	71
1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการร่วมดำเนินการ.....	73

1.4	ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินโครงการ.....	73
1.4.1	ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา.....	73
1.4.2	ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ.....	74
1.4.2.1	การประมูลแบบเปิดกว้าง.....	74
1.4.2.2	การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล.....	75
1.4.2.3	การประมูลโดยการเจรจาหารือ.....	77
1.4.2.4	การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง.....	79
1.4.2.5	การประกวดออกแบบ.....	82
1.4.3	ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สัญญา.....	85
1.4.3.1	ลักษณะทั่วไปของผู้สัญญา.....	85
1.4.3.2	ลักษณะต้องห้ามของผู้สัญญา.....	87
1.4.4	ขั้นตอนการคัดเลือกผู้สัญญา.....	88
1.5	หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ.....	89
1.6	ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป.....	90
2.	การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษ.....	93
2.1	ลักษณะของการร่วมดำเนินการแบบ PFI.....	94
2.1.1	ลักษณะทั่วไปของการร่วมดำเนินการ.....	94
2.1.2	รูปแบบของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI.....	95
2.1.2.1	รูปแบบทางการเงินอิสระ.....	95
2.1.2.2	รูปแบบของกิจการร่วมค้า.....	95
2.1.2.3	รูปแบบของการขายผลผลิตให้แก่รัฐ.....	96
2.2	หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา.....	96
2.2.1	ความหมายของผู้สัญญา.....	97
2.2.1.1	ผู้สัญญาฝ่ายรัฐ.....	97
2.2.1.2	ผู้สัญญาฝ่ายเอกชน.....	97
2.2.2	ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญา ร่วมดำเนินการ.....	98
2.2.3	มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	99
2.3	ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินโครงการ.....	102
2.3.1	ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา.....	102

2.3.1.1	ขั้นตอนการประเมินแผนงาน.....	103
2.3.1.2	ขั้นตอนการประเมินโครงการ.....	104
2.3.1.3	ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้าง.....	104
2.3.2	ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ.....	105
2.3.2.1	การประมูลแบบเปิดกว้าง.....	105
2.3.2.2	การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล.....	106
2.3.2.3	การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง.....	106
2.3.2.4	การประมูลโดยการเจรจาหารือ.....	107
2.3.2.5	การประกวดออกแบบ.....	108
2.3.3	ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา.....	110
2.3.3.1	ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา.....	110
2.3.3.2	ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา.....	111
2.3.4	ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา.....	112
2.4	การคัดเลือกคู่สัญญาในการทำสัญญาร่วมดำเนินการในรูปแบบของ บริษัทร่วมทุน.....	113
2.4.1	กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อจัดตั้งบริษัทร่วมทุน.....	114
2.4.2	หลักเกณฑ์ในการคัดเลือก.....	118
2.4.3	การรักษาความลับ.....	118
2.4.4	กฎหมายที่ใช้บังคับและเขตอำนาจศาล.....	119
2.5	การจัดทำสัญญาร่วมดำเนินการของโครงการร่วมดำเนินการ แบบ PFI.....	120
2.6	หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI.....	123
2.6.1	ภาระหน้าที่ของหน่วยงาน.....	123
2.6.2	โครงสร้างภายในหน่วยงาน.....	125
2.7	ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษ.....	128
3.	การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศส.....	130
3.1	ลักษณะของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	131
3.1.1	สัญญาเบ็ดเสร็จ.....	131
3.1.2	สัญญาระยะยาว.....	132

3.1.3 สัญญาที่มีการจัดสรรความเสี่ยงและกำหนดการจ่าย ค่าตอบแทน.....	132
3.1.4 สัญญาทางปกครอง.....	133
3.2 ระบบกฎหมายของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	134
3.2.1 สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ ของโครงการ.....	134
3.2.2 อำนาจของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการควบคุม การปฏิบัติตามสัญญา.....	135
3.2.3 สิทธิประโยชน์ทางภาษีและเงินอุดหนุน.....	135
3.2.4 การระงับข้อพิพาท.....	135
3.3 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา.....	136
3.3.1 ความหมายของคู่สัญญา.....	136
3.3.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	136
3.3.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน.....	137
3.3.2 ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญา ร่วมดำเนินการ.....	138
3.3.2 มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	138
3.4 ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินโครงการ.....	139
3.4.1 ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา.....	139
3.4.2 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา.....	140
3.4.2.1 กรณีของโครงการที่มีความซับซ้อน.....	141
3.4.2.2 กรณีของโครงการที่ไม่มีความซับซ้อน.....	141
3.5 ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา.....	142
3.5.1 ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา.....	142
3.5.2 ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา.....	143
3.6 การร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.....	144
3.7 หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP.....	145
3.7.1 ภาระหน้าที่ของหน่วยงาน.....	145
3.7.2 โครงสร้างภายในหน่วยงาน.....	146
3.8 ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในรูปแบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศส.....	147

4. เปรียบเทียบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส.....	149
บทที่ 4 สภาพปัญหาและแนวทางการนำรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย.....	155
1. การร่วมดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.....	158
1.1 ความเป็นมา.....	158
1.2 หลักเกณฑ์สำคัญของสัญญาร่วมดำเนินการ.....	160
1.2.1 ลักษณะของคู่สัญญา.....	160
1.2.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ.....	160
1.2.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน.....	161
1.2.2 ประเภทของกิจการ.....	161
1.2.3 วงเงินขั้นต่ำของโครงการ.....	162
1.3 ขั้นตอนการดำเนินการ.....	162
1.3.1 ขั้นตอนการเสนอโครงการ.....	162
1.3.2 ขั้นตอนการดำเนินโครงการ.....	164
1.3.3 ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล.....	166
2. การร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า.....	168
2.1 การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน.....	168
2.2 การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐไทยกับรัฐต่างประเทศ.....	169
3. ประเด็นปัญหาการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของประเทศไทย.....	171
3.1 ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติหรือถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างหรือไม่ชัดเจน.....	172
3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าโครงการ.....	174
3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติกระบวนการยังไม่ครบถ้วน.....	175
3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติม สัญญา.....	176
3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเลิกสัญญา.....	176
3.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการต่ออายุสัญญา.....	177
3.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับโครงการที่ไม่ดำเนินการตามกฎหมาย.....	178

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาที่ต้องใช้เวลานาน.....	180
3.5 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการ.....	182
4. ภาพรวมของสภาพปัญหาและแนวทางการนำรูปแบบการร่วมดำเนินการ ในระบบ PPP มาใช้กับการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย.....	183
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	185
1. บทสรุป.....	185
2. ข้อเสนอแนะ.....	188
รายการอ้างอิง.....	195
ภาคผนวก.....	199
ภาคผนวก ก.....	200
เอกสารแนบท้าย Directive 2004/18/EC.....	201
Annex I List of the activities referred to in article 1(2), point (b).....	202
Annex II Services referred to in article 1(2)(d).....	207
Annex III List of bodies and categories of bodies governed by public law as referred to in the second subparagraph of article 1(9).....	210
Annex IV Central government authorities.....	213
Annex V List of products referred to in article 7 with regard to contracts awarded by contracting authorities in the field of defence.....	226
Annex VI Definition of certain technical specifications.....	230
Annex VII Information to be included in notices.....	231
Annex VIII Features concerning publication.....	237
Annex IX Registers.....	238
Annex X Requirements relating to devices for the electronic receipt of tenders, requests for participation and plans and projects in contests.....	241
Annex XI Deadlines for transposition and application.....	242

	Annex XII Correlation table.....	243
ภาคผนวก ข	254
	ตารางแนบท้าย The Public Contracts Regulations 2006.....	255
	Schedule 1 GPA Annex 1 contracting authorities.....	256
	Schedule 2 Activities constituting works.....	261
	Schedule 3 Categories of services.....	265
	Schedule 4 Extension to non-member states.....	268
	Schedule 5 Goods for the purposes of the thresholds.....	268
	Schedule 6 Professional or trade registers public services contracts.....	272
	Schedule 7 Consequential amendments, repeals and revocations.....	275
ภาคผนวก ค	278
	กฎหมายร่วมดำเนินการของประเทศฝรั่งเศส.....	279
	Order No. 2004-559 of 17 June 2004 on partnership contracts.....	280
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	292

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน บทบาทของรัฐในระบบเศรษฐกิจเริ่มลดลงอย่างต่อเนื่องซึ่งเป็นผลมาจากการที่รัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้นเรื่อย ๆ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการให้สัมปทานหรือการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ในอดีต ภารกิจของรัฐจะมุ่งเน้นไปที่ภารกิจพื้นฐาน ได้แก่ ภารกิจในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายของศัตรูภายนอก รัฐ ภารกิจในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยภายในรัฐ ภารกิจในการดำเนินสัมพันธไมตรีและการประกาศสงครามกับต่างประเทศ และภารกิจในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้เกิดขึ้นภายในรัฐ ซึ่งภารกิจเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นภารกิจพื้นฐานที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องเป็นผู้จัดทำภารกิจด้วยตนเอง

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง สังคมรัฐได้พัฒนาขึ้นอย่างมากจนมีลักษณะที่เรียกได้ว่าเป็นรัฐสมัยใหม่ (modern state) เนื่องจากรัฐได้ประสบความสำเร็จและสังคมอย่างรุนแรงซึ่งผลักดันให้รัฐต้องรับผิดชอบในภารกิจใหม่ ๆ ที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจและสังคมหลายประการ โดยศาสตราจารย์โรเบิร์ต ซาวิ (Robert Savy) ได้กล่าวว่า ภารกิจในทางเศรษฐกิจและสังคมที่รัฐสมัยใหม่ต้องรับผิดชอบดูแลนั้นประกอบด้วยภารกิจ 2 ด้าน ได้แก่ (1) ภารกิจในการรับประกันความสมดุลทางเศรษฐกิจ ซึ่งรัฐจะต้องส่งเสริมและสนับสนุนความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องและต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า และ (2) ภารกิจในการป้องกันและลดความขัดแย้งในสังคม ซึ่งรัฐจะต้องป้องกันมิให้เกิดการเสียสมดุลในระหว่างภาคการผลิตในทางเศรษฐกิจ และต้องกระจายความเจริญทางเศรษฐกิจออกไปอย่างทั่วถึงในทุกภูมิภาค¹

จากเหตุผลข้างต้นส่งผลให้รัฐมีภารกิจอื่นที่ต้องจัดทำเพิ่มมากขึ้นนอกเหนือจากภารกิจพื้นฐานซึ่งเป็นหน้าที่หลัก ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้น รัฐจึงต้องจัดให้มีระบบบริการต่าง ๆ ในลักษณะที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (public service) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมเมืองที่มีความต้องการโครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) ค่อนข้างสูง ภารกิจที่เพิ่มขึ้นเหล่านี้อาจกล่าวได้ว่าเป็น “ภารกิจลำดับรอง” อย่างไรก็ตาม การที่จะให้รัฐเป็น

¹ สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ” วารสารนิติศาสตร์ 21, 3 (กันยายน 2534): 376-379.

ผู้รับผิดชอบในการจัดทำภารกิจเองทั้งหมดอย่างมีประสิทธิภาพนั้นคงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากรัฐเองก็มีข้อจำกัดบางประการที่อาจส่งผลให้ไม่สามารถจัดทำภารกิจทั้งหมดได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้บริการสาธารณะทั้งหลายเหล่านั้นสามารถดำเนินไปได้ในช่วงเวลาเดียวกันอย่างมีประสิทธิภาพ จึงนำมาสู่การที่รัฐได้มอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการให้สัมปทานหรือการลงทุนร่วมกับภาคเอกชน

วิกฤตการณ์เศรษฐกิจตกต่ำซึ่งส่งผลกระทบไปทั่วโลก ได้ทำให้หลายประเทศเริ่มหันมาให้ความสำคัญกับการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้เกิดรูปแบบหรือวิธีการที่หลากหลายในการเพิ่มบทบาทให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ ตัวอย่างวิธีการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจของประเทศไทย เช่น การทำสัญญาจ้างเอกชนให้บริหารงาน การทำสัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการให้สัมปทานแก่เอกชน การเสนอขายหุ้นให้กับสาธารณชนหรือให้กับเอกชน หรือการลงทุนร่วมกับภาคเอกชน²

สำหรับวิธีการเพิ่มบทบาทให้ภาคเอกชนในต่างประเทศที่กำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในขณะนี้ ได้แก่ การนำแนวความคิดเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน (Public Private Partnership: PPP) มาปรับใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากโครงการสาธารณะส่วนใหญ่จะเป็นโครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานที่ต้องใช้งบประมาณในการดำเนินงานเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐต้องแบกรับภาระทางการคลังค่อนข้างสูง อีกทั้งบางโครงการอาจต้องใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมระดับสูงซึ่งอาจเป็นส่วนที่รัฐยังขาดอยู่ ทำให้แนวความคิดในการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือการร่วมดำเนินการในระบบ PPP* ของต่างประเทศ เป็นการดำเนินการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งในส่วนของการจัดหาสินทรัพย์และการให้บริการ ซึ่งแต่เดิมรัฐเป็นผู้จัดทำเองทั้งหมด การร่วมดำเนินการในระบบดังกล่าวได้มีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในโครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น ถนน สะพาน อุโมงค์ ระบบประปา ระบบบำบัดน้ำเสีย และระบบควบคุม

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 387-396.

* เนื่องจากคำว่า “Public Private Partnership: PPP” ยังไม่มีคำแปลเป็นภาษาไทยที่เป็นทางการ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอใช้คำว่า “การร่วมดำเนินการในระบบ PPP” เพื่อแสดงให้เห็นถึงความร่วมมือในการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะของการเป็นหุ้นส่วน และมีความหมายกว้างและครอบคลุมคำว่า “การร่วมลงทุน”

การจราจรทางอากาศ เรือข้าม การประปาและการบำบัดน้ำเสีย โรงพยาบาล โรงเรียน และอาคาร สาธารณะต่าง ๆ³ ประกอบกับการใช้เงินทุนของภาคเอกชนในการดำเนินงานนั้นสามารถช่วยลดภาระทางการคลังของรัฐได้เป็นอย่างมาก รวมทั้งยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดทำ บริการสาธารณะที่ดีทางหนึ่ง เนื่องจากเอกชนมีแรงจูงใจในการดำเนินงาน เพราะการให้บริการ ที่มีประสิทธิภาพจะเป็นตัวชี้วัดถึงรายได้ที่เอกชนพึงได้รับ

จากความสำคัญดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะศึกษาแนวทางการร่วม ดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศที่ประสบความสำเร็จเพื่อนำมาปรับใช้ในการจัดทำบริการ สาธารณะในประเทศไทยต่อไป โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกที่จะศึกษาแนวทางการร่วม ดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเห็นว่า สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์กับประเทศไทยได้ ประกอบกับแนวทางการเพิ่มบทบาทให้แก่ ภาคเอกชนในโครงการสาธารณะของรัฐนั้น ถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากในปัจจุบัน เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะถือได้ว่าเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชนทั้งทางตรงและ ทางอ้อม เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณภาพชีวิตของประชาชนโดยรวมทั้งหมด หากการจัดทำ บริการสาธารณะมีคุณภาพในขณะที่อัตราค่าใช้บริการอยู่ในเกณฑ์ที่ต่ำ ก็จะส่งผลให้คุณภาพชีวิต ของประชาชนดีขึ้นตามไปด้วย โดยผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดและเนื้อหาเกี่ยวกับการร่วม ดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นหลักปฏิบัติสากลในบทต่อ ๆ ไป

สำหรับแนวทางการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยในปัจจุบัน หากเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในลักษณะที่รัฐร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบ ให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด และโครงการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป จะต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดขั้นตอนการเสนอโครงการ ขั้นตอนการดำเนินโครงการ เพื่อคัดเลือกและจัดทำสัญญา กับเอกชน และขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผลของโครงการ ทั้งนี้ การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กระบวนการ ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความโปร่งใส เป็นธรรม และป้องกันการคอร์รัปชัน เนื่องจาก กฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนในอดีต ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่อง สำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26

³ Richard Hemming and staff, Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, (Washington D.C.: International Monetary Fund, 2006), p. 1.

มกราคม พ.ศ. 2515 ที่ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ อย่างไรก็ตามก็ดี ตลอดระยะเวลาการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จนถึงปัจจุบัน ได้เกิดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายต่าง ๆ หลายประการอันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่จนนำมาสู่การหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นจำนวนมาก ดังจะได้อธิบายในบทต่อ ๆ ไป

การที่กฎหมายกำหนดให้การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในโครงการขนาดใหญ่ที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่ง 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนในหลายเรื่อง รวมทั้งหลักเกณฑ์ของกฎหมายก็ยังไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติสากลของการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในต่างประเทศ ดังนั้น เพื่อให้แนวทางการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทยสอดคล้องกับหลักปฏิบัติสากลทั่วไป จึงสมควรศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะภายในประเทศให้มีประสิทธิภาพต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

จากความสำคัญของปัญหาการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งรัฐมุ่งประสงค์ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา ดังต่อไปนี้

1. เพื่อศึกษาถึงรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยในปัจจุบัน รวมทั้งปัญหาที่เกิดจากกฎหมาย โดยเฉพาะปัญหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 รวมทั้งวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

2. เพื่อศึกษาถึงความหมายของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP และบทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งขั้นตอนในการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อนำมาศึกษาปรับใช้กับการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยต่อไป

3. ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับกฎหมายและขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (legal framework) รวมทั้งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยศึกษาวิเคราะห์แนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับกฎหมายภายในประเทศ ตลอดจนศึกษาแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาปรับปรุงให้การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดทั้งต่อรัฐ เอกชนผู้ร่วมดำเนินการ และประชาชนผู้รับบริการสาธารณะต่อไป

4. สมมติฐานของการวิจัย

โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะมีรูปแบบการดำเนินการที่หลากหลาย การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของ Public Private Partnership (PPP) เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในต่างประเทศ เพราะการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนอย่างเหมาะสมจะช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพทั้งด้านต้นทุนการดำเนินงานและการให้บริการ กล่าวคือ เป็นการลดภาระทางการคลังของภาครัฐในการจัดทำบริการสาธารณะและทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุดจากการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ดังนั้น จึงสมควรศึกษาแนวทางการจัดทำบริการสาธารณะในระบบ PPP ในต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศให้มีความเหมาะสมเพื่อรองรับการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะดังกล่าวต่อไป

5. วิธีการศึกษาวิจัย

วิธีการศึกษาวิจัยที่ใช้ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิเคราะห์จากหนังสือ บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และรายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีหรือแนวคิดในการจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะของต่างประเทศ
2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทย
3. เพื่อเสนอข้อคิดเห็นที่ได้จากการศึกษาและวิเคราะห์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่ศึกษานี้ เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการหาวิธีแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป
4. ทำให้มีความรู้ในเรื่องการทำวิทยานิพนธ์และระเบียบวิธีวิจัยมากขึ้น
5. เพื่อสร้างองค์ความรู้ และเพิ่มศักยภาพให้กับนิสิต นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

การจัดทำบริการสาธารณะและการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

การจัดทำบริการสาธารณะถือได้ว่าเป็นหน้าที่หลักที่รัฐต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงควรต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของบริการสาธารณะเพื่อให้ทราบว่าภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำมีความหมายอย่างไร ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวจะเป็นพื้นฐานในการศึกษารายละเอียดทั้งในส่วนของรูปแบบการดำเนินการและกระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณะต่อไป

1. ความหมายของบริการสาธารณะ

คำว่า “บริการสาธารณะ” มีการนำมาใช้ในกฎหมายหลายฉบับไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ¹ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ² หรือแม้กระทั่งประกาศของคณะปฏิวัติ³ สำหรับคำนิยามได้มีการกำหนดไว้บ้างในกฎหมายบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543^{*} แต่อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยที่ให้ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” ได้อย่างชัดเจน⁴

สำหรับความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” นั้น นักวิชาการหลายท่านได้พยายามให้คำจำกัดความไว้ อาทิเช่น ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร (Jean Rivero) ได้อธิบายว่า “บริการสาธารณะ คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะด้านการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ฯลฯ” โดยความหมายนี้ บริการสาธารณะยังรวม

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 284 (1)

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 (8) และพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 9 (6)

³ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 37 ข้อ 5

^{*} “บริการสาธารณะ” หมายความว่า การให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในโครงการจัดสรรที่ดินที่กำหนดไว้ในโครงการที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดินตามมาตรา 23 (4)

⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 142.

ไปถึงกิจกรรมของรัฐที่อาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐด้วย⁵

บุคคลอีกท่านหนึ่งที่มีความสำคัญและได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้คือ ศาสตราจารย์ เรอเน่ ชาปู (René Chapus) โดยท่านให้คำจำกัดความไว้ว่า “กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้จัดการหรือดูแลกิจกรรมนั้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อประโยชน์สาธารณะ”⁶

ขณะที่นักวิชาการของประเทศไทย เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายว่า “บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน” จากความหมายดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะออกมาได้ 2 ประการ ได้แก่ (1) บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง และ (2) บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์⁷

ในปัจจุบัน ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายว่าบริการสาธารณะจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ (1) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึงกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเองอันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย และ (2) กิจกรรมดังกล่าวจะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน⁸

จากความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” ที่นักวิชาการทั้งหลายข้างต้นได้อธิบายไว้ ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า บริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยการดำเนินการนั้นต้องเป็นไป

⁵ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 73.

⁶ René Chapus, Droit administratif général: Tome 1, 15ème édition, (Paris: Montchrestien, 2001), p. 578.

⁷ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 26.

เพื่อประโยชน์สาธารณะ และยังหมายความรวมถึงกิจกรรมบางประเภทที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนด้วย

2. หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁹

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการจัดทำโดยรัฐหรือเอกชน ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน โดยหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ ได้แก่

2.1 บริการสาธารณะต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง

บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชน เนื่องจากประชาชนทุกคนมีความต้องการในบริการสาธารณะอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะให้ดำเนินไปอย่างปกติ ต่อเนื่อง และสม่ำเสมอ เพราะหากการให้บริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ หลักการนี้เรียกว่า “หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง”

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐซึ่งเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะจนกระทั่งในปัจจุบันและถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป¹⁰

หลักที่ว่ากรบริการสาธารณะต้องมีความสม่ำเสมอและต่อเนื่องนี้มิได้ใช้เฉพาะกับบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการให้เอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะแทนไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจโดยผลของกฎหมายหรือโดยสัญญาก็ตาม ซึ่งหากเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะดำเนินการให้บริการสาธารณะไม่สม่ำเสมอหรือไม่ต่อเนื่อง เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นก็ต้องถูกลงโทษตามที่กำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญาเช่นกัน สำหรับประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจัดการแก้ไขบริการสาธารณะที่ขัดข้องนั้นให้สามารถดำเนินการไปได้ อย่างปกติ โดยถือได้ว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องดำเนินการ

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 143-144.

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 353-354.

2.2 บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นต้องให้ประชาชนมีสิทธิได้รับประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน

การที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ดังนั้น กิจการใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ โดยหลักการนี้มาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด จนกระทั่งในปัจจุบันหลักดังกล่าวถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกว่า “หลักว่าด้วยความเสมอภาค”¹¹

สำหรับประเทศไทยได้กำหนดรองรับหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า บริการสาธารณะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจึงต้องมีสิทธิและโอกาสได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะหรือเข้าสู่บริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน โดยรัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะไม่ได้

2.3 การจัดทำบริการสาธารณะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนตลอดเวลา

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งหลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง”¹²

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปรับปรุงบริการสาธารณะได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียวเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลา โดยในการปรับปรุงบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำโดยคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะเสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยการแก้ไขปรับปรุงการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวต้องทำโดยกฎหมายหรือมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ และแม้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม บุคคลนั้น

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 351.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 358.

จะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับจากบริการสาธารณะมาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ โดยกฎหมายไม่ได้

ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะทั้ง 3 ประการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ต้องคำนึงถึงเมื่อพิจารณาจากตัวประชาชนผู้รับบริการสาธารณะเป็นหลัก แต่หากพิจารณาในมุมของหน่วยงานผู้จัดทำบริการสาธารณะแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังมีหลักเกณฑ์อื่นที่ควรต้องคำนึงถึงเพิ่มเติมด้วย เช่น บริการสาธารณะต้องคุ้มค่ากับการลงทุน และบริการสาธารณะต้องเปิดเผย โปร่งใส ตรวจสอบได้ เป็นต้น เนื่องจากปัจจุบันความต้องการบริการสาธารณะของประชาชนมีความหลากหลายอย่างมาก การจะสนองความต้องการของประชาชนให้ได้ทั้งหมดนั้นจึงเป็นไปได้ยาก ดังนั้น ในลำดับแรกของการพิจารณาเลือกว่าจะจัดทำบริการสาธารณะประเภทใดก่อนนั้น รัฐควรต้องพิจารณาแล้วว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีความจำเป็นและเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมมากที่สุด นอกจากนี้ ยังต้องคุ้มค่าต่อการลงทุนด้วย สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องความโปร่งใส ตรวจสอบได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการหรือขั้นตอนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะหรือช่องทางที่ก่อให้เกิดการทุจริตได้ง่าย ดังนั้น การตรวจสอบถึงความสุจริตเพื่อให้ความโปร่งใสในการดำเนินงานจึงถือเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่งในปัจจุบัน

3. ประเภทของบริการสาธารณะ¹³

เหตุที่ต้องมีการพิจารณาถึงประเภทของบริการสาธารณะนั้น เนื่องจากบริการสาธารณะบางประเภทเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจำเป็นต้องเป็นผู้ดำเนินการจัดทำด้วยตนเอง ไม่ควรมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชนเท่านั้น รัฐจึงสามารถมอบให้เอกชนไปดำเนินการแทนได้ เนื่องจากรัฐอาจไม่มีความพร้อมที่จะจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว หรือสามารถจัดทำได้แต่ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งหากให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทน จะทำให้บริการสาธารณะนั้นมีประสิทธิภาพมากกว่า ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงประเภทของบริการสาธารณะเพื่อจะได้ทราบเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาว่าบริการสาธารณะใดบ้างที่รัฐอาจมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนได้

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 35-37.

จากการศึกษาถึงข้อความคิดว่าด้วยรัฐและวิวัฒนาการความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐในประเทศไทย พบว่ารัฐสมัยใหม่มีภารกิจใหญ่ ๆ อยู่ 2 ประเภท คือ (1) ภารกิจพื้นฐาน และ (2) ภารกิจลำดับรอง

(1) ภารกิจพื้นฐาน (Primary Function)

ภารกิจพื้นฐาน คือ ภารกิจขั้นต่ำที่สุดที่ไม่อาจตัดทอนลงได้อีก เพราะเป็นภารกิจที่มีความจำเป็นต่อการธำรงรักษารัฐให้คงอยู่ มีด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายของศัตรูภายนอก รัฐ และการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในรัฐ

สำหรับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายของศัตรูภายนอก รัฐสามารถกระทำได้ด้วยการสร้างแสนยานุภาพทางทหาร การทำสนธิสัญญาและเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ ในขณะที่การดูแลรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความมั่นคงภายในรัฐสามารถกระทำได้ด้วยการนิติบัญญัติ และการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้น

(2) ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function)

ภารกิจลำดับรอง คือ ภารกิจใด ๆ ที่รัฐจัดทำเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของประชาชน เพื่อกระจายความมั่งคั่งไปยังประชาชนอย่างทั่วถึงและยุติธรรม อันจะทำให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสในอันที่จะใช้สิทธิเสรีภาพทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม และทางการเมืองอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน เช่น ให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น โดยอาจจะเรียกภารกิจลำดับรองได้อีกอย่างหนึ่งว่า “บริการสาธารณะ”¹⁴

ในทางทฤษฎีเมื่อพิจารณาการแบ่งประเภทของบริการสาธารณะตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะทางปกครอง (services publics administratifs) และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux)

3.1 บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครองเป็นบริการสาธารณะที่ส่วนราชการมีอำนาจหน้าที่ต้องจัดทำตามกฎหมาย ซึ่งโดยหลักจะเป็นเรื่องการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยให้กับประชาชน บริการสาธารณะเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำให้โดยประชาชนไม่ต้องเสีย

¹⁴ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 33-34.

ค่าตอบแทน อีกทั้งบริการสาธารณะประเภทนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัย “อำนาจพิเศษ” ตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนดำเนินการแทนได้ แต่เดิมนั้น บริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อการจัดทำบริการสาธารณะมีมากขึ้นโดยมีรูปแบบและวิธีการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป ทำให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับประเภทของบริการสาธารณะใหม่ ๆ ขึ้นมาอีก

3.2 บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมเป็นบริการสาธารณะอีกประเภทหนึ่งที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการ แต่มีลักษณะคล้ายกับการดำเนินการให้บริการของเอกชน โดยบริการสาธารณะประเภทนี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อผลิตสินค้าหรือให้บริการแก่ประชาชน จึงสามารถดำเนินการได้ทั้งโดยรัฐและโดยเอกชน สำหรับการรับบริการสาธารณะนั้น ผู้รับบริการจะต้องเสียค่าตอบแทนจากการใช้บริการ

อย่างไรก็ดี หากรัฐเห็นว่าบริการสาธารณะใดมีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่น ในกรณีของบางประเทศที่ช่วงฤดูหนาวมีสภาพอากาศหนาวจัด (และมีช่วงฤดูยาวนาน) ไฟฟ้าที่ใช้ในการทำความร้อนจึงมีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของประชาชน รัฐอาจต้องยอมจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนที่ยากจน โดยประชาชนเหล่านั้นไม่ต้องเสียค่าตอบแทนในการใช้บริการก็ได้

3.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹⁵

สำหรับความเป็นมาของบริการสาธารณะทั้ง 2 ประเภทนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากภารกิจของรัฐ เพราะภารกิจที่รัฐพึงมีต่อประชาชนก็คือ หน้าที่ในการตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งความต้องการพื้นฐานของประชาชนแบ่งได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ ความต้องการในการได้รับความปลอดภัยในชีวิตและความต้องการในการได้รับความสะดวกสบายในชีวิต

ความต้องการพื้นฐานของประชาชนทั้ง 2 ประการนี้ ถือเป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องสนองตอบ โดยการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเสมือนเป็นคนกลางระหว่างรัฐกับประชาชน ทั้งนี้ อาจแยกกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชนได้ 2 ประเภท ได้แก่

¹⁵ สุรพงษ์ กลั่นประชา, “สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 21-23.

(1) กิจกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชน หรือบริการสาธารณะที่มุ่งสนองต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ และการสงวนรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กิจกรรมเหล่านี้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเข้าไปจัดทำเอง เพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศชาติ กิจกรรมประเภทนี้จึงไม่สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำได้

(2) กิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อเป็นการส่งเสริม หรือบริการสาธารณะที่สนองต่อความสะดวกสบายในชีวิต กิจกรรมประเภทนี้ ได้แก่ กิจกรรมอันเป็นสาธารณูปโภคและสาธารณูปการต่าง ๆ เช่น การไฟฟ้า การประปา การคมนาคม การสาธารณสุข กิจกรรมเหล่านี้หากฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ เกี่ยวกับเศรษฐกิจของประเทศ เป็นกิจกรรมที่ช่วยเหลือในการครองชีพของประชาชน หรือเพื่ออำนวยความสะดวกบริการให้แก่ประชาชน รัฐต้องเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเอง จะมอบหมายให้เอกชนจัดทำไม่ได้

อย่างไรก็ดี แนวความคิดเกี่ยวกับการดำเนินการทางเศรษฐกิจของรัฐ บางครั้งอาจถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงของรัฐในกิจการของเอกชน ซึ่งถือเป็นการตัดเสรีภาพของประชาชนในการประกอบกิจการ เพราะเป็นการตัดทอนผลประโยชน์ของเอกชนที่จะได้รับจากการประกอบกิจการนั้น โดยมีแนวความคิดในเรื่องนี้ 2 แนวความคิด ได้แก่ แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐไม่ควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจกับแนวความคิดที่เห็นว่ารัฐควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

3.3.1 แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐไม่ควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

แนวความคิดนี้เป็นของลัทธินิยมที่เห็นว่า รัฐควรดำเนินการเฉพาะกิจการที่เอกชนไม่สามารถดำเนินการได้ หรือจัดทำได้แต่ไม่เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย การไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ เป็นต้น หากเป็นกิจการที่นอกเหนือจากกิจการเหล่านี้ รัฐควรมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ เพราะหากรัฐเป็นผู้จัดทำอาจมีความขัดแย้งเกิดขึ้น โดยมีเหตุผลดังนี้

(1) หากรัฐจัดทำเอง จะทำให้กิจการไม่อาจตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เพราะการปฏิบัติงานของรัฐมีขั้นตอนมาก มีการควบคุมหลายชั้น โดยเฉพาะเรื่องงบประมาณต่าง ๆ ที่มีกฎ ข้อบังคับ หรือระเบียบที่ตายตัว ทำให้ไม่อาจดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว

(2) การที่รัฐเข้าทำกิจการเอง จะทำให้ระบบเศรษฐกิจไม่เป็นไปตามธรรมชาติ เนื่องจากจากการแทรกแซงของรัฐ เพราะรัฐมีกำลังในการประกอบกิจการมากกว่าเอกชน จึงอาจส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจเกิดความผันผวนได้

3.3.2 แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

แนวความคิดนี้ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดแรก โดยแนวความคิดนี้มาจากแนวความคิดของลัทธิคอมมิวนิสต์และสังคมนิยมที่เห็นว่า รัฐควรเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนโดยมีเหตุผลดังนี้

(1) ลัทธิคอมมิวนิสต์ เห็นว่ารัฐควรเข้าครอบงำทรัพย์สินของเอกชน และจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมของเอกชน ในขณะที่ลัทธิสังคมนิยมก็เห็นด้วย แต่ผ่อนคลายนอกกว่า โดยเห็นว่าบางกรณีรัฐควรให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแต่รัฐต้องควบคุม ซึ่งการดำเนินการบางอย่างต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองก่อน

(2) ลัทธิคอมมิวนิสต์ เห็นว่ารัฐต้องขยายกิจการของรัฐให้มากขึ้นเพราะการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐมีคุณภาพสูงกว่าเอกชน และรัฐเท่านั้นที่สามารถอำนวยความสะดวกให้ประชาชนได้อย่างแท้จริง ในขณะที่ลัทธิสังคมนิยมยินยอมให้รัฐจัดทำกิจการของเอกชนได้เพียงบางอย่าง

สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่า รัฐไม่เหมาะสมที่จะทำกิจการบางอย่างของเอกชนนั้นก็สามารแก้ไขได้โดยการดัดแปลงกฎระเบียบต่าง ๆ และแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับการที่รัฐจะทำกิจการของเอกชน

3.4 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹⁶

ในประเทศฝรั่งเศส สมัยคริสต์ศตวรรษที่ 19 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น นิติบุคคลมหาชนจะเป็นผู้ดำเนินการเอง ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม นิติบุคคลมหาชนจะมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน

ต่อมาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 20 ได้มีการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองบางอย่าง และในขณะเดียวกันนิติบุคคลมหาชนได้หันมาดำเนินกิจการบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่แต่เดิมมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ นอกจากนี้ ยังมีนิติบุคคลบางประเภทประกอบกิจการบริการสาธารณะทั้ง 2 ประเภท จึงมีผลทำให้ไม่อาจใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกบริการสาธารณะเพียงอย่างเดียวได้

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, หน้า 345-346.

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1956 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่ศาลปกครองจึงได้ระบุเกณฑ์ในการแบ่งแยกบริการสาธารณะทั้ง 2 ประเภท ไว้ในคดี Union Syndicale des industries aéronautiques โดยเกณฑ์ในการพิจารณา คือ บริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ ต่อเมื่อบริการสาธารณะนั้นคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชน ซึ่งหากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าในด้านหนึ่งด้านใด ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็น “บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง”

จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเบื้องต้นนั้น หากบริการสาธารณะใดดำเนินการโดยนิติบุคคลมหาชน (พิจารณาจากองค์กร) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง จนกว่าจะปรากฏว่าบริการสาธารณะนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจของเอกชนทั้ง 3 ประการ ได้แก่

3.4.1 วัตถุประสงค์แห่งบริการ

บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการไปในทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต จำหน่าย การให้บริการ และการแบ่งปันผลประโยชน์ เป็นต้น

3.4.2 วิธีปฏิบัติงาน

บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวิธีการปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นเป็นรูปแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้บังคับกับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่แตกต่างออกไป ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงาน

3.4.3 แหล่งที่มาของเงินทุน

ถ้าแหล่งที่มาของเงินทุนส่วนใหญ่มาจากค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการ เพื่อเป็นค่าตอบแทนบริการที่ได้รับ บริการนั้นจะอยู่ในข่ายที่จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่ถ้าแหล่งที่มาของเงินทุนได้มาจากเงินอุดหนุนของทางราชการ หรือจากภาษีบริการนั้น ย่อมเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

4. การจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยในปัจจุบัน

การจัดทำบริการสาธารณะส่วนใหญ่เป็นหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการโดยใช้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ ซึ่งต่อมารัฐได้มีการจัดตั้งองค์กรประเภทพิเศษขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท หลังจากนั้นเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่น จึงได้มีการมอบบริการสาธารณะหลาย ๆ ประเภทไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำ ซึ่งในระยะหลัง ๆ บริการสาธารณะมีความหลากหลายมากขึ้น และบริการสาธารณะบางอย่าง รัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองก็ได้ จึงนำไปสู่การมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนรับไปดำเนินการแทนรัฐ โดยรัฐจะเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินงานเพื่อให้มีมาตรฐานตามที่รัฐกำหนด¹⁷

องค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะของประเทศไทย อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐและบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ¹⁸

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐในปัจจุบันสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ (1) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการ (2) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ (3) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์การมหาชน และ (4) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการนั้น เป็นบริการสาธารณะที่รัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำเองโดยให้องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้จัดทำ และรับผิดชอบด้านงบประมาณ โดยคำว่า “ส่วนราชการ” หมายความว่า “หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีระบบการทำงานที่เป็นแบบแผน มีการจัดลำดับชั้นการบังคับบัญชา มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานอย่างชัดเจน และมีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงาน โดยมีวินัยควบคุมความประพฤติของราชการ เป็นต้น

ประเทศไทยได้นำระบบราชการมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศมานานแล้วตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีการแยกกิจการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนออกจากกัน จนกระทั่ง สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้ทรงปฏิรูป

¹⁷ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 53.

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ที่ นร 1200/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553, “การปรับปรุงหลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริการ,” (สิ่งที่ส่งมาด้วย 2), หน้า 3.

การปกครองและการบริหารราชการ มีการแยกภารกิจของฝ่ายพลเรือนและฝ่ายทหารออกจากกัน อย่างชัดเจน และได้มีการปรับปรุงพัฒนาระบบราชการอย่างเป็นระบบโดยใช้หลักการสากล มาจนถึงปัจจุบัน¹⁹

ปัจจุบันประเทศไทยมีการแบ่งการจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการ ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) ราชการส่วนกลาง (2) ราชการส่วนภูมิภาค และ (3) ราชการส่วนท้องถิ่น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้²⁰

4.1.1.1 ราชการส่วนกลาง

องค์กรที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยราชการส่วนกลางนั้น ส่วนใหญ่จะเป็น กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั่วประเทศ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันสาธารณภัย การป้องกันประเทศ การศึกษา การสาธารณสุข การคมนาคม หรือการคลัง เป็นต้น

4.1.1.2 ราชการส่วนภูมิภาค

องค์กรที่ดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนภูมิกษณนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนกลางที่ได้แบ่งแยกออกไปจัดทำตามเขตการปกครองต่าง ๆ ของประเทศ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในส่วนภูมิภาค โดยมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ออกไปประจำตามเขตการปกครองนั้น ส่วนงบประมาณค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนภูมิภาคจะใช้จากงบประมาณของกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ

4.1.1.3 ราชการส่วนท้องถิ่น

องค์กรที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 148.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148-150.

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนท้องถิ่นนั้น ได้แก่ บริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำเองเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้น เช่น การดูแลรักษาความสะอาดของท้องถิ่น การจัดให้มีน้ำประปา หรือสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ เป็นต้น สำหรับผู้ดำเนินการจัดทำ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยใช้งบประมาณและทรัพย์สินบางส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ในการจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมาย และมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการได้โดยอิสระ โดยส่วนกลางเพียงแต่เข้าไปควบคุมดูแลเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยทั่วไปแล้วบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท และในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

4.1.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ²¹

การจัดทำบริการสาธารณะในระบบราชการมีข้อจำกัดหลายประการ เช่น ระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ของทางราชการ ทำให้เกิดความไม่คล่องตัวในการดำเนินงานและก่อให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน ดังนั้น หากจะนำเอาระบบราชการไปใช้กับการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะกึ่งการดำเนินธุรกิจเช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจของเอกชนก็จะก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมและไม่เป็นผลดี ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีการสร้างองค์กรใหม่ขึ้นมาที่มีการดำเนินการที่ผ่อนคลายจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของทางราชการ เรียกว่า รัฐวิสาหกิจ²²

รัฐวิสาหกิจจะเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ซึ่งผลิตและจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเป็นการให้บริการสาธารณะและงานสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ หรืองานของรัฐบางด้านที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ หรือการดำเนินกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชนที่รัฐยังจำเป็นต้องควบคุมและดำเนินการแต่ผู้เดียว หรือเป็นงานที่เอกชนยังไม่พร้อมที่จะดำเนินการ หรือเป็นกิจการที่รัฐจำเป็นต้องแทรกแซงตลาดเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือให้บริการแก่กลุ่มเป้าหมายเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้งานให้บริการนั้นได้มาตรฐานทั้งในเรื่องคุณภาพ ปริมาณ ค่าใช้จ่าย และอื่น ๆ

²¹ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ที่ นร 1200/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553, หน้า 7.

²² นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 149.

รัฐวิสาหกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหารายได้ ดังนั้น รัฐวิสาหกิจจึงต้องสามารถเลี้ยงตัวเองจากการดำเนินงานเชิงพาณิชย์ได้ และต้องไม่มีวัตถุประสงค์มุ่งกำไรสูงสุด (maximization of profit) ดังเช่นที่เอกชนกระทำกันโดยทั่วไป แต่หากมีความจำเป็นที่จะต้องรับเงินงบประมาณสนับสนุนเป็นครั้งคราวหรือบางส่วน รัฐก็ควรจัดสรรงบประมาณให้ในรูปแบบของเงินอุดหนุน ซึ่งควรจะแยกจากการเก็บค่าบริการตามปกติของรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ อย่างชัดเจน

4.1.3 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์การมหาชน²³

ในการปฏิบัติภารกิจของรัฐนั้น จะมีภารกิจในการให้บริการเฉพาะทางสังคมและวัฒนธรรมที่มีลักษณะพิเศษกว่าการให้บริการพื้นฐานปกติของรัฐ ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวต้องการความคล่องตัวในการบริหารจัดการ ความอิสระในการตัดสินใจ ส่งผลให้รูปแบบของส่วนราชการที่อยู่ในระบบบังคับบัญชาและการตัดสินใจตามลำดับชั้นไม่อาจสนองตอบความต้องการได้ และภารกิจเหล่านี้ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอันเป็นลักษณะของรัฐวิสาหกิจ ในอดีตที่ผ่านมา จึงมีการจัดตั้งหน่วยงานที่มีลักษณะเฉพาะที่ใช้อำนาจบางส่วนของฝ่ายปกครองและใช้วิธีการบริหารของรัฐวิสาหกิจโดยการตรากฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย และสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย โดยกำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ²⁴

อย่างไรก็ดี เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นมีข้อแตกต่างกันหลายประการ เช่น ระบบการบริหารงาน รูปแบบ ความสัมพันธ์กับรัฐ ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบของหน่วยงานแต่ละหน่วยงาน ส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของบางหน่วยงานไม่เป็นไปด้วยดีเท่าที่ควร ดังนั้น จึงมีแนวความคิดที่จะให้มีหน่วยงานของรัฐขึ้นมาอีกประเภทเพื่อมารองรับหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยกำหนดขอบเขต อำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงานและความสัมพันธ์กับรัฐให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2542 จึงได้มีการตรากฎหมาย “พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542” ขึ้น เพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเอาไว้²⁵

²³ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ที่ นร 1200/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553, หน้า 9.

²⁴ อัคร จารุจินดา, คู่มือกฎหมายว่าด้วยองค์การมหาชน เอกสารประกอบการบรรยายอบรมหลักสูตรนักกฎหมายกฤษฎีกา หัวข้อ “การจัดองค์กรและบริหารงานภาครัฐ” เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2551 ณ ห้องประชุมปริทัศน์ พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 5.

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักสูตรกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 174.

องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบบริการสาธารณะด้านสังคมและวัฒนธรรม เช่น การศึกษา การวิจัย การฝึกอบรม การทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม การพัฒนาและส่งเสริมการกีฬา การพัฒนาและการถ่ายทอดวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และทรัพยากรธรรมชาติ การบริการทางสาธารณสุขและการแพทย์ การสังคมสงเคราะห์ นันทนาการ สอนสัตว์ การอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน หรือการดำเนินการอันเป็นสาธารณะประโยชน์อื่นใด ซึ่งไม่เหมาะที่จะใช้วิธีการของราชการในการบริหาร อนึ่ง บริการสาธารณะขององค์การมหาชนต้องไม่เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชนซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.1.4 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่²⁶

นอกจากหน่วยงานของรัฐในรูปแบบของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนแล้ว ยังมีองค์การของรัฐในรูปแบบอื่น ๆ ที่มีได้ถูกจัดไว้ในรูปแบบข้างต้น ซึ่งสามารถสรุปลักษณะขององค์การเหล่านั้นได้ เป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ (2) กองทุนที่เป็นนิติบุคคล และ (3) หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.4.1 หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ

หน่วยงานของรัฐประเภทนี้เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมกำกับดูแลกิจกรรมของรัฐ หรือดำเนินกิจการบริการสาธารณะตามนโยบายสำคัญที่ต้องการความเป็นกลางอย่างเคร่งครัดปราศจากการแทรกแซงอำนาจทางการเมือง ซึ่งจะมีคณะกรรมการเป็นองค์กรที่มีอำนาจ และมีหน่วยธุรการเพื่อทำหน้าที่อำนวยความสะดวก โดยหน่วยงานประเภทนี้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคล ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร

สำหรับการจัดประเภทของหน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ หากพิจารณาตามลักษณะภารกิจ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่ทำหน้าที่กำกับดูแล

เป็นหน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้น เพื่อให้กลไกตลาดสามารถทำงานได้อย่างแท้จริง โดยไม่บิดเบือน เพื่อทำให้เกิดความเป็นธรรม ในต่างประเทศ จะใช้ในการกำกับตลาดเงินและตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์ และองค์กรควบคุมกำกับวิทยุโทรทัศน์ของประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ที่ นร 1200/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553, หน้า 12-14.

สำหรับประเทศไทยจะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ เฉพาะ ตัวอย่างเช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นต้น

(2) **หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่ทำหน้าที่ให้บริการ**

เป็นหน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้น เพื่อการให้บริการ สาธารณะของรัฐในกิจการใดกิจการหนึ่ง ที่ต้องการความมีอิสระจากฝ่ายบริหารและปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองโดยเฉพาะสื่อมวลชน

สำหรับประเทศไทยจะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ เฉพาะ ตัวอย่างเช่น องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย เป็นต้น

4.1.4.2 กองทุนที่เป็นนิติบุคคล

กองทุนที่เป็นนิติบุคคลจัดตั้งขึ้นโดยตราเป็นพระราชบัญญัติ เนื่องจาก ต้องการอำนาจรัฐในการบังคับฝ่ายเดียวต่อเอกชนหรือประชาชนในการสมทบเงินเข้ากองทุน ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนก็เพื่อเป็นกลไกทางเศรษฐกิจของรัฐ ในการดำเนินบริการ สาธารณะแก่ประชาชน หรือกลุ่มเป้าหมายเฉพาะ หรือเพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจเฉพาะด้าน การดำเนินงานของกองทุนจะได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาล และเงินสมทบจากกลุ่มเป้าหมายนั้น ๆ

4.1.4.3 หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ (Special Delivery Unit: SDU)

เป็นหน่วยงานที่ให้บริการภายในของระบบราชการ โดยมีลักษณะ กึ่งอิสระ แต่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ยังคงถือเป็นส่วนหนึ่งของส่วนราชการระดับกรม และ อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการระดับกรม มีเป้าหมายให้บริการหน่วยงาน เจ้าสังกัดเป็นหลัก แต่หากมีกำลังการผลิตส่วนเกินก็สามารถให้บริการแก่หน่วยงานอื่นและ ประชาชนได้ (ซึ่งทำให้แตกต่างจากรัฐวิสาหกิจที่มีได้เป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานยาสูบ ที่ให้บริการ สาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแก่ประชาชนเป็นหลัก)

การดำเนินงานจะใช้รูปแบบวิธีการบริหารจัดการสมัยใหม่ สามารถ เรียกเก็บค่าบริการจากหน่วยงานเจ้าสังกัด หรือลูกค้าผู้รับบริการอื่น ๆ ได้ โดยการดำเนินงานไม่มี วัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร และไม่นำรายได้ส่งเข้ารัฐโดยตรง หรือจำเป็นต้องเลี้ยงตัวเองได้ เป็นสำคัญ แต่ในบางกรณีอาจมีการวางเงื่อนไขให้ต้องนำส่งรายได้เหนือรายจ่ายบางส่วนเข้ารัฐ ตามสมควร

สำหรับการจัดประเภทของหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ หากพิจารณาตามลักษณะภารกิจ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) หน่วยบริการรูปแบบพิเศษที่มีลักษณะภารกิจในการให้บริการด้านพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมแก่ส่วนราชการเจ้าสังกัด ยกตัวอย่างเช่น สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรี และราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น

(2) หน่วยบริการรูปแบบพิเศษที่มีลักษณะภารกิจในการให้บริการด้านบริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม ยกตัวอย่างเช่น สถาบันส่งเสริมการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีในสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ เป็นต้น

4.1.5 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรที่ไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ²⁷

นอกเหนือจากหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีหน่วยงานอีกประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจรัฐหรือเป็นกลไกของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) สภาวิชาชีพ (2) สถาบันภายใต้มูลนิธิ และ (3) นิติบุคคลเฉพาะกิจ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.5.1 สภาวิชาชีพ

เป็นหน่วยงานที่มีใช้หน่วยงานของรัฐแต่ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินกิจกรรม จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเฉพาะเพื่อจัดตั้งสภาวิชาชีพ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพให้ถูกต้องตามจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ การขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาต สั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต และรับรองวิทยฐานะของสถาบันที่ทำการสอน รับรองปริญญา ประกาศนียบัตรในวิชาชีพนั้น ๆ มีการบริหารในรูปคณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐในสัดส่วนที่น้อยกว่ากรรมการที่ได้รับการเลือกตั้งจากสมาชิก รัฐมีบทบาทน้อยในการแต่งตั้งนายกสภาและเลขาธิการสภา คณะกรรมการมีหน้าที่ในการบริหารกิจการของสภาวิชาชีพตามวัตถุประสงค์การจัดตั้ง การดำเนินงานของสภาใช้ระบบสัญญาของกฎหมายทั่วไป เฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องจริยธรรมของวิชาชีพเท่านั้นที่ใช้กฎหมายปกครอง มีรายได้ส่วนใหญ่จากการเก็บค่าธรรมเนียมต่าง ๆ จากสมาชิก แต่อาจได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ เจ้าหน้าที่ของสภามีข้าราชการ มีเลขาธิการเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของสภาทุกระดับ ตัวอย่างเช่น แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม ทันตแพทยสภา และสภาทนายความ เป็นต้น

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15-16.

4.1.5.2 สถาบันภายใต้มูลนิธิ

สถาบันภายใต้มูลนิธิส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งเพื่อให้บริการสาธารณะเฉพาะด้าน จัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้มแข็งให้กับอุตสาหกรรมเฉพาะสาขาในระยะเริ่มแรก เมื่ออุตสาหกรรมสาขานั้น ๆ มีความเข้มแข็งแล้วเอกชนจะรับภารกิจนั้นไปดำเนินการเอง

สถาบันเหล่านี้ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล แต่จะจัดตั้งมูลนิธิขึ้นมารองรับเป็นหน่วยงานรองรับด้านการเงินและในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย โครงสร้างการบริหารงานจะบริหารโดยคณะกรรมการหรือคณะกรรมการบริหาร เป็นผู้กำหนดนโยบาย ควบคุม ดูแล ติดตาม และประเมินผล โดยคณะกรรมการจะประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต้นสังกัด ภาคเอกชน ผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ ตามสัดส่วนที่เหมาะสม แยกการบริหารเป็น 2 คณะกรรมการ คือ คณะกรรมการมูลนิธิ และ คณะกรรมการบริหาร สถาบันจะมีการกำหนดกฎระเบียบที่ใช้ในการบริหารงานบุคคล การบริหารงบประมาณและพัสดุที่แตกต่างไปจากกฎระเบียบของทางราชการและรัฐวิสาหกิจ งบประมาณที่ใช้จ่ายในการดำเนินงานมาจากรายได้ในการดำเนินงาน และงบประมาณแผ่นดินที่รัฐบาลจัดสรรให้เป็นรายปีในหมวดเงินอุดหนุนทั่วไป

ตัวอย่างของสถาบันภายใต้มูลนิธิ ได้แก่ สถาบันเพิ่มผลผลิตแห่งชาติ สถาบันส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม สถาบันเฉพาะด้าน 7 แห่งภายใต้มูลนิธิ ซึ่งมีชื่อว่า “อุตสาหกรรมพัฒนามูลนิธิ” และสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลังภายใต้มูลนิธิ สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง เป็นต้น

4.1.5.3 นิติบุคคลเฉพาะกิจ* (Special Purpose Vehicle: SPV)

นิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นเครื่องมือพิเศษที่รัฐบาลไทยจัดตั้งขึ้นเพื่อระดมทุนจากภาคเอกชนสำหรับโครงการสำคัญของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องการให้เป็นหนึ่งสาธารณะ กิจกรรมของหน่วยงานมีลักษณะเป็นการซื้อขายบริการเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

* ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) กำหนดให้นิติบุคคลเฉพาะกิจ (SPV) ถือเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรที่ไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐนั้น อาจจะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากมีนักวิชาการหลายคน เห็นว่าวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง SPV ขึ้น ก็เพียงเพื่อดำเนินธุรกิจทางการเงินเพื่อการระดมทุนในภาคเอกชนเท่านั้น โดยตัวของ SPV เองไม่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น การกำหนดให้ถือว่า SPV เป็นองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น จึงอาจเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน

ความหมายของนิติบุคคลตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “นิติบุคคลเฉพาะกิจ” หมายความว่า นิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามพระราชกำหนดนี้

ปัจจุบันมีหน่วยงานที่ดำเนินกิจการแล้ว คือ บริษัท ดีเอที เอสพีวี จำกัด ซึ่งจัดตั้งขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจในการออกและเสนอขาย หลักทรัพย์ประเภทหุ้นกู้ภายใต้โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ของโครงการศูนย์ราชการ เท่านั้น ทั้งนี้ SPV ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจอื่นใด

4.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่าบริการสาธารณะบางประเภท รัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำด้วยตนเองเสมอไป แต่สามารถมอบให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ ซึ่งในปัจจุบันบริการสาธารณะที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการมีอยู่หลายอย่าง โดยตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน ได้แก่ กรณีของการตรวจสอบสภาพรถ ที่จะต้องผ่านการตรวจสอบสภาพรถจากพนักงานตรวจสอบสภาพหรือสถานตรวจสอบสภาพของเอกชนที่ได้รับอนุญาตก่อน เพื่อประกอบการขอชำระภาษีประจำปี²⁸

4.2.1 การมีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ²⁹

การให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะมีมาตั้งแต่ในอดีตเป็นเวลานานแล้ว โดยการมีส่วนร่วมของประชาชนสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) การมีส่วนร่วมทางตรง และ (2) การมีส่วนร่วมทางอ้อม

4.2.1.1 การมีส่วนร่วมทางตรง

เอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมทางตรงเพื่อจัดทำบริการสาธารณะได้ดังต่อไปนี้

²⁸ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 72 และพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 มาตรา 7

²⁹ Jean de SOTO , *Droit administrative: Théorie Générale du service public*, Edition Montchretien, (Paris, 1981) p. 37. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, หน้า 33-35.

(1) สัมปทาน

สัมปทานเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการดำเนินการและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการจากกิจการที่เอกชนได้รับสัมปทานจากรัฐไป

(2) องค์กรวิชาชีพ

องค์กรวิชาชีพเป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นเอกชนที่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ในการควบคุมวินัยในการประกอบอาชีพด้วยมาตรการต่าง ๆ เช่น การวางกฎระเบียบ การพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำความผิด การออกใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

4.2.1.2 การมีส่วนร่วมทางอ้อม

การมีส่วนร่วมทางอ้อมถือเป็นการให้เอกชนมามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะผ่านทางวิธีการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การเลือกตั้ง

ภายใต้ระบบการปกครองแบบกระจายอำนาจ ประชาชนผู้สนใจสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากได้รับเลือกตั้งเข้าไปแล้ว ก็สามารถใช้สิทธิในการกำหนดแนวทางหรือวางหลักเกณฑ์ในการบริหารจัดการบริการสาธารณะได้

(2) คณะที่ปรึกษา

ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้การดำเนินการของรัฐต้องขอความเห็นจากหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินการ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความรอบคอบในการดำเนินการ ซึ่งหากไม่กระทำตามที่กฎหมายกำหนด ถือได้ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนได้

(3) การร่วมให้ความเห็น

ฝ่ายปกครองอาจเชิญเอกชนมาปรึกษาหารือเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการได้ โดยในปัจจุบันหากเป็นการดำเนินการโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ จะต้องมีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนและผู้ชุมชน และจัดให้มี

กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้มีส่วนได้เสียก่อน ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.2.2 รูปแบบการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ³⁰

รูปแบบการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง มีหลายรูปแบบ โดยรูปแบบที่สำคัญสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ (1) สัญญาสัมปทาน และ (2) สัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.2.1 สัญญาสัมปทาน (Concession agreements)

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน เพื่อให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐในบางกิจการ โดยฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “ผู้ให้สัมปทาน” จะมอบหมายให้เอกชนซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ที่เรียกว่า “ผู้รับสัมปทาน” เข้าจัดทำบริการสาธารณะ โดยผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการและรับความเสี่ยงภัยด้วยตนเอง โดยมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากผู้ใช้บริการ

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้กล่าวถึงสัมปทานไว้ว่า “สัมปทานเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัยของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น เช่น สัมปทานเดินรถประจำทาง เป็นต้น”³¹

ลักษณะสำคัญของสัญญาสัมปทานมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสัญญาทั่ว ๆ ไป คือ

(1) สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาในทางปกครองที่ตกลงให้เอกชนเข้ามาดำเนินการแทนรัฐในกิจการสาธารณะบางกิจการ โดยมีสาระสำคัญ คือ เอกชนต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง อย่างไรก็ตาม แม้เอกชนจะเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐ แต่ก็ไม่ได้มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองแต่อย่างใด คงมีฐานะเป็นเอกชนเช่นเดิม

³⁰ โชคชัย รัตติจินากร, “ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541), หน้า 53-56.

³¹ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 146.

(2) ทรัพย์สินที่เอกชนนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายดังเช่นทรัพย์สินของรัฐ

(3) เนื่องจากกิจการที่เอกชนทำแทนรัฐเป็นกิจการสาธารณะ ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมและวางข้อกำหนดเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ด้วย

(4) สัมปทานที่รัฐให้เอกชนไปดำเนินการส่วนใหญ่ จะเป็นการให้บริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับสาธารณูปโภคพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ประปา การเดินรถประจำทาง เป็นต้น

4.2.2.2 สัญญาร่วมลงทุน (Joint venture)

สัญญาร่วมลงทุนเป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงทำธุรกิจการค้าร่วมกัน มีการลงทุนร่วมกัน ดำเนินงานร่วมกัน และมีวัตถุประสงค์ในการหาผลประโยชน์มาแบ่งปันกัน³²

เกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งประเภทของการร่วมลงทุน อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่

(1) การแบ่งประเภทโดยถือเอากิจการของการร่วมลงทุนเป็นเกณฑ์ มักจะเป็นกิจการที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ และต้องการเงินทุนเป็นจำนวนมาก เช่น การขุดเจาะสำรวจน้ำมัน การทำเหมืองแร่ การธนาคารหรือสถาบันทางการเงิน การก่อสร้างอาคาร การค้นคว้าวิจัย กิจการโทรคมนาคม และการผลิต เป็นต้น

(2) การแบ่งประเภทโดยถือเอาลักษณะของคู่สัญญาร่วมลงทุนเป็นเกณฑ์ อาจเป็นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐประเทศหนึ่งกับรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐอีกประเทศหนึ่ง หรือระหว่างรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็ได้ ในกรณีที่เป็นการร่วมลงทุนระหว่าง 2 รัฐแล้ว ความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจออกมาในรูปของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างรัฐบาล ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

(3) การแบ่งประเภทโดยถือเอาลักษณะของการร่วมลงทุนเป็นเกณฑ์ ซึ่งการแบ่งประเภทตามลักษณะนี้ จะมีอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ การร่วมลงทุนโดยเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือกัน (co-operative agreement) เช่น สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้าง การผลิตสินค้า

³² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 42.

เป็นต้น และการร่วมลงทุนโดยการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (business organization) เช่น การร่วมกันจัดตั้งบริษัทร่วมทุน (joint venture company)³³

4.2.3 กระบวนการในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ

กระบวนการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการมอบบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนไปใช้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนที่สำคัญ ๆ สามารถแบ่งได้เป็น 2 กระบวนการ ได้แก่ (1) กระบวนการตามกฎหมาย และ (2) กระบวนการทางสัญญา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.3.1 กระบวนการตามกฎหมาย

กระบวนการตามกฎหมายเป็นกระบวนการที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนวิธีการ ในการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยกฎหมายที่มีความสำคัญและถือเป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของประเทศไทย ได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

4.2.3.1.1 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535³⁴

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ถือเป็นระเบียบกลางที่คณะรัฐมนตรีกำหนดขึ้นสำหรับใช้บังคับกับส่วนราชการในการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุ โดยระเบียบนี้ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการจัดหา การควบคุมและการจำหน่ายพัสดุของทางราชการให้มีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนี้ไม่ใช่บังคับแก่ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจทั้งหลายที่มีระเบียบพัสดุเป็นของตนเองโดยเฉพาะอยู่แล้ว

สำหรับขอบเขตของการพัสดุที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้แก่ การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุมการจำหน่าย และการดำเนินการอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ โดยคำว่า “พัสดุ” หมายความว่า วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้างที่กำหนดไว้ในหนังสือการจำแนกประเภทรายจ่าย

³³ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการค้าและการดำเนินการและคณะ, คู่มือในการเจรจาต่อรองการค้า สัญญาร่วมดำเนินการระหว่างนักดำเนินการไทยกับต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร, 2535), หน้า 6-8.

³⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 85-87.

ตามงบประมาณของสำนักงบประมาณหรือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามสัญญาเงินกู้จากต่างประเทศ³⁵

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุประเภทต่าง ๆ เป็นระบบรวม 9 ขั้นตอน ได้แก่ การจัดทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้างเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการ³⁶ การจัดทำเอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคา³⁷ การเผยแพร่เอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคา³⁸ การแต่งตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง* การยื่นซองเสนอราคาและหรือซองด้านเทคนิค³⁹ การตรวจสอบและคัดเลือกผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติถูกต้อง⁴⁰ การรายงานผลการพิจารณาคัดเลือกต่อหัวหน้าส่วนราชการ⁴¹ การทำสัญญาและการวางหลักประกันและการปฏิบัติตามสัญญาและการลงโทษผู้ทำงาน⁴²

สำหรับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถแบ่งได้ 5 วิธี ได้แก่ (1) วิธีตกลงราคา (2) วิธีสอบราคา (3) วิธีประกวดราคา (4) วิธีพิเศษ และ (5) วิธีกรณีพิเศษ**

³⁵ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 5

³⁶ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 27

³⁷ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 44

³⁸ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 41 และข้อ 45

* ได้แก่ คณะกรรมการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ คณะกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน และคณะกรรมการตรวจการปฏิบัติงาน

³⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 49 ข้อ 54 ข้อ 55 และข้อ 56

⁴⁰ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 15 ข้อ 15 ทวิ ข้อ 15 ตริ ข้อ 15 เบญจ และข้อ 15 ฉ

⁴¹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 132-144

⁴² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 145 ข้อ 145 ทวิ ข้อ 145 ตริ ข้อ 145 จัตวา ข้อ 145 เบญจ และข้อ 145 ฉ

** รายละเอียดโปรดดู รัฐพงศ์ โภคะสุวรรณ, “ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 35-70.

4.2.3.1.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ถือเป็นกฎหมายกลาง* ที่ใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการที่รัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ สำหรับขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย ต้องพิจารณาจากบทนิยามคำว่า

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายหรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยร่วมกัน

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

เมื่อพิจารณาจากบทนิยามทั้ง 3 คำข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะใช้บังคับกับโครงการที่รัฐประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยมูลค่าการลงทุนของโครงการมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

สำหรับขั้นตอนการดำเนินการ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้กำหนดขั้นตอนหลักไว้ 3 ขั้นตอน ได้แก่ (1) ขั้นตอนการเสนอโครงการ (2) ขั้นตอนการดำเนินโครงการ และ (3) ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล โดยรายละเอียดแต่ละขั้นตอนจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

* มาตรา 3 บรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งอื่นใดในส่วนที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน

4.2.3.2 กระบวนการทางสัญญา

ในทางกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองย่อมต้องมีเครื่องมือในการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปฝ่ายปกครองจะมีอำนาจบังคับฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหรือคำสั่งเพื่อใช้บังคับให้กิจกรรมทางปกครองบรรลุตามวัตถุประสงค์ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองยังอาจใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนได้ โดยสัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องเรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครอง” (contrats de l'Administration) เช่น ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินของเอกชนเพื่อจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค ฝ่ายปกครองย่อมสามารถออกกฎหมายเพื่อเวนคืนที่ดินหรืออาจใช้วิธีการตกลงทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนก็ได้ แต่สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ต้องพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาว่ามีการกำหนดรายละเอียดเป็นอย่างไร โดยหากเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางแพ่ง (contrats de droit privé de l' Administration) ก็จะต้องนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ และเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) จะต้องนำระบบกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ และเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประเภทนี้ จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครอง⁴³

5. สัญญาทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมต้องดำเนินการจัดทำหรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการสาธารณะให้ได้ผลดีตามความมุ่งหมายของการก่อตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา โดยในการจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญอยู่ 4 ประการด้วยกัน คือ (1) มาตรการทางกฎหมาย (2) บุคลากร (3) ทรัพย์สิน และ (4) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง⁴⁴

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายนั้น สัญญาทางปกครองถือเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่

⁴³ ชาอุทัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 30-31.

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 97.

เอกชนไปดำเนินการจัดทำและในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁵

5.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

แม้ว่าแนวความคิดทั่วไปของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนกับสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนจะมีความคล้ายคลึงกัน แต่ผลผูกพันของสัญญาในระบบกฎหมายมหาชนและระบบกฎหมายเอกชนก็มีความแตกต่างกันในบางประการกล่าวคือ สัญญาทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นระบบพิเศษที่มีลักษณะสำคัญ คือ ให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง⁴⁶ สำหรับเหตุผลที่สัญญาทางปกครองให้เอกสิทธิ์พิเศษแก่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากสัญญาทางปกครองจะใช้เป็นเครื่องมือในการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐ แต่วัตถุประสงค์ของเอกชนจะมุ่งไปที่ประโยชน์ส่วนตนในเชิงกำไรหรือชื่อเสียงเป็นสำคัญ ในขณะที่วัตถุประสงค์ของรัฐจะมุ่งไปที่ประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ดังนั้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐ ทำให้รัฐจึงต้องมีเอกสิทธิ์พิเศษเพื่อใช้ในการควบคุมเอกชนนั่นเอง

ตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสนั้น การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองและสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนออกจากกัน โดยหลักแล้ว การแบ่งแยกประเภทของสัญญาว่าจะให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องกำหนดเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งเรียกกันว่า “สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย” แต่ในกรณีที่ไม่มีการกำหนดก็เป็นหน้าที่ของตุลาการที่จะเป็นผู้พิจารณากำหนด โดยหลักที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองนั้นมีด้วยกัน 3 ประการ ได้แก่

(1) หลักเกี่ยวกับคู่สัญญา

สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน โดยหลักแล้วจะเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนก็ได้ หากวัตถุประสงค์ของสัญญามีลักษณะคล้ายกับวัตถุประสงค์ของสัญญาในระบบกฎหมายเอกชนในทางตรงกันข้าม สัญญาระหว่างเอกชนอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญานั้นเพื่อนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

(2) หลักเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญา

สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากสัญญานั้นมีเนื้อหาสาระหรือมีข้อความเป็นการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง

⁴⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า 36.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 374.

เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งข้อกำหนดพิเศษหรือข้อความที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนี้ ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อความที่ไม่พบในระบบการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยอาจเป็นข้อความที่ให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง เช่น การกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นต้น ทั้งนี้ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับฝ่ายเอกชนและมีเนื้อหาสาระที่เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือมีข้อความที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่คู่สัญญาที่จะได้รับการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายบางประเภทถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

(3) หลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

โดยทั่วไปแล้วสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญามอบอำนาจให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองก็ได้⁴⁷

5.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการสร้างนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายกับคู่สัญญาเพื่อให้ภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ซึ่งการผูกนิติสัมพันธ์ดังกล่าวอาจมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์อันเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน⁴⁸ ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิได้เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ วัตถุประสงค์และลักษณะของสัญญาทางปกครองจึงมีความแตกต่างจากการทำสัญญาทางแพ่ง ผลของสัญญาก็มีความแตกต่างกัน ดังนั้น หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองก็ต้องมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งด้วย

สำหรับความหมายของสัญญาทางปกครองในประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์

⁴⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 139-142.

⁴⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสวี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 6.

จากทรัพยากรธรรมชาติ” ประกอบกับบรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น เห็นว่าจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองคือการบริการสาธารณะบรรลุผล⁴⁹

จากความหมายและหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าสัญญาร่วมดำเนินการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะนั้น ถือเป็นสัญญาทางปกครอง และเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็ต้องอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของศาลปกครอง

6. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP

จุดเริ่มต้นของการนำแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้กับโครงการสาธารณะในประเทศไทยอย่างจริงจัง เกิดขึ้นเมื่อกระทรวงการคลังได้เสนอขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการรัฐมนตรีเศรษฐกิจ (รศก.) ในประเด็นเรื่องแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP ซึ่งจะเป็นการปรับรูปแบบและแนวทางในการจัดซื้อจัดจ้างโครงการลงทุนภาครัฐจากเดิมที่รัฐบาลดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อซื้อสินทรัพย์ของโครงการ (asset based contract) มาเป็นการที่รัฐบาลเปิดให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนและเป็นผู้บริหารจัดการโครงการลงทุนของภาครัฐ โดยรัฐบาลจะเป็นผู้รับซื้อบริการจากภาคเอกชนตามปริมาณและคุณภาพงานที่กำหนด (output performance based contract) ซึ่งแนวทางดังกล่าวทำให้ภาครัฐสามารถลดปัญหาต้นทุนของโครงการที่เพิ่มขึ้นและแก้ปัญหาค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ (project cost/time overrun) ได้ โดยรัฐจะชำระเงินเป็นค่าบริการให้เอกชนเมื่อโครงการแล้วเสร็จและสามารถเปิดให้บริการได้ตามข้อตกลงเท่านั้น (payment against service delivery) ซึ่งจะช่วยให้การบริหารงบประมาณของภาครัฐมีประสิทธิภาพและเป็นการลดภาระการลงทุนของภาครัฐ โดยเฉพาะในช่วงระหว่าง

⁴⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 460.

การก่อสร้างโครงการ และทำให้รัฐบาลสามารถขยายการลงทุนในโครงการพื้นฐานต่าง ๆ ได้ทันต่อความต้องการของประชาชนผู้รับบริการภายใต้กรอบงบประมาณที่มีอยู่อย่างจำกัด⁵⁰

สำหรับวิธีการเพิ่มบทบาทให้ภาคเอกชนเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ที่ผ่านมามีส่วนใหญ่อยู่นำในการให้สัมปทาน โดยเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาจะมุ่งเน้นเกี่ยวกับผลประโยชน์สูงสุดที่รัฐพึงได้รับจากเอกชน ที่ส่วนใหญ่มักจะเป็นลักษณะของการจ่ายส่วนแบ่งรายได้ (revenue sharing) โดยแนวทางดังกล่าวแตกต่างจากแนวคิดในการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่มุ่งพิจารณาในเรื่องของผลลัพธ์ที่ต้องการของโครงการ (output specification) โดยจะต้องมีความคุ้มค่าทางการเงิน (value for money) และมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสม (risk allocation) ระหว่างรัฐกับเอกชน

6.1 ความหมายของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

ปัจจุบันยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนว่าการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีความหมายอย่างไร แต่ก็ได้มีการพยายามอธิบายความหมายของการร่วมดำเนินการดังกล่าวไว้ โดยองค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) เห็นว่าการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นวิธีการรูปแบบใหม่ที่ภาครัฐนำมาใช้ในการทำสัญญากับภาคเอกชน โดยภาครัฐจะอาศัยเงินทุนและความรู้ความสามารถของภาคเอกชนในการดำเนินโครงการตามกำหนดเวลาและงบประมาณที่ได้กำหนดไว้ ขณะที่ภาครัฐจะยังคงเป็นผู้รับผิดชอบด้านการให้บริการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ รวมทั้งเพื่อส่งเสริมพัฒนาการทางเศรษฐกิจและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน⁵¹

ด้านนายริชาร์ด แฮมมิง (Richard Hemming) ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ได้กล่าวว่า การร่วมดำเนินการในระบบ PPP หมายถึง การดำเนินการที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งในส่วนของการจัดหาสินทรัพย์และการให้บริการ ซึ่งแต่เดิมรัฐเป็นผู้จัดทำเองทั้งหมด⁵²

⁵⁰ กระทรวงการคลัง, “แนวทางการดำเนินโครงการดำเนินการภาครัฐในรูปแบบ Public Private Partnerships,” ข่าวกระทรวงการคลัง 25 (กุมภาพันธ์ 2552).

⁵¹ United Nations: Economic Commission for Europe, Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnership, (Geneva: United Nations, 2008), p. 1.

⁵² Richard Hemming and staff, Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, (Washington D.C.: International Monetary Fund, 2006), p. 1.

ขณะที่นายเจฟฟี่ เดลมอน (Jeffrey Delmon) ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของธนาคารโลก (World Bank) ได้กล่าวไว้ว่า การร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นการดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในการจัดทำบริการโครงสร้างพื้นฐาน และอาจถือได้ว่าเป็นช่องทางในการเพิ่มแหล่งเงินทุนเพื่อลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน และที่สำคัญคือเป็นปัจจัยในการเพิ่มหรือยกระดับการจัดสรรเงินทุนอันเป็นผลจากการบริหารงานอย่างมีประสิทธิภาพ⁵³

สำหรับความหมายของ PPP ตามร่างคู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP ที่สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะได้จัดทำขึ้น ได้อธิบายว่า การดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP เป็นรูปแบบการดำเนินงานที่ภาครัฐให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการในการให้บริการสาธารณะเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการดำเนินงานและบริการ⁵⁴

เมื่อพิจารณาจากมุมมองในต่างประเทศเห็นว่าโครงการที่ถือได้ว่าเป็นการร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น จะต้องเป็นโครงการที่ประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง คือ การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะมุ่งเน้นไปที่การให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการและดำเนินงานในโครงการ และ

ประการที่สอง คือ ต้องมีเรื่องของการจัดสรรความเสี่ยงจากรัฐไปสู่เอกชน

นอกจากนี้ ยังเห็นว่าการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ยังรวมถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (privatization) การร่วมลงทุน (joint ventures) การให้สิทธิพิเศษหรือสัมปทาน (franchising) และการจ้างเอกชนให้บริหารงาน (contracting-out) ด้วย⁵⁵

จากความหมายและองค์ประกอบที่สำคัญของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะยังไม่มีคำให้ความหมายของคำว่า PPP ที่ชัดเจนและเป็นสากล แต่เมื่อกล่าวถึงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP แล้ว ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า หมายถึง การดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นโครงสร้าง

⁵³ Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, (Great Britain: The World Bank and Kluwer Law International, 2009), p. 7.

⁵⁴ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, *คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP* [ออนไลน์], 25 สิงหาคม 2552 แหล่งที่มา: <http://www.pdmo.mof.go.th/?q=th/jakdownload/1401/getfile>, หน้า 25.

⁵⁵ Richard Hemming and staff, *Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk*, p. 4.

พื้นฐานตามวัตถุประสงค์ของโครงการที่กำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ และมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสม โดยโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะเป็นโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจและสังคมที่มีระยะเวลาดำเนินงานยาวนาน โดยเอกชนจะเป็นผู้รับผิดชอบในการออกแบบ ก่อสร้าง และจัดหาเงินทุนเอง ซึ่งส่วนใหญ่มักใช้กับโครงการสาธารณะขนาดใหญ่ โครงการสาธารณะที่ต้องใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีระดับสูง หรือโครงการสาธารณะที่มีความซับซ้อนในการดำเนินงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระทางการคลังของภาครัฐและยังช่วยทำให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพสูง ในขณะที่อัตราค่าใช้บริการอยู่ในเกณฑ์ที่ต่ำ

6.2 ลักษณะพื้นฐานทั่วไปของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP⁵⁶

รูปแบบของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยทั่วไปส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการในรูปของ design-build-finance-operate (DBFO) ซึ่งรูปแบบของการร่วมดำเนินการดังกล่าว รัฐจะเป็นผู้กำหนดรูปแบบของโครงการตามความต้องการ และให้เอกชนเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุนและบริหารจัดการให้ตรงตามวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยความแตกต่างระหว่างการร่วมดำเนินการโดยทั่วไปกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP คือ การที่เอกชนต้องเป็นผู้ออกแบบและจัดหาแหล่งเงินทุนเอง ซึ่งโครงการส่วนใหญ่จะให้เอกชนเป็นผู้บริหารจัดการในสินทรัพย์ของโครงการนั้นด้วย เนื่องจากรัฐมีความเชื่อว่าการให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบในการออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุนและบริหารจัดการเองจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น โดยเฉพาะการให้เอกชนดำเนินงานในลักษณะเบ็ดเสร็จ จะเป็แรงจูงใจให้เอกชนเพิ่มคุณภาพการให้บริการและลดต้นทุนของการดำเนินงานในระยะยาวได้

ในหลาย ๆ โครงการร่วมดำเนินการ รัฐบาลจะทำหน้าที่เป็นผู้รับซื้อผลผลิตที่ได้จากการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็โครงการที่ใช้กับรัฐบาลเอง เช่น เรือรบ หรือโครงการที่ใช้เพื่อเตรียมเป็นสถานที่สำหรับการให้บริการ เช่น โรงเรียน หรือโครงการที่เป็นการให้บริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง เช่น ถนนสาธารณะ โดยหากเป็นโครงการที่ผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนเป็นผู้ขายผลผลิตที่ได้ให้แก่รัฐโดยตรงแล้ว โครงการเหล่านั้นมักจะเป็นโครงการสัมปทาน โดยเอกชนที่ได้รับสัมปทานต้องจ่ายค่าสัมปทานและ/หรือส่วนแบ่งกำไรให้แก่รัฐ โดยทั่วไป เอกชนจะเป็นเจ้าของสินทรัพย์ในโครงการขณะดำเนินงานจนกว่าจะสิ้นสุดสัญญาดำเนินโครงการ ซึ่งโครงการร่วมดำเนินการในลักษณะดังกล่าว มักจะหมายถึง โครงการรูปแบบ Build-Operate-Transfer (BOT) หรือ Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)

⁵⁶ Ibid., pp. 4-5.

ในบางกรณีรูปแบบของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มักใช้ในการอธิบายถึงขอบเขตการดำเนินงานในลักษณะกว้าง ๆ ซึ่งอาจมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกันในรายละเอียดของแต่ละโครงการ เช่น บางโครงการผู้ก่อสร้างกับผู้บริหารจัดการสินทรัพย์อาจไม่ใช่บุคคลคนเดียวกันหรือบางโครงการอาจจัดทำในรูปของการให้เช่าเพื่อบริหารจัดการโครงการ (operating lease) ก็ได้ หากโครงการนั้นพิจารณาแล้วว่าเอกชนเป็นผู้ดำเนินงาน บริหารจัดการ และพัฒนาโครงการอย่างไรก็ดี หากเป็นโครงการที่เอกชนเพียงแต่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินเท่านั้น อาจกล่าวได้ว่าโครงการดังกล่าวไม่ถือเป็นการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เนื่องจากเอกชนไม่ได้มีส่วนร่วมในการให้บริการแก่ประชาชนแต่อย่างใด

6.3 ความแตกต่างระหว่างการร่วมดำเนินการในระบบ PPP กับการจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบอื่น⁵⁷

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งอาจแบ่งอย่างกว้าง ๆ ได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) การจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบเดิม (Traditional Procurement)

การจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบเดิมเหมาะสำหรับใช้กับสินค้าและบริการที่เป็นเรื่องของการใช้จ่ายทั่วไป โดยให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดหาสินทรัพย์ให้ตรงกับความต้องการของหน่วยงานของรัฐ การจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบนี้เหมาะที่จะใช้สำหรับงานระยะสั้น

(2) การร่วมดำเนินการในระบบ PPP (Public Private Partnership)

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีสาระสำคัญ คือ การให้ผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาเงินทุน และดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนแทนรัฐ ซึ่งจะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสมระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่าย โดยรัฐเพียงแต่กำกับดูแลและกำหนดบริการที่ต้องการ รวมถึงควบคุมประเภทและมาตรฐานการให้บริการที่เอกชนดำเนินการภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา

(3) การให้เอกชนดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ (Full Privatization)

การให้เอกชนดำเนินการอย่างเต็มรูปแบบ คือ การให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการให้บริการและเป็นเจ้าของสินทรัพย์ ซึ่งความเสี่ยงในการดำเนินการจะถูกจัดสรรไปให้แก่ภาคเอกชนทั้งหมด โดยรัฐเป็นเพียงผู้ควบคุมทางนโยบายในการให้บริการสาธารณะเท่านั้น ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงการแข่งขันทางการค้าอย่างเสมอภาคและความเป็นธรรมระหว่างเอกชนด้วย

⁵⁷ Tanate Kasemsarn and David Ng, CORPORATE FINANCE Global Infrastructure and Projects: Public Private Partnerships, (KPMG, March 2010), p. 11.

**ตารางแสดงข้อแตกต่างระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบเดิม
และการร่วมดำเนินการในระบบ PPP⁵⁸**

การจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบเดิม (Traditional Procurement)	การร่วมดำเนินการ ในระบบ PPP
(1) มุ่งเน้นที่การซื้อสินทรัพย์ที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน	(1) มุ่งเน้นที่การซื้อบริการที่ได้รับจากสินทรัพย์ที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน
(2) เป็นสัญญาดำเนินงานระยะสั้น	(2) เป็นสัญญาแบบผสมผสานระยะยาวที่รวมการออกแบบ การก่อสร้าง การจัดหาเงินทุน และการบำรุงรักษาเข้าไว้ด้วยกัน
(3) รัฐอาจต้องรับภาระในเรื่องระยะเวลาก่อสร้างและการใช้เงินดำเนินการเกินงบประมาณที่ได้รับ	(3) เอกชนเป็นผู้รับภาระในเรื่องระยะเวลาการก่อสร้างและต้นทุนที่เกินประมาณการ
(4) มีการชำระเงินสูงสำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ (CAPEX) ในช่วงเริ่มต้นโครงการ	(4) เริ่มชำระเงินเมื่อสินทรัพย์พร้อมใช้งาน
(5) ไม่มีการกำหนดมาตรฐานการดำเนินงานในอนาคต	(5) มีการกำหนดมาตรฐานการดำเนินงานตลอดอายุของโครงการ

6.4 รูปแบบของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP⁵⁹

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ถือเป็นการร่วมดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่เป็น การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะให้มากขึ้น ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบ โดยทั่วไปตามหลักปฏิบัติสากลจะเน้นไปที่หน้าที่ในการดำเนินโครงการ เช่น การออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินงาน การให้บริการ และการบำรุงรักษา โดยรูปแบบที่ใช้กันโดยทั่วไป ประกอบด้วย

(1) Design-Build (DB) เป็นรูปแบบที่รัฐจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn-key) มอบหมายให้เอกชน ดำเนินการออกแบบ และดำเนินการก่อสร้างโครงการ โดยรัฐจะเป็นเจ้าของสินทรัพย์และเป็นผู้ดำเนินโครงการ รวมทั้งบำรุงรักษาสินทรัพย์ภายหลังจากที่การก่อสร้าง

⁵⁸ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, *Private PPP in Thailand*, (กระทรวงการคลัง, 2553), หน้า 2.

⁵⁹ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, *คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs*, หน้า 29-35.

แล้วเสร็จ การดำเนินงานในรูปแบบนี้เป็นการลดระยะเวลาการก่อสร้าง และมีการจัดสรรความเสี่ยงให้กับเอกชน

(2) Design-Build-Maintain (DBM) เป็นรูปแบบที่รัฐจ้างเอกชนในการออกแบบและก่อสร้าง ซึ่งเหมือนกับรูปแบบ DB แต่รูปแบบนี้เอกชนจะมีหน้าที่ครอบคลุมการบำรุงรักษาสินทรัพย์ของโครงการนั้น ๆ โดยรัฐเป็นผู้ดำเนินโครงการภายหลังจากที่การก่อสร้างแล้วเสร็จ และมีการจัดสรรความเสี่ยงในการบำรุงรักษาให้กับภาคเอกชนด้วย

(3) Design-Build-Operate (DBO) เป็นรูปแบบที่รัฐจ้างเอกชนในการออกแบบก่อสร้าง และจ้างให้เอกชนรายนั้นดำเนินการให้บริการโครงการนั้น ๆ ด้วย โดยรัฐยังคงเป็นเจ้าของสินทรัพย์ เอกชนผู้ดำเนินโครงการอาจได้รับเงินในรูปแบบของค่าจ้างบริหาร (management fee) โครงการลักษณะนี้อาจเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่มาก และเงินทุนจากภาคเอกชนไม่พอที่จะดำเนินการได้ในทั้งโครงการ

(4) Design-Build-Operate-Maintain (DBOM) เป็นรูปแบบที่รวมหน้าที่ความรับผิดชอบของภาคเอกชนในการจัดซื้อจัดจ้างแบบ DB กับการดำเนินการ และการบำรุงรักษาสินทรัพย์ของโครงการภายในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ภาครัฐจะเป็นผู้ดำเนินการโครงการเอง

(5) Design-Build-Finance-Operate/Maintain (DBFO/M) เป็นรูปแบบที่นิยมแพร่หลายของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ซึ่งรวมหน้าที่หลักได้แก่ การออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาแหล่งเงินทุน และดำเนินการให้บริการ ซึ่งอาจรวมถึงการบำรุงรักษาสินทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินโครงการ ภายใต้สัญญาระยะยาวด้วย เอกชนจะเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินทุนซึ่งอาจมาในรูปแบบเงินกู้ หรือผู้ร่วมทุนเพื่อพัฒนาโครงการ โดยเอกชนจะได้รับค่าจ้างตามสัญญาบริการที่ได้ตกลงไว้ รูปแบบการดำเนินโครงการแบบ DBFO นี้ความเป็นเจ้าของสินทรัพย์แล้วแต่ตกลงกัน ซึ่งอาจเป็นของรัฐหรือเอกชน หรือจะกำหนดให้เอกชนโอนสินทรัพย์ให้กับรัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญาก็ได้

(6) Build-Transfer-Operate (BTO) เป็นรูปแบบสัมปทาน ที่ความเป็นเจ้าของจะถูกโอนเป็นของรัฐเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ โดยผู้รับสัมปทานจะได้รับสิทธิในการดำเนินงานตามช่วงเวลาที่กำหนด

(7) Build-Operate-Transfer (BOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานจะถือกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ตลอดระยะเวลาที่ให้บริการ (และมีความเป็นเจ้าของในสินทรัพย์นั้น) ไปจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน

(8) Build-Own-Operate-Transfer (BOOT) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่รัฐให้สิทธิแก่เอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง และดำเนินการให้บริการในช่วง

ระยะเวลาที่กำหนด โดยความเป็นเจ้าของสินทรัพย์จะโอนกลับไปสู่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามที่กำหนด

(9) Build-Own-Operate (BOO) เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการ และบำรุงรักษาสินทรัพย์ของโครงการ โดยมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และดำเนินการให้บริการภายหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จ และไม่มีข้อกำหนดในการโอนย้ายสินทรัพย์กลับเป็นของภาครัฐภายหลังสิ้นสุดสัญญา

นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามลักษณะของโครงการ ดังนี้

(1) โครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Infrastructure Project) เช่น ทางด่วน ถนน สนามบิน การขนส่งทางราง อุโมงค์เดินรถใต้ดิน เป็นต้น

(2) โครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานทางด้านสังคม (Social Infrastructure Project) เช่น โรงพยาบาล โรงเรียน และการกำจัดขยะ เป็นต้น

สำหรับรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามที่องค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ได้ศึกษาพบว่ามีความหลากหลายมาก โดยหากพิจารณาจากหน้าที่ความรับผิดชอบและการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชน สามารถแบ่งได้ดังนี้⁶⁰

- (1) Buy-Build-Operate (BBO)
- (2) Build-Own-Operate (BOO)
- (3) Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)
- (4) Build-Operate-Transfer (BOT)
- (5) Build-Lease-Operate-Transfer (BLOT)
- (6) Design-Build-Finance-Operate (DBFO)
- (7) Finance Only
- (8) Operate & Maintenance Contract (O&M)
- (9) Design-Build (DB)
- (10) Operation License

⁶⁰ United Nations: Economic Commission for Europe, Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnership, pp. 2-4.

6.5 ความจำเป็นของภาครัฐในการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการ

บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่รัฐมีความจำเป็นต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะในปัจจุบันมีความหลากหลายเป็นอย่างมาก การจะตอบสนองความต้องการของประชาชนทั้งหมดนั้นจึงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากรัฐมีข้อจำกัดในหลาย ๆ ด้าน ทั้งในส่วนของข้อจำกัดทางการเงิน ทางด้านเทคโนโลยี และการดำเนินการที่ยังขาดความคล่องตัว ข้อจำกัดดังกล่าวถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้รัฐต้องใช้วิธีการเพิ่มบทบาทให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานขนาดใหญ่ที่ต้องใช้งบประมาณในการดำเนินการเป็นจำนวนมาก

6.5.1 ความจำเป็นด้านประสิทธิภาพ⁶¹

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบต่าง ๆ ของทางราชการ ทำให้การดำเนินการขาดความคล่องตัว ขณะที่การดำเนินการโดยภาคเอกชนสามารถทำได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่า เนื่องจากไม่ติดกับกฎระเบียบของทางราชการ และการดำเนินงานจะพิจารณาจากความต้องการของผู้ใช้บริการเป็นหลัก โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะช่วยทำให้เกิดการพัฒนาโครงสร้างทางการเงิน ซึ่งจะส่งผลให้ต้นทุนเฉลี่ยในการดำเนินงานลดต่ำลงได้

(2) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะมุ่งเน้นที่การใช้ต้นทุนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะต้นทุนด้านแรงงานและวัตถุดิบ ทำให้สามารถบริหารต้นทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

(3) ภาคเอกชนจะใช้วิธีแก้ปัญหาที่ค้ำใจถึงหลักการทางเศรษฐกิจมากกว่าภาครัฐ

(4) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะมีแรงจูงใจให้มีการพัฒนาทางด้านสมรรถภาพและประสิทธิภาพของการให้บริการ รวมทั้งส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีของการจัดทำบริการสาธารณะ

(5) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะมีความคล่องตัวกว่า และมีความเชื่อมโยงกับทางการเมืองน้อยกว่าการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ

⁶¹ Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, pp. 10-11.

(6) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะมีระบบกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพมากกว่า ซึ่งจะก่อให้เกิดความโปร่งใส ส่งเสริมให้มีการแข่งขัน และสร้างความน่าเชื่อถือในการดำเนินงาน อันจะทำให้มีความคุ้มค่าทางการเงินมากขึ้น

(7) การดำเนินการโดยภาคเอกชนสามารถแสดงให้เห็นถึงต้นทุนทางการเงินที่แท้จริงของโครงการได้

(8) การดำเนินการโดยภาคเอกชนช่วยลดปัญหาที่เกิดจากระบบอุปถัมภ์

(9) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะช่วยเพิ่มความโปร่งใสในการดำเนินงาน และก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะส่งผลให้ปัญหาการคอร์รัปชันลดน้อยลง

(10) การดำเนินการโดยภาคเอกชนจะทำให้สามารถแยกการเจตนาารมณ์ของการดำเนินงานออกจากทางการเมืองได้

6.5.1.1 ความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for money)

รัฐบาลมักใช้เกณฑ์ความคุ้มค่าทางการเงินเป็นเครื่องมือในการวัดว่าการดำเนินการมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นเพียงใด โดยความคุ้มค่าทางการเงินจะพิจารณาจากผลประโยชน์ที่ได้จากโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณามีหลายประการ อาทิ ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การระดมเงินทุน และผลกระทบทางสังคม เป็นต้น

6.5.1.2 ความจำเป็นด้านความโปร่งใส ป้องกันการคอร์รัปชัน

รัฐบาลที่มีการบริหารจัดการที่ดี (good governance) จะต้องสร้างความโปร่งใสในโครงการร่วมดำเนินการและเปิดโอกาสให้เอกชนมีการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหากรัฐบาลขาดการบริหารจัดการที่ดีจะทำให้ผู้ที่ประสงค์จะเข้าร่วมดำเนินการและผู้ที่ประสงค์จะให้กู้ยืมเงินมีความวิตกกังวลและขาดความเชื่อมั่น ส่งผลให้โครงการร่วมดำเนินการมีผู้เข้าประมูลแข่งขันน้อย จึงอาจทำให้ได้ผู้ร่วมดำเนินการที่ไม่มีศักยภาพได้⁶²

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนที่มีศักยภาพและสนใจเข้าร่วมดำเนินการ สามารถประมูลแข่งขันกันภายใต้หลักความเสมอภาค ซึ่งในทวีปยุโรปให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแข่งขันเป็นอย่างมาก อันเป็นไปตามเจตนาารมณ์ของการจัดตั้งสหภาพยุโรป ดังนั้น หากใช้กลไกการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นสากลแล้ว จะช่วยลดปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันได้

⁶² Ibid., pp. 15-16.

6.5.2 ความจำเป็นด้านเทคโนโลยี นวัตกรรม และทักษะการดำเนินงาน⁶³

เนื่องจากรัฐเห็นว่าภาคเอกชนเป็นผู้มีความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี นวัตกรรม และทักษะการดำเนินงานในส่วนที่รัฐยังขาดอยู่ ซึ่งหากสามารถเข้าถึงทักษะการดำเนินงาน และเทคโนโลยีเหล่านี้ได้ จะช่วยให้โครงการสาธารณะต่าง ๆ สามารถพัฒนาไปได้มากยิ่งขึ้น ซึ่งการพัฒนาด้านเทคโนโลยีดังกล่าวไม่อาจจะทำได้หากเป็นการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างรูปแบบอื่นที่มีใช้การร่วมดำเนินการในระบบ PPP แนวความคิดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นแรงจูงใจให้เกิดการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

โครงการหลาย ๆ โครงการต้องการนำความรู้ด้านเทคโนโลยีไปประยุกต์ใช้เพื่อให้เกิดการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดและเป็นไปตามหลักมาตรฐานสากล ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะส่งผลให้เป็นการเพิ่มมาตรฐานการดำเนินงานภายในประเทศให้มีคุณภาพ การให้บริการมากยิ่งขึ้น และยังถือได้ว่าเป็นการเตรียมตัวเพื่อรองรับการร่วมดำเนินการจากต่างประเทศที่อาจเพิ่มมากขึ้นในอนาคต

สิ่งสำคัญที่รัฐต้องการจากภาคเอกชน คือ ทักษะการดำเนินงาน ซึ่งทักษะการดำเนินงานนั้นยังรวมถึงเรื่องของประสิทธิภาพการดำเนินงานและประสิทธิภาพทางการเงินของโครงการ การจัดการเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับลูกค้า การปรับปรุงการให้บริการ การเจรจาทางธุรกิจกับผู้ทำสัญญาช่วงและซัพพลายเออร์ การจัดและปรับโครงสร้างการจัดการภายในทีมงาน และการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ เป็นต้น การจัดการอย่างมีประสิทธิภาพจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างและการดำเนินงาน รวมทั้งช่วยให้มีผลตอบแทนจากการลงทุนเพิ่มมากขึ้นด้วย

6.5.3 ความจำเป็นด้านผลประโยชน์ทางการเงิน⁶⁴

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ และการเงิน อันเป็นผลจากการเข้าร่วมดำเนินการของภาคเอกชนทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งยังก่อให้เกิดแหล่งเงินทุนใหม่ ๆ เพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้นักลงทุนภายในประเทศได้เรียนรู้ทักษะใหม่ ๆ ซึ่งสามารถนำไปใช้ในเศรษฐกิจส่วนอื่นของประเทศ หรือนำไปใช้ในประเทศอื่น ๆ ได้ ซึ่งโดยทั่วไป รัฐสามารถพัฒนาโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ได้ ด้วยการส่งเสริมการพัฒนาของภาคเอกชน การสนับสนุนการเติบโตทางเศรษฐกิจ การเปิดโอกาสให้มีการจ้างงานมากขึ้น หรือแม้กระทั่งการสนับสนุนให้มีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น เป็นต้น

⁶³ Ibid., pp. 16-17.

⁶⁴ Ibid., pp. 17-18.

นอกจากนั้น หากพิจารณาถึงภาระทางการคลังของภาครัฐจะพบว่าภาครัฐมีภาระทางการคลังที่จะต้องใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ดังนั้น การให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการหรือจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่จะทำให้รัฐไม่ต้องใช้งบประมาณของประเทศไปทุ่มในการพัฒนาด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพียงด้านเดียว แต่สามารถกระจายงบประมาณไปใช้ในเรื่องที่มีความจำเป็นอื่น ๆ ได้

6.6 ประโยชน์ของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP⁶⁵

ประโยชน์ของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP อาจพิจารณาแบ่งเป็นประโยชน์ต่อรัฐ ประโยชน์ต่อเอกชน และประโยชน์ต่อประชาชน ได้ดังนี้

6.6.1 ประโยชน์ต่อรัฐ

รัฐจะได้รับประโยชน์จากประสบการณ์การทำงานของภาคเอกชน และการให้เอกชนเข้ามาดำเนินงานตั้งแต่เริ่มต้นโครงการจะช่วยให้รัฐประหยัดต้นทุนการดำเนินงานได้ นอกจากนี้ การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ยังมีการจัดสรรความเสี่ยงให้กับผู้ที่มีความสามารถในการบริหารจัดการในแต่ละความเสี่ยง ซึ่งส่งผลทำให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ โดยสามารถพิจารณาเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

(1) เกิดการบูรณาการใหม่ ๆ จากภาคเอกชน

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะทำให้รัฐได้รับประโยชน์จากความสามารถในการดำเนินงานอย่างมีบูรณาการของภาคเอกชน ซึ่งก่อให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงิน โดยโครงการจะสำเร็จได้จากการที่รัฐไม่ได้กำหนดแนวทางในการดำเนินงาน หรือไม่ได้กำหนดว่า จะต้องออกแบบและก่อสร้างอย่างไร แต่รัฐจะกำหนดผลลัพธ์ของโครงการ (output specification) หรือบริการที่ต้องการได้จากโครงการ ซึ่งเอกชนจะสามารถเสนอแนะแนวทางการดำเนินงาน และการให้บริการได้อย่างมีบูรณาการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ

(2) เกิดประโยชน์จากการประหยัดต้นทุนของทั้งโครงการ

หากเป็นการให้เอกชนรายใดรายหนึ่งเพียงรายเดียว รับผิดชอบ ก่อสร้าง และบำรุงรักษา เอกชนรายนั้นจะสามารถออกแบบโครงสร้างการดำเนินงานซึ่งจะทำให้สามารถประหยัดต้นทุนของโครงการได้ดีกว่าการให้เอกชนหลายรายเป็นผู้ดำเนินการ

⁶⁵ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs, หน้า 26-28.

(3) การใช้งานสินทรัพย์ของรัฐให้เกิดประโยชน์มากขึ้นโดยบุคคลที่สาม

สินทรัพย์ของรัฐบางชนิด รัฐสามารถเปิดโอกาสให้บุคคลที่สามใช้ดำเนินงานได้ ตัวอย่างเช่น รัฐอาจมีที่ว่างในอาคารและเปิดให้บุคคลภายนอกเช่าพื้นที่ว่างในอาคารได้นั้น แต่การบริหารจัดการสินทรัพย์ของรัฐไม่อาจทำได้อย่างคล่องตัว เนื่องจากติดกฎระเบียบของทางราชการที่มีความยุ่งยาก ในขณะที่การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนสามารถบริหารสินทรัพย์ได้คล่องตัวกว่า จึงถือเป็นการช่วยรัฐในการบริหารสินทรัพย์ซึ่งจะทำให้รัฐสามารถกำหนดแนวทางในการใช้สินทรัพย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดจากการให้บุคคลภายนอกมาร่วมใช้สินทรัพย์นั้น

(4) ประโยชน์สูงสุดจากการแบ่งปันหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างรัฐกับเอกชน

โครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น รัฐและเอกชนจะมีการแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบในการให้บริการ สำหรับการแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบจะพิจารณาจากความสามารถในการบริหารจัดการ จึงถือเป็นการเพิ่มคุณค่าในแต่ละขั้นตอนของการให้บริการ เช่น รัฐจะทราบถึงความต้องการสาธารณะและมีความสามารถในการจัดทำนโยบายและวัตถุประสงค์สาธารณะ ดังนั้น รัฐจะรับผิดชอบในการกำหนดความต้องการในบริการและผลลัพธ์ที่ต้องการของโครงการ โดยเอกชนมักจะสามารถบริหารจัดการและการก่อสร้าง การใช้งานสินทรัพย์และการให้บริการ ดังนั้น เอกชนจะรับผิดชอบในการออกแบบ ก่อสร้าง และบริหารสินทรัพย์ เพื่อการให้บริการ ซึ่งการจัดสรรหน้าที่และความรับผิดชอบอย่างเหมาะสมระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น รัฐและเอกชนจะสามารถใช้ทรัพยากรด้านการเงิน ทรัพยากรบุคคล และทักษะความเชี่ยวชาญที่มีอยู่ในการให้บริการสาธารณะได้อย่างมีความคุ้มค่าทางการเงินมากที่สุด

(5) การบริหารจัดการระบบงบประมาณของภาครัฐ

ในกรณีที่รัฐได้พิจารณาถึงความคุ้มค่าทางการเงินแล้วเห็นว่า โครงการสาธารณะดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการ ก็จะทำให้รัฐสามารถจัดสรรงบประมาณที่มีอยู่อย่างจำกัดไปดำเนินการในโครงการอื่น ๆ ตามความจำเป็นและเหมาะสมได้มากขึ้น และในบางกรณีการร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น รัฐอาจต้องมีการจ่าย payment mechanism ซึ่งการจ่าย payment mechanism จะเป็นกลไกการจ่ายเงินของรัฐตามระดับคุณภาพของการบริการ ตามข้อกำหนดที่ได้ตกลงไว้ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงบประมาณของรัฐ

6.6.2 ประโยชน์ต่อเอกชน

ประโยชน์ที่เอกชนพึงได้รับจากการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ได้แก่

(1) PPP ทำให้เอกชนมีช่องทางในการดำเนินธุรกิจมากขึ้น

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นการเพิ่มช่องทางการดำเนินธุรกิจให้กับภาคเอกชน ก่อให้เกิดการจ้างงาน ทำให้มีการไหลเวียนของกระแสเงินสดภายในประเทศเพิ่มขึ้น ซึ่งจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม และในบางครั้งที่สภาพเศรษฐกิจเริ่มชะลอตัว ก็ถือได้ว่าการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นวิธีการที่ใช้เพื่อกระตุ้นระบบเศรษฐกิจของประเทศได้ดีทางหนึ่ง โดยการส่งเสริมให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการในโครงการของรัฐ

(2) PPP ทำให้เอกชนสามารถดำเนินการให้บริการได้อย่างมีบูรณาการ

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น จะช่วยทำให้เอกชนสามารถดำเนินการให้บริการได้อย่างมีบูรณาการ เนื่องจากเอกชนมีโอกาสเสนอแนะแนวทางในการดำเนินงาน และจัดทำบริการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าวิธีการจัดซื้อจัดจ้างแบบปกติทั่วไปของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของการจ้างให้จัดทำบริการแบบเต็มรูปแบบ ได้แก่ การออกแบบ ก่อสร้าง ให้บริการ และบำรุงรักษา ซึ่งจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการได้ดียิ่งขึ้น

6.6.3 ประโยชน์ต่อประชาชน

ประโยชน์ที่ประชาชนพึงได้รับจากการร่วมดำเนินการในระบบ PPP คือ การได้รับบริการที่มีประสิทธิภาพ ด้วยราคาที่เหมาะสม เนื่องจากเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) การร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นการดำเนินงานและให้บริการโดยรวมความเชี่ยวชาญของทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล เมื่อจัดรูปแบบการร่วมดำเนินงานในระบบ PPP ได้อย่างเหมาะสมแล้ว จะส่งผลให้การดำเนินงานสามารถให้บริการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) การร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น รัฐต้องตรวจสอบอยู่ตลอดเวลาว่าประชาชนได้รับประโยชน์จากบริการที่ได้รับของโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP และการให้บริการนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ของโครงการโดยมีความคุ้มค่าทางการเงินหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้มั่นใจว่าบริการของเอกชนสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ บริการมีความน่าเชื่อถือ และสาธารณชนทั่วไปสามารถได้รับข้อมูลและสื่อสารกับผู้ให้บริการนั้น ๆ ได้ รวมทั้งประชาชนต้องได้รับความปลอดภัยจากการให้บริการในระดับที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ ข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้บริการหรือประชาชนทั่วไปจะได้รับการปกป้องไม่ให้เผยแพร่ออกสู่สาธารณะโดยไม่ได้รับการยินยอม

6.7 การจัดการความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชน

การดำเนินโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามหลักสากลจะจัดทำขึ้นบนหลักการที่สำคัญ คือ การบริหารจัดการและการจัดการความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชนในการดำเนินงานโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การดำเนินโครงการเกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยความเสี่ยงใดที่รัฐสามารถบริหารจัดการได้ดีกว่าเอกชน ความเสี่ยงนั้นก็จะสมควรให้รัฐเป็นผู้บริหารจัดการ ในขณะที่ความเสี่ยงใดที่เอกชนบริหารได้ดีกว่าก็ควรจะให้เอกชนเป็นผู้บริหารความเสี่ยงนั้นเช่นกัน การจัดการความเสี่ยงนี้จะเป็นหัวใจสำคัญในการประเมินความคุ้มค่าทางการเงิน (value for money) เพื่อพิจารณาว่าโครงการนั้น ๆ ควรใช้วิธีการดำเนินการตามแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP หรือไม่ โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกรณีให้เอกชนร่วมดำเนินงาน (Public Private Partnership) กับกรณีที่รัฐดำเนินการเองทั้งหมด (Public Sector Comparator) โดยเปรียบเทียบว่าใครสามารถบริหารโครงการให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงินมากกว่ากัน จากหลักการของ PPP จะถือว่าเอกชนและรัฐจะต้องเข้ามาร่วมในการแบ่งปันความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น คล้าย ๆ กับการเป็นหุ้นส่วนการดำเนินการ

6.7.1 หลักการจัดการความเสี่ยง⁶⁶

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะเป็นการแบ่งความรับผิดชอบในความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน โดยหลักการจัดการความเสี่ยงจะพิจารณาจาก

- (1) ควรจัดการความเสี่ยงแต่ละประเภทให้คู่สัญญาฝ่ายที่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ดีที่สุด โดยเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการน้อยที่สุด
- (2) ไม่จำเป็นต้องมีการโอนความเสี่ยงทุกประเภทให้ภาคเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ เนื่องจากการโอนความเสี่ยงที่ไม่เหมาะสมจะทำให้เกิดผลร้ายและอาจทำให้เกิดความเสี่ยงใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นมาอีกได้
- (3) การที่สัญญามีความยืดหยุ่นจะทำให้คู่สัญญาสามารถเลือกวิธีในการบริหารจัดการความเสี่ยงที่อยู่ในความรับผิดชอบได้ดี

⁶⁶ Tanate Kasemsam and David Ng, CORPORATE FINANCE Global Infrastructure and Projects: Public Private Partnerships, p. 15.

6.7.2 ประเภทของความเสี่ยง⁶⁷

ความเสี่ยงที่เกิดจากโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีอยู่หลายประการ โดยทั่วไปอาจแบ่งได้เป็น 5 ประเภท ได้แก่ (1) ความเสี่ยงด้านการก่อสร้าง (Construction risk) เช่น ปัญหาในการออกแบบ ต้นทุนที่บานปลาย และความล่าช้าของโครงการ (2) ความเสี่ยงด้านการเงิน (Financial risk) เช่น ความผันผวนของอัตราดอกเบี้ยและอัตราแลกเปลี่ยน (3) ความเสี่ยงด้านการขาดแคลนทรัพยากร (Availability risk) เช่น ปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินโครงการได้อย่างต่อเนื่องที่เกิดจากการขาดทรัพยากรหรือปัจจัยในการผลิต (4) ความเสี่ยงด้านอุปสงค์ (Demand risk) เช่น ความไม่แน่นอนเกี่ยวกับความต้องการต่อบริการนั้น ๆ และ (5) ความเสี่ยงด้านมูลค่าซาก (Residual value risk) เช่น ความไม่แน่นอนของราคาสินทรัพย์ที่ดำเนินการในท้องถิ่น⁶⁸

โครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่จะประสบความสำเร็จที่ดีได้นั้น จะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสม โดยความเสี่ยงของโครงการร่วมดำเนินการแต่ละโครงการที่ควรต้องพิจารณาอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียด โดยต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของประเภทความเสี่ยงด้านการเงินที่ควรต้องพิจารณาถึง

(1) ความเสี่ยงในการดำเนินโครงการจนแล้วเสร็จ (Completion risk)

การดำเนินโครงการแล้วเสร็จ หมายถึง การสิ้นสุดของขั้นตอนการก่อสร้างโครงการ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้รับเหมาก่อสร้างต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสี่ยงทางการเงินอันเกิดจากการก่อสร้างล่าช้า จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดความหมายของคำว่า “แล้วเสร็จ” (completion) เอาไว้เพื่อใช้ในการพิจารณาว่าผู้รับเหมาก่อสร้างจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากได้ดำเนินการก่อสร้างล่าช้าหรือไม่

โดยทั่วไป ผู้ให้กู้จะต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงทางการเงินหากโครงการไม่เสร็จสมบูรณ์ ผู้ให้กู้จึงมักต้องการหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาความสำเร็จสมบูรณ์ของงานก่อสร้างเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการปลดปล่อยผู้รับเหมาก่อสร้างให้พ้นจากความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการก่อสร้างล่าช้า จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มีการทดสอบทางเทคนิคและการวัดประสิทธิภาพของงานก่อนที่จะถือว่างานนั้นเสร็จสมบูรณ์ ขณะเดียวกัน ผู้รับเหมาก่อสร้างก็ต้องการหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องชัดเจนในการพิจารณาความสำเร็จของงาน เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ให้กู้จะไม่สามารถปฏิเสธความแล้วเสร็จของงานตามอำเภอใจได้ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควร

⁶⁷ Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure : Project Finance, PPP Projects and Risk*, pp. 87-91.

⁶⁸ Richard Hemming and staff, *Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk*, p. 12.

ให้ผู้เชี่ยวชาญอิสระเป็นผู้ดำเนินการทดสอบทางเทคนิค หรืออาจใช้วิธีการทดสอบที่เป็นตามหลักมาตรฐานสากล

(2) ความเสี่ยงในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยและกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

(Force majeure and change of law)

เนื่องจากสัญญาการให้สินเชื่อจะไม่รวมกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยหรือกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายเอาไว้ ผู้กู้จึงยังคงต้องรับผิดชอบในการชำระคืนเงินกู้แม้จะเกิดเหตุสุดวิสัยหรือมีการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมาย ดังนั้น ผู้ให้กู้จึงควรตรวจสอบข้อกำหนดเกี่ยวกับเหตุสุดวิสัยและการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายในเอกสารของโครงการ เพื่อให้แน่ใจว่าเอกสารเหล่านี้สอดคล้องกับสัญญาสัมปทาน

(3) ความเสี่ยงทางการเมือง (Political risk)

ตลาดสำหรับโครงการร่วมดำเนินการในปัจจุบันได้ขยายไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีความเสี่ยงด้านการเมืองมากกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว ผู้ให้กู้จึงควรเตรียมตัวที่จะรับความเสี่ยงด้านการเมืองที่อาจเกิดขึ้นได้ และเนื่องจากการประกันความเสี่ยงเชิงพาณิชย์จะจำกัดการประกันที่เกี่ยวกับความเสี่ยงด้านการเมืองไว้ ดังนั้น ผู้ให้กู้จึงอาจให้สถาบันสินเชื่อแบบพหุภาคีหรือสถาบันสินเชื่อเพื่อการส่งออกเข้ามาช่วยรับภาระความเสี่ยงดังกล่าวบางส่วนหรือทั้งหมด

(4) ความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental risk)

กฎหมายด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมมักกำหนดความรับผิดชอบและข้อจำกัดสำหรับโครงการร่วมดำเนินการเอาไว้ ซึ่งค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายเหล่านี้ อาจสูงมาก และภาครัฐกับภาคเอกชนต้องช่วยกันแบ่งภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการดึงดูดผู้ให้กู้ยืมเงินจากประเทศ โดยเฉพาะสถาบันการเงินระหว่างประเทศ โครงการร่วมดำเนินการที่ต้องการเงินทุนจากภายนอกควรปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมขั้นต่ำอยู่เสมอ

(5) ความเสี่ยงด้านอัตราแลกเปลี่ยน (Currency exchange risk)

แหล่งเงินทุนของโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ส่วนใหญ่มักมาจากผู้ให้สินเชื่อในต่างประเทศ ซึ่งผู้ให้สินเชื่อเหล่านี้มักกำหนดให้ชำระหนี้เงินกู้คืนเป็นสกุลเงินต่างประเทศ ในขณะที่โครงการร่วมดำเนินการมีรายได้เป็นสกุลเงินในประเทศ ความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนระหว่างสกุลเงินที่จะต้องจ่ายคืนผู้ให้สินเชื่อกับสกุลเงินของรายรับที่ได้จากโครงการร่วมดำเนินการจึงอาจทำให้ต้นทุนการชำระหนี้เพิ่มขึ้นอย่างมาก ทำให้อาจต้องมีการปรับตัวเลขกระแสรายได้ (revenue stream) เพื่อชดเชยความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนค่าเงินหรือการลดค่าเงินตรา หรือได้โดยการซื้อความคุ้มครองเพื่อป้องกันความเสี่ยงของอัตราแลกเปลี่ยนค่าเงิน

(6) ความเสี่ยงด้านอัตราดอกเบี้ย (Interest rate risk)

อัตราดอกเบี้ยมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท โดยอาจจะเป็นอัตราดอกเบี้ยแบบคงที่หรืออัตราดอกเบี้ยแบบแปรผัน (ซึ่งโดยทั่วไปมักขึ้นอยู่กับอัตราดอกเบี้ยกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์หรืออัตราดอกเบี้ยกู้ยืมระหว่างธนาคารบางส่วนต่าง เช่น อัตราดอกเบี้ย LIBOR (London inter-bank borrowing rate) หรือ EURIBOR ของสหภาพยุโรป หรือ NIBOR ของมลรัฐนิวยอร์ก) หรืออัตราดอกเบี้ยแบบลอยตัว (คำนวณโดยอ้างอิงจากอัตราดอกเบี้ยเงินฝากระยะสั้น)

หากหนี้ของโครงการมีอัตราดอกเบี้ยแบบคงที่ ก็จะช่วยให้ผู้กู้ยืมสามารถกำหนดแผนการชำระหนี้ที่แน่นอนได้ ซึ่งจะช่วยลดความผันผวนของต้นทุนการให้บริการ แต่หากผู้ให้กู้ไม่สามารถให้อัตราดอกเบี้ยแบบคงที่ได้ และไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดโดยอมแบกรับความเสี่ยงในส่วนนี้ ก็จำเป็นต้องมีการซื้อประกันคุ้มครองความเสี่ยงจากการที่อัตราดอกเบี้ยอาจเพิ่มสูงขึ้นจนถึงจุดที่ผู้ให้บริการไม่สามารถแบกรับอัตราดอกเบี้ยต่อไปได้

(7) ความเสี่ยงด้านสังคม (Social risk)

โครงการสาธารณะโดยทั่วไปถือได้ว่าเป็นโครงการที่มีผลกระทบต่อสังคม ท้องถิ่นและคุณภาพชีวิตของประชาชน โดยเฉพาะการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการประปา การไฟฟ้า และถนน ซึ่งโครงการที่มีผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคอาจได้รับการต่อต้านจากประชาชนที่มีส่วนได้เสีย ทำให้การดำเนินงานเกิดความล่าช้าได้ นอกจากนี้ ยังอาจทำให้โครงการมีต้นทุนการดำเนินงานเพิ่มขึ้นด้วย โดยทั่วไป ผู้ให้กู้และผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนมักต้องการให้รัฐเป็นผู้จัดการความเสี่ยงนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตัวอย่างการจัดสรรความเสี่ยงในสัญญาร่วมดำเนินการในระบบ PPP⁶⁹

เนื้อหา	ความเสี่ยง	รัฐรับความเสี่ยง	รับความเสี่ยงร่วมกัน	เอกชนรับความเสี่ยง
ที่ตั้ง	การเลือกทำเลที่ตั้ง	✓		
	เงื่อนไขของทำเลที่ตั้ง และสิ่งแวดล้อม			✓
	การอนุมัติที่ตั้ง		✓	
การออกแบบ และก่อสร้าง	การออกแบบ			✓
	การเปลี่ยนแปลงของเขต ของงาน	✓		
	ต้นทุน กำหนดการ และ การดำเนินงาน			✓
การดำเนินงาน และบำรุงรักษา	ต้นทุนการผลิต ต้นทุนการบำรุงรักษา การรักษาความปลอดภัย ความผิดพลาดของ ผู้ดำเนินงาน			✓
	การเปลี่ยนแปลง ขอบเขตการให้บริการ	✓		
	ปริมาณของการ ให้บริการ		(✓)	✓
	ความล้ำสมัย ด้านเทคโนโลยี		(✓)	✓
การเงิน	อัตราดอกเบี้ยก่อนการ ดำเนินงานแล้วเสร็จ	✓		
	การขาดแหล่งเงินทุน	(✓)		✓
	ภาวะเงินเฟ้อ		✓	
อื่น ๆ	กฎหมายที่ใช้บังคับ เปลี่ยนแปลง			✓
	เหตุสุดวิสัย		✓	
	มูลค่าซาก	✓		

⁶⁹ Tanate Kasemsam and David Ng, CORPORATE FINANCE Global Infrastructure and Projects: Public Private Partnerships, pp. 16-18.

7. ภาพรวมของการจัดทำบริการสาธารณะและการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

บริการสาธารณะถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยองค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งออกเป็น 2 องค์กรหลัก ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐและการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

การจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประเภทของบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำโดยรัฐ ซึ่งอาจจะมีการจัดตั้งองค์กรประเภทพิเศษขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ รวมถึงได้มีการกระจายอำนาจการจัดทำบริการสาธารณะไปสู่ระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะในปัจจุบันเริ่มมีความซับซ้อนและหลากหลายมากขึ้น ประกอบกับบริการสาธารณะบางประเภทรัฐอาจไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง ดังนั้น รัฐจึงมีแนวความคิดที่จะมอบให้เอกชนรับไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทแทนรัฐภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมดำเนินการผ่านกระบวนการตามกฎหมาย อันได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการตลอดจนกฎหมายเฉพาะซึ่งได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน (Public Private Partnership: PPP) หรือเรียกว่า “การร่วมดำเนินการในระบบ PPP” แม้จะยังไม่มีคำนิยามความหมายของคำว่า PPP ที่ชัดเจนและเป็นสากล แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า PPP หมายถึง การดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานตามวัตถุประสงค์ของโครงการที่กำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ และมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสม โดยโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะเป็นโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจและสังคมที่มีระยะเวลาดำเนินงานยาวนาน โดยเอกชนจะเป็นผู้รับผิดชอบในการออกแบบ ก่อสร้าง และจัดหาเงินทุนเอง ซึ่งส่วนใหญ่มักใช้กับโครงการสาธารณะขนาดใหญ่ โครงการสาธารณะที่ต้องใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีระดับสูง หรือโครงการสาธารณะที่มีความซับซ้อนในการดำเนินงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระทางการคลังของภาครัฐและยังช่วยทำให้การจัดทำบริการสาธารณะ

มีประสิทธิภาพสูงในขณะที่อัตราค่าใช้บริการอยู่ในเกณฑ์ที่ต่ำ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อรัฐ เอกชนผู้ร่วมดำเนินการ และประชาชนผู้ใช้บริการ

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะช่วยประหยัดงบประมาณการดำเนินการ และเสริมสร้างความโปร่งใสในการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐ ตลอดจนเป็นการเพิ่มช่องทางการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการให้บริการด้วย โดยที่รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีได้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับประเภทของโครงการ แต่ละโครงการ โดยในการพิจารณาว่าโครงการสาธารณะใดควรใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการ ระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงความคุ้มค่าทางการเงินเป็นลำดับแรก และหากพิจารณาแล้วเห็นว่าโครงการดังกล่าวสมควรใช้วิธีการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน ก็ต้องพิจารณาถึงประเภทของโครงการและการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชนด้วย สำหรับประเภทของความเสี่ยงการร่วมดำเนินการมีอยู่หลายประเภท เช่น ความเสี่ยงด้านการก่อสร้าง ความเสี่ยงด้านการเงิน ความเสี่ยงด้านการขาดแคลนทรัพยากร ความเสี่ยงด้านอุปสงค์ และความเสี่ยงด้านมูลค่าซาก โดยตัวอย่างของความเสี่ยงด้านการเงินที่ควรต้องพิจารณา ได้แก่ ความเสี่ยงในการดำเนินโครงการให้แล้วเสร็จ ความเสี่ยงในกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยและกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ความเสี่ยงทางการเมือง ความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม ความเสี่ยงด้านอัตราแลกเปลี่ยน ความเสี่ยงด้านอัตราดอกเบี้ย และความเสี่ยงด้านสังคม เป็นต้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศ

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน (Public Private Partnership: PPP) ในแต่ละประเทศอาจมีการกำหนดแนวทางการพิจารณาให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในโครงการสาธารณะที่แตกต่างกัน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เลือกที่จะศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก ๆ ที่นำแนวความคิดเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้ในการแก้ปัญหาด้านเศรษฐกิจและประสบความสำเร็จอย่างยิ่ง ซึ่งหลาย ๆ ประเทศยอมรับว่าประเทศอังกฤษถือเป็นประเทศต้นแบบที่ควรใช้ในการศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการดังกล่าว อีกประเทศหนึ่งที่คุณเขียนเห็นสมควรศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ก็คือประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับสวัสดิการของประชาชนอย่างมาก จนเป็นที่กล่าวกันว่าประเทศฝรั่งเศสเป็น “รัฐสวัสดิการ” ซึ่งการจะเป็นรัฐสวัสดิการที่ดีได้นั้น ต้องมีโครงสร้างพื้นฐานของประเทศที่แข็งแกร่ง ซึ่งส่วนหนึ่งก็มาจากการมีระบบสาธารณสุขปโภคที่มีประสิทธิภาพและการจัดทำบริการสาธารณะที่มีความเข้มแข็ง โดยประเทศฝรั่งเศสเองก็ได้นำหลักการของสัญญาร่วมดำเนินการมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เช่นกัน แนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับประเทศไทยที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในการบังคับกับประชาชน อีกทั้งประเทศไทยเองก็ต้องการที่จะพัฒนาประเทศไปสู่รัฐสวัสดิการดังเช่นประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น กระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้เข้ามาร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการสาธารณะขนาดใหญ่ จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

การศึกษานี้จะศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสนั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะก่อให้เกิดประโยชน์และสามารถนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับประเทศไทยได้ อย่างไรก็ตาม การที่จะศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของทั้ง 2 ประเทศดังกล่าวให้เกิดความเข้าใจเป็นอย่างดีได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของสหภาพยุโรปด้วย เนื่องจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดกรอบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP สำหรับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เลือกที่จะศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส ตามลำดับ ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

1. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป

ในอดีต การจัดทำสัญญาเกี่ยวกับงานก่อสร้างสาธารณะ (public works contracts) ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป* จะจะเป็นไปตาม Directive 93/37/EEC** ที่ได้กำหนดความหมายและกรอบการดำเนินงานเอาไว้ อย่างไรก็ตาม Directive ดังกล่าวก็ยังไม่ครอบคลุมสัญญาร่วมดำเนินการในระบบ PPP ทั้งหมด และเป็นที่ยอมรับกันว่าลักษณะความผูกพันของสัญญาที่อยู่ในความหมายของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น มีความหลากหลายมาก จึงมีปัญหาเกี่ยวกับการให้ความหมายและกรอบการดำเนินงานของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่ชัดเจนว่าควรมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปได้มุ่งพิจารณาในประเด็นปัญหา 2 ประเด็นหลัก คือ ประเด็นด้านเศรษฐกิจ สังคม และยุทธศาสตร์ กับประเด็นด้านความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายในสหภาพยุโรป โดยพบว่าอุปสรรคในการพัฒนาการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่สำคัญก็คือ ความไม่ชัดเจนของ Directive ของสหภาพยุโรป ซึ่งไม่ได้กำหนดขอบเขตของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เอาไว้ กล่าวคือ มีเพียง Directive 93/37/EEC ว่าด้วยกระบวนการจัดทำสัญญาก่อสร้างสาธารณะเท่านั้นที่กำหนดนิยามเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานเอาไว้ (มาตรา 1(d)) และสัญญาสัมปทานที่ให้คำนิยามไว้ก็มีเพียงสัญญาสัมปทานด้านการก่อสร้างสาธารณะเท่านั้น ปัญหาสำคัญอีกประการก็คือ กฎหมายสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดให้กฎหมายภายในประเทศสมาชิกต้องรับประกันความเสมอภาคในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อผู้ที่ประสงค์จะเข้าแข่งขันเป็นคู่สัญญาสัมปทานเอาไว้ สำหรับอุปสรรค

* ในปี ค.ศ. 1957 ได้มีการลงนามในสนธิสัญญากรุงโรม (The Treaties of Rome) เพื่อก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC) ขึ้น ซึ่งขณะนั้นประกอบด้วยประเทศสมาชิก 6 ประเทศ ได้แก่ เบลเยียม เยอรมันตะวันตก ลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส อิตาลี และเนเธอร์แลนด์ ต่อมาความร่วมมือนี้ได้ขยายออกไป โดยประเทศสมาชิกได้ลงนามร่วมกันในสนธิสัญญามาสทริชท์ (The Treaty of Maastricht) ในปี ค.ศ. 1992 เพื่อเพิ่มความร่วมมือในด้านต่าง ๆ มากขึ้น และเปลี่ยนชื่อเป็นสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งปัจจุบันประกอบด้วยประเทศสมาชิกทั้งหมด 27 ประเทศ

** Directive มีความแตกต่างจาก Regulation โดย Directive มีลักษณะเป็นข้อกำหนดของสหภาพยุโรปที่ระบุเป้าหมายในการดำเนินงานเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นหลักการร่วมกัน และประเทศสมาชิกแต่ละประเทศต้องไปจัดทำหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในประเทศของตนให้สอดคล้องกับแนวทางเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่กำหนด ในขณะที่ Regulation เมื่อสหภาพยุโรปประกาศใช้แล้วมีผลบังคับกับประเทศสมาชิกทุกประเทศทันที เทียบเท่ากับกฎหมายของแต่ละประเทศ

ด้านเศรษฐกิจนั้น สหภาพยุโรปยังเห็นว่าช่องว่างของกฎหมายถือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนารูปแบบการระดมเงินทุนจากภาคเอกชนเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะ¹

ปัจจุบัน สหภาพยุโรปได้มีการออก Directive เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวข้างต้น โดยการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องดำเนินการตามแนวทางที่ผ่านความเห็นชอบโดยสภายุโรปและคณะมนตรียุโรป (European Parliament and The Council of The European Union) ซึ่งได้ออก Directive 2004/17/EC และ Directive 2004/18/EC เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางการร่วมดำเนินการในการจัดทำสัญญาสาธารณะต่าง ๆ โดยหากเป็นการร่วมดำเนินการที่เกี่ยวกับโครงการสาธารณูปโภคด้านการประปา การพลังงาน การขนส่ง และการไปรษณีย์ จะต้องดำเนินการตาม Directive 2004/17/EC แต่หากเป็นการร่วมดำเนินการในกิจการสาธารณะทั่วไป จะต้องดำเนินการตาม Directive 2004/18/EC

การที่สหภาพยุโรปตัดสินใจออก Directive เกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นสัญญาสาธารณะทั่วไปแยกต่างหากจากการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นสัญญาสาธารณูปโภคนั้น เนื่องจากสหภาพยุโรปเห็นว่าพื้นฐานโครงสร้างของสัญญาทั้ง 2 ประเภทมีลักษณะที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ดี ความมุ่งหมายของ Directive ทั้ง 2 ฉบับก็ยังคงเหมือนกัน คือ ต้องการให้มีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเสรีภายในกลุ่มประเทศสมาชิก² ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสหภาพยุโรป (Treaty of the European Union) สำหรับหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนั้น มีเนื้อหาที่ค่อนข้างใกล้เคียงกัน ผู้เขียนจึงขออธิบายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Directive 2004/18/EC เป็นหลักและจะได้อธิบายหลักเกณฑ์ในส่วนของ Directive 2004/17/EC เพิ่มเติมเป็นกรณีไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ European Economic and Social Committee, Opinion on the Strengthening of the law governing concessions and public/private partnership (PPP) contracts, (Brussels: 19 October 2000), pp. 1-10.

² Andrew Cox, Public Procurement in the European Community: Volume 1, THE SINGLE MARKET RULES AND THE ENFORCEMENT REGIME AFTER 1992, (Hull: Earlsgate Press, 1993), p. 36.

1.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา

เหตุที่สหภาพยุโรปกำหนดให้ประเทศสมาชิกใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP สำหรับโครงการสาธารณะขนาดใหญ่ เนื่องมาจากข้อจำกัดด้านงบประมาณของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ประกอบกับมีความเชื่อว่าเอกชนเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำบริการสาธารณะ อีกทั้งทรัพย์สินของโครงการไม่ถือเป็นทรัพย์สินของรัฐ (non-government assets) ทำให้การบริหารจัดการทรัพย์สินนั้นสามารถทำได้คล่องตัว³

สหภาพยุโรปไม่ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ โดยการร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น เป็นเพียงการดำเนินการภายใต้หลักพื้นฐานของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป เรื่องเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายสินค้า (freedom of movement of goods) เสรีภาพในการตั้งถิ่นฐาน (freedom of establishment) และเสรีภาพในการให้บริการ (freedom to provide services) รวมทั้งหลักทั่วไปเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (public procurement directive) ซึ่งครอบคลุมหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (principle of equal treatment) หลักความโปร่งใส (principle of transparency) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) และหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) สำหรับการร่วมดำเนินการในปัจจุบัน หากเป็นการร่วมดำเนินการในโครงการสาธารณะที่มีมูลค่าค่อนข้างสูง จะเป็นไปตาม Directive ที่ออกในปี ค.ศ. 2004 ซึ่ง Directive ดังกล่าวเสนอโดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission)

1.1.1 ความหมายของคู่สัญญา

ความหมายของคำว่า “คู่สัญญา” ที่สามารถเข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะได้นั้น เมื่อพิจารณาจาก Directive 2004/18/EC และ Directive 2004/17/EC สามารถสรุปได้ดังนี้

1.1.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁴

Directive ทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดความหมายของคำว่า “คู่สัญญาฝ่ายรัฐ” ไว้เหมือนกัน โดยให้ความหมายว่า

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายความว่า รัฐ องค์การปกครองส่วนภูมิภาคหรือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานตามกฎหมายมหาชน

³ สำนักกฎหมายต่างประเทศ, “การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในสหภาพยุโรป,” *กฤษฎีกาสาร* 4, 6 (สิงหาคม-กันยายน 2552), หน้า 2.

⁴ Directive 2004/18/EC Article 1 (9) และ Directive 2004/17/EC Article 2 (1a)

คำว่า “หน่วยงานตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง

(1) หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะในการตอบสนองความต้องการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และมีได้มีลักษณะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม

(2) หน่วยงานที่มีสภาพบุคคลทางกฎหมาย

(3) หน่วยงานที่ได้รับเงินสนับสนุนส่วนใหญ่จากรัฐ องค์กรปกครองส่วนภูมิภาค หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานตามกฎหมายมหาชน และต้องดำเนินงานภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานที่ให้เงินสนับสนุนเหล่านั้น หรือเป็นหน่วยงานที่มีคณะกรรมการ ซึ่งกรรมการมากกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดมาจากการแต่งตั้งจากรัฐ องค์กรปกครองส่วนภูมิภาคหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นตามกฎหมายมหาชน

จากความหมายของคำว่า “คู่สัญญาฝ่ายรัฐ” ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า Directive ได้กำหนดความหมายของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในลักษณะที่กว้างครอบคลุมหน่วยงานของรัฐทั้งหมด เพื่อให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศสามารถไปกำหนดหลักเกณฑ์ภายในให้สอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ใน Directive ได้

1.1.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน⁵

Directive ทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดความหมายของคำว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชน” ไว้เหมือนกัน โดยให้ความหมายว่า

คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล องค์กรภาครัฐ (public entity) หรือกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มองค์กรที่รวมกลุ่มกันทำธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ หรือการให้บริการ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนทั้ง 3 กลุ่มนั้น รวมเรียกว่า “ผู้ประกอบการ” (economic operator)

จากความหมายข้างต้นเห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะเข้ามาร่วมดำเนินการได้นั้นสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือแม้กระทั่งกลุ่มบุคคลหรือองค์กรก็สามารถเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้ และเป็นที่น่าสังเกตด้วยว่าแม้เป็นการร่วมดำเนินการระหว่างหน่วยงานของรัฐกับองค์กรภาครัฐก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการร่วมดำเนินการกับภาคเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการแข่งขันนั่นเอง

⁵ Directive 2004/18/EC Article 1 (8) และ Directive 2004/17/EC Article 1 (7)

1.1.2 ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ

Directive 2004/17/EC ซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการ ในกิจการสาธารณะที่เป็นโครงการสาธารณูปโภคนั้น ได้กำหนดประเภทของกิจการที่จะต้อง ดำเนินการตาม Directive ดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

- (1) กิจการที่เกี่ยวกับก๊าซ (gas) ความร้อน (heat) และไฟฟ้า (electricity)⁶
- (2) กิจการที่เกี่ยวกับการประปา (water)⁷
- (3) กิจการที่เกี่ยวกับการขนส่ง (transport services)⁸
- (4) กิจการที่เกี่ยวกับการไปรษณีย์ (postal services)⁹
- (5) กิจการที่เกี่ยวกับการสำรวจและสกัดน้ำมัน (oil) ก๊าซ (gas) ถ่านหินหรือ เชื้อเพลิงแข็งอื่น ๆ (coal or other solid fuels) ท่าเรือและท่าอากาศยาน (ports and airports)¹⁰

สำหรับ Directive 2004/18/EC ได้กำหนดประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการ ทำสัญญาร่วมดำเนินการซึ่งเป็นสัญญาสาธารณะไว้ 3 ประเภท คือ

- (1) สัญญาก่อสร้างสาธารณะ (Public works contracts) โดยมีการให้ ความหมายไว้ว่า หมายถึง สัญญาสาธารณะที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินงาน หรือเพื่อออกแบบ และดำเนินงานเกี่ยวกับกิจการที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก* (Annex I) หรือการก่อสร้างที่สอดคล้อง กับความต้องการที่กำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งคำว่า “การก่อสร้าง” หมายถึง ผลลัพธ์ที่ได้จาก การก่อสร้างหรืองานด้านวิศวกรรมที่ดำเนินการจนบรรลุเป้าหมายในทางเศรษฐกิจหรือทางเทคนิค
- (2) สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ (Public supply contracts) โดยมีการให้ ความหมายไว้ว่า หมายถึง สัญญาสาธารณะนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ใน (1) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ เพื่อการจัดซื้อ การให้เช่า การเช่า หรือการเช่าซื้อ ไม่ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการซื้อหรือไม่ก็ตาม
- (3) สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ (Public service contracts) โดยมีการให้ ความหมายไว้ว่า หมายถึง สัญญาสาธารณะนอกเหนือจากสัญญาก่อสร้างสาธารณะและสัญญา จัดหาพัสดุสาธารณะ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ก (Annex II)

⁶ Directive 2004/17/EC Article 3

⁷ Directive 2004/17/EC Article 4

⁸ Directive 2004/17/EC Article 5

⁹ Directive 2004/17/EC Article 6

¹⁰ Directive 2004/17/EC Article 7

* คำว่า “ภาคผนวก ก” ในส่วนของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป หมายถึง ภาคผนวก (Annex) ตาม Directive 2004/18/EC รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก ก ที่แนบท้าย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยจะขอแนบเฉพาะรายละเอียดที่เกี่ยวกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น

ทั้งนี้ ในกรณีที่สัญญาสาธารณะใดมีข้อกำหนดที่กล่าวถึงทั้งในส่วนของการจัดหาพัสดุและการให้บริการ ให้พิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาว่ามีสาระสำคัญมุ่งไปในเรื่องใด กล่าวคือ หากสัญญามุ่งเน้นไปที่การให้บริการ ก็จะต้องว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ¹¹

แม้ว่ากฎหมายได้กำหนดให้สัญญาสาธารณะทั่วไปต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/18/EC ก็ตาม แต่ก็ยังกำหนดยกเว้นให้สัญญาสาธารณะบางประเภทไม่อยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/18/EC เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม (telecommunications)¹² สัญญาที่เป็นความลับและสัญญาที่ต้องมีมาตรการรักษาความลับเป็นพิเศษ¹³ สัญญาที่เป็นการดำเนินการตามความตกลงระหว่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาที่ประเทศสมาชิกได้ไปทำความตกลงไว้¹⁴ สัญญาจัดหาหรือเช่าที่ดิน อาคาร หรืออสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ รวมทั้งสิทธิในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว สัญญาจัดหา จัดทำผลิต หรือร่วมกันผลิตรายการสำหรับแพร่ภาพออกอากาศ สัญญาเช่าเวลาแพร่ภาพออกอากาศ สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการและการไกล่เกลี่ย สัญญาบริการด้านการเงินเกี่ยวกับการออก เชื้อขาย หรือโอนหลักทรัพย์หรือตราสารทางการเงินอื่น ๆ สัญญาจ้างงาน และสัญญาจ้างวิจัยและพัฒนาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ได้เป็นผู้รับประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว¹⁵ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ (service concession)¹⁶ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายเป็นหน่วยงานของรัฐโดยที่สัญญาดังกล่าวต้องเป็นสัญญาเกี่ยวกับสิทธิผูกขาดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายหรือสนธิสัญญาด้วย¹⁷

สำหรับสัญญาสาธารณะที่อยู่ภายใต้ Directive 2004/18/EC จะต้องมิใช่สัญญาสาธารณะประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/17/EC ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะกำหนดให้กิจการสาธารณะบางประเภทต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/17/EC แต่หากเป็นกิจการที่เกี่ยวกับการให้บริการโดยสารประจำทาง กิจการที่เกี่ยวกับการจำหน่ายต่อ (resale) หรือการให้เช่าแก่บุคคลที่สาม กิจการที่เกี่ยวกับน้ำดื่มในกรณีที่มีสัญญาเป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹¹ Directive 2004/18/EC Article 1 (2)

¹² Directive 2004/18/EC Article 13

¹³ Directive 2004/18/EC Article 14

¹⁴ Directive 2004/18/EC Article 15

¹⁵ Directive 2004/18/EC Article 16

¹⁶ Directive 2004/18/EC Article 17

¹⁷ Directive 2004/18/EC Article 18

หน่วยงานที่มีหน้าที่เฉพาะ หรือกิจการที่ประเทศสมาชิกดำเนินการแข่งขันทางการตลาดโดยตรง และไม่ได้เป็นกรณีที่มีความเข้มงวด ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับ Directive 2004/17/EC เช่นกัน¹⁸

นอกจากนี้ แม้ Directive 2004/17/EC จะกำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญา เพื่อให้บริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งไว้ก็ตาม แต่หากเป็นสัญญาเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเล (maritime transport) การขนส่งบริเวณชายฝั่ง (coastal transport) หรือการขนส่งทางแม่น้ำ (river transport) กฎหมายได้กำหนดให้การดำเนินกิจการประเภทดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/18/EC ไม่ใช่ Directive 2004/17/EC

1.1.3 มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ

เนื่องจากการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีค่าใช้จ่ายระหว่างขั้นตอนการดำเนินงานค่อนข้างสูง ดังนั้น หากเป็นสัญญาร่วมดำเนินการที่มีมูลค่าไม่สูงมากนัก ก็ไม่สมควรใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการดังกล่าว คณะกรรมาธิการยุโรปจึงได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามแนวทางที่ Directive กำหนด โดยหากโครงการใดมีมูลค่าของสัญญาไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนด ก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ Directive ฉบับนั้น ๆ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

Directive 2004/18/EC จะใช้บังคับกับสัญญาสาธารณะที่มีมูลค่าสัญญาร่วมดำเนินการตั้งแต่จำนวนต่อไปนี้ขึ้นไป¹⁹

(1) 162,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ โดยหากเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ จะต้องเป็นรายการนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในข้อ (2.3) และต้องเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานส่วนกลาง (central government authorities) ของประเทศที่มีชื่อระบุในภาคผนวก ก (Annex IV)

สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะนั้น หากเป็นการจัดหาพัสดุซึ่งเป็นสินค้าเกี่ยวกับความมั่นคง จะใช้บังคับเฉพาะการจัดหาพัสดุสาธารณะที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex V) เท่านั้น

(2) 249,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็น

(2.1) สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ ที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐนอกเหนือจากหน่วยงานที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex IV)

¹⁸ Directive 2004/18/EC Article 12

¹⁹ Directive 2004/18/EC Article 7

(2.2) สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex IV) และเป็นการจัดหาพัสดุที่เป็นสินค้าเกี่ยวกับความมั่นคง แต่ต้องไม่ใช่รายการที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex V)

(2.3) สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวกับการให้บริการตามรายการที่กำหนดไว้ใน Category 8 ของภาคผนวก ก (Annex II A) และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่เกี่ยวกับการให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมตามรายการที่กำหนดไว้ใน Category 5 รวมทั้งสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะตามรายการที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ก (Annex II B)

(3) 6,242,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะทุกประเภท

การคำนวณมูลค่าประมาณการของสัญญาสาธารณะนั้น จะคำนวณจากจำนวนเงินทั้งหมดที่พึงต้องชำระตามที่หน่วยงานของรัฐประมาณการไว้ ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยจะต้องเป็นการพิจารณาจากมูลค่าโดยรวมทั้งหมดของสัญญาในทุก ๆ ด้าน เช่น มูลค่าสิทธิทุกรูปแบบ และมูลค่าสัญญากรณีที่มีการต่อสัญญา และหากหน่วยงานของรัฐมีการให้รางวัลหรือค่าตอบแทนใด ๆ แก่ผู้ประมูลหรือผู้เข้าแข่งขัน ก็จะต้องนำเงินรางวัลหรือค่าตอบแทนดังกล่าวมาคำนวณรวมด้วย²⁰ โดยให้พิจารณามูลค่าประมาณการในขณะที่ได้มีการส่งคำประกาศเชิญชวนออกไป²¹

สำหรับสัญญาก่อสร้างสาธารณะ การคำนวณมูลค่าประมาณการของสัญญาจะคำนวณทั้งจากต้นทุนการก่อสร้าง และมูลค่าโดยประมาณทั้งหมดของวัสดุที่ต้องใช้ในการก่อสร้างรวมทั้งวัสดุที่หน่วยงานของรัฐต้องจัดหาให้ผู้สัญญา²²

สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะที่มีลักษณะเป็นสัญญาลีสซิ่ง เช่า ให้เช่า หรือเช่าซื้อพัสดุนั้น การคำนวณมูลค่าสัญญาจะแบ่งตามกำหนดระยะเวลาของสัญญา กล่าวคือ หากเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนไม่เกิน 12 เดือน จะคำนวณมูลค่าสัญญาตลอดระยะเวลาดังกล่าว หากเป็นสัญญาที่มีกำหนดเวลามากกว่า 12 เดือนขึ้นไป นอกจากจะคำนวณมูลค่าสัญญาตลอดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จะต้องมีการคำนวณมูลค่าคงเหลือหรือมูลค่าซาก (residual value) ของสินทรัพย์ที่เช่าประกอบด้วย และหากเป็นสัญญาลีสซิ่ง เช่า ให้เช่า หรือเช่าซื้อพัสดุที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา หรือมีกำหนดระยะเวลาไม่แน่นอน จะต้องคำนวณมูลค่าสัญญาเป็นรายเดือนก่อนแล้วนำมาคูณด้วย 48²³

สำหรับสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะหรือสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะทั่วไป หรือสัญญาที่ต้องมีการต่อสัญญาใหม่ภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ การคำนวณมูลค่าประมาณการ

²⁰ Directive 2004/18/EC Article 9 (1)

²¹ Directive 2004/18/EC Article 9 (2)

²² Directive 2004/18/EC Article 9 (4)

²³ Directive 2004/18/EC Article 9 (6)

ของสัญญาอาจทำได้ 2 วิธี ได้แก่ วิธีแรก อาจคำนวณจากมูลค่าที่แท้จริงของสัญญาอื่น ๆ ที่จัดอยู่ในประเภทเดียวกัน รวมทั้งสัญญาต่อเนื่องของสัญญาดังกล่าวทุกฉบับที่ลงนามจัดทำในช่วงระยะเวลา 12 เดือนที่ผ่านมา หรือในรอบปีการเงินก่อนหน้า วิธีที่สอง อาจคำนวณจากมูลค่าประมาณการโดยรวมของสัญญาทุกฉบับที่จัดทำต่อเนื่องกันในช่วงระยะเวลา 12 เดือน (หรือในหนึ่งรอบปีการเงิน หากปีการเงินมีระยะเวลามากกว่า 12 เดือน) นับจากวันที่มีการส่งมอบสินค้าหรือบริการครั้งแรก การคำนวณวิธีแรกจะแตกต่างจากวิธีที่สอง คือ การคำนวณวิธีแรกจะสะท้อนปริมาณหรือมูลค่าสินค้าหรือบริการที่อาจมีการเปลี่ยนแปลงในช่วง 12 เดือน นับจากวันที่ทำสัญญาครั้งแรกด้วย²⁴

สำหรับสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะบางประเภทก็มีการกำหนดวิธีการคำนวณมูลค่าของสัญญาไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ หากเป็นสัญญาบริการประกันภัย จะคำนวณมูลค่าสัญญาจากเบี้ยประกันที่พึงต้องชำระตามสัญญาและค่าตอบแทนรูปแบบอื่น ๆ แต่หากเป็นสัญญาบริการด้านการธนาคารหรือการเงินอื่น ๆ จะคำนวณจากค่าธรรมเนียมการใช้บริการ ค่านายหน้า ดอกเบี้ย และค่าตอบแทนรูปแบบอื่น ๆ และหากเป็นสัญญาบริการออกแบบ จะคำนวณจากค่าธรรมเนียม ค่านายหน้า และค่าตอบแทนรูปแบบอื่น ๆ²⁵

ในกรณีที่สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะใด ๆ ไม่ได้ระบุจำนวนเงินรวมทั้งหมดไว้ การคำนวณมูลค่าสัญญาจะแบ่งตามกำหนดระยะเวลาของสัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากสัญญามีกำหนดระยะเวลาแน่นอน โดยมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 48 เดือน จะคำนวณจากมูลค่าสัญญาทั้งหมดตลอดระยะเวลาตามสัญญา หากเป็นสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาหรือมีกำหนดเวลาเกินกว่า 48 เดือน จะต้องคำนวณมูลค่าสัญญารายเดือนก่อนแล้วนำมาคูณด้วย 48²⁶

Directive 2004/17/EC จะใช้บังคับกับสัญญาสาธารณูปโภคที่มีมูลค่าของสัญญาตั้งแต่จำนวนดังต่อไปนี้ขึ้นไป²⁷

(1) 499,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภค และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภค

(2) 6,242,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค

การคำนวณมูลค่าประมาณการของสัญญาสาธารณูปโภคตาม Directive 2004/17/EC จะใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับ Directive 2004/18/EC กล่าวคือ ต้องคำนวณจากจำนวนเงินทั้งหมดที่คาดว่าจะต้องชำระตามสัญญา ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม และต้องพิจารณา

²⁴ Directive 2004/18/EC Article 9 (7)

²⁵ Directive 2004/18/EC Article 9 (8a)

²⁶ Directive 2004/18/EC Article 9 (8b)

²⁷ Directive 2004/17/EC Article 16

มูลค่าประมาณการโดยรวมของสัญญาในทุก ๆ ด้าน นอกจากนี้ การคำนวณมูลค่าสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค สัญญาจัดหาสาธารณูปโภค และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภคก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการคำนวณมูลค่าสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ ตามลำดับ²⁸

อย่างไรก็ดี เพื่อให้การร่วมดำเนินการมีประสิทธิภาพ Directive ทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดให้คณะกรรมการยุโรปต้องพิจารณาทบทวนเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาทุก 2 ปี ว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ โดยกระบวนการขั้นตอนในการทบทวนให้เป็นที่ไปตาม Decision 1999/468/EC²⁹

1.2 รูปแบบการร่วมดำเนินการ

รูปแบบการร่วมดำเนินการนั้น สามารถพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ คือ (1) รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบทั่วไป ซึ่งเป็นการแบ่งรูปแบบการร่วมดำเนินการอย่างกว้าง และ (2) รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นการแบ่งรูปแบบการร่วมดำเนินการในลักษณะที่เป็นรายละเอียดเฉพาะแต่ละโครงการ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.2.1 รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบทั่วไป³⁰

เนื่องจากประเทศสหภาพยุโรปไม่ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ในปี ค.ศ. 2000 คณะกรรมาธิการยุโรปได้มีการออก Interpretation Communication on Concessions and Community Public Procurement Law โดยรวบรวมหลักเกณฑ์ที่ได้ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป Directive ต่าง ๆ และหลักเกณฑ์การให้สัมปทาน รวมทั้งหลักการที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปใช้คัดเลือกในการให้สัมปทานแก่ภาคเอกชน ซึ่งสามารถแบ่งรูปแบบการร่วมดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

²⁸ Directive 2004/17/EC Article 17

²⁹ Directive 2004/18/EC Article 78 และ Directive 2004/17/EC Article 69

³⁰ สำนักกฎหมายต่างประเทศ, การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในสหภาพยุโรป, กฤษฎีกาสาร, หน้า 2-3.

1.2.1.1 รูปแบบสัญญาหรือสัมปทาน (Contractual format)

การร่วมดำเนินการในรูปแบบสัญญาหรือสัมปทานนั้น สัญญาจะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยจะกำหนดบทบาทความรับผิดชอบของภาคเอกชน ตั้งแต่ในขั้นของการออกแบบ การจัดหาเงินทุน การดำเนินการ การซ่อมบำรุง และการให้บริการสาธารณะ ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงได้มีการออก Directive เพื่อกำหนดขั้นตอนในการดำเนินการคัดเลือกเอกชนที่จะเป็นคู่สัญญา แต่จะกำหนดเฉพาะขั้นตอนและระยะเวลาแจ้งประกาศโฆษณาของหน่วยงานของรัฐของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันการแข่งขันระหว่างเอกชน ด้วยเหตุนี้หน่วยงานของรัฐของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปยังคงมีอิสระในการตัดสินใจเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่เหมาะสมภายใต้หลักความโปร่งใส หลักความเท่าเทียม และหลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะสามารถตรากฎหมายภายในเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการร่วมดำเนินการได้ แต่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ก็มิได้มีการตรากฎหมายภายในที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวแต่อย่างใด การกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกเอกชนที่จะเป็นคู่สัญญาส่วนใหญ่จะเป็นกฎระเบียบที่กำหนดขึ้นเฉพาะในแต่ละกรณี (case by case) จึงเกิดปัญหาว่าในการดำเนินการคัดเลือกเอกชนที่จะเป็นคู่สัญญาในแต่ละประเทศสมาชิกมีความแตกต่างกันมาก ซึ่งความแตกต่างกันดังที่กล่าวมานั้นส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะในระดับสหภาพ (transnational) มีต้นทุนในการดำเนินการที่สูง เนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมาย

1.2.1.2 รูปแบบการจัดตั้งองค์กร (Institutional format) หรือกิจการร่วมค้า

(Joint venture)

การร่วมดำเนินการในรูปแบบนี้จะเป็นการจัดตั้งองค์กรร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยการร่วมดำเนินการรูปแบบนี้ หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ร่วมดำเนินการจะควบคุมการดำเนินโครงการอย่างใกล้ชิดและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในขั้นของการดำเนินโครงการ ทั้งนี้ รูปแบบการจัดตั้งองค์กรถือเป็นการเปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐได้เรียนรู้ประสบการณ์และวิธีการดำเนินงานของเอกชนเพื่อให้เกิดทักษะการทำงานที่จะส่งผลให้การจัดทำบริการของรัฐมีประสิทธิภาพต่อไป

แม้ว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะนั้นจะอยู่นอกขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการทำสัญญาทางปกครองหรือการให้สัมปทานก็ตาม แต่การทำหน้าที่ของรัฐในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อร่วมกันจัดตั้งองค์กรนั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานของสนธิสัญญา

ก่อตั้งสหภาพยุโรปและหลักการอื่น ๆ เช่น หลักความโปร่งใส หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับการร่วมดำเนินการในรูปแบบของสัญญาด้วย

ปัจจุบันกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปว่าด้วยการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะร่วมกันจัดตั้งองค์กรนั้น ยังมีความแตกต่างกันอยู่มาก ทั้งในด้านเงื่อนไขขององค์กรที่จะสามารถเข้ามาร่วมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การจัดตั้งองค์กร และการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กร

1.2.2 รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบเฉพาะเจาะจง³¹

คณะกรรมการธิการยุโรปได้กำหนดรูปแบบการร่วมดำเนินการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะที่เป็นการกำหนดรายละเอียดของแต่ละโครงการ สามารถสรุปรูปแบบหลัก ๆ ได้ดังนี้

1.2.2.1 สัญญาให้บริการ (Service contracts)

สัญญาให้บริการเป็นความตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเหมาะสำหรับโครงการที่มีรูปแบบไม่ซับซ้อนและมีระยะการดำเนินงานเพียงช่วงสั้น ๆ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหา ดำเนินงาน และบำรุงรักษาสินทรัพย์ในช่วงระยะเวลาที่ตกลงกัน ส่วนหน้าที่ในการบริหารจัดการและการลงทุนยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจะมีความรับผิดชอบทั้งในด้านความเสี่ยงทางการเงินและความเสี่ยงด้านมูลค่าซาก (residual value risk) รูปแบบการดำเนินงานนี้จะทำให้รัฐได้ประโยชน์จากความรู้ความเชี่ยวชาญด้านเทคนิคของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อีกทั้งช่วยให้รัฐประหยัดค่าใช้จ่ายและสามารถควบคุมคุณภาพการให้บริการได้ สัญญาให้บริการประเภทนี้มักใช้กับโครงการที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม การจัดหาและบำรุงรักษายานพาหนะ หรือการดำเนินงานด้านเทคนิคอื่น ๆ

1.2.2.2 สัญญาการดำเนินงานและการบริหารจัดการ (Operation and management contracts)

สัญญาการดำเนินงานและการบริหารจัดการเป็นความตกลงที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานและจัดการสินทรัพย์ โดยสัญญามักมีช่วงระยะเวลาสั้น ๆ แต่สามารถขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปได้ คู่สัญญาฝ่ายภาคเอกชนจะได้รับ

³¹ Andrea RENDA and Lorna SCHREFLER, *Public-Private Partnerships Model and Trends in the European Union* [Online], February 2006. Available from: http://www.eurosfairer.prd.fr/7pc/doc/1265964211_ppp_briefing_note_en.pdf, p.8-9.

ค่าตอบแทนในอัตราที่แน่นอนหรืออาจเป็นการจ่ายค่าตอบแทนโดยเชื่อมโยงกับผลการปฏิบัติงานตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐยังคงเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องของความเสี่ยงทั้งในส่วนของการลงทุนและการเงิน สัญญาประเภทนี้มีประโยชน์แก่รัฐในด้านการเพิ่มประสิทธิภาพและการลงทุนในเรื่องที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีที่มีความซับซ้อน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีความประสงค์ที่จะเพิ่มคุณภาพการให้บริการเพื่อลดต้นทุนโดยรวมและความเสี่ยงด้านอุปสงค์ ในระหว่างการดำเนินงาน ความตกลงประเภทนี้เหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับโครงการที่อยู่ในช่วงของการเปลี่ยนผ่านก่อนที่จะนำไปสู่การแปรรูป นอกจากนี้ ความตกลงดังกล่าวยังอาจนำมาใช้เพื่อกระตุ้นให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการโดยกำหนดเป็นเงื่อนไขการดำเนินงานก็ได้

1.2.2.3 สัญญาลิสซิ่ง (Leasing)

สัญญาลิสซิ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ซื้อกระแสรายรับ (income stream) ที่เกิดจากการใช้สินทรัพย์ของรัฐ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการจ่ายค่าเช่าในอัตราคงที่รวมทั้งรับภาระหน้าที่ในการดำเนินงานและการบำรุงรักษาสินทรัพย์ โดยความเสี่ยงที่เกิดจากการค้าและความเสี่ยงด้านอุปสงค์จะถูกโอนไปให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงมีแรงจูงใจที่จะดำเนินงานให้มีประสิทธิภาพ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีกำไรหากสามารถบริหารจัดการให้ต้นทุนการดำเนินงานต่ำลงได้ ในทางกลับกันรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเสี่ยงเกี่ยวกับการขยายโครงข่าย (การก่อสร้าง) การเพิ่มทุน และการเงิน สัญญาลิสซิ่งนี้เหมาะกับโครงการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) ที่มีกระแสรายได้เป็นอิสระ เช่น การขนส่งสาธารณะ สำหรับสัญญาลิสซิ่งที่มีความซับซ้อน เช่น BBO LDO หรือ WAA (โปรดดูตารางด้านล่าง) ก็จะมีการโอนความเสี่ยงในการก่อสร้างไปที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระของรัฐ

1.2.2.4 สัญญาจ้างเหมารวมแบบเบ็ดเสร็จหรือสัญญารูปแบบ BOT

(Turnkey procurement or Build-Operate-Transfer)

สัญญาจ้างเหมารวมแบบเบ็ดเสร็จเป็นสัญญาว่าดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบทั้งในเรื่องการออกแบบ การก่อสร้าง และการดำเนินงานเกี่ยวกับสินทรัพย์ โดยการกำหนดหน้าที่ที่พึงปรารถนาให้อยู่ในความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพียงรายเดียวจะช่วยให้สามารถดำเนินโครงการได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และทำให้รัฐไม่ต้องสิ้นเปลืองงบประมาณด้านการบำรุงรักษาที่มีค่าใช้จ่ายจำนวนมากได้ สัญญารูปแบบนี้ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องคำนึงถึงต้นทุนในการบริหารจัดการสินทรัพย์ในขั้นตอนการออกแบบและดำเนินงาน จึงเป็นการกระตุ้นให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องมีการวางแผนและ

บริหารจัดการให้ดียิ่งขึ้น ในขณะที่รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสี่ยงทางการเงิน อย่างไรก็ตาม อดีตสัญญาแบบนี้ไม่เหมือนกับสัญญาร่วมดำเนินการรูปแบบอื่นของ PPP เนื่องจากรัฐจะไม่เข้าไปควบคุมการบริหารจัดการสินทรัพย์ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญ แต่ด้วยเหตุที่กรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ยังคงเป็นของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงเป็นผู้กำหนดคุณลักษณะผลการดำเนินงานตามที่รัฐต้องการ

สำหรับสัญญารูปแบบ BOT เหมาะที่จะนำไปใช้กับโครงการเกี่ยวกับการประปาและการจัดการขยะ นอกจากนี้ ยังอาจจัดทำในรูปแบบของสัญญาที่มีรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกันออกไป เช่น BOOT BROT และ BLOT ซึ่งขึ้นอยู่กับความต้องการของแต่ละโครงการ

1.2.2.5 สัญญารูปแบบ DBFO (Design-Build-Finance-Operate)

สัญญารูปแบบ DBFO เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้ออกแบบการให้บริการหรือออกแบบสินทรัพย์ของโครงการตามความต้องการที่กำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ รวมทั้งควบคุมดูแลและจัดหาเงินทุนในการก่อสร้างหรือการดำเนินงาน โดยเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญาร่วมดำเนินการในระบบ PPP แล้ว สามารถกำหนดให้มีการโอนการบริการหรือสินทรัพย์มาเป็นของรัฐตามเงื่อนไขเดิมของ PPP หรืออาจมีการเจรจาต่อรองกันใหม่ก็ได้ ซึ่งสัญญาในรูปแบบ DBFO นี้ ถือเป็นรูปแบบที่มีความซับซ้อนมากที่สุด เนื่องจากสามารถรับประกันประสิทธิภาพการดำเนินงานและการปฏิบัติงานได้ ทั้งยังช่วยในการหาแหล่งเงินทุนใหม่ ๆ ได้ด้วย สำหรับรูปแบบที่นิยมใช้กันมากที่สุด คือ การให้สัมปทานรูปแบบ DBFO ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้ออกแบบ จัดหาแหล่งเงินทุน ก่อสร้าง และดำเนินงานในโครงสร้างพื้นฐานที่ก่อให้เกิดรายได้ เพื่อแลกกับสิทธิในการเก็บรายได้ในช่วงระยะเวลาตามที่ได้ตกลงกัน โดยปกติจะกำหนดระยะเวลาไว้ 25-30 ปี ความเป็นเจ้าของในสินทรัพย์ยังคงเป็นของรัฐ ซึ่งรูปแบบนี้เหมาะสำหรับโครงการก่อสร้างถนน โครงการประปา และโครงการจัดการขยะ อีกทั้งยังเหมาะสำหรับโครงการให้บริการที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ ในทางกลับกัน สำหรับกรณีของการถ่ายโอนบริการสาธารณะให้แก่เอกชน (private divestiture) สินทรัพย์บางส่วนหรือทั้งหมดจะถูกขายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยรัฐเพียงแต่กำหนดกฎระเบียบเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการผูกขาดด้านราคารวมทั้งการจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ ซึ่งการถ่ายโอนบริการสาธารณะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจดำเนินการเพียงบางส่วนก็ได้ เพราะหากรัฐบาลยังคงเป็นเจ้าของสินทรัพย์บางส่วน ก็จะทำให้แน่ใจได้ว่าเอกชนจะมีการให้บริการที่มีมาตรฐานตามที่รัฐต้องการ รูปแบบ DBFO นี้ยังสามารถดัดแปลงหรือปรับใช้ได้หลาย ๆ ทางเพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของการให้บริการแต่ละโครงการได้

ตารางสรุปความแตกต่างของรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

รูปแบบ (Schemes)	ลักษณะ (Modalities)
Service contracts	เอกชนเป็นผู้จัดหา ดำเนินงานและบำรุงรักษาสินทรัพย์ในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ โดยรัฐจะเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงด้านการเงินและการบริหารจัดการ
Operation and management contracts	เอกชนเป็นผู้ดำเนินงานและจัดการสินทรัพย์ของรัฐ สำหรับรายได้ของเอกชนจะเชื่อมโยงกับผลการดำเนินงานตามเป้าหมาย โดยรัฐจะเป็นผู้รับภาระความเสี่ยงด้านการเงินและการลงทุน
Leasing - Buy-build-operate (BBO) - Lease-develop-operate (LDO) - Warp-around addition (WAA)	เอกชนเป็นผู้ซื้อหรือเช่าสินทรัพย์จากรัฐ และมีหน้าที่ในการปรับปรุงสินทรัพย์ให้มีความทันสมัยและ/หรือการขยายโครงการ พร้อมทั้งการบริหารจัดการสินทรัพย์ โดยไม่มีความผูกพันที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์กลับมาเป็นของรัฐ
Build-operate-transfer (BOT) - Build-own-operate-transfer (BOOT) - Build-rent-own-transfer (BROT) - Build-lease-operate-transfer (BLOT) - Build-transfer-operate (BTO)	เอกชนเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง บริหารจัดการโครงการ และต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ให้รัฐเมื่อระยะเวลาการดำเนินงานตามสัญญาสิ้นสุดลง หรือตามระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ จากนั้นผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนอาจจะเช่าสินทรัพย์นั้นจากรัฐบาลเพื่อบริหารงานต่อก็ได้
Design-Build-Finance-Operate (DBFO) - Build-own-operate (BOO) - Build-develop-operate (BDO) - Design-construct-manage-finance (DCMF)	เอกชนเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาเงินทุนและบริหารจัดการ โดยถือว่าเอกชนเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และไม่มีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์มาเป็นของรัฐ ซึ่งรูปแบบเหล่านี้จะแปรเปลี่ยนไปตามลักษณะของแต่ละโครงการ

ที่มา : Elaboration on IMF (2004) and European Commission (2003)

1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการร่วมดำเนินการ³²

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในการร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนภายใต้แนวคิด corporatism ซึ่งเป็นแนวคิดในการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีมาแต่เดิม แต่สิ่งที่แตกต่างออกไป คือ การร่วมดำเนินการภายใต้แนวคิด corporatism นั้น มีวิวัฒนาการมาจากความคิดที่ว่าทรัพย์สินที่ใช้ในการให้บริการสาธารณะเป็นสาธารณสมบัติ โดยรัฐเป็นผู้จัดให้บริการสาธารณะส่วนเอกชนเป็นเพียงผู้จัดหา (supplier) ให้แก่หน่วยงานของรัฐเท่านั้น

ผลของแนวความคิดนี้ ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะในอดีตมีข้อจำกัดทางงบประมาณและส่งผลกระทบต่อคุณภาพของการให้บริการสาธารณะโดยตรง ในขณะที่การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในปัจจุบันไม่ได้ยึดติดเกี่ยวกับแนวคิด corporatism อีกต่อไป แต่ได้มีการพัฒนาเป็นแนวคิดใหม่ที่มุ่งเน้นถึงการให้บริการสาธารณะภายใต้สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน โดยในส่วนของสหภาพยุโรปนั้น เอกชนจะมีฐานะเป็นหุ้นส่วนกับรัฐและมีความสัมพันธ์กับรัฐในลักษณะของความสัมพันธ์ระดับองค์กร โดยเอกชนจะเป็นผู้จัดหาโครงสร้างพื้นฐานและให้บริการสาธารณะในนามของรัฐทั้งหมด

1.4 ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินการ

การร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปตามแนวทางที่กำหนดไว้ใน Directive ทั้ง 2 ฉบับนั้น เป็นเพียงแนวทางที่กำหนดกรอบการดำเนินการอย่างกว้าง เพื่อให้ประเทศสมาชิกไปกำหนดรายละเอียดของการร่วมดำเนินการต่อไป แต่ทั้งนี้ การกำหนดรายละเอียดของแต่ละประเทศสมาชิกต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของ Directive ด้วย โดยรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินการ สามารถสรุปได้ ดังนี้

1.4.1 ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา

สำหรับขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญานั้น Directive ของสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเอาไว้ เนื่องจากการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินว่าโครงการใดสมควรใช้วิธีร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือรัฐควรเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมดนั้น ถือเป็นเรื่องทางนโยบายที่แต่ละประเทศต้องไปกำหนดรายละเอียดหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เหมาะสมเอง

³² สำนักกฎหมายต่างประเทศ, การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในสหภาพยุโรป, ฤกษ์กสิกาสา, หน้า 4-5.

1.4.2 ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ

Directive 2004/18/EC ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้ทั้งหมด 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (4) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง และ (5) การประกวดออกแบบ³³

ในขณะที่ Directive 2004/17/EC ก็ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เช่นเดียวกับ Directive 2004/18/EC แต่อนุญาตให้ดำเนินการได้เพียง 4 รูปแบบเท่านั้น โดยไม่สามารถนำรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาหรือดังเช่นที่กำหนดไว้ใน Directive 2004/18/EC มาใช้ได้³⁴ สำหรับวิธีการคัดเลือกแต่ละรูปแบบมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.4.2.1 การประมูลแบบเปิดกว้าง (Open procedure)

การประมูลแบบเปิดกว้าง หมายถึง กระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการธุรกิจ (economic operator) รายใดก็ได้ที่สนใจเข้าร่วมดำเนินการสามารถยื่นประมูลได้³⁵ โดยที่หน่วยงานของรัฐจะไม่จำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล การประมูลแบบเปิดกว้างถือเป็นรูปแบบการประมูลหลักที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ในการประมูลแบบเปิดกว้างนั้น หน่วยงานของรัฐจะประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลแบบเปิดกว้างให้บุคคลทั่วไปทราบ โดยจะต้องมีการพิมพ์โฆษณาประกาศแจ้งดังกล่าวไปทั่วสหภาพยุโรปเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศสมาชิกสามารถเข้าแข่งขันกันได้อย่างเต็มที่ ประกาศดังกล่าวต้องจัดทำเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานตามที่คณะกรรมการการยุโรปกำหนด พร้อมทั้งระบุข้อมูลตามที่กำหนดในภาคผนวก ก (Annex VII A) และข้อมูลอื่น ๆ ที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจำเป็น³⁶ รวมทั้งข้อมูลที่จะช่วยให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถตัดสินใจได้ว่าควรจะเข้าร่วมประมูลหรือไม่ อาทิ วัตถุประสงค์ของสัญญาและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง หลักเกณฑ์การคัดเลือก นอกจากนี้ ยังต้องกำหนดวันสิ้นสุดในการรับข้อเสนอประมูลราคาเอาไว้ด้วย โดยกำหนดวันดังกล่าวจะพิจารณาจากความซับซ้อนของสัญญาและระยะเวลาที่เหมาะสมในการร่างข้อเสนอการประมูล แต่ทั้งนี้ จะต้องให้เวลาไม่น้อยกว่าระยะเวลาขั้นต่ำที่ Directive กำหนด นอกจากนี้ หน่วยงานของรัฐต้องให้เวลาในการยื่นข้อเสนอประมูลราคาสำหรับการประมูลแบบ

³³ Directive 2004/18/EC Article 1 (11)

³⁴ Directive 2004/17/EC Article 1 (9) และ (10)

³⁵ Directive 2004/18/EC Article 1 (11a) และ Directive 2004/17/EC Article 1 (9a)

³⁶ Directive 2004/18/EC Article 36 (1) และ Directive 2004/17/EC Article 44 (1)

เปิดกว้างไม่น้อยกว่า 52 วัน นับตั้งแต่วันที่มีการออกประกาศแจ้ง³⁷ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐอาจลดระยะเวลาดังกล่าวลงได้อีก 5 วัน หากมีการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการประมูลซึ่งจะช่วยให้ผู้เข้าประมูลสามารถตรวจสอบเอกสารเกี่ยวกับสัญญาและเอกสารประกอบการประมูลทั้งหมดได้เองโดยตรงทางระบบอิเล็กทรอนิกส์³⁸

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ใช้วิธีการประมูลแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจะช่วยให้ผู้เข้าประมูลสามารถตรวจสอบรายละเอียดโครงการและเอกสารสนับสนุนต่าง ๆ ได้เองโดยตรง หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งรายละเอียดของโครงการและเอกสารประกอบการประมูลไปให้ผู้ประกอบธุรกิจภายใน 6 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอเข้าร่วมประมูล ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เข้าประมูลต้องยื่นคำขอเข้าร่วมประมูลภายในกำหนดเวลาดังกล่าว³⁹

จากนั้น หน่วยงานของรัฐจะพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้ โดยอาจคัดเลือกจากผู้เข้าประมูลที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญา หรืออาจคัดเลือกจากผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดก็ได้ เมื่อได้ผู้ชนะการประมูลแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประมูลทราบผลการคัดเลือกดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็วที่สุด และหากได้รับการร้องขอจากผู้ที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานของรัฐต้องแจ้งให้ผู้เข้าประมูลที่ไม่ได้รับคัดเลือกทราบเหตุที่ถูกปฏิเสธโดยเร็วที่สุด ซึ่งไม่ว่าในกรณีใด ๆ ต้องไม่เกิน 15 วัน นับจากวันที่ได้รับการร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁰

1.4.2.2 การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (Restricted procedure)

การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หมายถึง กระบวนการที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องร้องขอเข้ามามีส่วนร่วมในการประมูล และเฉพาะผู้ที่ได้รับเชิญจากหน่วยงานของรัฐเท่านั้นที่จะสามารถยื่นประมูลได้⁴¹

หน่วยงานของรัฐที่ต้องการเปิดประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลจะต้องประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล ซึ่งมีรูปแบบและรายละเอียดเช่นเดียวกับประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลแบบเปิดกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประกาศดังกล่าวจะต้องมีเนื้อหาที่ช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยื่นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐในการพิจารณาออกหนังสือเชิญให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้น

³⁷ Directive 2004/18/EC Article 38 (2) และ Directive 2004/17/EC Article 45 (2)

³⁸ Directive 2004/18/EC Article 38 (6)

³⁹ Directive 2004/18/EC Article 39 และ Directive 2004/17/EC Article 46

⁴⁰ Directive 2004/18/EC Article 41 และ Directive 2004/17/EC Article 49

⁴¹ Directive 2004/18/EC Article 1 (11b) และ Directive 2004/17/EC Article 1 (9b)

เข้าร่วมประมูลภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ได้ รวมทั้งต้องมีการกำหนดเวลาสิ้นสุดในการรับข้อเสนอ ในการประมูลด้วย ในการประมูลแบบจำกัดจำนวนนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง เข้าร่วมประมูลมีเวลาในการยื่นข้อเสนอประมูลราคาไม่น้อยกว่า 40 วัน นับจากวันที่ส่งหนังสือเชิญให้ร่วมประมูล⁴² แต่อาจมีการลดระยะเวลาดังกล่าวลงได้อีก 5 วัน หากมีการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการประมูลซึ่งช่วยให้ผู้ร่วมประมูลสามารถตรวจสอบเอกสารเกี่ยวกับสัญญาและ เอกสารประกอบการประมูลทั้งหมดได้เองโดยตรงทางระบบอิเล็กทรอนิกส์⁴³ และในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้กำหนดเวลาขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดได้ หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดเวลาในการรับข้อเสนอในการประมูลได้ตามที่เห็นเหมาะสม แต่ทั้งนี้ ต้องมี ระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 วัน นับจากวันที่เชิญให้เข้าร่วมประมูลไม่ว่าในกรณีใด ๆ⁴⁴

ในการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลนี้ หน่วยงานของรัฐสามารถ จำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่ทางหน่วยงานจะเชิญให้เข้าร่วมประมูลได้ โดยจะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ของโครงการ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีสิทธิ เข้าร่วมประมูลซึ่งต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนจำนวนผู้เข้าประมูลขั้นต่ำ ที่จะได้รับเชิญให้เข้าร่วมประมูลเอาไว้ในประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลด้วย ซึ่ง Directive 2004/18/EC กำหนดให้ต้องมีผู้มีสิทธิยื่นประมูลอย่างน้อย 5 ราย ในการประมูล แบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง⁴⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ที่ ผ่านการคัดเลือกให้เข้าร่วมประมูลจะมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนผู้เข้าประมูลขั้นต่ำที่กำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐก็สามารถดำเนินกระบวนการประมูลต่อไปได้ โดยอนุญาตให้ผู้เข้าประมูลเท่าที่มี คุณสมบัติตามที่กำหนดเข้าร่วมประมูล ในกรณีเช่นนี้ หน่วยงานของรัฐไม่สามารถเชิญผู้ประกอบการ ธุรกิจที่ไม่ได้สมัครเข้าแข่งขันหรือผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติไม่เพียงพอเข้าร่วมประมูลได้

ในการดำเนินกระบวนการยื่นประมูลนั้น หน่วยงานของรัฐต้องทำ หนังสือเชิญให้ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกยื่นประกวดราคาเข้ามา หนังสือเชิญดังกล่าวต้องมีสำเนา รายละเอียดโครงการ เอกสารบรรยายรายละเอียด รวมทั้งเอกสารประกอบต่าง ๆ แนบไปด้วย หากผู้เข้าประมูลสามารถตรวจสอบข้อมูลและเอกสารเหล่านี้ได้โดยตรงทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ก็จะต้องระบุวิธีการเข้าถึงเอกสารเหล่านี้เอาไว้ รวมทั้งอาจระบุข้อมูลที่สำคัญอื่น ๆ อาทิ กำหนดวัน สิ้นสุดการรับข้อเสนอ และลำดับความสำคัญของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือก⁴⁶

⁴² Directive 2004/18/EC Article 38 (3b)

⁴³ Directive 2004/18/EC Article 38 (6)

⁴⁴ Directive 2004/18/EC Article 38 (8b)

⁴⁵ Directive 2004/18/EC Article 44 (3)

⁴⁶ Directive 2004/18/EC Article 40

จากนั้น หน่วยงานของรัฐจะพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้ โดยอาจเลือกจากผู้เข้าประมูลที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญา หรืออาจคัดเลือกจากผู้ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดก็ได้ เมื่อได้ผู้ชนะการประมูลแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าร่วมประมูลทราบผลการคัดเลือกดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็วที่สุด และหากได้รับการร้องขอจากผู้ที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้ร่วมประมูลที่ไม่ได้รับคัดเลือกทราบเหตุที่ถูกปฏิเสธโดยเร็วที่สุด ซึ่งไม่ว่าในกรณีใด ๆ ต้องไม่เกิน 15 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁷

1.4.2.3 การประมูลโดยการเจรจาหรือ⁴⁸ (Competitive dialogue)

การประมูลโดยการเจรจาหรือเป็นกระบวนการที่ผู้ประกอบการที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องร้องขอเข้ามาในการประมูล โดยหน่วยงานของรัฐจะนำผลการหารือกับผู้เข้าประมูลมาใช้ประกอบการตัดสินใจ การประมูลรูปแบบนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเพิ่มทางเลือกที่เหมาะสมในการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโครงการ และในการประมูลโดยการเจรจาหรือนี้ ผู้ที่จะเข้าประมูลได้ต้องเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าร่วมการประมูลโดยหน่วยงานของรัฐ⁴⁹

การประมูลโดยการเจรจาหรือจะใช้กับโครงการที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อนมาก ๆ ซึ่งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเห็นว่าไม่ควรนำรูปแบบการประมูลแบบเปิดกว้าง และการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล ซึ่งเป็นรูปแบบการคัดเลือกหลักมาใช้ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับขั้นตอนการดำเนินการนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องประกาศแจ้งความประสงค์ที่จะเปิดประมูลโดยการเจรจาหรือให้ผู้สนใจทราบ โดยจะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ของโครงการ ข้อกำหนดของโครงการ รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่จะใช้พิจารณาคัดเลือกไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียดดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ นอกจากผู้สมัครเข้าร่วมประมูลจะต้องไม่ตกเป็นผู้ต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องมีการตรวจสอบความเหมาะสมของผู้สมัครเข้าประมูลในขั้นแรกก่อนด้วย⁵⁰ โดยพิจารณาจากสถานะทางเศรษฐกิจและการเงิน ความรู้ความชำนาญในวิชาชีพและในเชิงเทคนิค รวมทั้งระดับความสามารถด้านต่าง ๆ ⁵¹ เพื่อคัดเลือกผู้สมัครที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในการประมูล จากนั้น หน่วยงานของรัฐจะ

⁴⁷ Directive 2004/18/EC Article 41

⁴⁸ Directive 2004/18/EC Article 29

⁴⁹ Directive 2004/18/EC Article 1 (11c)

⁵⁰ Directive 2004/18/EC Article 45

⁵¹ Directive 2004/18/EC Article 44 (1)

เปิดการเจรจาหรือกับผู้เข้าประมูลที่ผ่านการคัดเลือกโดยจะมีการหารือเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญาในทุกแง่มุม เพื่อหาวิธีการที่ดีที่สุดในการดำเนินงานให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ใน การเจรจาหรือ นั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติกับผู้เข้าประมูลทุกรายอย่างเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่มีการให้ข้อมูลแก่ผู้เข้าประมูลบางรายในลักษณะที่จะทำให้ผู้เข้าประมูลรายดังกล่าวได้เปรียบผู้เข้าประมูลรายอื่น และหน่วยงานของรัฐต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับที่ได้จากการเจรจาหรือกับผู้เข้าประมูลบางรายโดยปราศจากความยินยอมจากผู้เข้าประมูลรายนั้นด้วย

หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดกระบวนการคัดเลือกเป็นลำดับขั้นต่อเนื่องกันเพื่อลดจำนวนผู้เข้าประมูลในขั้นของการเจรจาหรือได้ โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียด และหน่วยงานของรัฐอาจดำเนินการเจรจาหรือต่อไปจนกว่าจะได้ข้อสรุปที่ต้องการก็ได้

หลังจากที่ได้ข้อสรุปในการเจรจาหรือแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประมูลทั้งหมดยื่นประมูลขั้นสุดท้ายตามวิธีการที่ผู้เข้าประมูลเสนอและระบุไว้ระหว่างการเจรจาหรือ ข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้ต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดรวมทั้งรายละเอียดอื่น ๆ ที่จำเป็นในการดำเนินโครงการอย่างครบถ้วน ผู้เข้าประมูลอาจต้องมีการอธิบาย กำหนด และปรับแก้ข้อเสนอในการประมูลของตนหากหน่วยงานของรัฐร้องขอ แต่การอธิบาย กำหนด หรือปรับแก้ข้อเสนอดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้สาระสำคัญของข้อเสนอในการประมูลหรือประกาศเชิญเข้าร่วมประมูลเปลี่ยนแปลงไป อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

หน่วยงานของรัฐจะต้องประเมินข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้โดยใช้หลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียด และต้องคัดเลือกผู้เข้าประมูลที่ให้ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุด

1.4.2.4 การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง (Negotiated procedures)

การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง หมายถึง กระบวนการที่หน่วยงานของรัฐปรึกษาหารือ (consult) กับผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายถึงทางเลือกและข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญา⁵²

หน่วยงานของรัฐอาจจะใช้วิธีคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยการเจรจาต่อรองได้ โดย Directive ได้กำหนดแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่มีการแจ้งประกาศ

⁵² Directive 2004/18/EC Article 1 (11d)

ให้ทราบล่วงหน้า กับ (2) กรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า โดยมีรายละเอียดของแต่ละกรณิดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า⁵³

หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาสาธารณะโดยการเจรจาต่อรอง โดยการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ในกรณิดังต่อไปนี้

(1.1) ในกรณีที่มีการยื่นข้อเสนอในการประมูลไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ (irregular tenders) หรือมีการยื่นข้อเสนอที่ไม่อาจรับประมูลได้ในการประมูลแบบเปิดกว้าง การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หรือการประมูลโดยการเจรจา หรือที่มีการจัดขึ้นมาก่อน แต่ทั้งนี้ ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญาเดิมในสาระสำคัญด้วย

(1.2) ในกรณีพิเศษ เมื่อหน่วยงานของรัฐไม่สามารถกำหนดมูลค่าทั้งหมดของสัญญาล่วงหน้าได้ อันเนื่องมาจากลักษณะของงานก่อสร้าง งานจัดหาพัสดุ หรืองานให้บริการนั่นเอง ตลอดจนความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากงานดังกล่าว

(1.3) ในกรณีของสัญญาเพื่อให้บริการตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex II A) ซึ่งเป็นกรณีของสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่เป็นกรให้บริการทางการเงิน เกี่ยวกับการประกันภัย การธนาคารและการลงทุน รวมทั้งงานให้บริการด้านทรัพย์สินทางปัญญา อื่น ๆ (intellectual services) เช่น บริการที่ต้องมีการออกแบบผลงาน ซึ่งงานลักษณะนี้จะระบุข้อกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนได้ยาก ทำให้ไม่สามารถดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาที่เหมาะสม ด้วยวิธีการประมูลแบบเปิดกว้างและการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลตามปกติได้

(1.4) ในกรณีของสัญญาก่อสร้างสาธารณะซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการค้นคว้าวิจัย การทดสอบ หรือการพัฒนาเท่านั้น และไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรหรือหารายได้ ชดเชยค่าใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนาดังกล่าว

ในกรณีเช่นนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องเจรจาต่อรองกับผู้เข้าประมูล เพื่อปรับเปลี่ยนข้อเสนอในการประมูลที่บุคคลดังกล่าวยื่นเข้ามาให้สอดคล้องกับข้อกำหนดเงื่อนไขที่ระบุไว้ในประกาศแจ้ง รายการข้อกำหนด และเอกสารเพิ่มเติมใด ๆ (ถ้ามี) และคัดเลือกข้อเสนอที่ดีที่สุดโดยอาจคัดเลือกจากผู้เข้าประมูลที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญา หรือผู้ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดก็ได้ และในการเจรจา หน่วยงานของรัฐ จะต้องปฏิบัติกับผู้เข้าประมูลทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่มีการให้ข้อมูลแก่ผู้เข้าประมูลบางรายในลักษณะที่จะทำให้ผู้เข้าประมูลรายดังกล่าวได้เปรียบผู้เข้าประมูลรายอื่น

⁵³ Directive 2004/18/EC Article 30

หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดกระบวนการคัดเลือกเป็นลำดับขั้นต่อเนื่องกันเพื่อลดจำนวนผู้เข้าประมูลในขั้นของการเจรจาต่อรองได้ โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียด และหน่วยงานของรัฐอาจดำเนินการเจรจาต่อรองต่อไปจนกว่าจะได้ข้อสรุปที่ต้องการก็ได้

(2) กรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า⁵⁴

หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาสาธารณะโดยการเจรจาต่อรองโดยที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ

(2.1.1) เมื่อไม่มีผู้เสนอราคาในการประมูลแบบเปิดกว้างหรือการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หรือมีผู้เสนอราคาแต่ผู้เสนอราคามีคุณสมบัติไม่เหมาะสม แต่ทั้งนี้ จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญาเดิมในสาระสำคัญด้วย

(2.1.2) เมื่อต้องทำสัญญากับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะ ด้วยเหตุผลในเชิงเทคนิคหรือทางศิลปะ หรือด้วยเหตุผลใด ๆ อันเกี่ยวเนื่องกับการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights)

(2.1.3) เมื่อมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า อันทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถดำเนินการตามกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประมูลแบบเปิดกว้าง การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลหรือการประมูลโดยการเจรจาต่อรองที่ต้องมีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐจะใช้วิธีการเช่นนี้ได้เมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง และเหตุจำเป็นเร่งด่วนนั้นต้องไม่ได้เกิดจากความผิดของหน่วยงานของรัฐเอง

(2.2) กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ

(2.2.1) เมื่อพัสดุที่จัดหาเป็นพัสดุที่ผลิตขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการค้นคว้าวิจัย การศึกษา หรือการพัฒนาโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงการผลิตเป็นจำนวนมากเพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในทางการค้าหรือเพื่อหารายได้ชดเชยค่าใช้จ่ายในการค้นคว้าวิจัย

(2.2.2) เมื่อเป็นการส่งมอบพัสดุเพิ่มเติมโดยซัพพลายเออร์รายเดิม ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาพัสดุเพื่อนำมาเปลี่ยนแทนพัสดุเดิมบางส่วน หรือเป็นการต่ออายุสัญญาจัดหาหรือติดตั้งพัสดุเดิมออกไปเนื่องจากการเปลี่ยนซัพพลายเออร์รายใหม่ที่จะทำให้หน่วยงานของรัฐได้รับพัสดุที่มีคุณลักษณะทางเทคนิคต่างจากเดิม อันจะทำให้ไม่สามารถใช้งาน

⁵⁴ Directive 2004/18/EC Article 31

หรือบำรุงรักษาร่วมกับพัสดุดีเดิมได้ หรือการใช้งานหรือบำรุงรักษาร่วมกันจะมีความยุ่งยากเชิงเทคนิคเกินสมควร แต่สัญญาดังกล่าวรวมทั้งสัญญาที่ต่ออายุออกไปต้องมีกำหนดเวลาไม่เกิน 3 ปี

(2.2.3) เมื่อเป็นพัสดุที่ซื้อขายกันในตลาดสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity market)

(2.2.4) เมื่อเป็นการจัดซื้อพัสดุดังกล่าวที่มอบให้ประโยชน์เป็นพิเศษ โดยเฉพาะการซื้อจากผู้จัดจำหน่ายที่กำลังเลิกกิจการ หรือจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ชำระบัญชีของบริษัทในกรณีที่บริษัทล้มละลาย มีการประนีประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ หรือตกอยู่ในกระบวนการอื่นใดในลักษณะเดียวกันตามกฎหมายภายในประเทศ

(2.3) กรณีที่เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ เมื่อเป็นการทำสัญญากับผู้เช่าประมวลที่ผ่านการคัดเลือกหรือหนึ่งในผู้เช่าประมวลที่ผ่านการคัดเลือกการประกวด ออกแบบตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นการทำสัญญากับหนึ่งในผู้เช่าประมวลที่ผ่านการคัดเลือก หน่วยงานของรัฐจะต้องเชิญผู้เช่าประมวลทุกรายที่ผ่านการคัดเลือกเข้าร่วมเจรจาต่อรองด้วย

(2.4) กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ

(2.4.1) สำหรับงานก่อสร้างหรืองานให้บริการเพิ่มเติมที่ไม่ได้รวมอยู่ในโครงการตั้งแต่แรก แต่งานหรือบริการดังกล่าวมีความสำคัญต่อการดำเนินโครงการก่อสร้างหรือการให้บริการตามสัญญาเนื่องจากพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้บางประการ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าสัญญาเพิ่มเติมดังกล่าวต้องจัดทำกับผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการก่อสร้างหรือให้บริการตามสัญญาเดิมอยู่แล้ว โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่หนึ่ง เมื่องานก่อสร้างหรืองานให้บริการเพิ่มเติมดังกล่าวไม่อาจแยกออกจากงานตามสัญญาเดิมได้โดยต้องไม่ก่อให้เกิดปัญหาแก่หน่วยงานของรัฐอย่างรุนแรง ด้วยเหตุผลในเชิงเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

กรณีที่สอง ถึงแม้งานก่อสร้างหรืองานให้บริการดังกล่าวจะสามารถแยกออกจากสัญญาเดิมได้ แต่งานก่อสร้างหรืองานให้บริการนั้นมีความจำเป็นต่อการดำเนินโครงการให้เสร็จสมบูรณ์

อย่างไรก็ดี มูลค่ารวมของสัญญาสำหรับงานก่อสร้างหรืองานให้บริการที่เพิ่มขึ้นต้องไม่เกินร้อยละ 50 ของมูลค่าตามสัญญาเดิม

(2.4.2) สำหรับงานก่อสร้างหรืองานให้บริการใหม่ ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของงานก่อสร้างหรืองานให้บริการลักษณะเดิม ซึ่งหน่วยงานของรัฐเดียวกันได้มอบหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ตนเคยทำสัญญาด้วยตั้งแต่แรกเป็นผู้ดำเนินการซ้ำอีกครั้ง ทั้งนี้ งานก่อสร้าง

หรืองานให้บริการใหม่ดังกล่าวต้องสอดคล้องกับลักษณะพื้นฐานของโครงการตามสัญญาฉบับแรก และผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาตามสัญญาฉบับแรกต้องมาจากการประมูลแบบเปิดกว้าง หรือการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล

หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประมูลทราบว่า อาจมีการทำสัญญาด้วยวิธีเจรจาต่อรองโดยไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าในภายหลังได้ ตั้งแต่มีการประมูลคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อดำเนินงานโครงการแรก และการคัดเลือกกระบวนการนี้ จะต้องดำเนินการภายในระยะเวลา 3 ปี นับแต่โครงการเดิมสิ้นสุดลง

1.4.2.5 การประกวดออกแบบ (Design contests)

การประกวดออกแบบ หมายถึง กระบวนการที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้กับงานด้านการวางผังเมืองหรือผังประเทศ งานด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม หรืองานที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งการวางผัง หรือการออกแบบจะดำเนินการคัดเลือกโดยคณะกรรมการ และอาจเป็นการจัดประกวดออกแบบ โดยมีรางวัลตอบแทนหรือไม่มีรางวัลตอบแทนก็ได้⁵⁵ โดยทั่วไป หน่วยงานของรัฐที่จัดประกวดออกแบบต้องไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้เข้าประกวดโดยการกำหนดประเทศหรือเขตพื้นที่ของผู้มีสิทธิเข้าประกวด หรือกำหนดว่าผู้เข้าประกวดต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล⁵⁶

สำหรับมูลค่าของสัญญาที่สามารถใช้วิธีการจัดประกวดออกแบบตาม Directive 2004/18/EC นั้น แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง หากเป็นโครงการที่ดำเนินงานโดยหน่วยงานของรัฐที่มีรายชื่อระบุอยู่ในภาคผนวก ก (Annex IV) นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 162,000 ยูโร ขึ้นไป

กลุ่มที่สอง หากเป็นโครงการที่ดำเนินงานโดยหน่วยงานอื่นนอกเหนือจากรายชื่อที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ก (Annex IV) หรือเป็นการจัดประกวดออกแบบไม่ว่าโดยหน่วยงานใด ๆ หากเป็นงานให้บริการที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (category 8 ของ Annex IIA หรืองานให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมตาม category 5) และ/หรืองานให้บริการที่กำหนดไว้ในภาคผนวก ก (Annex IIB) จะต้องเป็นสัญญาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 249,000 ยูโร ขึ้นไป⁵⁷

ก่อนที่จะมีการจัดประกวด หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งความประสงค์ในการจัดประกวดออกแบบให้ผู้สนใจทราบโดยการออกประกาศแจ้ง⁵⁸ และในการคัดเลือก

⁵⁵ Directive 2004/18/EC Article 1 (11e)

⁵⁶ Directive 2004/18/EC Article 66

⁵⁷ Directive 2004/18/EC Article 67

⁵⁸ Directive 2004/18/EC Article 69

ผู้เข้าประกวด คณะกรรมการตัดสินจะทำการตรวจสอบและพิจารณาแผนงานและโครงการที่ยื่นเข้าประกวดตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งดังกล่าวเท่านั้น จากนั้น คณะกรรมการจะจัดลำดับโครงการที่เข้าประกวดรวมทั้งบันทึกความเห็นและประเด็นข้อสงสัยต่าง ๆ ไว้ในรายงานผลการประกวดออกแบบ ซึ่งกระบวนการทั้งหมดจะดำเนินการโดยไม่มี การเปิดเผยชื่อ จนกว่าคณะกรรมการจะทำความเห็นและลงมติเสร็จเรียบร้อยแล้ว⁵⁹ เมื่อคัดเลือกผู้ชนะการประกวดได้แล้ว หน่วยงานที่จัดประกวดจะต้องประกาศแจ้งผลการพิจารณาตามหลักเกณฑ์เดียวกับการประมูลรูปแบบอื่นดังมีรายละเอียดกำหนดไว้ในภาคผนวก ก (Annex VII D)⁶⁰

หากเป็นการประกวดออกแบบตาม Directive 2004/17/EC นั้น จะใช้กับสัญญาที่มีมูลค่าตั้งแต่ 499,000 ยูโร ขึ้นไป⁶¹ อย่างไรก็ตาม จะไม่ใช้การคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยการประกวดออกแบบกับสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ 4 ประเภท⁶² ได้แก่

(1) สัญญาที่หน่วยงานของรัฐมีวัตถุประสงค์นอกเหนือจากการดำเนินกิจการสาธารณูปโภคตามมาตรา 3 ถึงมาตรา 7 หรือเป็นสัญญาดำเนินกิจการสาธารณูปโภคดังกล่าวในประเทศที่สาม⁶³

(2) สัญญาที่เป็นความลับหรือเป็นสัญญาที่ต้องการมาตรการรักษาความปลอดภัยเป็นพิเศษ⁶⁴

(3) สัญญาที่เป็น การดำเนินการตามความตกลงระหว่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของสนธิสัญญาที่ประเทศสมาชิกได้ไปตกลงไว้⁶⁵

(4) สัญญาที่ประเทศสมาชิกดำเนินการแข่งขันทางการตลาดโดยตรงและไม่ได้เป็นกรณีที่มีความเข้มงวด⁶⁶

หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะจัดให้มีการประกวดออกแบบต้องส่งประกาศแจ้งความประสงค์ โดยต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ใน Annex XVIII ของ Directive 2004/17/EC ส่วนผลการพิจารณาตัดสินต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดใน Annex XIX ของ

⁵⁹ Directive 2004/18/EC Article 74

⁶⁰ Directive 2004/18/EC Article 70

⁶¹ Directive 2004/17/EC Article 61

⁶² Directive 2004/17/EC Article 62

⁶³ Directive 2004/17/EC Article 20

⁶⁴ Directive 2004/17/EC Article 21

⁶⁵ Directive 2004/17/EC Article 22

⁶⁶ Directive 2004/17/EC Article 30

Directive 2004/17/EC และต้องส่งผลการพิจารณาไปให้คณะกรรมการการยุโรปภายใน 2 เดือน นับแต่การประกวดออกแบบสิ้นสุดลง⁶⁷

การจำกัดจำนวนผู้เข้าประกวดออกแบบนั้น ทั้ง Directive 2004/18/EC และ Directive 2004/17/EC กำหนดให้สามารถกระทำได้ แต่จะต้องเป็นการดำเนินการที่โปร่งใส และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยจะต้องมีผู้ได้รับเชิญให้เข้าประกวดออกแบบในจำนวนที่เพียงพอที่ทำให้มั่นใจได้ว่ากระบวนการคัดเลือกดังกล่าวมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง และคณะกรรมการตัดสินจะต้องประกอบด้วยบุคคลธรรมดาที่มีความเป็นอิสระจากผู้เข้าร่วมประกวดออกแบบ และหากมีการกำหนดคุณสมบัติทางวิชาชีพของผู้เข้าประกวดเอาไว้ คณะกรรมการตัดสินอย่างน้อยหนึ่งในสามจะต้องมีคุณสมบัติทางวิชาชีพดังกล่าวหรือมีคุณสมบัติเทียบเท่า⁶⁸

1.4.3 ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา

Directive 2004/18/EC ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเอาไว้ด้วย โดยผู้ที่ยื่นประมูลหรือผู้สมัครเข้าแข่งขันในโครงการประมูลไม่ว่าในรูปแบบใดต้องยื่นข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาดังต่อไปนี้

1.4.3.1 ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา

การพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือผู้ประกอบการธุรกิจถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ เนื่องจากจะทำให้ได้คู่สัญญาที่มีศักยภาพและเหมาะสมกับโครงการ โดยหน่วยงานของรัฐสามารถตรวจสอบความเหมาะสมของผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมประมูล โดยพิจารณาจากสถานะทางเศรษฐกิจและทางการเงิน ความรู้ความชำนาญในวิชาชีพและในเชิงเทคนิค รวมทั้งระดับความสามารถในด้านต่าง ๆ ได้ด้วย ดังนี้

(1) คุณสมบัติด้านเศรษฐกิจและการเงิน⁶⁹

ผู้ประกอบการธุรกิจต้องจัดเตรียมหลักฐานดังต่อไปนี้อย่างน้อย 1 รายการมาแสดง ได้แก่

(1.1) ข้อมูลคำรับรองสถานะทางการเงินจากธนาคารหรือหลักฐานเกี่ยวกับการประกันความเสี่ยงต่าง ๆ

(1.2) ข้อมูลบัญชีงบดุลหรือรายละเอียดที่ได้สรุปออกมาจากบัญชีงบดุลนั้น ซึ่งการจัดทำให้เป็นไปตามที่กฎหมายของประเทศที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีสัญชาติอยู่

⁶⁷ Directive 2004/17/EC Article 63

⁶⁸ Directive 2004/18/EC Article 72, 73 และ Directive 2004/17/EC Article 65

⁶⁹ Directive 2004/18/EC Article 47

(1.3) ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทั้งหมด โดยพิจารณาจากการดำเนินงานย้อนหลัง 3 ปี

(2) คุณสมบัติเกี่ยวกับความสามารถด้านเทคนิคและ/หรือความเป็นมืออาชีพ⁷⁰

ผู้ประกอบการธุรกิจต้องจัดเตรียมหลักฐานดังต่อไปนี้อย่างน้อย 1 รายการมาแสดง ได้แก่

(2.1) กรณีของการก่อสร้างต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานที่ประสบความสำเร็จตลอดระยะเวลา 5 ปี ที่ผ่านมาประกอบกับหนังสือรับรองความพึงพอใจในการดำเนินงาน โดยหนังสือรับรองนั้นจะต้องระบุมูลค่าของสัญญา วันที่ และสถานที่ก่อสร้าง แต่หากเป็นกรณีของการให้บริการต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานย้อนหลัง 3 ปี ซึ่งข้อมูลต้องมีการสรุปผลการดำเนินงาน วันที่ และชื่อผู้รับบริการ

(2.2) ข้อมูลที่เป็นการบ่งชี้ให้เห็นความรู้ทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับโครงการ

(2.3) ข้อมูลที่บรรยายถึงคุณลักษณะพิเศษทางเทคนิคที่จะทำให้มั่นใจได้ถึงคุณภาพและข้อมูลที่แสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินการศึกษาวิจัยมาแล้ว

(2.4) ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่มีความยุ่งยากในการจัดหา หรือข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะดีเยี่ยมของสินค้าที่ต้องการสำหรับการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษเฉพาะกรณี

(2.5) ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติทางการศึกษาและความเป็นมืออาชีพของผู้ประกอบการที่จะเข้าร่วมดำเนินการ

(2.6) ข้อมูลที่เป็นการชี้วัดถึงการจัดการสิ่งแวดล้อม หากเป็นกรณีของสัญญาก่อสร้างสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ

(2.7) ข้อมูลเกี่ยวกับอัตรากำลังคนหรือแรงงานโดยเฉลี่ยต่อปีที่ใช้ในการจัดทำบริการหรือการดำเนินงาน รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนเจ้าหน้าที่ที่ใช้ในการจัดการย้อนหลังไป 3 ปี

(2.8) ข้อมูลเกี่ยวกับอุปกรณ์ โรงงาน หรือเครื่องมือทางเทคนิคที่ต้องใช้ในการจัดทำบริการหรือดำเนินงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา

(2.9) ข้อมูลที่เป็นการบ่งชี้ให้เห็นถึงสัดส่วนของสัญญาที่ซึ่งผู้จัดทำบริการตั้งใจจะมอบให้ประกอบธุรกิจรายย่อย (subcontract) ดำเนินการ

⁷⁰ Directive 2004/18/EC Article 48

(2.10) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวอย่าง เอกสารบรรยายคุณสมบัติ หรือ ภาพถ่ายของสินค้าหรือพัสดุที่จะดำเนินการจัดหาตามที่หน่วยงานของรัฐร้องขอ

(3) มาตรฐานการประกันภัย⁷¹

หน่วยงานของรัฐต้องให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้มีมาตรฐานการรับประกันที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป

(4) มาตรฐานเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม⁷²

หน่วยงานของรัฐต้องให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้มีมาตรฐานการจัดการสิ่งแวดล้อมตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปหรือของนานาชาติ

(5) เอกสารหรือข้อมูลเพิ่มเติม⁷³

หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดให้มีการรับรองเป็นหนังสือเพิ่มเติมหรือเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนก็ได้

1.4.3.2 ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา

ผู้ประกอบธุรกิจต้องไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิดดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนเกี่ยวข้องในองค์การอาชญากรรมใด ๆ ตามที่ระบุใน มาตรา 2 (1) ของ Council Joint Action 98/733/JHA

(2) มีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ตามที่ระบุในมาตรา 3 ของ Council Act ฉบับวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 1997 และมาตรา 3 (1) ของ Council Joint Action 98/742/JHA

(3) มีความผิดฐานฉ้อโกงตามความหมายที่ระบุในมาตรา 1 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงินแห่งประชาคมยุโรป (Convention relating to the protection of the financial interests of the European Communities)

(4) มีความผิดฐานฟอกเงิน ตามที่ระบุในมาตรา 1 ของ Council Directive 91/308/EEC ฉบับวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1991 ว่าด้วยการป้องกันการใช้ระบบการเงินเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟอกเงิน⁷⁴

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจบางรายยังอาจไม่มีสิทธิเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ หากผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว

⁷¹ Directive 2004/18/EC Article 49

⁷² Directive 2004/18/EC Article 50

⁷³ Directive 2004/18/EC Article 51

⁷⁴ Directive 2004/18/EC Article 45 (1)

(1) อยู่ในสถานะล้มละลายหรืออยู่ระหว่างการเลิกกิจการ ซึ่งการดำเนินกิจการของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของศาล หรือได้มีการทำสัญญาประนีประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ หรือตกอยู่ภายใต้กระบวนการอื่นใดในลักษณะเดียวกันตามกฎหมายภายในประเทศ

(2) อยู่ระหว่างกระบวนการยื่นคำขอล้มละลาย หรือขอให้มีการล้มเลิกกิจการ หรืออยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของศาล

(3) มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดว่าได้กระทำความผิดอันเกี่ยวข้องกับข้อปฏิบัติในวิชาชีพตามกฎหมายภายในประเทศ

(4) มีความผิดฐานประพฤติมิชอบในวิชาชีพอย่างร้ายแรง

(5) ไม่ชำระเงินสมทบกองทุนประกันสังคมตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจดทะเบียนก่อตั้งหรือตามกฎหมายของประเทศคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(6) ไม่ชำระภาษีให้ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจดทะเบียนก่อตั้งหรือตามกฎหมายของประเทศของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

(7) มีความผิดฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จในการให้ข้อมูลที่กฎหมายร้องขอ⁷⁵

ขณะที่ Directive 2004/17/EC นอกจากจะกำหนดให้นำหลักเกณฑ์การพิจารณา ลักษณะของคู่สัญญาที่ต้องห้ามมิให้เข้าร่วมประมูลตาม Directive 2004/18/EC ดังระบุข้างต้น มาใช้กับการประมูลที่หน่วยงานของรัฐ อันได้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนภูมิภาคหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานตามกฎหมายมหาชน เป็นผู้จัดทำด้วยแล้ว ยังมีข้อกำหนดเพิ่มเติมว่า ในการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาสำหรับการประมูลแบบเปิดกว้างที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้จัด โดยหน่วยงานดังกล่าวต้องกำหนดวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ที่ซึ่งจะทำให้สามารถหาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสนใจได้ ส่วนในการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลหรือการประมูลโดยการเจรจาต่อรองนั้น หน่วยงานดังกล่าวต้องคัดเลือกคู่สัญญาตามวัตถุประสงค์ กฎระเบียบ และหลักเกณฑ์ที่ทางหน่วยงานได้กำหนดไว้และแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจเข้าร่วมประมูลทราบ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจพิจารณาจากความจำเป็นของหน่วยงานของรัฐในการลดจำนวนผู้เข้าประมูลให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมสำหรับการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าว รวมทั้งจำนวนทรัพยากรที่หน่วยงานของรัฐต้องใช้ในการดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น แต่ทั้งนี้ ผู้เข้าประมูลที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมประมูลจะต้องมีจำนวนมากพอที่จะทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้⁷⁶

⁷⁵ Directive 2004/18/EC Article 45 (2)

⁷⁶ Directive 2004/17/EC Article 54

1.4.4 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

การพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจคัดเลือกจากผู้เข้าประมูลที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญา หรืออาจคัดเลือกจากผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุด (most economically advantageous) ก็ได้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของสัญญา ทั้งนี้ ในการคัดเลือกข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดนั้น จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์หลาย ๆ ด้าน อาทิ คุณภาพ ราคา คุณลักษณะด้านเทคนิค คุณลักษณะด้านสุนทรียศาสตร์และคุณสมบัติการทำงาน ลักษณะทางสิ่งแวดล้อม ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ความคุ้มค่าในการลงทุน การให้บริการหลังการขายหรือการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค วันส่งมอบงาน และระยะเวลาในการส่งมอบงานหรือระยะเวลาดำเนินงานจนแล้วเสร็จ⁷⁷

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้เข้าประมูลที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญานั้น หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่าข้อเสนอในการประมูลดังกล่าวมีราคาต่ำผิดปกติทางหน่วยงานอาจทำหนังสือขอให้ผู้ยื่นประมูลชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบต่าง ๆ ของข้อเสนอตามที่เห็นสมควร อาทิ หลักการทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับวิธีก่อสร้าง กระบวนการผลิตหรือการให้บริการดังกล่าว วิธีแก้ปัญหาในเชิงเทคนิคและ/หรือเงื่อนไขที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้ยื่นประมูลในการดำเนินงานก่อสร้างหรือการจัดหาพัสดุหรือการให้บริการดังกล่าว ความริเริ่มสร้างสรรค์ (originality) ของงานก่อสร้าง หรืองานจัดหาพัสดุ หรืองานให้บริการ ความถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการจ้างงานและสภาพการทำงาน หรืออาจสอบถามว่าผู้ยื่นประมูลได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลหรือไม่ หากหน่วยงานของรัฐพบว่าการประมูลดังกล่าวมีราคาต่ำผิดปกติเนื่องจากผู้เข้าประมูลได้รับการช่วยเหลือจากรัฐบาล หน่วยงานของรัฐจะสามารถปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวโดยอาศัยเหตุที่ผู้ยื่นประมูลได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลเพียงอย่างเดียวได้ต่อเมื่อผู้ยื่นประมูลไม่สามารถนำหลักฐานมาแสดงภายในระยะเวลาอันเหมาะสมได้ว่าตนได้รับความช่วยเหลือดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการยุโรปทราบด้วย⁷⁸

⁷⁷ Directive 2004/18/EC Article 53 (1) และ Directive 2004/17/EC Article 55 (1)

⁷⁸ Directive 2004/18/EC Article 55 และ Directive 2004/17/EC Article 57

1.5 หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ

สหภาพยุโรปไม่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ แต่จะมี คณะกรรมาธิการยุโรปที่ทำหน้าที่ดูแลรายละเอียดของ Directive ที่จะใช้บังคับกับการร่วม ดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งในปัจจุบันคณะกรรมาธิการ ยุโรปจะประกอบด้วยกรรมาธิการจำนวน 27 คน มาจากแต่ละประเทศสมาชิก โดยการทำงาน จะมีคณะกรรมการที่ปรึกษาทำหน้าที่ช่วยเหลือในการทำงาน

สำหรับในส่วนของคณะกรรมการที่ปรึกษา ได้มีการจัดตั้งเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 โดยได้มีการออก Council Decision 71/306/EEC เพื่อจัดตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษา สำหรับสัญญาสาธารณะ (Advisory Committee for Public Contracts)* โดยคณะกรรมการ ดังกล่าวประกอบด้วยตัวแทนจากประเทศสมาชิกที่เป็นหน่วยงานของรัฐ และมีประธานที่เป็น ตัวแทนมาจากคณะกรรมาธิการยุโรป โดยจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวอาจจะเกิดจากการริเริ่มจากตัวคณะกรรมการที่ปรึกษาเองหรือได้รับ การร้องขอจากประเทศสมาชิกก็ได้ ทั้งนี้ ที่ประชุมจะมีการยกประเด็นปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้ กฎหมายเพื่อนำไปปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพต่อไป⁷⁹

สำหรับการกำกับดูแลเพื่อให้ขั้นตอนการดำเนินการตาม Directive 2004/18/EC สามารถใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดความโปร่งใส รวมทั้งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการทบทวนขั้นตอนการดำเนินการ โดยการทบทวนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน Directive 89/665/EEC โดยทุกวันที่ 1 มีนาคมของแต่ละปี ประเทศสมาชิกจะต้องส่งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานของตนไปยัง คณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อให้คณะกรรมาธิการยุโรปได้ทบทวนถึงกระบวนการตาม Directive โดยคณะกรรมาธิการยุโรปจะพิจารณาจากข้อมูลดังกล่าวในลักษณะของการปรึกษาหารือกับ คณะกรรมการที่ปรึกษาสำหรับสัญญาสาธารณะ⁸⁰ แต่หากเป็นการกำกับดูแลเกี่ยวกับการ ดำเนินการตาม Directive 2004/17/EC จะเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน Directive 92/13/EEC⁸¹

* เดิมคณะกรรมการชุดนี้ชื่อว่า “Advisory Committee for Public Works Contracts” จนกระทั่งเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1976 ได้มีการออก Decision 77/63/EEC เปลี่ยนชื่อเป็น “Advisory Committee for Public Contracts” โดยให้มีผลเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ซึ่งประกาศ เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1977 และใช้ชื่อดังกล่าวมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

⁷⁹ Directive 2004/18/EC Article 77 และ Directive 2004/17/EC Article 68

⁸⁰ Directive 2004/18/EC Article 81

⁸¹ Directive 2004/17/EC Article 72

1.6 ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป

ในปัจจุบันการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Directive 2004/17/EC และ Directive 2004/18/EC โดยหากเป็นการร่วมดำเนินการที่เกี่ยวกับสัญญาสาธารณะประเภทด้านการประปา การพลังงาน การขนส่ง และการไปรษณีย์ จะต้องดำเนินการตาม Directive 2004/17/EC แต่หากเป็นการร่วมดำเนินการในกิจการสาธารณะทั่วไป จะต้องดำเนินการตาม Directive 2004/18/EC ซึ่ง Directive ทั้ง 2 ฉบับ ได้กำหนดกรอบการร่วมดำเนินงานอย่างกว้างเอาไว้ เพื่อให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถไปกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศให้สอดคล้องกับ Directive ดังกล่าวได้

สำหรับความหมายของคู่สัญญานั้น มีข้อสังเกตว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถเป็นองค์ภาครัฐได้ ไม่จำเป็นว่าต้องเป็นเอกชนเสมอไป เนื่องจากสหภาพยุโรปเล็งเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นการร่วมดำเนินการระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเองหรือเป็นการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในการแข่งขันเช่นเดียวกัน

ในส่วนของมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการของ Directive แต่ละฉบับนั้น สหภาพยุโรปได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังต่อไปนี้

Directive 2004/18/EC จะใช้บังคับกับสัญญาสาธารณะ ดังต่อไปนี้

(1) 162,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นการจัดหาพัสดุสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ โดยหากเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะจะต้องไม่ใช่รายการที่ระบุไว้ใน Category 8 ของภาคผนวก ก (Annex II A) และต้องเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานส่วนกลางของแต่ละประเทศ และในกรณีที่เป็นการจัดหาพัสดุซึ่งเป็นสินค้าเกี่ยวกับความมั่นคง จะใช้หลักเกณฑ์นี้บังคับเฉพาะกับการจัดหาพัสดุสาธารณะที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex V) เท่านั้น

(2) 249,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นการจัดหาพัสดุสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐนอกเหนือจากหน่วยงานที่ระบุในภาคผนวก ก (Annex IV) หรือเป็นการจัดหาพัสดุสาธารณะที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่ระบุในภาคผนวก ก (Annex IV) โดยต้องเป็นการจัดหาพัสดุที่เป็นสินค้าเกี่ยวกับความมั่นคงที่ไม่ได้ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex V) หรือเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่ระบุไว้ใน Category 8 ของภาคผนวก ก (Annex II A) และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะด้านกิจการโทรคมนาคมที่ระบุไว้ใน Category 5 รวมทั้งบริการต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในภาคผนวก ก (Annex II B)

(3) 6,242,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นการก่อสร้างสาธารณะทุกประเภท

ขณะที่ Directive 2004/17/EC จะใช้บังคับกับสัญญาสาธารณะ ดังต่อไปนี้

(1) 499,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภคและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภค

(2) 6,242,000 ยูโร ในกรณีที่ เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค

สำหรับขั้นตอนการร่วมดำเนินโครงการนั้น Directive 2004/18/EC ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไว้ทั้งหมด 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (4) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง และ (5) การประกวดออกแบบ

ในขณะที่ Directive 2004/17/EC ก็กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เช่นเดียวกับ Directive 2004/18/EC แต่อนุญาตให้ดำเนินการได้เพียง 4 รูปแบบเท่านั้น โดยไม่สามารถนำรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาหรือดังเช่นที่กำหนดไว้ใน Directive 2004/18/EC มาใช้ได้

สหภาพยุโรปไม่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ แต่จะมีคณะกรรมการยุโรปที่ทำหน้าที่ดูแลรายละเอียดของ Directive ที่จะใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งคณะกรรมการยุโรปในปัจจุบันจะประกอบด้วยกรรมการจำนวน 27 คน มาจากประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ โดยการทำงานจะมีคณะกรรมการที่ปรึกษาทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือในการทำงาน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษ

จุดเริ่มต้นของการนำเงินทุนภาคเอกชนมาใช้กับการลงทุนในโครงการสาธารณะในประเทศอังกฤษนั้น ต้องย้อนกลับไปเริ่มต้นทศวรรษ 1980 ซึ่งรัฐบาลพรรคอนุรักษนิยมในสมัยที่นางมากาเร็ต แททเชอร์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้เริ่มนำแนวนโยบายดังกล่าวมาใช้ เนื่องจากต้องการลดบทบาทของรัฐในระบบเศรษฐกิจลง แรงกระตุ้นเริ่มแรกส่วนหนึ่งมาจากรัฐวิสาหกิจและรัฐบาลท้องถิ่นบางแห่งที่ต้องการหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลกลาง ดังนั้นเพื่อตอบสนองแนวความคิดดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1981 จึงได้มีการเสนอหลักการที่กำหนดให้โครงการสาธารณะต้องใช้เงินทุนของภาคเอกชนในการดำเนินงาน โดยมีเงื่อนไขว่าการดำเนินงานดังกล่าวต้องก่อให้เกิดประสิทธิผลและความคุ้มค่ามากกว่าการใช้จ่ายเงินทุนของภาครัฐ อย่างไรก็ตาม แม้หลักการดังกล่าวจะกำหนดให้ใช้เงินทุนของภาคเอกชนในการดำเนินงาน แต่ในความเป็นจริงก็ได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าเงินทุนนั้นเป็นรายจ่ายของภาครัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้เป็นอุปสรรคต่อการระดมเงินทุนจากภาคเอกชนมาใช้ จนในที่สุดหลักการดังกล่าวก็ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1989 และไม่ได้มีการนำกลับมาพิจารณาใช้อีก จนกระทั่งเกิดวิกฤตเกี่ยวกับการลงทุนของภาครัฐ รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่รัฐต้องใช้จ่ายไปเพื่อการบำรุงรักษาโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจและสังคมเป็นระยะเวลานาน ๆ ส่งผลให้รัฐบาลต้องมีการประกาศใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการแบบ PFI ในปี ค.ศ. 1992⁸²

ปัจจุบันหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษนั้น จะเป็นไปตาม The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ที่มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 2006 ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับเป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรปที่เป็นการรองรับหลักการเกี่ยวกับมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปตามที่กำหนดไว้ใน European Communities Act 1972 โดย The Public Contracts Regulations 2006 จะเป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/18/EC และ The Utilities Contracts Regulations 2006 เป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/17/EC กฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวจะใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการในสหราชอาณาจักร* ยกเว้น

⁸² Richard Hemming and staff, *Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk*, (Washington D.C.: International Monetary Fund, 2006), p. 64.

* สหราชอาณาจักร ประกอบด้วยประเทศอังกฤษ ประเทศเวลส์ ประเทศไอร์แลนด์เหนือ และประเทศสกอตแลนด์

ประเทศสกอตแลนด์⁸³ ซึ่งหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการตามกฎหมายทั้ง 2 ฉบับมีเนื้อหาที่ค่อนข้างใกล้เคียงกัน ผู้เขียนจึงขออธิบายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 เป็นหลักและจะได้อธิบายหลักเกณฑ์ในส่วนของ The Utilities Contracts Regulations 2006 เพิ่มเติมเป็นกรณีไป

2.1 ลักษณะของการร่วมดำเนินการแบบ Public Finance Initiative (PFI)

การร่วมดำเนินการในแบบ PFI มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะมากยิ่งขึ้น อันเป็นหนึ่งในนโยบายของรัฐบาลพรรคอนุรักษนิยมที่ใช้ในการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนในการร่วมดำเนินโครงการสาธารณะ โดยการร่วมดำเนินการแบบ PFI จะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงของโครงการไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการจัดสรรทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน โดยมีเกณฑ์ในการพิจารณาว่าภาคเอกชนสามารถบริหารจัดการความเสี่ยงในเรื่องนั้น ๆ ได้ดีที่สุดหรือไม่ เช่น กรณีของความเสี่ยงในการก่อสร้างที่ความรับผิดชอบเหล่านี้ควรจะจัดสรรไปให้ภาคเอกชน ในขณะที่ความเสี่ยงบางประเภทรัฐสามารถจัดการได้ดีกว่า รัฐก็ควรต้องรับภาระในความเสี่ยงนั้น⁸⁴

2.1.1 ลักษณะทั่วไปของการร่วมดำเนินการ

การร่วมดำเนินการแบบ PFI ถือได้ว่าเป็นรูปแบบการร่วมดำเนินการรูปแบบหนึ่งของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่ส่วนใหญ่จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ออกแบบก่อสร้าง จัดหาเงินทุน และดำเนินงาน (DBFO) โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดผลลัพธ์ที่ต้องการ ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์ของ PFI รัฐจะไม่ได้เป็นเจ้าของสินทรัพย์ เช่น ในกรณีของโรงพยาบาลหรือโรงเรียนที่ผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ แต่รัฐจะเป็นผู้รับซื้อบริการของเอกชน และจะจ่ายค่าตอบแทนให้เอกชนสำหรับการใช้สาธารณูปโภคนั้นตามอัตราที่ตกลงกันตลอดอายุสัญญา และเมื่อสัญญาสิ้นสุดแล้วความเป็นเจ้าของในสินทรัพย์อาจจะยังคงอยู่ที่เอกชนหรือโอนกลับมาเป็นของรัฐก็ได้ ขึ้นอยู่ข้อตกลงในสัญญา โดย PFI จะมีความแตกต่างจากการแปรรูป (privatization) ในลักษณะที่รัฐยังคงมีบทบาทสำคัญในโครงการ ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของหน่วยงานหลักที่รับซื้อบริการหรือในฐานะผู้มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการดำเนินงานโครงการ และ PFI ก็แตกต่างจากเรื่องของการทำสัญญาเอกชนให้บริหารงาน (contracting-out) ตรงที่

⁸³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 1 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 1

⁸⁴ Grahame Allen, *The Private Finance Initiative (PFI)*, [Online]. 2001. Available from: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>, p. 3.

เอกชนจะเป็นผู้ลงทุนในสินทรัพย์พร้อมทั้งเป็นผู้ให้บริการด้วย สำหรับความแตกต่างระหว่างการร่วมดำเนินการแบบ PFI กับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP รูปแบบอื่นที่อยู่ในโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI นั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้จัดหาเงินทุนในการดำเนินโครงการเอง⁸⁵

2.1.2 รูปแบบของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI⁸⁶

ภายใต้หลักเกณฑ์ของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI สามารถแบ่งรูปแบบของโครงการได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ (1) รูปแบบทางการเงินอิสระ (2) รูปแบบกิจการร่วมค้า และ (3) รูปแบบการขายผลผลิตให้แก่รัฐ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.2.1 รูปแบบทางการเงินอิสระ (Free-Standing Projects หรือ Financially Free Standing)

รูปแบบทางการเงินอิสระเป็นรูปแบบที่เอกชนจะเป็นผู้ดำเนินโครงการ โดยเอกชนจะได้เงินลงทุนคืนจากการเก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการจากประชาชนผู้ให้บริการเท่านั้น ตัวอย่างเช่น โครงการสะพาน Queen Elizabeth II โดยการดำเนินงานโครงการลักษณะนี้รัฐอาจเข้ามามีบทบาทในการดำเนินงานเพียงบางส่วนเพื่อให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้เท่านั้น ตัวอย่างเช่น การจัดทำแผนงานเบื้องต้น การออกใบอนุญาต การให้สัมปทาน การกำหนดเส้นทาง หรือการดำเนินงานเกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งการที่เอกชนจะเป็นผู้รับผิดชอบโครงการทั้งหมดได้นั้น จะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐก่อน ทั้งนี้ การดำเนินการตามรูปแบบทางการเงินอิสระไม่จำเป็นต้องมีการเปรียบเทียบความคุ้มค่าทางการเงินกับกรณีที่รัฐเป็นผู้จัดทำโครงการด้วยตนเอง

2.1.2.2 รูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint Ventures)

การร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า เป็นรูปแบบโครงการที่ทั้งรัฐและเอกชนต่างมีส่วนร่วมในการดำเนินงาน แต่เอกชนจะเป็นผู้ควบคุมการดำเนินงานโดยรวม ซึ่งในหลาย ๆ กรณี การเข้ามามีส่วนร่วมของรัฐก็เพียงเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะส่วนรวมเท่านั้น ตัวอย่างเช่น การสร้างถนนเพื่อลดการจราจรที่คับคั่งโดยการสร้างทางข้ามแยก ซึ่งการดำเนินการโครงการในภาพรวมจะต้องเป็นการดำเนินการแล้วก่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและต้องคำนึงถึงการใช้ทรัพยากรอย่างเหมาะสมด้วย

⁸⁵ Ibid., p. 10.

⁸⁶ Ibid., pp. 12-13.

ข้อกำหนดหลัก ๆ สำหรับโครงการร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้าได้แก่

(1) หุ้นส่วนเอกชนในกิจการร่วมค้าควรจะต้องมาจากกระบวนการแข่งขันคัดเลือก

(2) เอกชนเป็นผู้ควบคุมการดำเนินงานของกิจการร่วมค้า

(3) การเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของรัฐจะต้องกำหนดให้ชัดเจนและจำกัดให้ดำเนินการได้เพียงบางอย่างเท่านั้น โดยรายได้จากการลงทุนจะมาจากค่าธรรมเนียมการใช้บริการของผู้ใช้บริการ

(4) การจัดสรรความเสี่ยงและผลตอบแทนจะต้องมีการกำหนดรายละเอียดได้อย่างชัดเจนและมีการตกลงกันไว้ล่วงหน้า

การเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของรัฐ มีได้หลายรูปแบบ เช่น การให้กู้เงินหรือการโอนสินทรัพย์ที่มีอยู่ หากเป็นกรณีของรัฐเข้าถือหุ้นในโครงการดังกล่าว จะต้องไม่ใช่หุ้นที่มีอำนาจในการควบคุมการดำเนินงานของกิจการร่วมค้า

2.1.2.3 รูปแบบของการขายผลผลิตให้แก่รัฐ (Services sold to the public sector)

รูปแบบของการให้บริการประเภทนี้จะมีลักษณะที่เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการให้แก่รัฐ ซึ่งจะพบมากในกรณีที่ต้นทุนส่วนใหญ่ของโครงการเป็นค่าใช้จ่ายส่วนทุน ตัวอย่างเช่น

- เอกชนเป็นผู้ขายบริการล้างไตให้แก่โรงพยาบาล
- เอกชนเป็นผู้จัดหาที่พักอาศัยและรับดูแลผู้สูงอายุเป็นรายวัน
- เอกชนเป็นผู้ให้บริการเรือเช่า โดยเอกชนจะเป็นผู้ออกแบบ ก่อสร้าง จัดหาเงินทุน และบริหารจัดการเรือเช่า

ในการดำเนินงานรูปแบบนี้ รัฐซึ่งเป็นผู้ซื้อบริการจะต้องมีความมั่นใจว่าการซื้อบริการในลักษณะนี้มีความคุ้มค่าทางการเงินมากกว่าการดำเนินงานด้วยวิธีอื่น และการทำสัญญาจะต้องตั้งอยู่บนหลักการในเชิงพาณิชย์

2.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา

หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการถือเป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ใครบ้างที่สามารถเข้ามาทำสัญญาร่วมดำเนินการแบบ PFI ได้ และประเภทของกิจการใดบ้างที่ควรทำสัญญาร่วมดำเนินการ

2.2.1 ความหมายของคู่สัญญา

การพิจารณาความหมายของคู่สัญญานั้น เมื่อพิจารณาจาก The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 สามารถสรุปได้ดังนี้

2.2.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตามความหมายของ The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดไว้ว่า หมายถึง รัฐมนตรี (Minister of the Crown) และส่วนราชการที่อยู่ในสังกัดของฝ่ายบริหารทั้งหมดทั้งในส่วนกลาง (government department) และส่วนท้องถิ่น (local authority) นอกจากนี้ยังรวมไปถึงหน่วยงานในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎร (House of Commons) และวุฒิสภา (House of Lords) ด้วย⁸⁷

ในขณะที่เมื่อพิจารณาความหมายจาก The Utilities Contracts Regulations 2006 พบว่า จะความหมายเฉพาะถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคทั้งที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกิจการที่เกี่ยวข้องกับประปา (water) กิจการที่เกี่ยวข้องกับไฟฟ้า (electricity) กิจการที่เกี่ยวข้องกับก๊าซ (gas) กิจการที่เกี่ยวข้องกับการทำความร้อน (heat) กิจการที่เกี่ยวข้องกับการสำรวจและการกลั่นน้ำมันและก๊าซ (exploration and extraction of oil and gas) หรือที่เรียกว่าปิโตรเลียม กิจการเกี่ยวกับถ่านหินและเชื้อเพลิงแข็ง (coal and solid fuel) และกิจการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่ง (transport)⁸⁸

2.2.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน⁸⁹

สำหรับความหมายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 มีความหมายเช่นเดียวกัน คือ บุคคลที่เสนอตัวว่าจะกระทำการงานใด ๆ ในท้องตลาดและได้ชวนขาย พยายาม หรือประสงค์ที่จะเป็นบุคคลที่ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาสาธารณะ โดยบุคคลนั้นจะต้องได้รับการรับรองสถานภาพให้เป็นบุคคลในประเทศรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป⁹⁰ รวมทั้งในประเทศบัลแกเรีย ไชซ์แลนด์ ลิกเทินสไตน์ นอร์เวย์ และโรมาเนีย ด้วย⁹¹

⁸⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 3

⁸⁸ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 3

⁸⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 4 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 4

⁹⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

⁹¹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 4 (4)

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า ผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเป็นบุคคลที่เสนอตัวเข้ามาทำงานร่วมกับรัฐ โดยบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบทั้งในส่วนของ การก่อสร้าง การจัดหาเงินทุน และการบริหารจัดการ รวมทั้งต้องเข้ามาร่วมรับความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นตามที่ได้ตกลงกัน และบุคคลนั้นจะต้องมีสถานภาพเป็นบุคคลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปรวมทั้งประเทศตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้วย

ในขั้นตอนการเสนอตัวเพื่อเข้าประมูลเป็นผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนของประเทศอังกฤษนั้น ผู้ที่เสนอตัวเข้าประมูลไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่เข้าประมูลแม้จะเสนอราคาในนามของกิจการร่วม * (consortium) ก็สามารถกระทำได้ อย่างไรก็ตาม หากกิจการร่วมดังกล่าวได้รับการคัดเลือกแล้ว ก่อนเข้าทำสัญญาร่วมดำเนินการต้องดำเนินการจดทะเบียนในรูปของนิติบุคคลให้เรียบร้อยก่อน⁹²

2.2.2 ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ

ประเภทของกิจการที่มีความเหมาะสมกับการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการกับรัฐส่วนใหญ่จะเป็นกิจการสาธารณะที่มีมูลค่าการลงทุนของโครงการค่อนข้างสูง โดย The Public Contracts Regulations 2006 จะกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างสะพาน ทางหลวง ทางรถไฟ หรืออินเทอร์เน็ต⁹³

อย่างไรก็ดี หากเป็นการประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภค⁹⁴ จะต้องดำเนินการตาม The Utilities Contracts Regulations 2006 หากเป็นกิจการสาธารณูปโภคดังต่อไปนี้ กิจการที่เกี่ยวข้องกับการประปา (water) ไฟฟ้า (electricity) ก๊าซ (gas) ความร้อน (heat) กิจการที่เกี่ยวข้องกับการสำรวจและสกัดน้ำมัน (oil) และก๊าซ (gas) กิจการที่เกี่ยวกับถ่านหินหรือเชื้อเพลิงแข็งอื่น ๆ (coal or other solid fuel) และกิจการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่ง (transport)⁹⁵

* Consortium เกิดจากการรวมกลุ่มกันทำธุรกิจของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน แต่ความรับผิดชอบจะมีการแบ่งกันภายในอย่างชัดเจนว่าความเสียหายในเรื่องใดใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งต่างจาก Joint Venture ที่หากเกิดความเสียหายผู้ร่วมดำเนินการทั้งหมดในนามของกิจการร่วมค้าจะเป็นผู้รับผิดชอบร่วมกัน

⁹² The Public Contracts Regulations 2006 Article 28 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 28

⁹³ The Public Contracts Regulations 2006 Schedule 2-3

⁹⁴ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 3

⁹⁵ The Utilities Contracts Regulations 2006 Schedule 1

จากประสบการณ์ของการร่วมดำเนินการแบบ PFI ในประเทศอังกฤษ พบว่าการร่วมดำเนินการในลักษณะดังกล่าวไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนต่ำ เนื่องจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างแบบ PFI มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานค่อนข้างสูง และไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับโครงการที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว เนื่องจากโครงการที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีสูงจะกำหนดเงื่อนไขการให้บริการที่แน่นอนได้ยาก ทั้งการออกแบบสัญญาให้มีความยืดหยุ่นเพียงพอภายในวงเงินที่เหมาะสมก็ทำได้ยากเช่นกัน ดังนั้น ในปี ค.ศ. 2003 กระทรวงการคลังจึงพิจารณาเห็นว่ารูปแบบการร่วมดำเนินการแบบ PFI ไม่เหมาะสำหรับโครงการที่มีมูลค่าการร่วมดำเนินการต่ำกว่า 20 ล้านปอนด์ หรือกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology: IT) หรือ ICT⁹⁶

2.2.3 มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ

The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาไว้ดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะ ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 5,278,000 ยูโร⁹⁷

(2) ในกรณีที่เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะส่วนใหญ่ รวมถึงสัญญาเพื่อให้บริการด้านกิจการโทรคมนาคมที่ระบุในภาคผนวก ข* (Category 5 ของ Part A ของ Schedule 3) หรือสัญญาเพื่อให้บริการด้านค้นคว้าวิจัยที่ระบุในภาคผนวก ข (Category 8 ของ Part A ของ Schedule 3) จะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำ 211,000 ยูโร แต่หากเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่ระบุในภาคผนวก ข (Part A ของ Schedule 3) ซึ่งดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานของรัฐที่มีชื่อระบุในภาคผนวก ข (Schedule 1) จะต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 137,000 ยูโร⁹⁸

(3) ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะก็จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วนเช่นกัน กล่าวคือ หากเป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะทั่วไปจะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำ 211,000 ยูโร แต่หากเป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่ระบุไว้ในภาคผนวก ข

⁹⁶ HM Treasury, Value for Money Assessment Guidance, (London, November 2006), p. 7.

⁹⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (2)

* ภาคผนวก ข หมายถึง ตารางแนบท้าย (Schedule) ของ The Public Contracts Regulations 2006 โดยรายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก ข

⁹⁸ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (3) (4)

(Schedule 1) หรือเป็นการดำเนินการโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในสัญญาเพื่อการจัดซื้อหรือเช่าพัสดุที่ระบุในภาคผนวก ข (Schedule 5) จะต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 137,000 ยูโร⁹⁹

ในการคำนวณมูลค่าสัญญาใด ๆ เพื่อพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวมีมูลค่าขั้นต่ำตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้หรือไม่ จะต้องคำนวณจากมูลค่าค่าตอบแทนทั้งหมดที่พึงชำระตามสัญญา ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม¹⁰⁰ และจะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ (1) สิทธิทุกรูปแบบ (2) การต่อสัญญา (3) รางวัลหรือค่าตอบแทนใด ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (4) เบี้ยประกันที่พึงชำระและค่าตอบแทนรูปแบบอื่นที่อาจได้รับจากบริการประกันภัย (5) ค่าธรรมเนียม ค่านายหน้า หรือดอกเบี้ยที่พึงชำระ หรือค่าตอบแทนรูปแบบอื่นจากการใช้บริการธนาคารหรือบริการทางการเงิน (6) ค่าธรรมเนียม ค่านายหน้า หรือค่าตอบแทนรูปแบบอื่นที่จะได้จากบริการออกแบบ (ในกรณีที่มีบริการออกแบบ)¹⁰¹

นอกจากนี้ สัญญาสาธารณะบางประเภทอาจมีลักษณะพิเศษซึ่งทำให้คำนวณมูลค่าที่แท้จริงของสัญญาได้ยาก ในกรณีนี้ The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดวิธีการคำนวณมูลค่าสัญญารูปแบบต่าง ๆ เอาไว้ กล่าวคือ

ในกรณีที่สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาเช่าพัสดุ การคำนวณมูลค่าสัญญาจะต้องพิจารณาจากระยะเวลาของสัญญาเป็นหลัก กล่าวคือ หากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนไม่ว่าจะเกิน 12 เดือนหรือไม่ ให้คำนวณค่าตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับตลอดอายุสัญญาดังกล่าว แต่หากสัญญาดังกล่าวไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน ให้คำนวณค่าตอบแทนที่จะได้รับเป็นรายเดือนคูณด้วย 48¹⁰²

ส่วนการคำนวณมูลค่าสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่ไม่ได้ระบุมูลค่าของสัญญาทั้งหมดไว้จะแบ่งเป็น 2 แบบคือ หากเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 48 เดือน ให้คำนวณมูลค่าสัญญาจากค่าตอบแทนทั้งหมดที่คาดว่าจะได้รับตลอดช่วงระยะเวลาดังกล่าว แต่หากเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่า 48 เดือน หรือเป็นสัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน ให้คำนวณโดยการนำค่าตอบแทนรายเดือนที่คาดว่าจะได้รับมาคูณด้วย 48¹⁰³

ในกรณีที่มีการทำสัญญาหลายฉบับเพื่อจัดหาพัสดุหรือให้บริการ หรือเพื่อดำเนินงานก่อสร้างใด ๆ ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเงื่อนไขเดียวกัน การคำนวณมูลค่าสัญญาแต่ละฉบับ

⁹⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (5)

¹⁰⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (7)

¹⁰¹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (8)

¹⁰² The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (9)

¹⁰³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (10)

จะคำนวณจากค่าตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับตามสัญญาแต่ละฉบับ¹⁰⁴ แต่เงื่อนไขนี้จะไม่ใช่กับสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะหรือสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะที่มีมูลค่าต่ำกว่า 80,000 ยูโร หรือสัญญาก่อสร้างสาธารณะที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1,000,000 ยูโร และมูลค่าของสัญญาดังกล่าวคิดเป็นสัดส่วนไม่ถึงร้อยละ 20 ของมูลค่าโดยรวมทั้งหมดของสัญญาทุกฉบับที่จะได้จัดทำภายใต้ข้อกำหนดเงื่อนไขเดียวกัน เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเลือกใช้ข้อกำหนดนี้¹⁰⁵

ในกรณีที่มีการทำสัญญาเป็นชุด (series) หรือสัญญาที่มีเงื่อนไขในการต่ออายุสัญญาออกไป โดยมีวัตถุประสงค์เดียวกันในการจัดหาพัสดุหรือให้จัดทำบริการใด ๆ สำหรับช่วงระยะเวลาหนึ่ง ให้นำค่าตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับจากสัญญาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันสำหรับการจัดหาพัสดุหรือการให้จัดทำบริการประเภทเดียวกันมาคำนวณรวมกัน¹⁰⁶

ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะซึ่งต้องมีการทำสัญญาหลายฉบับภายใต้โครงการก่อสร้างเดียวกัน และคู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องมีการส่งมอบวัสดุใด ๆ ให้กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อใช้ในการดำเนินงานก่อสร้างดังกล่าว ในการคำนวณมูลค่าสัญญาแต่ละฉบับจะต้องมีการนำมูลค่าโดยประมาณของวัสดุ ณ วันที่ส่งประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลไปตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษามาคำนวณรวมด้วย¹⁰⁷

ส่วน The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาสาธารณูปโภคที่อาจใช้การทำสัญญาร่วมดำเนินการได้ไว้ดังนี้

- (1) ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภคหรือสัญญาให้บริการสาธารณูปโภค ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 422,000 ยูโร
- (2) ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 5,278,000 ยูโร¹⁰⁸

ทั้งนี้ The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดวิธีการคำนวณมูลค่าสัญญาโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับวิธีการคำนวณมูลค่าสัญญาของ The Public Contracts Regulations 2006 แทบทุกประการ โดยการคำนวณมูลค่าสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค สัญญาจัดหาสาธารณูปโภค และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภค จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการคำนวณมูลค่าสัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ ตามลำดับ

¹⁰⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (11)

¹⁰⁵ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (12)

¹⁰⁶ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (13)

¹⁰⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 8 (16)

¹⁰⁸ The Utilities Contracts Regulations 2006 Article 11

2.3 ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินโครงการ

การพิจารณาเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถใช้วิธีการเปิดประมูลคัดเลือก หรืออาจใช้วิธีดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้าก็ได้ ขึ้นอยู่กับแนวทางการดำเนินการว่าวิธีการใดจะให้ประโยชน์ตอบแทนกลับมาได้ดีกว่ากัน ดังนั้น ในส่วนของขั้นตอนการดำเนินการผู้เขียนจึงจะกล่าวอธิบายออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนของขั้นตอนการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งเป็นกรณีของการร่วมดำเนินการทั่วไป กับส่วนที่ต้องพิจารณาในการร่วมดำเนินการในรูปของกิจการร่วมค้า

การดำเนินการเพื่อพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสหราชอาณาจักร โดยทั่วไปจะดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 ยกเว้น ประเทศสกอตแลนด์ที่ไม่มีอยู่ในบังคับของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ โดยอาจแบ่งได้เป็น 4 ขั้นตอน ได้แก่ (1) ขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการร่วมดำเนินการ (2) ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ (3) ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของเอกชน และ (4) ขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ผ่านการพิจารณาคุณสมบัติ

2.3.1 ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา¹⁰⁹

การประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ ถือเป็นขั้นตอนปฏิบัติเริ่มต้นที่หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมว่าโครงการร่วมดำเนินการดังกล่าวเหมาะสมจะใช้วิธีการร่วมดำเนินการกับเอกชนหรือไม่ เนื่องจากโครงการร่วมดำเนินการส่วนใหญ่จะเป็นโครงการที่ใช้งบลงทุนค่อนข้างสูง การประเมินความคุ้มค่าทางการเงินจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยจะต้องพิจารณาจากปัจจัยหลาย ๆ อย่างประกอบกัน สำหรับขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของประเทศอังกฤษจะเป็นไปตามคู่มือแนวทางปฏิบัติที่ชื่อว่า “Value for Money Assessment Guidance” ที่ออกใช้บังคับในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2006 โดยคู่มือดังกล่าวจะใช้สำหรับการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI เป็นหลัก แต่หากหน่วยงานของรัฐที่ใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP อื่น ที่ไม่ใช่แบบ PFI ก็สามารถนำคู่มือนี้ในการพิจารณาได้

คู่มือแนวทางประเมินความคุ้มค่าทางการเงินนี้จะใช้เป็นแนวทางสำหรับทั้งโครงการร่วมดำเนินการระดับชาติและระดับท้องถิ่น โดยขั้นตอนการประเมินความคุ้มค่าทางการเงินสามารถแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่ (1) ขั้นตอนการประเมินแผนงาน (2) ขั้นตอนการประเมินโครงการ และ (3) ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้าง

¹⁰⁹ HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, London, November 2006.

2.3.1.1 ขั้นตอนการประเมินแผนงาน¹¹⁰ (Programme Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินแผนงานเป็นการวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณของโครงการว่าแผนงานดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะนำรูปแบบการร่วมดำเนินการแบบ PFI มาใช้กับโครงการดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการประเมินดังต่อไปนี้

(1) แผนงานต้องสามารถทำได้จริง (Viability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการประเมินเกี่ยวกับประเด็นด้านประสิทธิภาพของโครงการ หน้าที่ความรับผิดชอบ หรือเงินทุนของซึ่งจะใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้ยังพิจารณาขยายไปถึงขอบเขตความต้องการอื่นในการจัดทำสัญญา ซึ่งจะต้องมีการกำหนดผลลัพธ์ที่ชัดเจน โดยจะต้องมีการกระจายความเสี่ยงไปยังผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนที่เหมาะสมด้วย

สำหรับโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI จะแปรเปลี่ยนไปตามวัตถุประสงค์ของการลงทุนและผลลัพธ์ที่ต้องการ เช่น ในเรื่องของคุณภาพและปริมาณที่จะต้องมีความชัดเจนและสามารถกำหนดได้ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณา ได้แก่ วัตถุประสงค์และผลลัพธ์ ความยืดหยุ่นในการดำเนินการ เงินทุน ประสิทธิภาพ และความรับผิดชอบ และประเด็นอื่น ๆ ที่จำเป็นของแต่ละโครงการ

(2) แผนงานต้องตอบสนองต่อความต้องการ (Desirability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการประเมินเกี่ยวกับประโยชน์ที่จะได้รับจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหลาย ๆ รูปแบบ ดังเช่น แรงจูงใจของโครงการและการกระจายความเสี่ยงเทียบกับการจัดซื้อจัดจ้างตามปกติ ต้องมีการพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของสัญญา ร่วมดำเนินการในระยะยาว รวมทั้งกลไกในการดำเนินงาน

โครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI นั้น สามารถบริหารความเสี่ยงได้ดีกว่าการร่วมดำเนินการรูปแบบอื่น ๆ และก่อให้เกิดแรงจูงใจที่จะให้เกิดการพัฒนาด้านนวัตกรรมจากผลลัพธ์ของการดำเนินงาน โดยกลไกการทำงานและการชำระเงินจะเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดการบริการที่มีคุณภาพ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณา ได้แก่ การบริหารจัดการความเสี่ยง นวัตกรรม แรงจูงใจของโครงการและการกำกับดูแล รวมทั้งการสร้างรายได้ในการดำเนินงาน

(3) แผนงานต้องสามารถทำให้สำเร็จได้ (Achievability)

การประเมินในส่วนนี้จะเป็นการวัดระดับความสนใจของตลาด ทักษะและความสามารถของผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชน ความเสี่ยงต่าง ๆ และข้อจำกัดของผู้ให้กู้เงินลงทุน รวมทั้งความสามารถในการบริหารจัดการโครงการที่มีความซับซ้อน

¹¹⁰ Ibid., pp.19-25.

การร่วมดำเนินการแบบ PFI จะเป็นรูปแบบที่ผสมผสานทักษะความสามารถและศักยภาพของทั้งผู้ร่วมดำเนินการภาครัฐและภาคเอกชนไว้ด้วยกัน โดยเฉพาะกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความซับซ้อนและต้องการเวลาในการบริหารจัดการทำให้เกิดการพัฒนาของโครงการอย่างต่อเนื่อง โดยประเด็นที่ต้องพิจารณา ได้แก่ ความต้องการของตลาดและประเด็นอื่น ๆ เช่น ตารางเวลาการจัดซื้อจัดจ้าง

2.3.1.2 ขั้นตอนการประเมินโครงการ¹¹¹ (Project Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินโครงการเป็นขั้นตอนที่พิจารณาเพื่อให้แน่ใจว่าโครงการที่จะดำเนินการนั้นสอดคล้องกับแผนงานที่ได้พิจารณาไปก่อนหน้านี้และสามารถนำแผนงานดังกล่าวมาจัดทำเป็นโครงการได้หรือไม่ โดยการพิจารณาในขั้นตอนนี้จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับขั้นตอนการประเมินแผนงาน แต่การพิจารณาจะลงรายละเอียดมากกว่า พร้อมทั้งต้องมีการจัดทำโครงร่างทางธุรกิจ (Outline Business Case) ที่ครบถ้วนด้วย

ขั้นตอนการพิจารณาแผนงานและขั้นตอนการพิจารณาโครงการจะเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการร่วมดำเนินการแบบ PFI กับการจัดซื้อจัดจ้างตามปกติ

2.3.1.3 ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้าง¹¹² (Procurement Level Assessment)

ขั้นตอนการประเมินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการพิจารณาเพื่อให้แน่ใจว่าจะเกิดกระบวนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ มีการกระจายความเสี่ยงที่หลากหลายและเหมาะสม รวมทั้งเหมาะสำหรับโครงการที่มีโครงสร้างและระดับทางการเงินที่มีความซับซ้อน

การร่วมดำเนินการแบบ PFI ต้องอาศัยกระบวนการแข่งขันที่มีศักยภาพ เพื่อให้โครงการสามารถสร้างประโยชน์ได้อย่างเต็มที่ โดยประเด็นที่ต้องพิจารณา ได้แก่ ความชัดเจนหรือความล้มเหลวของตลาด จำนวนผู้เข้าร่วมการคัดเลือกที่มีศักยภาพ ประสิทธิภาพในการคัดเลือก และการจัดสรรความเสี่ยง

2.3.2 ขั้นตอนการเปิดประมูลโครงการ

สำหรับขั้นตอนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการนั้น ประเทศอังกฤษได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกด้วยการแข่งขัน ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลแบบเจรจาต่อรอง (4) การประมูล

¹¹¹ Ibid., pp.27-40.

¹¹² Ibid., pp.41-49.

โดยการเจรจาหารือ นอกจากนี้ยังมีวิธีการคัดเลือกที่ใช้เป็นกรณีเฉพาะ ที่เรียกว่า “การประกวด ออกแบบ” โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.2.1 การประมูลแบบเปิดกว้าง¹¹³ (The open procedure)

การประมูลแบบเปิดกว้าง หมายถึง กระบวนการที่เปิดโอกาสให้ ผู้ประกอบการทุกรายรายใดก็ได้ที่สนใจเข้าร่วมดำเนินการสามารถยื่นประมูลได้¹¹⁴

ในการประมูลแบบเปิดกว้างนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องประกาศแจ้ง ความประสงค์ในการเปิดประมูลและรายละเอียดของโครงการลงในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพ ยุโรป ตามแบบของกฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป เลขที่ 1564/2005 เพื่อเชิญชวน ให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้าร่วมการประมูล โดยหน่วยงานของรัฐต้องกำหนดระยะเวลาในการ ยื่นข้อเสนอประมูลราคาไม่น้อยกว่า 52 วัน นับตั้งแต่วันที่ออกคำประกาศ อย่างไรก็ตาม หาก หน่วยงานของรัฐมีการส่งคำประกาศโดยใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามแบบที่กำหนดไว้ใน (3) ของ ภาคผนวก ก (Annex VIII) ก็สามารถลดระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอกลงได้ 7 วัน และหากคำประกาศ ดังกล่าวมีการระบุที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (internet address) ที่ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึง เอกสารเกี่ยวกับสัญญาได้โดยตรงแบบไม่จำกัดผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ก็สามารถลด ระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอกลงได้อีก 5 วัน

หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะ ช่วยให้ผู้ประกอบการที่สนใจสามารถเข้าถึงเอกสารเกี่ยวกับสัญญาได้โดยตรงแบบไม่จำกัด หาก ผู้ประกอบการร้องขอเอกสารเกี่ยวกับสัญญา หน่วยงานของรัฐต้องส่งเอกสารดังกล่าวไปให้ ผู้ประกอบการนั้นภายใน 6 วัน นับแต่ได้รับการร้องขอ และหากผู้ประกอบการร้องขอข้อมูลอื่น ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับสัญญาโดยมีเหตุอันสมควร หน่วยงานของรัฐต้องจัดส่งข้อมูล ดังกล่าวไปให้ภายใน 6 วัน ก่อนวันสุดท้ายที่ระบุไว้ในคำประกาศแจ้งว่าจะรับข้อเสนอ

2.3.2.2 การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล¹¹⁵ (The restricted procedure)

การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หมายถึง กระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาที่เฉพาะผู้ประกอบการซึ่งได้รับการคัดเลือกจากหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ที่สามารถยื่นประมูลได้¹¹⁶

¹¹³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 15

¹¹⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

¹¹⁵ The Public Contracts Regulations 2006 Article 16

¹¹⁶ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

ในการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลนั้น หน่วยงานของรัฐต้องประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลและรายละเอียดของโครงการในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ตามแบบของกฎระเบียบของคณะกรรมการยุโรป เลขที่ 1564/2005 เพื่อเชิญชวนให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้าร่วมการประมูล โดยหน่วยงานของรัฐต้องกำหนดระยะเวลาให้ยื่นข้อเสนอไม่น้อยกว่า 37 วัน นับตั้งแต่วันที่ออกคำประกาศ อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐส่งคำประกาศโดยใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามแบบที่กำหนดไว้ใน (3) ของภาคผนวก ก (Annex VIII) ก็สามารถลดระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอได้ 7 วัน แต่หากโครงการมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ทำให้ไม่สามารถกำหนดระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอไว้ที่ 37 วันได้ ก็สามารถกำหนดระยะเวลาให้ต่ำกว่าได้แต่ต้องไม่น้อยกว่า 15 วัน นับตั้งแต่วันที่ออกคำประกาศ หรือหากเป็นกรณีที่มีการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการส่งคำประกาศ ก็สามารถกำหนดระยะเวลาให้ต่ำกว่านั้นได้อีก แต่ต้องไม่น้อยกว่า 10 วัน นับตั้งแต่วันที่ออกคำประกาศ

หน่วยงานของรัฐต้องทำการประเมินคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด และสามารถจำกัดจำนวนผู้ประกอบธุรกิจที่ประสงค์จะเชิญให้เข้าร่วมการประมูลได้ตามที่ระบุในคำประกาศ โดยจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ สำหรับการจำกัดจำนวนนั้น ต้องให้มีผู้ประกอบธุรกิจไม่น้อยกว่า 5 ราย เข้าร่วมประมูล

หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐระบุสถานที่สำหรับการร้องขอเอกสารเกี่ยวกับสัญญา และผู้ประกอบธุรกิจร้องขอข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องกับเอกสารเกี่ยวกับสัญญา หน่วยงานของรัฐต้องจัดส่งข้อมูลดังกล่าวไปให้ภายใน 4 วัน ก่อนวันสุดท้ายที่ระบุไว้ในคำประกาศ แจ้งว่าจะรับข้อเสนอ

2.3.2.3 การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง¹¹⁷ (The negotiated procedure)

การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง หมายถึง กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่หน่วยงานของรัฐจะทำการเจรจาต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายเกี่ยวกับข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญา¹¹⁸

หน่วยงานของรัฐอาจใช้วิธีคัดเลือกคู่สัญญาโดยการเจรจาต่อรองได้ใน 2 กรณี ได้แก่ (1) กรณีที่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า กับ (2) กรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า โดยมีรายละเอียดของแต่ละกรณีดังต่อไปนี้

¹¹⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 17

¹¹⁸ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

(1) กรณีที่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า¹¹⁹

หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาสาธารณะโดยการเจรจาต่อรอง โดยการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1.1) ในกรณีที่มีการยื่นข้อเสนอในการประมูลไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ (irregular tenders) หรือมีการยื่นข้อเสนอที่ไม่อาจรับประมูลได้ในการประมูลแบบเปิดกว้าง การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หรือการประมูลโดยการเจรจา หรือที่เคยจัดขึ้นมาก่อน แต่ทั้งนี้จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญาเดิมในสาระสำคัญด้วย

(1.2) ในกรณีพิเศษเมื่อหน่วยงานของรัฐไม่สามารถกำหนดมูลค่าทั้งหมดของสัญญาล่วงหน้าได้ อันเนื่องมาจากลักษณะของงานก่อสร้าง งานจัดหาพัสดุ หรืองานให้บริการ ตลอดจนความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากงานดังกล่าว

(1.3) ในกรณีของสัญญาเพื่อให้บริการตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก ข (category 6 ของ Part A ของ Schedule 3) ซึ่งเป็นกรณีของสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่เป็น การให้บริการทางการเงินเกี่ยวกับการประกันภัย การธนาคารและการลงทุน รวมทั้งงานให้บริการ ด้านทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ (intellectual services) เช่น บริการที่ต้องมีการออกแบบผลงาน ซึ่งงานในลักษณะเช่นนี้จะระบุข้อกำหนดรายละเอียดที่แน่ชัดได้ยาก ซึ่งทำให้ไม่สามารถดำเนินการ คัดเลือกคู่สัญญาที่เหมาะสมด้วยวิธีการประมูลแบบเปิดกว้างและการประมูลแบบจำกัดจำนวน ผู้เข้าประมูลตามแบบปกติได้

(1.4) ในกรณีของสัญญาก่อสร้างสาธารณะซึ่งมีวัตถุประสงค์ ในการค้นคว้าวิจัย การทดสอบ หรือการพัฒนาเท่านั้น และไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรหรือหารายได้ ชดเชยค่าใช้จ่ายด้านการวิจัยและพัฒนาดังกล่าว

(2) กรณีที่ไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า¹²⁰

(2.1) หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำสัญญาสาธารณะโดยการเจรจา ต่อรองโดยไม่มีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(2.1.1) กรณีที่เป็นสัญญาสาธารณะ

(2.1.1.1) เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องการเจรจา รายละเอียดในการทำสัญญากับผู้ประกอบการทุกรายที่เสนอราคาเข้ามาตามกระบวนการ ประมูลโดยการเจรจาต่อรองโดยมีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า ที่นำมาใช้แทนการประมูล

¹¹⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 13

¹²⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 14

แบบเปิดกว้างหรือการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูลที่ไม่สามารถหาผู้เสนอราคาที่เหมาะสมได้

(2.1.1.2) เมื่อไม่มีผู้ยื่นเสนอราคา หรือไม่มีผู้เสนอราคาที่เหมาะสมในการประมูลแบบเปิดกว้างหรือการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล แต่ทั้งนี้จะต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเงื่อนไขของสัญญาเดิมในสาระสำคัญด้วย

(2.1.1.3) เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาสาธารณะดังกล่าวกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น ด้วยเหตุผลในเชิงเทคนิคหรือทางศิลปะ หรือเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวใดๆ

(2.1.1.4) เมื่อมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า อันทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถดำเนินการตามกรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประมูลแบบเปิดกว้าง การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล หรือการประมูลโดยการเจรจาต่อรองที่ต้องมีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ ทั้งนี้ เหตุจำเป็นเร่งด่วนดังกล่าวต้องไม่ได้เกิดจากความผิดของหน่วยงานของรัฐด้วย

(2.1.2) กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ

(2.1.2.1) เมื่อพัสดุที่จัดหาเป็นพัสดุที่ผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการค้นคว้าวิจัย การศึกษา หรือการพัฒนาโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงพัสดุที่ผลิตเพื่อวัตถุประสงค์ด้านการแสวงหาผลกำไรหรือเพื่อหารายได้ชดเชยค่าใช้จ่ายในการค้นคว้าวิจัย

(2.1.2.2) เมื่อเป็นการจัดหาพัสดุเพื่อนำมาเปลี่ยนแทนพัสดุเดิมบางส่วน หรือเป็นการจัดหาพัสดุเพิ่มเติมจากพัสดุที่มีอยู่เดิม และการจัดหาพัสดุใหม่จากซัพพลายเออร์รายอื่นนอกเหนือจากซัพพลายเออร์รายเดิมนั้นจะก่อให้เกิดความยุ่งยากทางเทคนิค อันจะทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถใช้งานหรือบำรุงรักษาพัสดุใหม่ร่วมกับพัสดุเดิมได้ หรือจะทำให้การใช้งานหรือบำรุงรักษาพัสดุเดิมมีความยุ่งยากทางเทคนิคเกินสมควร แต่สัญญาจัดหาพัสดุเพิ่มเติมดังกล่าวต้องมีอายุสัญญาไม่เกิน 3 ปีด้วย

(2.1.2.3) เมื่อเป็นการจัดหาพัสดุที่ซื้อขายกันในตลาดสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity market)

(2.1.2.4) เมื่อเป็นการจัดหาพัสดุตามเงื่อนไขที่ให้ประโยชน์เป็นพิเศษ โดยเฉพาะการซื้อพัสดุจากซัพพลายเออร์ที่กำลังเลิกกิจการ ถูกพิทักษ์ทรัพย์ หรือล้มละลาย

(2.1.3) กรณีที่เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ เมื่อมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องทำสัญญากับผู้แข่งขันที่ชนะการประกวดออกแบบ

หรือหนึ่งในผู้แข่งขันที่ชนะการประกวดออกแบบ และมีการเชิญให้ผู้แข่งขันที่ชนะการประกวดทุกรายร่วมเจรจาเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญา

(2.1.4) กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะและสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ

(2.1.4.1) เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่สัญญาก่อสร้างสาธารณะหรือสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ ดำเนินงานก่อสร้างหรือจัดทำบริการสาธารณะเพิ่มเติมจากสัญญาเดิม เนื่องจากงานก่อสร้างหรือบริการสาธารณะดังกล่าวมีความสำคัญขึ้นในภายหลังเนื่องจากพฤติการณ์อันไม่อาจคาดหมายได้ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่างานก่อสร้างหรืองานให้บริการเพิ่มเติมนั้นต้องไม่อาจดำเนินการแยกต่างหากจากงานตามสัญญาเดิมได้โดยไม่ก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรงแก่หน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลในเชิงเทคนิคหรือเชิงเศรษฐกิจ หรือถึงแม้งานก่อสร้างหรืองานให้บริการดังกล่าวจะสามารถดำเนินการแยกต่างหากจากสัญญาเดิมได้ แต่งานเหล่านั้นมีความจำเป็นต่อการดำเนินโครงการให้แล้วเสร็จอย่างใดก็ตาม มูลค่าสัญญาสำหรับงานก่อสร้างหรืองานให้บริการที่เพิ่มขึ้นต้องไม่เกินร้อยละ 50 ของมูลค่าสัญญาเดิมด้วย

(2.1.4.2) เมื่อหน่วยงานของรัฐต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่สัญญาก่อสร้างสาธารณะหรือสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ ดำเนินงานก่อสร้างหรืองานให้บริการสาธารณะใหม่ ซึ่งเป็นงานที่ซ้ำกับงานตามสัญญาเดิม และมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับงานตามสัญญาเดิม แต่ทั้งนี้ ต้องมีการระบุไว้ในประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลของสัญญาเดิมด้วยว่า อาจมีการทำสัญญาก่อสร้างหรือให้บริการสาธารณะใหม่ซ้ำกับงานตามสัญญาเดิมด้วยวิธีการเจรจาต่อรองโดยไม่มี การแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้า และในการคำนวณมูลค่าสัญญาเดิม หน่วยงานของรัฐต้องนำมูลค่างานก่อสร้างหรือบริการสาธารณะตามสัญญาใหม่มาคำนวณรวมด้วย ทั้งต้องมีการทำสัญญาใหม่ภายใน 3 ปี นับจากวันที่ทำสัญญาฉบับแรก

สำหรับขั้นตอนการดำเนินการ หน่วยงานของรัฐต้องแสดงความประสงค์ในการคัดเลือกคู่สัญญาด้วยกระบวนการเจรจาต่อรอง โดยการพิมพ์ประกาศแจ้งความประสงค์ในการเปิดประมูลลงในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็วที่สุด นับจากวันที่มีมติที่จะใช้กระบวนการดังกล่าว ประกาศแจ้งความประสงค์ต้องใช้แบบฟอร์มและระบุข้อมูลตามกฎระเบียบของคณะกรรมการยุโรป เลขที่ 1564/2005 ทั้งนี้ หน่วยงานภาครัฐต้องกำหนดวันสิ้นสุดระยะเวลาการรับหนังสือแสดงความจำนงไว้น้อยกว่า 37 วัน นับแต่วันที่ออกประกาศ เว้นแต่กรณีที่มีเหตุฉุกเฉินอย่างยิ่ง หน่วยงานของรัฐอาจลดระยะเวลาดังกล่าวลงเหลือ 15 วันได้ ทั้งนี้ ต้องมีการระบุวันครบกำหนดรับหนังสือแสดงความจำนงไว้ในประกาศเชิญชวนด้วย

หน่วยงานของรัฐมีอำนาจคัดเลือกผู้ประกอบธุรกิจไม่น้อยกว่า 3 ราย ให้เข้าร่วมกระบวนการเจรจาต่อรอง โดยการส่งหนังสือเชิญเข้าร่วมเจรจาไปถึงผู้ที่ได้รับการคัดเลือก การคัดเลือกคู่สัญญาภาคเอกชนอาจพิจารณาจากผู้ที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่รัฐมากที่สุด หรือผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดในการรับดำเนินงานตามสัญญาก็ได้¹²¹ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่สหภาพยุโรปกำหนดไว้ อาทิ การพิจารณาปัจจัยด้านคุณภาพ ราคา ความสามารถทางเทคนิค นโยบาย ด้านสิ่งแวดล้อม และการใช้ต้นทุนอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ในการเจรจาดังกล่าว รัฐต้องหา มาตรการป้องกันการสมยอมกันระหว่างเอกชนด้วย

2.3.2.4 การประมูลโดยการเจรจาหรือ¹²² (The competitive dialogue procedure)

การประมูลโดยการเจรจาหรือเป็นกระบวนการที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้อง ร้องขอเข้ามาในการประมูล โดยหน่วยงานของรัฐจะนำผลการหารือกับผู้ประกอบธุรกิจมาใช้ พิจารณาประกอบการตัดสินใจ การประมูลรูปแบบนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเพิ่มทางเลือกที่เหมาะสม ในการดำเนินงานให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของโครงการ ซึ่งการประมูลโดยการเจรจาหรือนี้จะอยู่ บนพื้นฐานที่ว่า ผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นผู้ที่ได้รับคัดเลือกให้เข้าร่วมการประมูลโดยหน่วยงาน ของรัฐ¹²³

หน่วยงานของรัฐอาจใช้รูปแบบการประมูลนี้กับโครงการที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อนมาก ๆ ที่เห็นว่าไม่สามารถใช้วิธีการประมูลแบบเปิดกว้างหรือวิธีการประมูลแบบจำกัด จำนวนผู้เข้าประมูลได้

สำหรับขั้นตอนการดำเนินการนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องประกาศแจ้ง ความประสงค์และรายละเอียดของโครงการลงในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ตามแบบ ของกฎระเบียบของคณะกรรมการยุโรป เลขที่ 1564/2005 เพื่อเชิญชวนให้ผู้ประกอบธุรกิจ ที่สนใจเข้าร่วมการประมูล โดยจะระบุวัตถุประสงค์ของโครงการที่ต้องการไว้ในประกาศแจ้งหรือ เอกสารบรรยายรายละเอียดหรือทั้งสองอย่างก็ได้ หน่วยงานของรัฐจะต้องระบุวันสุดท้ายของ การตอบรับของเอกชนไม่น้อยกว่า 37 วัน นับตั้งแต่วันที่ออกคำประกาศ แต่หากมีการแจ้งประกาศ ผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ กำหนดระยะเวลาในการตอบรับอาจลดลงได้อีก 7 วัน ทั้งนี้ หน่วยงาน ของรัฐจะต้องมีการประเมินคุณสมบัติของผู้เข้าประมูลด้วยว่าต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ กฎหมายกำหนด ซึ่งต้องมีผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับเชิญให้เข้าร่วมเจรจาไม่น้อยกว่า 3 ราย

¹²¹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 30 (1)

¹²² The Public Contracts Regulations 2006 Article 18

¹²³ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

หน่วยงานของรัฐจะเปิดการเจรจาหรือกับผู้เข้าประมูลที่ผ่านการคัดเลือก โดยจะมีการหารือเกี่ยวกับรายละเอียดของสัญญาในทุกแง่มุม เพื่อหาทางกำหนดและระบุวิธีการที่ดีที่สุดในการดำเนินงานให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ในการเจรจาหรือนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติกับผู้เข้าประมูลทุกรายอย่างเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่มีการให้ข้อมูลแก่ผู้เข้าประมูลบางรายในลักษณะที่จะทำให้ผู้เข้าประมูลรายดังกล่าวได้เปรียบผู้เข้าประมูลรายอื่น และหน่วยงานของรัฐต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับที่ได้จากการเจรจาหรือกับผู้เข้าประมูลบางรายโดยปราศจากความยินยอมของผู้เข้าประมูลรายนั้นด้วย

หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดกระบวนการคัดเลือกเป็นลำดับขั้นต่อเนื่องกัน เพื่อลดจำนวนผู้เข้าประมูลในขั้นของการเจรจาหรือได้ โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียด และหน่วยงานของรัฐอาจดำเนินการเจรจาหรือต่อไปจนกว่าจะได้ข้อสรุปที่ต้องการก็ได้

หลังจากที่ได้ข้อสรุปในการเจรจาหรือแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประมูลทั้งหมดยื่นประมูลขั้นสุดท้ายตามวิธีการที่ผู้เข้าประมูลเสนอและระบุไว้ระหว่างการเจรจาหรือ ข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้ต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดรวมทั้งรายละเอียดอื่น ๆ ที่จำเป็นในการดำเนินโครงการอย่างครบถ้วน ผู้เข้าประมูลอาจต้องมีการอธิบาย กำหนด และปรับแก้ข้อเสนอในการประมูลของตนหากหน่วยงานของรัฐร้องขอ แต่การอธิบาย กำหนด หรือปรับแก้ข้อเสนอดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้สาระสำคัญของข้อเสนอในการประมูลหรือประกาศเชิญเข้าร่วมประมูลเปลี่ยนแปลงไป อันจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

หน่วยงานของรัฐจะต้องประเมินข้อเสนอในการประมูลเหล่านี้โดยใช้หลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในประกาศแจ้งหรือเอกสารบรรยายรายละเอียด และต้องคัดเลือกผู้เข้าประมูลที่ให้ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจสูงสุด

2.3.2.5 การประกวดออกแบบ¹²⁴ (Design contests)

การประกวดออกแบบ หมายถึง กระบวนการที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้กับงานด้านการวางผังเมืองหรือผังประเทศ งานด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม หรืองานที่เกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งการวางแผนงานหรือการออกแบบจะดำเนินการคัดเลือกโดยคณะกรรมการ และอาจเป็นการจัด

¹²⁴ The Public Contracts Regulations 2006 Article 33

ประกวดออกแบบโดยมีรางวัลตอบแทนหรือไม่มีรางวัลตอบแทนก็ได้ โดยหน่วยงานของรัฐสามารถใช้หรือมีกรรมสิทธิ์ในงานออกแบบที่ได้รับการคัดเลือกโดยคณะกรรมการนั้น¹²⁵

การประกวดออกแบบถือเป็นวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรูปแบบพิเศษที่ใช้เฉพาะกรณี โดยหน่วยงานที่จัดให้มีการประกวดออกแบบจะต้องจัดทำหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมาย และจะต้องไม่จำกัดผู้ที่สนใจลงทุนด้วยเหตุผลด้านเขตแดน

หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้กับการประกวดออกแบบนี้ จะใช้ในกรณีที่มีส่วนหนึ่งของกระบวนการคัดเลือกที่จะนำไปสู่การจัดทำสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่มีมูลค่าสุทธิและรวมมูลค่าอื่น ๆ แล้ว แต่ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม มีมูลค่าไม่น้อยกว่าเกณฑ์ราคาตามที่กำหนดในกฎหมายนี้ กล่าวคือไม่น้อยกว่า 137,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นการจัดประกวดออกแบบโดยหน่วยงานของรัฐตามภาคผนวก ข (Schedule 1) หรือไม่น้อยกว่า 211,000 ยูโร ในกรณีที่เป็นการจัดประกวดออกแบบโดยหน่วยงานอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการประกวดออกแบบที่เกี่ยวกับการให้บริการกิจการโทรคมนาคม ที่อยู่ภายใต้ภาคผนวก ข (category 5 ของ Part A ของ Schedule 3) หรืองานที่เกี่ยวกับการวิจัยหรือพัฒนาการให้บริการตามที่ระบุไว้ในภาคผนวก ข (Category 8 หรือ Part A ของ Schedule 3 หรือสัญญาบริการใน Part B) จะต้องมีมูลค่าของสัญญาไม่น้อยกว่า 211,000 ยูโร

หน่วยงานที่ประสงค์จะจัดให้มีการประกวดออกแบบจะต้องส่งประกาศแจ้งความประสงค์ไปตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป เลขที่ 1564/2005 และต้องแจ้งหลักเกณฑ์ในการประกวดออกแบบให้ผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจเข้าร่วมทราบ รวมทั้งต้องดำเนินการให้แน่ใจว่าได้เก็บรักษาข้อมูลที่ได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจเข้าร่วมประกวดออกแบบไว้เป็นอย่างดี

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นข้อเสนอผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องทำให้แน่ใจได้ว่ามีอุปกรณ์ที่จำเป็นอย่างเพียงพอในการรับข้อเสนอรวมทั้งมีการเข้ารหัสข้อมูลอย่างเหมาะสมสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่สนใจจะเข้าร่วมการประกวดออกแบบ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะจำกัดจำนวนผู้ประกอบธุรกิจในการประกวดออกแบบ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกที่ชัดเจนและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ รวมทั้งต้องทำให้แน่ใจว่ามีผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าร่วมอย่างเพียงพอที่จะทำการประกวดออกแบบมีประสิทธิภาพ

¹²⁵ The Public Contracts Regulations 2006 Article 2

คณะกรรมการในการพิจารณาตัดสินจะต้องมีความเป็นอิสระโดยต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการที่เข้าร่วมในการประกวดออกแบบ มีคุณสมบัติเหมาะสมและอย่างน้อยหนึ่งในสามของคณะกรรมการจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถในด้านการทดสอบการออกแบบนั้นหรือเทียบเท่า ทั้งนี้ ข้อเสนอของผู้ประกอบการที่ยื่นให้กับกรรมการพิจารณานั้นจะต้องไม่มีข้อบ่งชี้ว่าเป็นของผู้ประกอบการรายใด คณะกรรมการจะต้องจัดทำความเห็นส่วนบุคคลในการคัดเลือก หากคณะกรรมการยังมีข้อสงสัยก็อาจจะเชิญผู้ประกอบการมาให้รายละเอียดเพื่อให้เกิดความชัดเจนได้

หน่วยงานของรัฐที่จัดให้มีการประกวดออกแบบทำสัญญาจะต้องส่งผลการคัดเลือกไปยังไปประกาศยังราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปภายใน 48 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการได้คัดเลือกผู้ประกอบการแล้ว

2.3.3 ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา

การพิจารณาคุณสมบัติของเอกชนถือเป็นเรื่องพื้นฐานที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องตรวจสอบเพื่อให้ได้ผู้เข้าร่วมประมูลที่มีคุณสมบัติตรงกับความต้องการ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่บังคับใช้กับการเปิดประมูลทุกรูปแบบ โดยเอกชนมีหน้าที่ต้องยื่นข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาดังต่อไปนี้

2.3.3.1 ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา

คุณสมบัติสำคัญที่รัฐต้องพิจารณาได้แก่ คุณสมบัติด้านการเงิน และคุณสมบัติเกี่ยวกับความสามารถด้านเทคนิคหรือความเป็นมืออาชีพ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) คุณสมบัติด้านการเงิน¹²⁶

- (1.1) ข้อมูลที่ธนาคารผู้รับฝากเงินได้ให้คำรับรองเอาไว้
- (1.2) ข้อมูลเกี่ยวกับการทำประกันความเสี่ยงกับบริษัทประกันภัยต่าง ๆ
- (1.3) ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดทำบัญชีของผู้ประมูลเอกชน
- (1.4) ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ โดยพิจารณาการดำเนินงาน

ย้อนหลัง 3 ปี

¹²⁶ The Public Contracts Regulations 2006 Article 24

(2) คุณสมบัติเกี่ยวกับความสามารถด้านเทคนิคหรือความเป็นมืออาชีพ¹²⁷

(2.1) ข้อมูลเกี่ยวกับความสามารถของผู้ยื่นประมูลภาคเอกชน ประสบการณ์และประสิทธิภาพในการทำงาน

(2.2) ข้อมูลเกี่ยวกับผลประกอบการมากกว่า 5 ปีขึ้นไปที่ประสบความสำเร็จในการดำเนินงาน ซึ่งข้อมูลดังกล่าวต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับ มูลค่าผลตอบแทนที่ได้รับ สถานที่และเวลาที่ดำเนินการ รวมทั้งวิธีการหรือกลยุทธ์ทางการค้าที่ทำให้ประสบความสำเร็จ

(2.3) ข้อมูลเกี่ยวกับการขายสินค้าหรือการให้บริการ โดยพิจารณาย้อนหลัง 3 ปี ซึ่งข้อมูลดังกล่าวต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับ วันที่ขายสินค้าหรือให้บริการ ผลตอบแทนที่ได้รับ รายชื่อลูกค้าที่รับบริการ และใบรับรองมาตรฐานสินค้าหรือการให้บริการ

(2.4) ข้อมูลเกี่ยวกับระดับเทคโนโลยีซึ่งรับรองโดยผู้เชี่ยวชาญ และการรับรองว่าระบบการผลิตสินค้าหรือการให้บริการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการร่วมดำเนินการ

(2.5) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวสินค้าหรือบริการในเรื่องเทคโนโลยีของโรงงาน และผลการศึกษาเกี่ยวกับคุณภาพของโรงงาน

(2.6) ข้อมูลเกี่ยวกับผลการศึกษาและวัดระดับความเชี่ยวชาญของผู้บริหารเอกชน

(2.7) ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการในการจัดการเรื่องผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการแสดงผลงานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและมาตรการที่จำเป็นในกรณีที่มีผลกระทบเกิดขึ้น

(2.8) ข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนบุคลากร โดยพิจารณาย้อนหลัง 3 ปี

(2.9) ข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้าหรือการให้บริการ

(2.10) ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการที่เหมาะสมในกรณีที่เอกชนมีความจำเป็นต้องมีการจ้างช่วง

(2.11) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวอย่างรูปภาพสินค้าที่ผลิตโดยเอกชน

(2.12) ข้อมูลเกี่ยวกับใบรับรองมาตรฐานการผลิตสินค้าหรือการให้บริการที่ได้รับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐตามมาตรฐานของสหภาพยุโรป

¹²⁷ The Public Contracts Regulations 2006 Article 25

2.3.3.2 ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา¹²⁸

สำหรับลักษณะต้องห้ามของเอกชนที่รัฐต้องพิจารณามีดังต่อไปนี้

- (1) เป็นผู้ร่วมสมคบคิดกับองค์กรอาชญากรรมตามลักษณะที่กำหนดไว้ใน Criminal Law Act 1977 ซึ่งการสมคบคิดนั้นอยู่ในความหมายตามที่ระบุในมาตรา 2 (1) ของ Council Joint Action 98/733/JHA
- (2) เป็นผู้ร่วมกระทำการทุจริตอันเป็นความผิดตาม Public Bodies Corrupt Practices Act 1889 หรือ Prevent of Corruption Act 1906
- (3) เป็นผู้กระทำความผิดฐานให้สินบนต่อเจ้าพนักงานของรัฐ
- (4) เป็นผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงตามความหมายที่ระบุในมาตรา 1 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงินแห่งสหภาพยุโรป (Convention relating to the protecting of the financial interests of the European Union) เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับการโอนเงินภาษี การสมคบคิดเพื่อฉ้อโกง การหลีกเลี่ยงภาษีศุลกากรหรือภาษีสรรพสามิตตาม Custom and Excise Management Act 1979 ความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานทำลายเอกสารตาม The Thief Act 1968
- (5) เป็นผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงินตาม The Money Laundering Regulations 2003
- (6) เป็นผู้กระทำความผิดอื่น ๆ ตามที่ระบุในมาตรา 45 (1) ของ The Public Sector Directive ที่ใช้บังคับกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป (Directive 2004/18/EC)

2.3.4 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา¹²⁹

หลักเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คือ รัฐจะต้องคัดเลือกผู้ประมูลที่มีศักยภาพในการดำเนินการที่ดีที่สุด นั่นคือได้รับการประเมินศักยภาพสูงสุดและเสนอค่าตอบแทนที่ดีที่สุดและเป็นภาระแก่รัฐน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม แม้เอกชนจะได้รับการประเมินว่าเหมาะสมที่จะเป็นคู่สัญญา แต่รัฐก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ทำสัญญากับเอกชนรายนั้นได้ หากพบว่าในการยื่นซองประกวดราคาของเอกชนรายนั้นให้ราคาต่ำกว่าเกณฑ์ปกติ โดยเอกชนรายนั้นก็สามารถยื่นคำชี้แจงพร้อมทั้งหลักฐานประกอบเกี่ยวกับจำนวนราคาที่เสนอดังกล่าวได้

หากการที่เอกชนเสนอราคาต่ำกว่าเกณฑ์ปกติมีสาเหตุมาจากกรณีที่เอกชนได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลในประเทศของตน รัฐซึ่งเป็นเจ้าของโครงการจะต้องรับฟังคำชี้แจงของ

¹²⁸ The Public Contracts Regulations 2006 Article 23 (1)

¹²⁹ The Public Contracts Regulations 2006 Article 30

เอกชนรายนั้นก่อน พร้อมทั้งตรวจสอบว่าการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวขัดต่อสนธิสัญญาของสหภาพยุโรปหรือไม่

เมื่อรัฐปฏิเสธข้อเสนอของเอกชนที่เสนอราคาต่ำกว่าเกณฑ์แล้ว รัฐต้องส่งรายงานการปฏิเสธดังกล่าวไปยังกระทรวงพาณิชย์ เพื่อนำส่งต่อไปให้คณะกรรมการสิทธิการยุโรป เพื่อตรวจสอบถึงความผิดปกติดังกล่าวต่อไป

เมื่อรัฐเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แล้ว รัฐต้องแจ้งผลการคัดเลือกตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎระเบียบของคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป เลขที่ 1564/2005 ภายใน 48 วัน เพื่อประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรป และแจ้งผลการคัดเลือกให้เอกชนที่ไม่ได้รับการคัดเลือกทราบ¹³⁰

จากนั้น รัฐต้องเจรจากรอบการดำเนินงาน (Framework) กับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกในเรื่องข้อตกลงการทำสัญญาและการบริหารจัดการ เพื่อกำหนดกรอบการทำงานระหว่างคู่สัญญา

สำหรับในส่วนของการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม The Utilities Contracts Regulations 2006 จะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในลักษณะเดียวกับ The Publics Contracts Regulations 2006 แต่จะมีรายละเอียดต่างกันในเรื่องการจำกัดสิทธิบางประการของเอกชนที่มีได้มีสัญชาติในกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งหากโครงการร่วมดำเนินการดังกล่าวมีมูลค่าการลงทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าการลงทุนทั้งหมด ซึ่งโดยหลักรัฐจะต้องปฏิเสธข้อเสนอจากเอกชนที่มีได้มาจากกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปดังกล่าว เว้นแต่เป็นกรณีที่โครงการที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีระดับสูง

2.4 การคัดเลือกคู่สัญญาในการทำสัญญาร่วมดำเนินการในรูปของบริษัทร่วมทุน (Joint Venture Companies)¹³¹

คู่มือร่วมดำเนินการฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นคู่มือในการพิจารณา ในกรณีที่รัฐประสงค์จะร่วมดำเนินการกับเอกชนในรูปของกิจการร่วมค้า โดยก่อนการดำเนินการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน หน่วยงานของรัฐต้องศึกษาวิเคราะห์อย่างรอบคอบทั้งในส่วนของ

¹³⁰ The Public Contracts Regulations 2006 Article 31

¹³¹ Partnerships UK, HM Treasury Guidance prepared by Partnerships UK: A Guidance Note for Public Sector Bodies forming Joint Venture Companies with The Private Sector, (December 2001).

นโยบายของรัฐ ความคุ้มค่าทางการเงิน และความต้องการของตลาด รวมทั้งยังต้องประเมินถึงทางเลือกอื่นในการพิจารณาตัดสินใจดำเนินการด้วย¹³²

บริษัทร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนถือเป็นรูปแบบการลงทุนที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยบริษัทร่วมทุนมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทใหม่ที่มีสถานะทางกฎหมายแยกออกจากผู้ร่วมดำเนินการ¹³³ ซึ่งสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนอาจมีได้หลายรูปแบบ เช่น 50:50 หรือ 75:25 สัดส่วนดังกล่าวจะส่งผลต่อสถานะของบริษัทและการบริหารจัดการภายในบริษัท โดยบริษัทร่วมทุนจะมีคณะกรรมการบริหารที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้นทั้งหลาย

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้เข้าร่วมดำเนินการนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาว่าควรจะใช้กระบวนการคัดเลือกอย่างไร ซึ่งจากนี้จะได้กล่าวถึงขั้นตอนในการคัดเลือกผู้เข้าร่วมดำเนินการ สิ่งที่รัฐควรจะต้องคำนึงถึงเพื่อจะทำให้แน่ใจได้ว่าขั้นตอนการคัดเลือกดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ตรงกับนโยบายและเป็นกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการพิจารณาเกณฑ์การคัดเลือกเพื่อประเมินศักยภาพของผู้เข้าร่วมดำเนินการ การเก็บรักษาข้อตกลงที่เป็นความลับระหว่างกระบวนการคัดเลือก รวมทั้งการตัดสินใจทางกฎหมายและเขตอำนาจศาลที่จะใช้บังคับกับบริษัทร่วมทุน¹³⁴

2.4.1 กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อจัดตั้งบริษัทร่วมทุน¹³⁵

กระบวนการในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการจะต้องสามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ทางธุรกิจของบริษัทร่วมทุนได้ ซึ่งจะขึ้นอยู่กับลักษณะของสินทรัพย์แต่ละประเภท และกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีความแตกต่างจากการจัดซื้อจัดจ้างทั่วไป โดยต้องมีการพิจารณารายละเอียดหลายอย่าง ไม่ใช่พิจารณาเพียงแค่ว่าเป็นราคาที่สมเหตุสมผลหรือไม่เท่านั้น

การที่บริษัทร่วมทุนจะประสบความสำเร็จได้ ต้องมีผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ และกระบวนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการจะเป็นเรื่องของการเจรจาตกลงเพื่อจะทำให้สามารถเข้าถึงวัตถุประสงค์และเป้าหมายร่วมกันได้ โดยสิ่งที่จะต้องพิจารณา ได้แก่

¹³² Ibid., p. 5.

¹³³ Ibid., p. 7.

¹³⁴ Ibid., p. 26.

¹³⁵ Ibid., pp. 26-30.

(1) เงื่อนไขในเชิงนโยบาย (Policy requirements)

ในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนเพื่อร่วมกันจัดตั้งบริษัทร่วมทุนนั้น รัฐจะต้องพิจารณาถึง นโยบายด้านความคุ้มค่าทางการเงิน และการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปมาใช้

(1.1) ความคุ้มค่าทางการเงิน (Value for money)

นโยบายของรัฐบาล คือ ต้องการให้หน่วยงานของรัฐมีการใช้เงินที่เป็นเงินของรัฐให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงินมากที่สุด โดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (The National Audit Office: NAO) จะเป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแลรายจ่ายของรัฐและรายงานผลไปยังรัฐสภาถึงความมีประสิทธิภาพและความไร้ประสิทธิภาพในการใช้เงินของรัฐในทางเศรษฐกิจ แม้ว่าเงินส่วนใหญ่ของการลงทุนในบริษัทร่วมทุนจะมาจากผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนก็ตาม รัฐก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้เกิดความคุ้มค่าทางการเงินของสินทรัพย์ที่ถูกนำมาใช้หาประโยชน์ให้มากที่สุด ซึ่งวิธีการคัดเลือกที่ดีที่สุดและได้ผู้ร่วมดำเนินการที่เหมาะสมที่สุดจะมีบทบาทสำคัญที่ทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานได้

การคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนในกิจการร่วมค้า โดยใช้เกณฑ์ความคุ้มค่าทางการเงินนั้นอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณา โดยการพิจารณาความคุ้มค่าทางการเงินควรต้องพิจารณาถึงประเด็นปัญหาอื่น ๆ ด้วย เช่น ผู้ร่วมดำเนินการรายใดที่สามารถจัดหาสินทรัพย์ที่ต้องการได้มากที่สุด วิธีการจัดการความเสี่ยง และการคาดการณ์เกี่ยวกับรายได้ที่จะเกิดขึ้นในระยะยาวบนมูลค่าที่คู่สัญญาเต็มใจที่จะลงทุนในสินทรัพย์ของรัฐ

ในทางอุดมคติแล้ว วิธีที่ดีที่สุดที่จะแสดงให้เห็นถึงประโยชน์สูงสุดที่พึงได้รับจากการให้บริการของรัฐในการเข้าไปร่วมดำเนินการในบริษัทร่วมทุน คือ ต้องให้มีการแข่งขันในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการ เนื่องจาก

- การแข่งขันน่าจะเป็นวิธีที่ดีที่สุด และในบางกรณีถือเป็นวิธีการทดสอบตลาดและกำหนดราคาที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการร่วมดำเนินการของรัฐในบริษัทร่วมทุน
- การแข่งขันที่ดีจะทำให้รัฐได้รับประโยชน์สูงสุด
- โอกาสของการทำทนายภายใต้วัตถุประสงค์ด้านกฎระเบียบของรัฐอาจจะลดลง ถึงแม้ว่าในการเข้าแข่งขันนั้นจะไม่ได้เป็นการรับประกันว่าความต้องการของรัฐด้านกฎระเบียบจะมาบรรจบกัน

อย่างไรก็ดี วิธีการเปิดให้มีการแข่งขันคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนเป็นการแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสในการดำเนินงาน ซึ่งอาจจะไม่ใช่วิธีการที่ดีที่สุดในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการสำหรับทุกกรณี โดยวิธีการคัดเลือกรูปแบบอื่นก็อาจนำมาใช้ได้

หากสามารถแสดงให้เห็นถึงเหตุผลอันสมควร การเปิดให้มีการแข่งขันที่โปร่งใสเหมาะสมที่สุดสำหรับโครงการร่วมดำเนินการที่มีรายละเอียดที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับกันได้ดี สำหรับโครงการอื่น ๆ ที่เป็นโครงการที่ต้องใช้ความรู้ใหม่ ๆ และเป็นภาระพิจารณาเพื่อเปิดตลาดในทางธุรกิจจะมีความเหมาะสมกับผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพในเรื่องนั้น นอกจากนี้ประเด็นเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญาหรือความเป็นผู้เชี่ยวชาญพิเศษเฉพาะด้านในสินทรัพย์นั้น ๆ อาจเป็นตัวจำกัดจำนวนของผู้เข้าร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ ดังนั้น เพื่อให้ได้ผู้ร่วมดำเนินการที่ต้องการโครงการเหล่านี้จึงเหมาะสำหรับที่จะใช้วิธีการคัดเลือกรูปแบบอื่นมากกว่าการเปิดประมูล ซึ่งจุดมุ่งหมายของการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่มากกว่านั้น คือ ต้องแน่ใจได้ว่าได้ประโยชน์สูงสุดโดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมและประโยชน์ที่จะได้รับจากการเปิดให้มีการแข่งขัน

ในกรณีที่ผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนต้องมีการใช้นวัตกรรมทางความคิดที่ไม่ต้องการเปิดเผยเป็นการทั่วไป หน่วยงานของรัฐควรจะต้องมีมาตรการป้องกันอย่างเหมาะสมในสินทรัพย์ทางปัญญาของผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนด้วย

(1.2) หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรป (EC procurement rules)

สำหรับการนำหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างรัฐของสหภาพยุโรปมาใช้กับการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศอังกฤษนั้น การร่วมดำเนินการส่วนใหญ่ในประเทศอังกฤษมักจะเป็นความตกลงเพื่อจัดตั้งบริษัทร่วมทุน ซึ่งการร่วมดำเนินการรูปแบบดังกล่าวจะไม่นำหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปมาใช้ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่างความเป็นหุ้นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างกับหุ้นส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างมักจะแยกออกจากกันไม่ชัดเจน จึงควรจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ตัวอย่างเช่น ถ้ามีสัญญาในการจัดทำบริการระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนตามที่ผูกพันกันไว้ในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน หลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปอาจจะนำมาใช้ได้ดีกับสัญญาดังกล่าว โดยหากเป็นกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ประเด็นเรื่องการนำหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปมาใช้ก็ต้องได้รับการพิจารณาโดยนักกฎหมายซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมายภายในประเทศ ซึ่งหากได้ทำตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปอย่างเต็มรูปแบบแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้เกิดความโปร่งใส ไม่เลือกปฏิบัติ และข้อกำหนดในการคัดเลือกจะต้องระบุหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมูลค่าสัญญาด้วย

แม้ว่าจะไม่มีข้อกำหนดบังคับให้ต้องนำหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปมาใช้บังคับกับการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนในสนธิสัญญาสหภาพยุโรป แต่หน่วยงานของรัฐอาจจะดำเนินการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ด้วยความสะดวก ซึ่งความได้เปรียบในการดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปนั้น คือ สามารถหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะตามมาภายหลังได้ หากกระบวนการคัดเลือกจบลง แต่บริษัทร่วมทุนไม่เข้ามาร่วมลงนามในสัญญาจัดทำบริการ

สาธารณะ ตัวอย่างเช่น ลักษณะที่เป็นข้อตกลงของบริษัทร่วมทุนมีการเปลี่ยนแปลงระหว่างการเจรจาต่อรอง อย่างไรก็ตามก็อาจจะมีเป็นข้อเสียเปรียบในการนำกระบวนการของ EC มาประยุกต์ใช้โดยสมัครใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเกิดความไม่โปร่งใสในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ตัวอย่างเช่น การประยุกต์ใช้โดยสมัครใจจะเพิ่มความเป็นไปได้ในการกำหนดข้อผูกมัดในสัญญา ซึ่งถ้ามีการผิดสัญญา อาจจะทำให้ผู้ประมุขมีสิทธิเรียกร้องตามมา

(2) รูปแบบของกระบวนการคัดเลือก (Typical selection processes)

กระบวนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่ใช้กันอย่างแพร่หลายมีอยู่ด้วยกัน 2 กระบวนการ ได้แก่ การเปิดให้มีการแข่งขัน และวิธีการกำหนดเป้าหมายของโครงการ โดยการพิจารณาในเบื้องต้นว่าจะใช้แนวทางใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี แต่จุดประสงค์ทั้งหมดก็คือการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่ดีที่สุด ซึ่งกระบวนการคัดเลือกทั้ง 2 รูปแบบโดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับกรณีดังต่อไปนี้

- การบ่งชี้และการตรวจสอบตลาด โดยพิจารณาถึงประเภท ชีวประวัติ ขนาด ผู้เล่น ยุทธวิธี เป็นต้น
- การบ่งชี้และการตรวจสอบตัวผู้เล่นหลัก โดยพิจารณาจากหลักการ สถิติของการดำเนินงาน ชีวประวัติ ยุทธวิธี ส่วนแบ่งการตลาด ทักษะทางการตลาด และผู้แข่งขัน เป็นต้น
- การพัฒนาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการประเมินมูลค่าจะอิงอยู่กับความสามารถที่ต้องการ คุณลักษณะและความต้องการของผลลัพธ์เชิงกลยุทธ์

- การจัดทำบัญชีรายชื่อ

- การระบุและเจรจาตกลงกับผู้ร่วมดำเนินการที่ต้องการ

นอกจากนี้หน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาดำเนินงานในแต่ละขั้นตอนและจัดทำบัญชีรายชื่อจำนวนผู้เข้าร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพรวมทั้งวิธีการต่าง ๆ ในการเข้าทำการเจรจาตกลง ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาขยายไปถึงการควบคุมกระบวนการคัดเลือกด้วย ตัวอย่างเช่น ในบางกรณีรัฐอาจจำเป็นต้องตอบสนองต่อข้อเสนอจากผู้เข้าร่วมดำเนินการเอกชนที่มีศักยภาพได้อย่างรวดเร็ว ตารางเวลาทำงานและการดำเนินกระบวนการคัดเลือกจะขึ้นอยู่กับการบังคับใช้หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรป รวมทั้งเวลาและแหล่งที่มาที่เหมาะสมสำหรับการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน

การเปิดให้มีการแข่งขันมีความแตกต่างจากวิธีการกำหนดเป้าหมายของโครงการในส่วนที่เกี่ยวกับโอกาสในการเผยแพร่ข้อมูลและวิธีการตอบสนองของผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ โดยรูปแบบขั้นตอนจะรวมถึง

- การประกาศให้มีการแข่งขัน การโฆษณา และการเรียกให้ยื่นข้อเสนอขอเข้าร่วมโครงการ

- กระบวนการกลั่นกรองคุณสมบัติเบื้องต้นในการหาบุคคลที่แสดงความสนใจเข้าร่วมโครงการที่เหมาะสมรวมถึงกระบวนการแข่งขัน

- หากมีความจำเป็น ในชั้นการเสนอโครงร่างที่ซึ่งหน่วยงานต่าง ๆ จะได้รับเชิญมาให้ข้อมูลรายละเอียดเพิ่มเติม หรือกระบวนการขั้นตอนอื่น ๆ ที่จะเป็นการกำหนดเกณฑ์คุณสมบัติเบื้องต้นที่จะทำให้จำนวนของผู้มาประมูลในเบื้องต้นลดลงมาอยู่ในจำนวนที่เหมาะสมสำหรับการแข่งขันเพื่อคัดเลือกผู้เข้าร่วมดำเนินการในขั้นตอนสุดท้าย

- รูปแบบการยื่นประมูล/การซื้อเชิญให้ทำข้อตกลง

ในกรณีที่รูปแบบการกำหนดเป้าหมายเป็นรูปแบบที่มีความเหมาะสมในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการมากกว่า หน่วยงานของรัฐควรที่จะดำเนินการคัดเลือกโดยใช้วิธีการที่คล้ายกับการเปิดให้มีการแข่งขัน แต่การคัดเลือกต้องระมัดระวังเกี่ยวกับข้อมูลซึ่งอาจถูกเปิดเผยได้

การติดตามผลของเจรจาต่อรองและการสร้างความสัมพันธ์กับผู้ร่วมดำเนินการที่มีความสนใจ (จำนวนมากเท่าที่จะเป็นไปได้จนกว่าการเจรจาจะเสร็จสมบูรณ์) สามารถทำให้กระบวนการคัดเลือกมีค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้น การทำความเข้าใจความตกลงกับผู้ร่วมดำเนินการที่เป็นเป้าหมายจึงควรที่จะเกิดขึ้นภายใต้ความตกลงที่ไม่เปิดเผย

2.4.2 หลักเกณฑ์ในการคัดเลือก¹³⁶ (Criteria for selection)

สิ่งที่ต้องได้รับการพิจารณาในเบื้องต้น คือ ความต้องการที่ชัดเจนของรัฐเกี่ยวกับคุณภาพ คุณลักษณะ และสินทรัพย์ที่ต้องการจากผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน ซึ่งส่วนหนึ่งของเหตุผลในการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน คือ การเข้าถึงสินทรัพย์ของผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนที่ซึ่งต้องการประสบความสำเร็จทางการค้า แต่การเข้าถึงเหล่านี้ อาจหาไม่ได้จากหน่วยงานของรัฐ เช่น แหล่งเงินทุน ผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยี ทักษะทางการตลาด การเข้าถึงกลุ่มลูกค้าและตลาด อย่างไรก็ตาม สำหรับบริษัทร่วมทุนที่จะประสบความสำเร็จได้นั้น เรื่องสำคัญก็คือการได้หุ้นส่วนที่มีคุณสมบัติถูกต้อง ซึ่งเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนดังเช่น การเข้ากันทางวัฒนธรรมและการจัดการความสัมพันธ์ที่ซึ่งเป็นเรื่องยากกว่าการประเมินมูลค่า โดยหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาถึงชื่อเสียงและความขัดแย้งกันของศักยภาพทางผลประโยชน์ของผู้เข้าร่วมดำเนินการด้วย

การพิจารณาถึงคุณลักษณะและสินทรัพย์ควรเป็นเกณฑ์พื้นฐานที่ถูกใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพตามเป้าหมายหรือใช้วิธีการจัดทำเป็นบัญชีรายชื่อ โดยการพิจารณานั้น ต้องมีเกณฑ์ในการตัดสินใจบนพื้นฐานการให้ความสำคัญกับผู้ร่วม

¹³⁶ Ibid., p. 30.

ดำเนินการเป็นลำดับแรก การมีเกณฑ์จะช่วยเพิ่มน้ำหนักและเป้าหมายในการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ถึงแม้ว่าอาจจะไม่มีเหมาะสมเสมอไป

2.4.3 การรักษาความลับ¹³⁷ (Confidentiality)

ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการนั้น หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดประเด็นรายละเอียดลงในเอกสารที่เป็นข้อเสนอทางธุรกิจของบริษัทร่วมทุนไว้ก็ได้ แต่ก่อนจะถึงขั้นตอนดังกล่าวหน่วยงานของรัฐควรต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเกี่ยวกับการเก็บรักษาความลับของสัญญาด้วย เนื่องจากการร่วมดำเนินการทางธุรกิจของบริษัทร่วมทุนมักจะมี ความเชื่อมโยงถึงการนำความรู้ทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาใช้ด้วย จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีการกำหนดถึงข้อตกลงที่ไม่อาจเปิดเผยได้ ซึ่งข้อตกลงที่เป็นความลับควรจะต้องครอบคลุมถึงประเด็นเหล่านี้ด้วย

- วัตถุประสงค์สำหรับข้อมูลที่ถูกจัดเตรียมการและการกำหนดเงื่อนไขของข้อมูลที่สามารถใช้ได้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เท่านั้น
- การระบุถึงบุคคลภายในหน่วยงานซึ่งอาจจะทำให้ข้อมูลการตกลงถูกเปิดเผยได้
- ภาระหน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลที่เป็นความลับ
- การดำเนินการในการนำเอกสารต่าง ๆ กลับคืนมาจากผู้ที่เกี่ยวข้องเมื่อความเกี่ยวข้องดังกล่าวสิ้นสุดลง

ในทำนองเดียวกัน ผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนก็จะต้องรักษาข้อมูลที่เป็นความลับของทางราชการด้วย โดยหน่วยงานของรัฐควรจะต้องดูแลไม่ให้ความตกลงดังกล่าวเป็นการสร้างหรือมีข้อกำหนดเฉพาะที่ไม่เป็นประโยชน์ต่าง ๆ ไว้ในระยะยาว ซึ่งความตกลงควรจะต้องมีการจำกัดช่วงเวลาด้วย

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปลักษณะของการเจรจาทางการค้า ไม่ควรนำเรื่องความลับมาเป็นข้อขัดขวาง

2.4.4 กฎหมายที่ใช้บังคับและเขตอำนาจศาล¹³⁸ (Governing law and jurisdiction)

ในบางกรณีอาจจะมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทร่วมทุนนอกสหราชอาณาจักรเนื่องจากฐานการลงทุนของผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพนั้น อาจไม่ได้อยู่ในสหราชอาณาจักร โดยคู่มือการร่วมดำเนินการฉบับนี้ (Guidance) จะมุ่งไปเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษและ

¹³⁷ Ibid., p. 30.

¹³⁸ Ibid., p. 31.

ประเทศเวลส์ที่เกี่ยวข้องกับการร่วมกันจัดตั้งเป็นบริษัทร่วมทุนและการพิจารณาคดีในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ซึ่งแน่นอนว่าบริษัทร่วมทุนอาจจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของระบบกฎหมายอื่น ๆ ที่เหมาะสมได้ ดังเช่น กฎหมายของประเทศสกอตแลนด์หรือประเทศไอร์แลนด์เหนือ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของกับสหราชอาณาจักรในโครงการร่วมดำเนินการนั้น คู่มีข้อบ่งชี้ได้เสนอแนะว่าควรจะต้องกำหนดให้นำกฎหมายของสหราชอาณาจักรมาใช้บังคับไว้ด้วย เว้นแต่จะมีเหตุผลอื่นที่ดีกว่า ซึ่งหน่วยงานของรัฐควรจะต้องปรึกษากับที่ปรึกษากฎหมายของตนอย่างรอบคอบก่อนที่จะทำความเข้าใจว่าจะไม่ใช่บังคับกฎหมายของสหราชอาณาจักร เนื่องจากหากมีปัญหาการตีความหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับบริษัทร่วมทุนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศอื่นแล้ว การแก้ปัญหาดังกล่าวจะทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและใช้เวลาในการดำเนินการค่อนข้างนาน

2.5 การจัดทำสัญญาร่วมดำเนินการของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI¹³⁹

การจัดทำสัญญาร่วมดำเนินการถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เนื่องจากเนื้อหาของสัญญาจะเป็นตัวกำหนดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าใครมีหน้าที่อย่างไร ซึ่งภายหลังจากผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและได้ตัวผู้ร่วมดำเนินการแล้ว ก็จะมาสู่ขั้นตอนการทำสัญญาร่วมดำเนินการซึ่งขอบเขตความตกลงที่จะกำหนดในสัญญาจะเป็นไปตามคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาของโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI ที่เรียกชื่อว่า Standardisation of PFI Contracts (SoPC)^{*} ที่จะกำหนด โดยมีรายละเอียดของเนื้อหาค่อนข้างมาก จึงขอยกเฉพาะประเด็นที่น่าสนใจ ดังต่อไปนี้

(1) วัตถุประสงค์¹⁴⁰

วัตถุประสงค์ของคู่มือฉบับนี้มีอยู่ 3 ประการ ได้แก่

(1.1) ส่งเสริมความความรู้ความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI

¹³⁹ กฤษณพงศ์ ชาญวิวงศ์, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 83-86.

^{*} คู่มือมาตรฐานการร่วมดำเนินการแบบ PFI ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นฉบับที่ 4 (version 4) ซึ่งได้ประกาศใช้เมื่อเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2007 โดยฉบับแรกได้เริ่มมีการนำมาประกาศใช้บังคับเมื่อเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1999, ฉบับที่ 2 ประกาศใช้เมื่อเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 2002 และฉบับที่ 3 ประกาศใช้บังคับเมื่อเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2004

¹⁴⁰ HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts: Version 4, March 2007, p. 1.

(1.2) เพื่อช่วยให้วิธีการดำเนินโครงการและการกำหนดราคาของโครงการที่คล้ายกันให้มีความสอดคล้องกัน

(1.3) เพื่อช่วยลดเวลาและค่าใช้จ่ายของการเจรจาต่อรองด้วยการให้คู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมาตกลงกันภายในกรอบตามมาตรฐานที่กำหนด

(2) ระยะเวลาการบังคับใช้ของสัญญาร่วมทุน¹⁴¹

การร่วมดำเนินการแบบ PFI มีลักษณะที่สำคัญคือ การนำระบบการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพของเอกชนมาใช้ในการก่อสร้างและการบริหารโครงการโดยที่กรรมสิทธิ์ในสิ่งก่อสร้างทั้งหมดจะต้องตกเป็นของรัฐ ดังนั้น เพื่อสร้างแรงจูงใจในการให้เอกชนสนใจที่จะเข้ามาร่วมทุน รัฐจะต้องให้สิทธิแก่เอกชนในการแสวงหาประโยชน์จากโครงการที่ตนได้ลงทุนก่อสร้าง ในระยะเวลาที่ยาวนานพอที่จะทำให้การแสวงหาผลประโยชน์มีความคุ้มค่าต่อเงินลงทุน ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดระยะเวลาของสัญญาไว้ที่ 20 ถึง 30 ปี

ในคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาร่วมดำเนินการฉบับที่ 4 ของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดให้รัฐจะต้องระบุวันเวลาที่สัญญาเริ่มต้นมีผลใช้บังคับและต้องกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาในส่วนกรณีที่เกิดเหตุการณ์ขัดข้องในการดำเนินงานขึ้น เช่น กรณีเกิดเหตุสุดวิสัยหรือเหตุการณ์ที่ทำให้การเริ่มต้นโครงการ ไม่เป็นไปตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา จะไม่ส่งผลให้ระยะเวลาของสัญญาร่วมทุนขยายออกไปจากที่กำหนดไว้ในข้อสัญญา

(3) การจ่ายค่าตอบแทนในการให้บริการ¹⁴²

ค่าตอบแทนในการให้บริการของเอกชน โดยส่วนใหญ่มาจากสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์จากสิ่งสาธารณูปโภคที่ได้ก่อสร้างโดยการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการ แต่ในบางกรณีรัฐอาจจะเป็นผู้จ่ายค่าใช้บริการแทนประชาชนผู้บริโภคก็ได้ ซึ่งในการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าวนี้จะต้องสร้างระบบการจ่ายเงินไว้ในสัญญาร่วมดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(3.1) การจ่ายค่าตอบแทนของรัฐจะจ่ายเมื่อการให้บริการของเอกชนประสบผลสำเร็จ

(3.2) การจ่ายเงินค่าตอบแทนเต็มจำนวน (unitary charge) จะต้องไม่ใช้กับการจ่ายเงินล่วงหน้าก่อนการให้บริการ และจะจ่ายได้เมื่อการให้บริการนั้นไม่ใช่การดำเนินงานที่แยกส่วนในการทำงาน

(3.3) ในการให้บริการที่มีการแยกส่วนในการดำเนินงาน การจ่ายค่าตอบแทนของรัฐให้ใช้วิธีการจ่ายแยกส่วนตามระดับของการให้บริการโดยประเมินจากประสิทธิภาพในการให้บริการ

¹⁴¹ Ibid., pp. 15-16.

¹⁴² Ibid., p. 48.

(3.4) ในกรณีที่เอกชนให้บริการต่ำกว่าระดับมาตรฐานหรือไร้ประสิทธิภาพ รัฐสามารถที่จะลดจำนวนค่าตอบแทนโดยไม่ต้องจ่ายเต็มจำนวนได้

(4) การแก้ไขสัญญาร่วมดำเนินการ¹⁴³

การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในระยะเวลาที่ยาวนานถึง 30 ปี ในบางกรณี เอกชนซึ่งเป็นผู้ที่ต้องให้บริการ มีเหตุจำเป็นที่จะต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการให้บริการ ดังนั้น ในการร่างสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน รัฐจะต้องวางกรอบข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาที่มีเนื้อหาที่ชัดเจน ต้องสร้างขั้นตอนการแก้ไขที่รวดเร็วและมีความโปร่งใส โดยในคู่มือร่างสัญญามาตรฐานการร่วมดำเนินการฉบับที่ 4 ได้กำหนดให้รัฐวางกรอบการแก้ไขสัญญาที่มีเนื้อหาเคร่งครัดในการปรับเปลี่ยนการดำเนินงานที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับเปลี่ยนข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการให้บริการที่เอกชนได้ประมูล ชนะคู่แข่งรายอื่นในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

ในทางกลับกัน หากเนื้อหาข้อสัญญาที่เป็นกรณีที่คาดหมายได้อยู่แล้ว เช่น การเปลี่ยนไฟบนทางหลวง การขยายขนาดสิ่งก่อสร้างเพื่อรองรับการผลิตที่เพิ่มขึ้น ในการร่างเงื่อนไขการแก้ไขสัญญาจึงสมควรที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดเพื่อความสะดวกในการดำเนินงาน

(5) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาสัมปทาน¹⁴⁴

ในการร่วมดำเนินการ การที่รัฐเลือกเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาก็เพราะ เอกชนที่ได้รับการคัดเลือกมีคุณลักษณะเฉพาะตัว อันมีความเหมาะสมกับการร่วมทุนในโครงการ ดังนั้น หากเกิดการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระหว่างการดำเนินงานก็อาจส่งผลกระทบต่อ คุณลักษณะเฉพาะตัวที่รัฐต้องการจากเอกชนได้ ซึ่งอาจจะทำให้เปลี่ยนแปลงคู่สัญญานั้น ไม่จำกัดเฉพาะการโอนสิทธิในสัญญาให้แก่เอกชนรายอื่นเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการโอนหุ้น การขายสินทรัพย์ และการโอนผลประโยชน์ให้แก่เอกชนรายอื่น ซึ่งมีผลกระทบต่อการทำงาน ของเอกชนที่ได้รับสัมปทาน

ในการร่างสัญญาร่วมทุนของประเทศอังกฤษ จึงต้องมีข้อสัญญาที่กำหนด หลักเกณฑ์ที่ให้อำนาจแก่รัฐในการควบคุมการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาของเอกชน โดยรัฐ จะต้องร่างข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการจำกัดการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานในลักษณะ ดังต่อไปนี้

(5.1) รัฐจะต้องให้เอกชนวางหลักประกันในการห้ามโอนสิทธิในสัญญา สัมปทานไม่ว่าจะเป็นการโอนหุ้น การโอนผลประโยชน์หรือการโอนสิทธิในการดำเนินงาน

¹⁴³ Ibid., p.84.

¹⁴⁴ Ibid., pp.124-127.

โดยอาจจะกำหนดระยะเวลาห้ามโอนในช่วงเวลาหนึ่ง หรือกำหนดให้มีการก่อสร้างส่วนที่สำคัญเสร็จก่อนจึงจะอนุญาตให้โอนได้

(5.2) เมื่อเอกชนมีสิทธิในการโอนสิทธิในสัญญา หากได้ดำเนินการโอนสิทธิในสัญญาสัมปทานแล้ว จะต้องแจ้งแก่รัฐถึงการโอนสิทธิดังกล่าวภายใน 30 วัน

(5.3) ในระยะเวลาที่ผูกจำกัดการโอนสิทธิในสัญญา หากเอกชนได้รับความยินยอมจากรัฐ หรือการโอนสิทธิดังกล่าวนั้นก็เพื่อต้องการเงินลงทุนเพิ่มเติมในการก่อสร้างโครงการ เอกชนย่อมสามารถที่จะโอนสิทธิในสัญญาให้แก่เอกชนรายอื่นได้

(6) การจ้างคู่สัญญาช่วงของเอกชน¹⁴⁵

ในการลงทุนก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ เพื่อให้โครงการสามารถเสร็จสิ้นตามกำหนดเวลา เอกชนที่ได้รับสัมปทานก็อาจเลือกวิธีกระจายภาระงานโดยการจ้างคู่สัญญาช่วงก็ได้ (sub-contractor) โดยเอกชนจะต้องแบกรับความเสี่ยงจากการมอบหมายงานช่วงให้คู่สัญญาช่วงเอง นอกจากนี้ในการทำสัญญาจ้างช่วง เอกชนจะต้องวางเงื่อนไขที่จะสามารถยกเลิกสัญญาช่วงได้ หากปรากฏว่าการดำเนินงานของคู่สัญญาช่วงไม่มีประสิทธิภาพโดยกำหนดระยะเวลาในการประเมินผลงาน

2.6 หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI

ในอดีตเมื่อปี ค.ศ. 1997 รัฐบาลพรรคแรงงานได้จัดตั้ง Treasury Taskforce ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการกำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการ สังกัดอยู่ในกระทรวงการคลัง ประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ในส่วนโยบายที่มาจากกระทรวงการคลังและเจ้าหน้าที่ในส่วนของโครงการที่มาจากภาคเอกชน ต่อมาในช่วงเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1999 ได้มีการพิจารณาและเห็นว่าควรจะต้องมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการที่เป็นการถาวร จึงได้มีการจัดตั้ง Partnerships UK ขึ้นเพื่อทำหน้าที่รับช่วงต่อจาก Treasury Taskforce ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวได้ถูกจัดตั้งในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 2000 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการนำนวัตกรรมความก้าวหน้าของภาคเอกชนมาใช้ประโยชน์ทั้งในส่วนของโครงสร้างและการดำเนินงาน โดยได้มีการจัดตั้งเป็นหน่วยงานแยกออกจากรัฐบาลแห่งชาติ¹⁴⁶ ซึ่งที่ผ่านมาหน่วยงานดังกล่าวได้มีการดำเนินโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI ไปแล้วประมาณ 900 โครงการ คิดเป็นมูลค่ามากกว่า 70,000 ล้านปอนด์*

¹⁴⁵ Ibid., p. 117.

¹⁴⁶ Graham Allen, *The Private Finance Initiative (PFI)*, pp. 16-17.

* โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม www.partnershipsuk.org.uk

ปัจจุบัน Partnerships UK เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเอกชนถือหุ้น ในหน่วยงานมากกว่ารัฐ โดยรัฐถือหุ้นร้อยละ 49 และเอกชนถือหุ้นร้อยละ 51 และมีการตั้ง สภาที่ปรึกษา (Advisory Council) ภายในกระทรวงการคลังเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการทำงานของ Partnerships UK โดยสภาแห่งนี้จะประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานเพื่อ ป้องกันเกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflicts of interest)

2.6.1 ภาระหน้าที่ของหน่วยงาน¹⁴⁷

การทำงานภายในหน่วยงานจะเป็นการทำงานร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชนโดยมุ่ง ไปในเรื่องที่เกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการแบบ PFI เพื่อพัฒนาทั้งในส่วนของการบริหาร การที่เกี่ยวกับการวางแผนงาน ความตกลง และวิธีการที่จะทำให้โครงการประสบความสำเร็จ โดยหน้าที่หลักที่สำคัญของ Partnerships UK คือ ช่วยในการส่งเสริมให้มีการร่วมดำเนินการ แบบ PFI โดยภาระหน้าที่ของหน่วยงานสามารถจำแนกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้

(1) ให้การสนับสนุนโครงการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความซับซ้อน

การดำเนินงานของ Partnerships UK จะเป็นการทำงานควบคู่ไปกับผู้ร่วม ดำเนินการฝ่ายเอกชน ซึ่งจะช่วยสนับสนุนการทำงานให้แก่คณะทำงานของโครงการ (Project teams) ในโครงการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความซับซ้อน โดยจะช่วยให้โครงการสามารถดำเนินการได้ ต่อไปจนถึงขั้นตอนการทำสัญญา โดยการแนะนำจะกล่าวรวมไปถึง

- การพัฒนาและการมีส่วนร่วมในการจัดการโครงการของรัฐ
 - การออกแบบและการสนับสนุนระบบการให้ประกันที่มีคุณภาพ
 - การประสานประโยชน์ระหว่างผู้มีส่วนได้เสียในโครงการ
 - การหาความสมดุลระหว่างคุณภาพของงาน ความสามารถในการจัดทำ บริการและค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งความคุ้มค่าทางการเงิน
 - การออกแบบโครงสร้างความตกลงที่ทำให้เกิดการใช้จ่ายเงินอย่างมีประสิทธิภาพ
- และมีการจัดการความเสี่ยงร่วมกัน
- การจ้างและการจัดให้มีที่ปรึกษาซึ่งเป็นบุคคลภายนอก
 - การเสริมสร้างประสิทธิภาพให้ลูกค้าในเชิงพาณิชย์
 - การจัดทำโครงสร้างการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและการสนับสนุน

การเจรจาตกลงกับภาคเอกชน

¹⁴⁷ Partnerships UK, What we do [Online], 2009. Available from: <http://www.partnershipsuk.org.uk/What-PUK-Do.aspx>

- การจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ด้านการเงิน ด้านสินทรัพย์ และ การจัดการสัญญา

(2) สนับสนุนสัญญาสาธารณะขนาดเล็ก

ความหมายของคำว่า “รัฐ” ของ Partnerships UK ไม่ได้หมายความเฉพาะ ถึงการดำเนินงานในส่วนของรัฐบาลส่วนกลางเท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงโครงการและบริการที่ได้รับ มอบหมายจากรัฐบาลท้องถิ่นด้วย เนื่องจากโครงการสาธารณะขนาดเล็กพื้นฐานหลายโครงการ เป็นการดำเนินการในระดับท้องถิ่น เพียงแต่โครงการนั้นได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลส่วนกลาง เท่านั้น โดย Partnerships UK จะให้คำแนะนำช่วยเหลือแก่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การจัดซื้อจัดจ้างหรือการจัดการกับโครงการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความซับซ้อนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ตลอดจนให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการดำเนินการจัดทำสัญญาแบบ PFI

นอกจากนี้ Partnerships UK ยังมีส่วนร่วมในการทำงานกับหน่วยงานระดับ ท้องถิ่นในโครงการร่วมดำเนินการขนาดใหญ่ด้วย เช่น การก่อสร้างโรงเรียนสำหรับอนาคต โครงการพัฒนาระบบกำจัดของเสียในประเทศอังกฤษ และสร้างศูนย์กลางความคิดริเริ่ม (Hub Initiative) ในประเทศสกอตแลนด์ รวมทั้งโครงการจัดซื้อจัดจ้างเกี่ยวกับการกำจัดของเสีย ในประเทศเวลส์

(3) ให้การสนับสนุนผู้จัดทำนโยบายเพื่อให้เกิดการพัฒนา รูปแบบการจัดซื้อ จัดจ้างรวมทั้งนโยบายและแผนงานของการลงทุนต่าง ๆ

Partnerships UK จะรับผิดชอบในการพัฒนามาตรฐานของข้อกำหนดและ เงื่อนไขทางการเงินของเอกชนรวมทั้งสัญญาเกี่ยวกับ ICT โดยใช้องค์ความรู้ทางการตลาดในการ ทำงานร่วมกับกระทรวงการคลัง เพื่อให้แน่ใจได้ว่ามาตรฐานเหล่านี้สามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ และเป็นประโยชน์กับรัฐ

(4) พัฒนาการจัดทำสัญญาบริการภาครัฐ

Partnerships UK จะช่วยในการพัฒนา รูปแบบของผู้ให้บริการและเปิดหา ตลาดใหม่ ๆ สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเป็นผลมาจากการที่แหล่งเงินทุนของรัฐ อยู่ภายใต้แรงกดดัน ทำให้ต้องมีการเพิ่มการมุ่งเน้นไปในการพัฒนาทักษะของรัฐเพื่อให้การ จัดทำ บริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะจะสามารถจัดทำได้ดีขึ้นภายใต้ ภาวะตลาดที่มีความสมดุลระหว่างรัฐกับเอกชนและผู้จัดจำหน่ายซึ่งเป็นบุคคลที่สาม ซึ่ง Partnerships UK จะต้องเป็นผู้นำในการพิจารณาถึงแนวความคิดเหล่านี้ โดยการทำงานจะต้อง ทำงานใกล้ชิดกับองค์กรหลาย ๆ ด้านด้วยกัน

(5) การลงทุนของ Partnerships UK

Partnerships UK สามารถนำเงินทุนของตนเองไปลงทุนในโครงการต่าง ๆ หรือไปลงทุนในบริษัทอื่น ๆ ได้โดยตรง โดยจะมีบริษัท Partnerships UK ventures ทำหน้าที่ในการลงทุน ซึ่งจะเป็นการลงทุนในบริษัทที่นอกเหนือจากสถาบันวิทยาศาสตร์แห่งสหราชอาณาจักร (UK Science Institutions) และมหาวิทยาลัย โดยแหล่งเงินทุนเหล่านี้จะได้มาจากการสนับสนุนโดยตรงจากสินทรัพย์เชิงพาณิชย์ของรัฐ

2.6.2 โครงสร้างภายในหน่วยงาน¹⁴⁸

โครงสร้างภายในของ Partnerships UK ประกอบด้วยส่วนประกอบหลัก 2 ส่วน ได้แก่ (1) คณะกรรมการ และ (2) สภาที่ปรึกษา โดยการดำเนินงานจะมีการจัดทำรายงานประจำปีเพื่อเผยแพร่ผลงานทั้งในส่วนของคณะกรรมการและสภาที่ปรึกษา โดยจะเป็นการทำงานที่เป็นอิสระแยกออกจากกัน สำหรับโครงสร้างภายในของแต่ละส่วน มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการ (Board Membership)

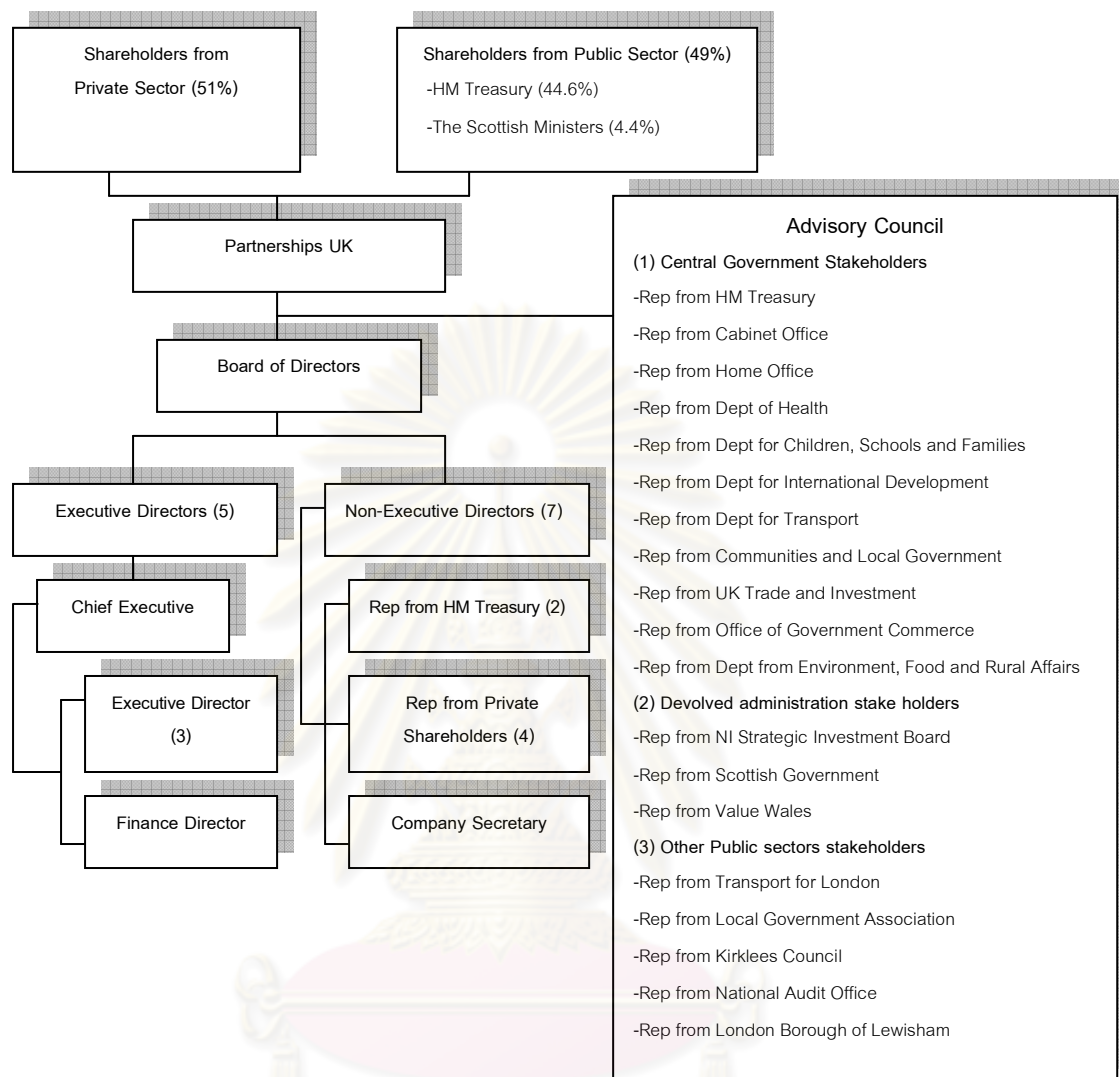
คณะกรรมการจะประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นกรรมการบริหาร (Executive Directors) จำนวน 5 คน ซึ่งในจำนวนนี้จะรวมถึงหัวหน้ากรรมการบริหาร (Chief Executive) ด้วย 1 คน และกรรมการทั่วไป (Non-Executive Directors) อีก 7 คน ซึ่งในจำนวนกรรมการดังกล่าวรวมถึงผู้แทนจากกระทรวงการคลัง (HM Treasury) และผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจบริหาร (Shareholder Executive) ด้วย โดยผู้ถือหุ้นภาคเอกชนจะไม่ได้เป็นสมาชิกของคณะกรรมการโดยตรง

(2) สภาที่ปรึกษา (Advisory Council)

สภาที่ปรึกษาจะมีบทบาทในการทำหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP และการดำเนินงานของภาคเอกชน รวมถึงเสนอแนะระเบียบปฏิบัติที่เป็นกรอบอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่าง Partnerships UK กับตัวผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ ยังทำหน้าที่ในการหาแนวทางจัดการเกี่ยวกับกรณีของผลประโยชน์ทับซ้อนที่อาจเกิดขึ้น โดยสภาที่ปรึกษาจะทำงานโดยอิสระเพื่อกำกับดูแลการทำงานของ Partnerships UK ซึ่งทำให้มั่นใจได้ว่าการดำเนินงานของ Partnerships UK ยังคงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง

¹⁴⁸ Partnerships UK, Governance & Stakeholders [Online], 2009 Available from: <http://www.partnershipsuk.org.uk/Governance-and-Board.aspx>

แผนผังองค์ประกอบของ Partnerships UK¹⁴⁹



ที่มา www.partnershipsuk.org.uk

¹⁴⁹ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, โครงการศึกษาเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs, รายงานฉบับสมบูรณ์, 2553, หน้า 107.

2.7 ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษ

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศอังกฤษในปัจจุบัน จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 และ The Utilities Contracts Regulations 2006 โดยกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ เป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรป โดยหากเป็นกิจการที่เกี่ยวกับระบบสาธารณูปโภคด้านประปา ไฟฟ้า ก๊าซ ความร้อน การสำรวจและสกัดน้ำมันและก๊าซ ถ่านหินหรือเชื้อเพลิงแข็งอื่น ๆ และการขนส่ง จะต้องดำเนินการตาม The Utilities Contracts Regulations 2006 แต่หากเป็นโครงการร่วมดำเนินการในกิจการสาธารณะทั่วไป เช่น การก่อสร้างสะพาน ทางหลวง ทางรถไฟ หรือรันเวย์ สนามบิน จะต้องดำเนินการตาม The Public Contracts Regulations 2006

สำหรับความหมายของคู่สัญญานั้น The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดไว้ว่า หมายถึง รัฐมนตรี และส่วนราชการที่อยู่ในสังกัดของฝ่ายบริหารทั้งหมด ทั้งในส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้ ยังรวมไปถึงหน่วยงานในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วย ในขณะที่ The Utilities Contracts Regulations 2006 จะความหมายเฉพาะถึงหน่วยงานที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคทั้งที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในส่วนของเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของโครงการร่วมดำเนินการที่ต้องดำเนินการนั้น The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะ ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 5,278,000 ยูโร

(2) ในกรณีที่เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะส่วนใหญ่ รวมถึงสัญญาเพื่อให้บริการด้านกิจการ โทรคมนาคม หรือสัญญาเพื่อให้บริการด้านค้นคว้าวิจัย จะต้องมียุทธศาสตร์ขั้นต่ำ 211,000 ยูโร แต่หากเป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานของรัฐที่มีชื่อระบุใน Schedule 1 จะต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 137,000 ยูโร

(3) ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะก็จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วนเช่นกัน กล่าวคือ หากเป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะทั่วไปจะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำ 211,000 ยูโร แต่หากเป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่ระบุไว้ใน Schedule 1 หรือเป็นการดำเนินการโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในสัญญาเพื่อการจัดซื้อหรือเช่าพัสดุที่ระบุใน Schedule 5 จะต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 137,000 ยูโร

ส่วน The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของโครงการสาธารณูปโภคที่อาจใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการได้ไว้ดังนี้

(1) ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภคหรือสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภค ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 422,000 ยูโร

(2) ในกรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค ต้องเป็นโครงการที่มีมูลค่าขั้นต่ำ 5,278,000 ยูโร

สำหรับขั้นตอนการร่วมดำเนินโครงการนั้น The Public Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไว้ทั้งหมด 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (4) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง และ (5) การประกวดออกแบบ

ในขณะที่ The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เช่นเดียวกับ The Public Contracts Regulations 2006 แต่อนุญาตให้ดำเนินการได้เพียง 4 รูปแบบเท่านั้น โดยไม่สามารถนำรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาหรือดังเช่นที่กำหนดไว้ใน The Public Contracts Regulations 2006 มาใช้ได้

ประเทศอังกฤษมีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ ได้แก่ Partnerships UK ซึ่งเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยมีเอกชนถือหุ้นในหน่วยงานมากกว่ารัฐ โดยรัฐถือหุ้นร้อยละ 49 และเอกชนถือหุ้นร้อยละ 51 และมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษา (Advisory Council) ขึ้นภายในกระทรวงการคลังเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการทำงานของ Partnerships UK โดยสภาแห่งนี้จะประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันเกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3. การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศส

การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะถือเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีแนวคิดมาจากการที่รัฐมอบภารกิจของรัฐให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนโดยมีหลักการที่สำคัญ คือ การให้ผู้ให้บริการเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายแทนที่จะใช้เงินงบประมาณแผ่นดินมาจัดทำบริการสาธารณะ

การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น เริ่มพัฒนามาตั้งแต่ยุคกลาง (moyen âge) เช่น เมืองที่สร้างถนนมีสิทธิเรียกเก็บค่าผ่านทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในศตวรรษที่ 16 การจัดบริการสาธารณูปโภคพื้นฐานหลายอย่างได้พัฒนาขึ้น เช่น ทางรถไฟ หรือการขุดคูเมืองคั่นช่องแคบระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นการที่รัฐมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งสิ้น

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมา รัฐประสบปัญหาทางภาวะงบประมาณเป็นอย่างมากจึงทำให้รัฐเลือกวิธีการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น การสร้างทางหลวงสัมปทาน การจัดผังเมือง และการจัดการดูแลสวนสาธารณะ เป็นต้น

ในปี ค.ศ. 1980 มีตัวแปรที่สำคัญ คือ การกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่น ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจและมีอิสระในการเข้าทำสัญญาสัมปทาน อย่างไรก็ตามก็ยังมีแนวโน้มว่าการจัดทำสัญญาสัมปทานจะทำได้ยากยิ่งขึ้น เนื่องจากการที่กฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการทำสัญญา ทำให้มีการทุจริตค่อนข้างมาก ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1993 จึงได้มีการออกกฎหมายวางหลักเกณฑ์การทำสัญญาสัมปทานให้เข้มงวดมากยิ่งขึ้น นอกจากนั้น สหภาพยุโรปยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานไว้เพื่อให้มีความโปร่งใสในการดำเนินการ รวมทั้งยังได้กำหนดมาตรการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและลดการผูกขาดของภาครัฐ¹⁵⁰

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้มีการตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการร่วมดำเนินการดังกล่าวไว้ รายละเอียดเป็นไปตามรัฐกำหนด ฉบับที่ 2004-559 ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2004 ว่าด้วยสัญญาร่วมดำเนินการ (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat)^{*} โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการออกเพื่ออนุวัติการ

¹⁵⁰ M.Philippe Touquet de Beauregard, “การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ และการควบคุมสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ”, วารสารกฎหมายปกครอง 18 (เมษายน 2542): 22-23.

* ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Order No. 2004-559 of 17 June 2004 on partnership contracts”

ให้เป็นไปตาม Directive 2004/18/EC ของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

3.1 ลักษณะของสัญญาร่วมดำเนินการ

สัญญาร่วมดำเนินการเป็นสัญญาที่มีคุณลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทั่วไป โดยรัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสว่าด้วยสัญญาร่วมดำเนินการ ได้กำหนดคุณลักษณะพิเศษของสัญญาร่วมดำเนินการไว้ ดังต่อไปนี้

3.1.1 สัญญาเบ็ดเสร็จ (Contrat global)

ภารกิจของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐจะมีลักษณะเป็นการดำเนินงานที่รวมความรับผิดชอบหลาย ๆ อย่างไว้ที่เอกชน โดยกฎหมายได้กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องดำเนินการอย่างน้อย 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) จัดหาเงินทุนสำหรับดำเนินโครงการ
- (2) ก่อสร้างหรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างหรือระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง
- (3) ดูแลรักษา ซ่อมบำรุง และใช้ประโยชน์หรือบริหารจัดการสิ่งปลูกสร้างหรือระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง

นอกจากนี้ สัญญาอาจกำหนดให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบงานออกแบบได้ด้วยก็ได้ โดยข้อสัญญาดังกล่าวต้องระบุบุคคลผู้รับผิดชอบการออกแบบและควบคุมงาน ในกรณีของงานก่อสร้างอาคาร ข้อเสนอโครงการต้องมีแบบอาคารเสนอมาดำเนิน และในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกคู่สัญญา จะต้องมีการพิจารณามาตรฐานโดยรวมของสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้นด้วย ทั้งนี้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอาจได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบด้วยก็ได้¹⁵¹

โดยที่สัญญาร่วมดำเนินการเป็นการจัดทำโครงการแบบเบ็ดเสร็จที่ครอบคลุมทั้งขั้นตอนการออกแบบ การก่อสร้าง การดูแลรักษาซ่อมบำรุง และการบริหารจัดการ จึงช่วยลดต้นทุนโดยรวมในการดำเนินโครงการ และทำให้อัตราค่าธรรมเนียมการใช้บริการมีความเหมาะสมและไม่เป็นภาระแก่ประชาชนมากเกินไป

¹⁵¹ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 1

3.1.2 สัญญาระยะยาว (contrat de longue durée)

โดยที่โครงการตามสัญญาร่วมดำเนินการเป็นโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก สัญญาร่วมดำเนินการจึงเป็นสัญญาระยะยาว โดยอายุของสัญญาจะขึ้นอยู่กับระยะเวลาคืนทุน หรือรูปแบบการจัดหาเงินทุนในการดำเนินโครงการ โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาร่วมดำเนินการจะต้องมีข้อสัญญาเกี่ยวกับอายุของสัญญา¹⁵²

เนื่องจากสัญญาร่วมดำเนินการเป็นสัญญาระยะยาว กฎหมายจึงกำหนดให้มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการแก้ไขหรือเลิกสัญญา เพื่อเป็นการปรับเปลี่ยนสัญญาให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น วิวัฒนาการทางเทคโนโลยี¹⁵³

นอกจากนี้ ต้องมีข้อสัญญาที่กำหนดมาตรการในการรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย เช่น มาตรการในกรณีที่มีการเลิกสัญญา¹⁵⁴

3.1.3 สัญญาที่มีการจัดสรรความเสี่ยงและกำหนดการจ่ายค่าตอบแทน (contrat aux modalités de partage des risques et rémunération originales)

ในกรณีของสัญญาที่มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาสัมปทานนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับความเสี่ยงในเรื่องของการดำเนินโครงการเกือบทั้งหมดแต่ผู้เดียว ทั้งในส่วนของงานก่อสร้าง การบริหารจัดการโครงการ รวมทั้งการจัดเก็บรายได้จากการให้บริการ แต่ในกรณีของสัญญาร่วมดำเนินการจะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยง (partage des risques) อย่างเหมาะสม โดยสัญญาต้องกำหนดหลักเกณฑ์การจัดสรรความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาไว้ด้วย¹⁵⁵

การจัดสรรความเสี่ยงต้องคำนึงถึงความสามารถของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการบริหารจัดการความเสี่ยงให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งโดยปกติคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเป็นผู้รับความเสี่ยงในด้านการก่อสร้าง การดูแลรักษาซ่อมบำรุง และการบริหารจัดการโครงการ ขณะที่หน่วยงานของรัฐจะรับความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากกฎระเบียบของรัฐ

สำหรับรูปแบบของค่าตอบแทนสำหรับเอกชนจะประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการดังต่อไปนี้

¹⁵² Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 a

¹⁵³ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 h

¹⁵⁴ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 j

¹⁵⁵ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 b

(1) เป็นการจ่ายค่าตอบแทนตลอดระยะเวลาของสัญญา

หน่วยงานของรัฐจะเริ่มจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนเมื่อดำเนินโครงการเสร็จเรียบร้อยและมีการเปิดให้บริการแก่ประชาชนแล้วเท่านั้น โดยเป็นการจ่ายค่าตอบแทนเป็นงวด ๆ ตลอดระยะเวลาของสัญญา ซึ่งการจ่ายค่าตอบแทนในรูปแบบดังกล่าวมีข้อดีตรงที่สามารถบังคับให้เอกชนเร่งดำเนินงานก่อสร้างให้แล้วเสร็จและเปิดให้บริการโดยเร็ว เพราะความล่าช้าในการเปิดให้บริการจะส่งผลกระทบต่อการจ่ายเงินค่าตอบแทนงวดแรก รวมทั้งระยะเวลาในการได้รับค่าตอบแทนและรายได้อื่น ๆ จากการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ของโครงการ

(2) การจ่ายค่าตอบแทนจะพิจารณาจากผลการดำเนินงานของเอกชน

การจ่ายค่าตอบแทนจะพิจารณาจากผลการดำเนินงานของเอกชนตามปริมาณและคุณภาพของงานที่กำหนดใน “เป้าหมายผลสัมฤทธิ์” (objectifs de performance) ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ เช่น เป้าหมายเกี่ยวกับคุณภาพการให้บริการหรือคุณภาพมาตรฐานของสิ่งปลูกสร้างหรือระบบสาธารณูปโภค รวมทั้งเป้าหมายเชิงปริมาณในการให้บริการของประชาชน ซึ่งการจ่ายค่าตอบแทนตามปริมาณและคุณภาพการให้บริการนี้จะทำให้เอกชนต้องพยายามรักษาคุณภาพการให้บริการอย่างดีที่สุด ซึ่งย่อมเป็นผลดีต่อประชาชนผู้รับบริการ

(3) รายได้อื่น ๆ

นอกจากค่าตอบแทนที่หน่วยงานของรัฐจ่ายให้แก่เอกชนแล้ว เอกชนอาจมีรายได้เสริมอื่น ๆ (recettes annexes) เช่น รายได้จากการใช้ประโยชน์หรือพัฒนาสิ่งปลูกสร้างหรือสาธารณูปโภคของโครงการ ซึ่งรายได้ดังกล่าวมิได้จำกัดเฉพาะค่าบริการหรือค่าธรรมเนียมการให้บริการสาธารณะเท่านั้น แต่อาจเป็นรายได้จากการใช้ประโยชน์อื่น ๆ นอกเหนือจากการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น กรณีสัญญาจ้างก่อสร้างและบริหารจัดการสนามกีฬา อาจมีการอนุญาตให้คู่สัญญาจัดให้บริษัทเอกชนเช่าสถานที่สำหรับจัดงานต่าง ๆ โดยเก็บค่าเช่าได้

ทั้งนี้ สัญญาร่วมดำเนินการจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณเงินค่าตอบแทนสำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคำนวณจากมูลค่าการลงทุน มูลค่าการดำเนินโครงการ มูลค่าการจัดหาเงินทุน รวมทั้งรายได้จากการพัฒนาสินทรัพย์ของหน่วยงานหรือสิ่งปลูกสร้างหรือระบบสาธารณูปโภคตามโครงการ¹⁵⁶

3.1.4 สัญญาทางปกครอง (Contrat administratif)

โดยหลักแล้วสัญญาร่วมดำเนินการเข้าองค์ประกอบของ “สัญญาทางปกครอง” ตามแนวคำพิพากษาของศาล เพราะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

¹⁵⁶ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 d

และเป็นสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม การร่วมดำเนินการในประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในกฎหมายให้สัญญาร่วมดำเนินการเป็นสัญญาทางปกครอง¹⁵⁷ ดังนั้น จึงถือว่าสัญญาร่วมดำเนินการเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย และเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว บรรดาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาร่วมดำเนินการย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

3.2 ระบบกฎหมายของสัญญาร่วมดำเนินการ

ระบบกฎหมายของสัญญาร่วมดำเนินการในประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดคุณลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทั่วไปไว้ในรัฐกำหนด ได้แก่ (1) สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ของโครงการ (2) อำนาจของหน่วยงานของรัฐในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา (3) สิทธิประโยชน์ทางภาษีและเงินอุดหนุน และ (4) การระงับข้อพิพาท

3.2.1 สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ของโครงการ

ในกรณีที่การดำเนินโครงการมีความจำเป็นต้องมีการครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับอนุญาตให้เข้าครอบครองใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดินตลอดระยะเวลาของสัญญา และในกรณีที่สัญญามีได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีทรัพย์สินเหนือสิ่งปลูกสร้างและระบบสาธารณูปโภคที่ได้ก่อสร้างขึ้น โดยถือว่ามีสิทธิและหน้าที่เสมือนเป็นเจ้าของสินทรัพย์ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่สัญญากำหนดไว้เพื่อคุ้มครองบูรณภาพของสาธารณสมบัติของแผ่นดินและการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยหน่วยงานของรัฐอาจอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการพัฒนาสินทรัพย์ของหน่วยงานภายใต้กรอบของสัญญาร่วมดำเนินการ ทั้งนี้ หน่วยงานจะต้องทำการแบ่งแยกสินทรัพย์ส่วนที่เป็นสินทรัพย์ธรรมดาของหน่วยงาน และสินทรัพย์ส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินออกจากกันอย่างชัดเจน โดยในส่วนของสินทรัพย์ธรรมดาของหน่วยงานนั้น หน่วยงานอาจอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำสัญญาเช่าทางแพ่งกับเอกชนรายอื่น เช่น สัญญาเช่าระยะยาวเพื่อก่อสร้างอาคาร หรือสัญญาเช่าระยะยาวเพื่อพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ โดยสัญญาเช่าดังกล่าวอาจมีการก่อตั้งทรัพย์สินที่มีระยะเวลาแน่นอนให้แก่ผู้เช่าและอาจมีระยะเวลายาวกว่าอายุของสัญญาร่วมดำเนินการก็ได้¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 1

¹⁵⁸ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 13

3.2.2 อำนาจของหน่วยงานของรัฐในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา

สัญญาาร่วมดำเนินการต้องมีข้อสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการดูแลสินทรัพย์ของโครงการให้พร้อมสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งอำนาจของหน่วยงานของรัฐในการควบคุมกำกับดูแลการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะการปฏิบัติให้บรรลุเป้าหมายผลสัมฤทธิ์ตามที่กำหนดในสัญญาหรือตามที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทำสัญญาจ้างเหมาช่วงให้บริษัทอื่นดำเนินงานตามโครงการ¹⁵⁹

นอกจากนี้ สัญญาจะต้องกำหนดเกี่ยวกับมาตรการบังคับและบทลงโทษที่จะใช้บังคับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา โดยเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามเป้าหมายผลสัมฤทธิ์¹⁶⁰ รวมทั้งอำนาจของหน่วยงานของรัฐในการควบคุมการโอนสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้แก่บุคคลอื่น¹⁶¹

3.2.3 สิทธิประโยชน์ทางภาษีและเงินอุดหนุน

โครงการภายใต้สัญญาาร่วมดำเนินการอาจได้รับเงินอุดหนุนเช่นเดียวกับโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับของรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 85-704 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 ว่าด้วยการควบคุมงานก่อสร้างโดยหน่วยงานของรัฐ¹⁶² นอกจากนี้ สิ่งปลูกสร้างตามโครงการยังได้รับการยกเว้นภาษีโรงเรือนและที่ดิน ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 1382 แห่งประมวลรัษฎากรตลอดระยะเวลาของสัญญาด้วย¹⁶³

3.2.4 การระงับข้อพิพาท

โดยที่สัญญาาร่วมดำเนินการเป็นสัญญาที่มีเนื้อหาซับซ้อนและมีระยะการดำเนินโครงการค่อนข้างนาน จึงอาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างอายุของสัญญาได้ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องมีข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการป้องกันและระงับข้อพิพาทไว้ ซึ่งรวมถึงอาจใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายฝรั่งเศสด้วยก็ได้¹⁶⁴

¹⁵⁹ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 f

¹⁶⁰ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 g

¹⁶¹ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 i

¹⁶² Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 25

¹⁶³ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 26

¹⁶⁴ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 11 l

3.3 หลักเกณฑ์ทั่วไปของการร่วมดำเนินการที่ต้องพิจารณา

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการทำสัญญาร่วมดำเนินการที่ควรต้องพิจารณาในเบื้องต้นก็คือ คู่สัญญา เนื่องจากถือเป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกว่า คู่สัญญารายนั้นมีความสามารถที่จะเข้ามาทำสัญญาร่วมดำเนินการได้หรือไม่ รวมทั้งโครงการในลักษณะใดที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำสัญญาร่วมดำเนินการได้

3.3.1 ความหมายของคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาความหมายของ “สัญญาร่วมดำเนินการ” ซึ่งปรากฏตามมาตรา 1 แห่งรัฐกำหนด ค.ศ. 2004 ที่กำหนดว่า “สัญญาร่วมดำเนินการ” (contrat de partenariat) หมายถึง สัญญาทางปกครองที่รัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐมอบหมายให้บุคคลภายนอก จัดทำภารกิจโดยรวมทั้งในส่วนของก่อสร้างหรือดัดแปลง การดูแลรักษา การซ่อมบำรุง การใช้ประโยชน์ หรือการบริหารจัดการสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนการจัดหาเงินทุนสำหรับการดำเนินการดังกล่าว แต่ไม่รวมถึงการถือหุ้น โดยสัญญา มีระยะเวลาที่กำหนดไว้แน่นอนตามระยะเวลาคืนทุนหรือวิธีการลงทุน”

จากความหมายของ “สัญญาร่วมดำเนินการ” ดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปคุณลักษณะสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

3.3.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง รัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐ โดยรัฐถือเป็นนิติบุคคลที่สามารถเป็นคู่สัญญาได้ ในขณะที่ กระทรวง ทบวง กรม เป็นเพียงองคาพยพของรัฐ ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล จึงไม่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้¹⁶⁵

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารัฐกำหนด ค.ศ. 2004 จะไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบของส่วนท้องถิ่นไว้ แต่องค์ประกอบส่วนท้องถิ่นก็สามารถร่วมดำเนินการกับเอกชนได้ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น

ประเทศฝรั่งเศสมีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอยู่ 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ รัฐ องค์ประกอบส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชน¹⁶⁶

¹⁶⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 24.

¹⁶⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 66.

สำหรับกรณีขององค์การมหาชนนั้น ตามความหมายของของประเทศฝรั่งเศสมีความหมายกว้าง หมายถึง องค์การทุกองค์การที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการจากรัฐ จึงมีการเรียกเป็นหลายอย่าง เช่น องค์การมหาชนอิสระ หรือองค์การกระจายอำนาจทางบริการ หรือองค์การสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท¹⁶⁷ คือ

(1) องค์การมหาชนทางอุตสาหกรรมและการค้า ซึ่งองค์การมหาชนประเภทนี้ส่วนหนึ่งจะมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจอยู่ด้วย แต่บางกิจการก็อาจเป็นเพียงตัวแทนแห่งผลประโยชน์ของกลุ่มอุตสาหกรรมหรือการค้า เช่น สมาหาคารค้า

(2) องค์การมหาชนทางสังคม ซึ่งเป็นองค์การที่มีวัตถุประสงค์ในด้านการให้บริการด้านต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในสังคม เช่น โรงพยาบาล

(3) องค์การมหาชนทางวัฒนธรรม องค์การมหาชนประเภทนี้จะมุ่งให้บริการด้านการศึกษา การค้นคว้าวิจัย ซึ่งมหาวิทยาลัยหรือโรงเรียนก็อยู่ในความหมายขององค์การมหาชนประเภทนี้

(4) องค์การมหาชนทางปกครอง องค์การมหาชนประเภทนี้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อแยกภารกิจที่รัฐเคยดำเนินการอยู่ไปดำเนินการ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวและมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ หรือเป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นเพื่อใช้ในการดำเนินการทางปกครองทางพื้นที่แทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น การจัดตั้งองค์กรบริหารเมืองที่จัดตั้งใหม่

3.3.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สำหรับความหมายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะหมายถึง บุคคลที่จะเข้ามาเป็นผู้จัดทำภารกิจโดยรวม ทั้งส่วนของการก่อสร้างหรือดัดแปลง การดูแลรักษา การซ่อมบำรุง การใช้ประโยชน์หรือการบริหารจัดการสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนการจัดหาเงินทุนสำหรับการดำเนินการดังกล่าว แต่ไม่รวมถึงการถือหุ้น ดังนั้น หากเอกชนรายใดมีคุณสมบัติที่จะสามารถดำเนินการได้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็สามารถเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐได้

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดห้ามมิให้นิติบุคคลบางลักษณะเข้ามาร่วมประมูลแข่งขันเพื่อคัดเลือกเป็นผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชน เช่น นิติบุคคลที่ได้รับโทษบางฐานความผิดตามกฎหมายอาญา ประมวลรัษฎากร หรือประมวลกฎหมายแรงงาน และนิติบุคคลดังกล่าวยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ได้รับโทษ หรือ

¹⁶⁷ อัคร จารุจินดา, คู่มือว่าด้วยองค์การมหาชน เอกสารประกอบการบรรยายอบรม หลักสูตรนักกฎหมายกฤษฎีกา หัวข้อ “การจัดองค์กรและบริหารงานภาครัฐ” เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2551 ณ ห้องประชุมปริทัศน์ พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 10-11.

นิติบุคคลที่อยู่ระหว่างศาลสั่งให้ชำระบัญชีหรืออยู่ระหว่างกระบวนการล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ หรืออยู่ระหว่างกระบวนการอื่นที่เทียบเคียงได้กับกรณีดังกล่าวตามกฎหมายของต่างประเทศ¹⁶⁸

3.3.2 ประเภทของกิจการที่สามารถใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ¹⁶⁹

สัญญาร่วมดำเนินการไม่ใช่รูปแบบการดำเนินโครงการรัฐที่กำหนดขึ้นสำหรับการดำเนินโครงการทั่วไปตามปกติ แต่ถือเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับกิจการสาธารณะ บางประเภทที่โครงการมีความซับซ้อนในการดำเนินการ มีมูลค่าการลงทุนสูง และต้องอาศัย ความรู้ความชำนาญของเอกชนเป็นพิเศษ ด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎหมายจึงกำหนดให้หน่วยงาน ของรัฐสามารถทำสัญญาร่วมดำเนินการได้เฉพาะ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) โครงการที่มีความซับซ้อนจนพันวิสัยที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดวิธีการหรือ แผนการดำเนินโครงการได้โดยลำพัง ซึ่งจะต้องเป็นความซับซ้อนในเชิงภาวะวิสัย (objectivement) กล่าวคือ เป็นความซับซ้อนในตัวโครงการเอง มิใช่ความซับซ้อนอันเนื่องมาจากปัญหา ที่หน่วยงานขาดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถหรือเป็นหน่วยงานขนาดเล็ก

(2) โครงการที่ต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนซึ่งหากปล่อยให้ช้าไปอาจก่อให้เกิด ความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดจากสถานการณ์ที่ไม่อาจ คาดการณ์ได้ ในกรณีนี้ตัวโครงการเองอาจไม่จำเป็นต้องซับซ้อนเช่นเดียวกับกรณีตาม (1) แต่เป็น กรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนให้ต้องใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการในการดำเนินโครงการ เช่น เกิดปัญหาปัจจุบันทันด่วนให้ต้องรีบดำเนินการแก้ไขโดยเร็ว

(3) กรณีที่การทำสัญญาร่วมดำเนินการมีความคุ้มค่าหรือมีข้อดีมากกว่าข้อเสีย เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญารูปแบบอื่น ๆ โดยหน่วยงานต้องพิจารณาจากรายละเอียดของ โครงการหรือมาตรฐานในการจัดทำบริการสาธารณะที่ตนรับผิดชอบหรือปัญหาที่เคยเกิดขึ้นมา ก่อนในการดำเนินโครงการในลักษณะเดียวกัน

3.3.3 มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ

รัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วม ดำเนินการไว้ ดังนั้น มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการจึงต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Directive ของสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อกำหนด มูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการที่หน่วยงานของรัฐสามารถใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญา ด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาต่อรองแบบที่ต้องมีการแจ้งประกาศให้ทราบล่วงหน้าได้ไว้ใน

¹⁶⁸ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 4

¹⁶⁹ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 2 II

รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 2009-243 ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2009 (Décret n°2009-243 du 2 mars 2009) โดยมูลค่าดังกล่าวเป็นมูลค่าที่ยังไม่รวมค่าภาษี ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่เป็นสัญญาร่วมดำเนินการที่จัดทำโดยหน่วยงานด้านสาธารณสุข ภายใต้เงื่อนไขของมูลค่าสัญญาร่วมดำเนินการที่ไม่เกินจำนวนดังต่อไปนี้

(1.1) 4,845,000 ยูโร สำหรับสัญญาร่วมดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงาน หรือทั้งออกแบบและดำเนินงาน หรือเป็นงานที่สอดคล้องกับความต้องการที่กำหนด โดยหน่วยงานของรัฐ

(1.2) 125,000 ยูโร สำหรับสัญญาร่วมดำเนินการ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ใน (1.1)

(2) กรณีที่เป็นความร่วมมือที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับประมวลการจัดซื้อจัดจ้าง ภาครัฐ (Code des marchés publics) ที่ไม่เกินจำนวนดังต่อไปนี้

(2.1) 4,845,000 ยูโร สำหรับสัญญาร่วมดำเนินการที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงาน หรือทั้งออกแบบและดำเนินงาน หรือเป็นงานที่สอดคล้องกับความต้องการที่กำหนด โดยหน่วยงานของรัฐ

(2.2) 387,000 ยูโร สำหรับสัญญาร่วมดำเนินการที่จัดทำโดยหน่วยงานด้าน สาธารณูปโภค นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ใน (2.1)

(2.3) 193,000 ยูโร สำหรับสัญญาร่วมดำเนินการที่จัดทำโดยหน่วยงานของ รัฐ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ใน (2.1)

สำหรับการคำนวณมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการนั้น จะต้องคำนวณโดยรวม ค่าตอบแทนต่าง ๆ ทั้งหมด ณ วันที่ได้มีการลงนามในสัญญา¹⁷⁰

3.4 ขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินโครงการ

ขั้นตอนการดำเนินการตามที่กำหนดในรัฐกำหนด ฉบับที่ 2004-559 ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2004 ว่าด้วยสัญญาร่วมดำเนินการ อาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอนใหญ่ ๆ ได้แก่ (1) ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา และ (2) ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

3.4.1 ขั้นตอนการประเมินความเหมาะสมในการทำสัญญา¹⁷¹

ในเบื้องต้นหน่วยงานของรัฐต้องทำการศึกษาเพื่อประเมินถึงความจำเป็นและความเหมาะสมในการทำสัญญาร่วมดำเนินการ ซึ่งจะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน

¹⁷⁰ Décret n°2009-243 du 2 mars 2009 Article 5

¹⁷¹ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 2

ที่ช่วยในการประเมิน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบวิธีการต่าง ๆ ที่อาจใช้ในการดำเนินโครงการ ซึ่งต้องมีการพิจารณาทั้งในเรื่องของมูลค่าของโครงการ การจัดสรรความเสี่ยง ประสิทธิภาพในการดำเนินโครงการและผลกระทบต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน โดยกรณีที่หน่วยงานจะเลือกใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ จะต้องแสดงผลการศึกษาให้เห็นว่าโครงการนั้นอยู่ในข่ายที่จะทำสัญญาร่วมดำเนินการได้ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น เป็นโครงการที่มีความซับซ้อนหรือต้องดำเนินการโดยเร่งด่วน รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมและคุ้มค่าในการเลือกใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการแทนที่จะใช้วิธีการอื่น ๆ ซึ่งอาจเป็นเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเงิน กฎหมาย หรือการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นต้น

3.4.2 ขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา

การคัดเลือกคู่สัญญาจะอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยเสรีภาพในการเข้าเสนอราคาของเอกชน หลักการปฏิบัติต่อผู้เสนอราคาอย่างเท่าเทียมกัน และหลักความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกโดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหลักการเหล่านี้จะทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่ากระบวนการคัดเลือกจะมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับการนำเงินของรัฐไปลงทุน โดยต้องออกประกาศเชิญชวนให้เสนอราคา¹⁷²

สำหรับช่วงระยะเวลาตั้งแต่วันที่ประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจมาร่วมดำเนินการ จนถึงวันสุดท้ายของการรับข้อเสนองานของเอกชนต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 40 วัน โดยหน่วยงานของรัฐต้องจัดทำบัญชีรายชื่อบริษัทหรือกลุ่มบริษัทที่ได้รับอนุมัติให้เสนอราคาด้วย¹⁷³

รูปแบบการคัดเลือกคู่สัญญานั้น กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้สามารถทำได้ 3 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลโดยการเจรจาหารือ (2) การประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคา และ (3) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง ซึ่งโครงการใดจะใช้รูปแบบในการคัดเลือกแบบใดนั้น กฎหมายกำหนดให้พิจารณาตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 7¹⁷⁴

สำหรับมาตรา 7 จะกำหนดสำหรับวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาแบ่งออกเป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

¹⁷² Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 3

¹⁷³ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 6

¹⁷⁴ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 5

3.4.2.1 กรณีของโครงการที่มีความซับซ้อน¹⁷⁵

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐจะทำสัญญาร่วมดำเนินการเพื่อดำเนินโครงการที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดวิธีการหรือแผนการดำเนินการได้เอง กฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการแข่งขันโดยการเจรจาหรือกับผู้เสนอราคาเพื่อกำหนดรายละเอียดของโครงการและคัดเลือกคู่สัญญา ซึ่งวิธีการดังกล่าวมีขั้นตอนสรุปได้ดังต่อไปนี้

- หน่วยงานต้องจัดทำแผนโครงการที่กำหนดเป้าหมายของภารกิจที่จะดำเนินการและหารือกับผู้เสนอราคาแต่ละรายเพื่อกำหนดวิธีการหรือแผนงานที่เหมาะสมที่สุดในการดำเนินภารกิจนั้น โดยผู้เสนอราคาแต่ละรายจะต้องได้รับโอกาสในการหารือกับหน่วยงานอย่างเท่าเทียมกัน และหน่วยงานต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้จากการหารือกับผู้เสนอราคารายหนึ่งให้แก่ผู้เสนอราคารายอื่น ๆ โดยปราศจากความยินยอมของผู้เสนอราคารายนั้น ซึ่งหน่วยงานอาจจะต้องหารือกับผู้ร่วมเสนอราคาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้ได้ข้อมูลของปัญหาต่าง ๆ

- เมื่อหน่วยงานเห็นว่าได้รับข้อมูลเพียงพอแก่การกำหนดวิธีการหรือแผนงานที่เหมาะสมที่สุดในการดำเนินภารกิจแล้ว ก็จะมียุติกระบวนการหารือและแจ้งให้ผู้เสนอราคาทั้งหมดยื่นข้อเสนอสุดท้าย (offer finale) ตามวิธีการหรือแผนงานที่กำหนดในเบื้องต้น โดยต้องให้ผู้เสนอราคามีเวลาอย่างน้อย 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งในการจัดทำและยื่นข้อเสนอสุดท้าย โดยข้อเสนอดังกล่าวจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการปฏิบัติตามสัญญาไว้โดยครบถ้วน

3.4.2.2 กรณีของโครงการที่ไม่มีความซับซ้อน

ในกรณีของโครงการอื่น ๆ ที่ไม่มีความซับซ้อน แต่มีเหตุจำเป็นให้ต้องใช้วิธีการทำสัญญาร่วมดำเนินการ เช่น โครงการที่ต้องดำเนินการโดยเร่งด่วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้วิธีการประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคาในการคัดเลือกคู่สัญญาตามที่กำหนดในมาตรา 7 II หรือในกรณีที่สัญญามีมูลค่าไม่เกินที่กำหนดในรัฐกฤษฎีกา หน่วยงานของรัฐสามารถเลือกคู่สัญญาโดยใช้วิธีการประมูลแบบเจรจาต่อรองได้ตามมาตรา 7 III

การพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคา โดยหลักเกณฑ์การคัดเลือกต้องมีข้อพิจารณามูลค่าโดยรวมของราคาที่เสนอ และเป้าหมายผลสัมฤทธิ์ที่กำหนดไว้ตามลักษณะของโครงการ โดยหน่วยงานของรัฐอาจกำหนดข้อพิจารณาอื่น ๆ ด้วยก็ได้ เช่น ข้อเสนอด้านเทคนิค หรือความก้าวหน้าทางนวัตกรรมที่ใช้ ระยะเวลาก่อสร้าง หรือคุณภาพมาตรฐานและความคงทนของสิ่งก่อสร้าง ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุดเป็นผู้เข้า

¹⁷⁵ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 7

ทำสัญญา โดยอ้างอิงผลจากการประเมินศึกษาโครงการในเบื้องต้น รวมทั้งตามเอกสารที่ได้ประกาศเชิญชวนไปก่อนหน้านี้¹⁷⁶

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ตัวคู่สัญญาแล้วต้องแจ้งให้ผู้เสนอราคารายอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกทราบด้วย โดยหน่วยงานจะลงนามในสัญญาได้เมื่อล่วงพ้นระยะเวลา 10 วัน นับแต่วันที่แจ้งผู้เสนอราคารายอื่น ๆ แล้วเท่านั้น หากมีข้อสงสัยของผู้เสนอราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือก หน่วยงานจะต้องตอบข้อสงสัยดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 15 วัน โดยต้องระบุถึงเหตุแห่งการปฏิเสธข้อเสนอของผู้เสนอราคารายนั้น พร้อมทั้งต้องระบุถึงประโยชน์ที่หน่วยงานได้รับมากกว่าจากผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือก ทั้งนี้ กรณีสัญญาร่วมดำเนินการของรัฐหรือองค์การมหาชนที่มีเจ้าหน้าที่บัญชีรัฐ หน่วยงานจะต้องเสนอให้รัฐมนตรีผู้ดูแลด้านเศรษฐกิจ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง) พิจารณาถึงผลกระทบของโครงการต่อฐานะด้านงบประมาณและให้ความเห็นชอบสัญญาเสียก่อน จึงจะลงนามในสัญญาได้

เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว หน่วยงานจะต้องส่งสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก่อนการดำเนินการใด ๆ ตามสัญญา และส่งคำสั่งอนุมัติคู่สัญญา ไปลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาของสหภาพยุโรปภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ส่งสัญญาไปให้คู่สัญญา¹⁷⁷

3.5 ขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญา¹⁷⁸

การพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐนั้น รัฐอาจขอให้ผู้เข้าร่วมประมูลให้ข้อมูลต่าง ๆ ประกอบการพิจารณาคุณสมบัติได้ รวมทั้งต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด ดังต่อไปนี้

3.5.1 ลักษณะทั่วไปของคู่สัญญา¹⁷⁹

หากรัฐมีความจำเป็นที่ต้องประเมินศักยภาพของผู้เข้าประมูลเพื่อให้ได้คู่สัญญาที่มีศักยภาพ หน่วยงานของรัฐสามารถที่จะขอข้อมูลในเรื่องดังต่อไปนี้จากผู้เข้าประมูลได้

- (1) ข้อมูลรายการที่แสดงถึงผลประกอบการรวมและกำไรสุทธิตามผลประโยชน์ที่ได้กล่าวอ้างในสัญญาร่วมดำเนินการย้อนหลังไป 3 ปี
- (2) ข้อมูลคำรับรองสถานะทางการเงินที่เหมาะสมจากธนาคารหรือหลักฐานการประกันความเสี่ยงในการประกอบอาชีพ

¹⁷⁶ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 8

¹⁷⁷ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 9

¹⁷⁸ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 4

¹⁷⁹ Décret n°2009-243 du 2 mars 2009 Article 2

- (3) ข้อมูลบัญชีงบดุลหรือข้อมูลที่สรุปจากบัญชีงบดุลของผู้ประกอบธุรกิจ (economic operator) ย้อนหลังไป 3 ปี
- (4) ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงแรงงานโดยเฉลี่ยต่อปีที่ใช้ในการดำเนินงานและจำนวนเจ้าหน้าที่ที่ใช้ในการบริหารจัดการย้อนหลังไป 3 ปี
- (5) ข้อมูลรายการที่แสดงถึงผลกระทบต่าง ๆ จากการจัดทำบริการหรือบริการหลัก ๆ ที่ได้ดำเนินการไปในช่วง 3 ปี ที่ผ่านมาโดยต้องมีการสรุปผล ระบุวันที่และผู้รับบริการ
- (6) ข้อมูลที่แสดงถึงงานที่ได้ดำเนินการแล้วเสร็จหรืออยู่ระหว่างดำเนินการในช่วงเวลาที่ผ่านมา 5 ปี ทั้งนี้ ต้องมีใบรับรองความพึงพอใจในการดำเนินงาน โดยใบรับรองดังกล่าวต้องระบุจำนวนเงิน ระยะเวลา และสถานที่ดำเนินงานด้วย
- (7) ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงหลักวิชาการหรือความเป็นมืออาชีพ รวมทั้งความรับผิดชอบในการจัดทำบริการหรือบริหารงานในลักษณะเดียวกับสัญญาที่เป็นหุ้นส่วนกัน
- (8) ข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องมือ วัสดุอุปกรณ์ทางเทคนิคที่ผู้เข้าร่วมประมูลต้องใช้
- (9) ในส่วนของการจัดหาพัสดุหรือการให้บริการจะต้องมีเอกสารบรรยายรายละเอียดทางเทคนิคที่จะทำให้มั่นใจได้ถึงคุณภาพของสินค้าหรือบริการ รวมทั้งผลการศึกษาวิจัย
- (10) ใบรับรองวิชาชีพ
- (11) หนังสือรับรองที่ออกโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบในการควบคุมคุณภาพมาตรฐานของสินค้า
- (12) ตัวอย่าง คำอธิบาย หรือภาพถ่ายของสินค้าหรือพัสดุ
- (13) ข้อมูลสัญชาติของผู้เข้าประมูลในกรณีที่เป็นสัญญาร่วมดำเนินการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ
- (14) ข้อมูลเกี่ยวกับการประเมินความน่าเชื่อถือจากสถาบันภายนอก 1 สถาบันหรือมากกว่านั้น

3.5.2 ลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญา¹⁸⁰

รัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดห้ามผู้เข้าประมูลดังต่อไปนี้เป็นผู้สัญญากับรัฐในการร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ

- (1) นิติบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดภายในระยะเวลา 5 ปี ก่อนการเข้าประมูลในความผิดบางฐานตามประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานฟอกเงิน ความผิดฐานเป็น

¹⁸⁰ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Article 4

ผู้ก่อการร้าย หรือความผิดฐานคอร์รัปชัน เป็นต้น และความผิดฐานเลี่ยงภาษีโดยเจตนา ตามมาตรา 1741 แห่งประมวลรัษฎากร (Code général des impôts)

(2) นิติบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดภายในระยะเวลา 5 ปี ก่อนการเข้าประมูล ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Code du travail) เช่น ความผิดเกี่ยวกับแรงงานเถื่อน ความผิดฐานโกงหรือกดขี่แรงงาน ความผิดเกี่ยวกับการใช้แรงงานต่างชาตินที่ไม่มีใบอนุญาต เป็นต้น

(3) นิติบุคคลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของคดีศาลให้ชำระบัญชี หรืออยู่ภายใต้กระบวนการปรับโครงสร้างหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย หรือกระบวนการอื่นที่สามารถเทียบเคียงได้ตามกฎหมายของต่างประเทศ

(4) นิติบุคคลที่ไม่ได้ชำระค่าภาษีหรือประกันสังคมภายในวันที่ 31 ธันวาคมของปีที่ผ่านมา

(5) นิติบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดโดยห้ามมิให้ทำสัญญากับรัฐตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 131-39 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3.6 การร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ (มาตรา 14 ถึงมาตรา 18) โดยกำหนดให้แก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales: CGCT) ซึ่งหลักเกณฑ์โดยรวมมีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับสัญญาร่วมดำเนินการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาลกลาง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความหมายของสัญญาร่วมดำเนินการ กระบวนการทำสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญา จะมีข้อแตกต่างอยู่บ้างก็เฉพาะเพียงบางเรื่องเท่านั้น เช่น

- ในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา จะมีคณะกรรมการคณะหนึ่งที่ทำหน้าที่รายชื่อบริษัทหรือกลุ่มบริษัทที่ได้รับอนุมัติให้เสนอราคา¹⁸¹

- ในขั้นตอนการทำสัญญา สภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (assemblée délibérante) จะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบการทำสัญญา¹⁸²

- เมื่อมีการทำสัญญาแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดส่งสัญญาและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ว่าการแคว้นภายใน 15 วัน นับแต่วันลงนามในสัญญาเพื่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย¹⁸³

¹⁸¹ Code général des collectivités territoriales Article L1414-6

¹⁸² Code général des collectivités territoriales Article L1414-10

- ในขั้นตอนของการบริหารสัญญา คณะกรรมการตามมาตรา L1414-6 CGCT จะพิจารณาให้ความเห็นต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ในกรณีที่การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา มีผลเป็นการเพิ่มมูลค่าของสัญญามากกว่าร้อยละ 5 โดยจะมีการเสนอความเห็นของคณะกรรมการ ต่อสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา¹⁸⁴

- ในแต่ละปีคู่สัญญามีหน้าที่จัดทำรายงานการดำเนินการตามสัญญา โดยผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเสนอรายงานดังกล่าวต่อสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ในการติดตามผลการดำเนินการตามสัญญา¹⁸⁵

3.7 หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP¹⁸⁶

หลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้มีการประกาศใช้รูปแบบใหม่ของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004 นั้น กระทรวงการคลังเห็นว่า ความยุ่งยากซับซ้อนของกระบวนการร่วมดำเนินการดังกล่าว ควรต้องมีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการสนับสนุนและกำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2005 จึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า “Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat: MAPPP” ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว โดยเป็นหน่วยงานที่สังกัดอยู่ในกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ เป็นการดำเนินการจัดตั้งด้วยเงินทุนของรัฐบาลทั้งหมด

3.7.1 ภาระหน้าที่ของหน่วยงาน

หน้าที่หลักของ MAPPP คือ การประเมินโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ก่อนที่จะเสนอขอการอนุมัติโครงการจากกระทรวงงบประมาณ (Ministère du Budget) โดย MAPPP จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินผลของโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP และศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการโดยพิจารณาจากข้อมูลที่จัดเตรียมโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการ เพื่อเสนอประกอบการพิจารณาอนุมัติโครงการจากรัฐบาล เมื่อโครงการใดโครงการหนึ่งได้รับการเสนอให้ใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP นั้น MAPPP จะทำหน้าที่ในการทบทวนผลการประเมินเบื้องต้นของหน่วยงานเจ้าของโครงการเพื่อทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า

¹⁸³ Code général des collectivités territoriales Article L1414-15

¹⁸⁴ Code général des collectivités territoriales Article L1414-12h

¹⁸⁵ Code général des collectivités territoriales Article L1414-14

¹⁸⁶ Mission d'appui a la réalisation des contrats de partenariat, The Mission d'Appui

โครงการดังกล่าวได้ดำเนินการถูกต้องสมบูรณ์ทั้งทางด้านกฎหมาย ด้านการเงิน และได้สัดส่วนในเชิงคุณภาพของโครงการ

สำหรับโครงการที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาลกลาง (Gouvernement) ก่อนที่จะได้รับการอนุมัติโครงการให้ใช้รูปแบบการร่วมลงทุนในระบบ PPP จะต้องผ่านการพิจารณาจาก MAPPP ก่อน ทั้งในส่วนของกฎหมายและผลประโยชน์ด้านการเงินเปรียบเทียบกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบทั่วไป (Marché traditionnel) ว่าสมควรใช้วิธีการร่วมดำเนินการหรือไม่ ซึ่งในหลาย ๆ ประเทศจะเรียกขั้นตอนการดำเนินการนี้ว่าเป็นการวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางการเงิน (VFM) โดย MAPPP จะไม่ได้ดำเนินการวิเคราะห์ความคุ้มค่าทางการเงินด้วยตัวเอง แต่จะใช้วิธีการทบทวนแนวทางการดำเนินงานของกระทรวงต่าง ๆ รวมทั้งประเด็นรายละเอียดความคิดเห็นในกรณีที่จะใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ซึ่งโครงการดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติโครงการจากกระทรวงงบประมาณ ซึ่งจะให้มั่นใจได้ว่ามีงบประมาณเพียงพอที่จะทำให้โครงการบรรลุวัตถุประสงค์ได้ สำหรับโครงการร่วมดำเนินการในระดับภูมิภาคและในส่วนท้องถิ่นจะไม่ต้องดำเนินการเพื่อขออนุมัติโครงการตามขั้นตอนที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่หากต้องการการสนับสนุนด้านเทคนิคต่าง ๆ ก็สามารถขอความเห็นจาก MAPPP ได้

MAPPP ยังให้การสนับสนุนในส่วนของงานเตรียมการและการเจรจาต่อรองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง และเอกสารสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งยังช่วยในการคัดเลือกที่ปรึกษาภาคเอกชนที่จะมาช่วยในการดำเนินโครงการให้แก่ผู้จัดทำโครงการ นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดทำคู่มือและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาของกระทรวงในการนำกระบวนการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้

นอกจากนี้ MAPPP ยังทำหน้าที่รับผิดชอบในการส่งเสริมทางการตลาดของโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศสผ่านการเผยแพร่ทางจดหมายข่าว การเข้าร่วมประชุม และจัดตั้งสถาบันศึกษาและพัฒนาเกี่ยวกับ PPP (Observatoire des PPP) เพื่อเก็บรักษาข้อมูลที่เป็นความรู้และบทเรียนที่ได้รับจากดำเนินโครงการที่ผ่านมา ๆ มา ยิ่งไปกว่านั้น MAPPP ยังมีส่วนเกี่ยวข้องที่เพิ่มมากขึ้นเกี่ยวกับการทำความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคีผ่านการแบ่งปันประสบการณ์และวิธีปฏิบัติที่ดีภายในกรอบของธนาคารโลก, UNECE, OECD หรือศูนย์ความเชี่ยวชาญด้าน PPP ของยุโรป (European PPP Expertise Center)

3.7.2 โครงสร้างภายในหน่วยงาน

MAPPP จะประกอบด้วยคณะกรรมการนโยบายจำนวน 37 คน ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหน่วยงานต่าง ๆ ในการให้คำปรึกษา โดยกรรมการทั้ง 37 คน เป็นผู้แทนจากส่วนราชการต่าง ๆ และมีผู้แทนจากภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องร่วมอยู่ด้วย

คณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่เสนอแนะหัวข้อที่ควรมีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP รวมทั้งจัดทำรายงานประจำปี

สำหรับหน่วยงาน MAPPP จะประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญประมาณ 10 คน โดยมาจากหน่วยงานของรัฐทั้งหมด โดยต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวข้องกับภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีความรู้ด้านการเงิน ปัจจุบันมีผู้เชี่ยวชาญทั้งหมด 7 คน โดยหนึ่งในนั้นเป็นบุคคลที่มาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

3.8 ภาพรวมของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในประเทศฝรั่งเศส

การร่วมดำเนินการในประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐกำหนด ฉบับที่ 2004-559 ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2004 ว่าด้วยสัญญาร่วมดำเนินการ (Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat) โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นการออกเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตาม Directive 2004/18/EC ของสหภาพยุโรป โดยไม่ได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/17/EC แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม กฎหมายในระดับรัฐกฤษฎีกาหลายฉบับของประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกเพื่อให้เป็นไปตาม Directive ของสหภาพยุโรปทั้ง 2 ฉบับ

สำหรับความหมายของคู่สัญญานั้น Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ได้ให้ความหมายว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายถึง รัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถทำได้ โดยหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการดังกล่าวจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในส่วนของมูลค่าขั้นต่ำของโครงการร่วมดำเนินการนั้น รัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ระบุไว้ว่าสัญญาต้องมีมูลค่าขั้นต่ำเท่าใดจึงจะสามารถใช้วิธีการร่วมดำเนินการได้ แต่ได้มีการออกรัฐกฤษฎีกา (Décret n°2009-243 du 2 mars 2009) เพื่อกำหนดมูลค่าสัญญาที่สามารถใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาต่อรองได้ หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

สำหรับขั้นตอนการร่วมดำเนินการโครงการนั้น รัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไว้ทั้งหมด 3 รูปแบบ ได้แก่ ได้แก่ (1) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (2) การประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคา และ (3) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง

ประเทศฝรั่งเศสมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ ได้แก่ “Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat: MAPPP” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สังกัดอยู่ในกระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบด้วยเงินทุนของรัฐบาลเองทั้งหมด

4. เปรียบเทียบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และ ประเทศฝรั่งเศส

โครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นโครงการที่อนุญาตให้เอกชนเข้ามา มีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งรูปแบบการร่วมดำเนินการดังกล่าวได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายในต่างประเทศ จากการศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการของสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส ผู้เขียนขอสรุปเปรียบเทียบความแตกต่างของแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายที่ใช้บังคับ

สหภาพยุโรป ได้มีการออกกฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมดำเนินการไว้ 2 ฉบับ ได้แก่ (1) Directive 2004/17/EC และ (2) Directive 2004/18/EC โดย Directive 2004/17/EC จะใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค ด้านการประปา การพลังงาน การขนส่ง และการไปรษณีย์ แต่หากเป็นการโครงการร่วมดำเนินการในกิจการสาธารณะทั่วไปจะอยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/18/EC

ประเทศอังกฤษ ได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรป ได้แก่ The Utilities Contracts Regulations 2006 ซึ่งเป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/17/EC และ The Public Contracts Regulations 2006 ซึ่งเป็นออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/18/EC

ประเทศฝรั่งเศส ได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรปเพียงฉบับเดียว ได้แก่ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ซึ่งเป็นการออกเพื่ออนุวัติการตาม Directive 2004/18/EC

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษจะมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรปทั้ง 2 ฉบับ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสจะมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตาม Directive ของสหภาพยุโรปเพียงฉบับเดียว อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ตามรัฐกฤษฎีกาของประเทศฝรั่งเศส

(2) คู่สัญญา

สหภาพยุโรป ทั้ง Directive 2004/17/EC และ Directive 2004/18/EC ได้กำหนดความหมายของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เหมือนกันไว้ ดังนี้

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายความว่า รัฐ องค์กรปกครองส่วนภูมิภาคหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานตามกฎหมายมหาชน

คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หมายความว่า บุคคลธรรมดา นิติบุคคล องค์กรภาครัฐ หรือกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มองค์กรที่รวมกลุ่มกันทำธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ หรือการให้บริการ

ประเทศอังกฤษ กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดความหมายของคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยระบุเจาะจงว่าหมายถึงกรณีใดบ้าง ดังต่อไปนี้

ความหมายของคู่สัญญาฝ่ายรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศอังกฤษ ทั้ง 2 ฉบับมีความแตกต่างกัน โดย The Utilities Contracts Regulations 2006 หมายความว่าเฉพาะถึงหน่วยงานด้านสาธารณูปโภคทั้งที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในขณะที่ The Public Contracts Regulations 2006 หมายถึง รัฐมนตรี และส่วนราชการที่สังกัดฝ่ายบริหารทั้งหมด ทั้งในส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น และยังรวมไปถึงหน่วยงานในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

ความหมายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศอังกฤษทั้ง 2 ฉบับ ได้ให้ความหมายว่า บุคคลที่เสนอตัวว่าจะกระทำการงานใด ๆ ในท้องตลาดและได้ขวนขวาย พยายาม หรือประสงค์ที่จะเป็นบุคคลที่ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาสาธารณะ โดยบุคคลนั้นจะต้องได้รับการรับรองสถานภาพให้เป็นบุคคลในประเทศ รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปรวมทั้งในประเทศบัลแกเรีย ไอซ์แลนด์ ลิกเทินสไตน์ นอร์เวย์ และโรมาเนีย

ประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาจากความหมายตามบทนิยามคำว่า “สัญญาร่วมดำเนินการ” แล้ว สามารถสรุปได้ดังนี้

คู่สัญญาฝ่ายรัฐ หมายความว่า รัฐหรือองค์การมหาชนของรัฐ อย่างไรก็ตามก็ดี หากเป็นการร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถทำได้ โดยหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หมายความว่า บุคคลที่จะเข้ามาเป็นผู้จัดทำภารกิจโดยรวม ทั้งในส่วนของการก่อสร้างหรือดัดแปลง การดูแลรักษา การซ่อมบำรุง การใช้ประโยชน์หรือการบริหารจัดการสิ่งปลูกสร้าง ระบบสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งจำเป็นแก่การจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนการจัดการจัดหาเงินทุนสำหรับการดำเนินการดังกล่าว แต่ไม่รวมถึงการถือหุ้น

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปจะกำหนดกรอบไว้กว้าง ๆ ว่าคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายหมายถึงใครบ้าง ซึ่งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถไปกำหนดรายละเอียดซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ ในขณะที่ประเทศอังกฤษจะระบุค่อนข้างชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐหมายถึงใครบ้างโดยรวมไปถึงหน่วยงานในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย สำหรับประเทศฝรั่งเศส แม้ในกฎหมายร่วมดำเนินการจะกำหนดหน่วยงานที่สามารถร่วมดำเนินการได้เพียงแค่อำนาจและองค์การมหาชน แต่ก็มิได้หมายความว่า องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ เนื่องจากหากเป็นการร่วมดำเนินการโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จะกำหนดไว้ประมวลกฎหมายขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

สำหรับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสหภาพยุโรปได้กำหนดไว้เป็นกรอบกว้าง ๆ เช่นกัน โดยประเทศอังกฤษจะเน้นที่ตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องได้รับการรับรองสถานภาพให้เป็นบุคคลในประเทศรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปรวมทั้งในประเทศบัลแกเรีย ไอซ์แลนด์ ลิกเทินสไตน์ นอร์เวย์ และโรมาเนีย ด้วยจึงจะสามารถเป็นคู่สัญญาได้ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสจะเน้นไปที่ความสามารถในการร่วมดำเนินการที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะ

(3) ประเภทของกิจการของโครงการร่วมดำเนินการ

สหภาพยุโรป Directive 2004/17/EC ได้กำหนดประเภทของกิจการที่ต้องดำเนินการไว้ ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับก๊าซ ความร้อน และไฟฟ้า การประปา การขนส่ง การไปรษณีย์ การสำรวจและสกัดน้ำมัน ก๊าซ ถ่านหินหรือเชื้อเพลิงแข็งอื่น ๆ ท่าเรือและท่าอากาศยาน ขณะที่ Directive 2004/18/EC ได้กำหนดประเภทของสัญญาร่วมดำเนินการซึ่งเป็นสัญญาสาธารณะไว้ 3 ประเภท ได้แก่ สัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ยังมีสัญญาสาธารณะบางประเภทไม่อยู่ภายใต้บังคับของ Directive 2004/18/EC

ประเทศอังกฤษ ประเภทของกิจการที่มีความเหมาะสมกับการให้เอกชนเข้ามาร่วมดำเนินการกับรัฐ ส่วนใหญ่จะเป็นกิจการสาธารณะที่มีมูลค่าการลงทุนของโครงการสูง โดย The Public Contracts Regulations 2006 จะกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ เช่น การก่อสร้างสะพาน ทางหลวง ทางรถไฟ หรือรันเวย์สนามบิน แต่หากเป็นโครงการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภคต่าง ๆ ก็จะกำหนดไว้ใน The Utilities Contracts Regulations 2006 ในลักษณะเดียวกับที่กำหนดไว้ Directive 2004/17/EC ของสหภาพยุโรป

ประเทศฝรั่งเศส จะใช้กับกิจการสาธารณะที่มีความซับซ้อน มีวงเงินลงทุนสูง และต้องอาศัยความรู้ความชำนาญของเอกชนเป็นพิเศษ ซึ่งกฎหมายแบ่งออกเป็น 3 กรณี ได้แก่

(1) โครงการที่มีความซับซ้อนจนพ้นวิสัยที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดวิธีการหรือแผนการดำเนินโครงการได้โดยลำพัง (2) โครงการที่ต้องดำเนินการโดยเร่งด่วน และ (3) กรณีที่การทำสัญญาร่วมดำเนินการมีความคุ้มค่าหรือมีข้อดีมากกว่าข้อเสีย เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญารูปแบบอื่น ๆ

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษจะกำหนดประเภทของกิจการที่สามารถทำสัญญาร่วมดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดแบ่งประเภทไว้กว้าง ๆ ไว้ 3 กรณี โดยไม่ได้สนใจว่าจะต้องเป็นการร่วมดำเนินการในด้านใด

(4) มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาร่วมดำเนินการ

สหภาพยุโรป

Directive 2004/18/EC ได้กำหนดมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการไว้ดังต่อไปนี้

- (1) 162,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ
- (2) 249,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ใน Annex IV และสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะตามรายการที่กำหนดไว้ใน Annex II A

- (3) 6,242,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะ

Directive 2004/17/EC ได้กำหนดมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการไว้ดังต่อไปนี้

- (1) 499,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภค
- (2) 6,242,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค

ประเทศอังกฤษ

The Publics Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดมูลค่าของสัญญาไว้ดังนี้

- (1) 5,278,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณะ
- (2) 137,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ หากเป็น

การดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐที่กำหนดไว้ในตาราง 1 และจำนวน 211,000 ยูโร กรณีที่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างโดยหน่วยงานของรัฐอื่น

The Utilities Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดมูลค่าของสัญญาไว้ดังนี้

(1) 422,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสาธารณูปโภคหรือสัญญาเพื่อให้บริการสาธารณูปโภค

- (2) 5,278,000 ยูโร กรณีที่เป็นสัญญาก่อสร้างสาธารณูปโภค

ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดรายละเอียดของมูลค่าขั้นต่ำของสัญญาว่าร่วมดำเนินการไว้ เพียงแต่กำหนดมูลค่าสัญญาที่สามารถใช้วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนด้วยวิธีการประมูลโดยการเจรจาต่อรองได้ หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าสหภาพยุโรปได้วางเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาว่าร่วมดำเนินการแต่ละประเภทไว้ ซึ่งประเทศอังกฤษเองก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ภายในโดยระบุเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาว่าร่วมดำเนินการเช่นกัน โดยจะวางเกณฑ์ต่ำกว่าที่สหภาพยุโรปกำหนด ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการกล่าวถึงเกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของโครงการร่วมดำเนินการ เกณฑ์มูลค่าขั้นต่ำของสัญญาว่าร่วมดำเนินการในประเทศฝรั่งเศส จึงควรต้องเป็นไปตามเกณฑ์ขั้นต่ำที่กำหนดโดยสหภาพยุโรป

(5) วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

สหภาพยุโรป Directive 2004/18/EC ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไว้ทั้งหมด 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (4) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง และ (5) การประกวดออกแบบ ขณะที่ Directive 2004/17/EC ก็กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เช่นเดียวกับ Directive 2004/18/EC แต่อনุญาตให้ใช้รูปแบบวิธีการคัดเลือกได้เพียง 4 รูปแบบเท่านั้น โดยไม่สามารถนำรูปแบบวิธีการคัดเลือกโดยการเจรจาหรือดังเช่นที่กำหนดไว้ใน Directive 2004/18/EC มาใช้ได้

ประเทศอังกฤษ The Publics Contracts Regulations 2006 ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไว้ทั้งหมด 5 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลแบบเปิดกว้าง (2) การประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล (3) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (4) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง และ (5) การประกวดออกแบบ ขณะที่ The Utilities Contracts Regulations 2006 ก็กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เช่นเดียวกับ Directive 2004/18/EC แต่อনุญาตให้ใช้รูปแบบวิธีการคัดเลือกได้เพียง 4 รูปแบบเท่านั้น โดยไม่สามารถนำรูปแบบวิธีการคัดเลือกโดยการเจรจาหรือดังเช่นที่กำหนดไว้ใน The Publics Contracts Regulations 2006 มาใช้ได้

ประเทศฝรั่งเศส Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ได้กำหนดรูปแบบวิธีการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการไว้ 3 รูปแบบ ได้แก่ (1) การประมูลโดยการเจรจาหรือ (2) การประกาศเชิญชวนให้ประกวดราคา และ (3) การประมูลโดยการเจรจาต่อรอง

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่า วิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของประเทศอังกฤษจะสอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดโดยสหภาพยุโรปทั้งหมด แต่ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดวิธีการคัดเลือกที่แตกต่างกันออกไปโดยมีรูปแบบการคัดเลือกเพียง 3 รูปแบบเท่านั้น

(6) หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

สหภาพยุโรป ไม่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลโครงการร่วมดำเนินการ แต่มีคณะกรรมการยุโรปที่ทำหน้าที่ดูแลกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปและมีคณะกรรมการที่ปรึกษาทำหน้าที่ช่วยเหลือในการทำงานของคณะกรรมการยุโรป

ประเทศอังกฤษ มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมากำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ เรียกว่า “Partnerships UK: PUK” เป็นหน่วยงานอิสระแยกออกจากรัฐบาลแห่งชาติ โดยภาครัฐถือหุ้นในหน่วยงานดังกล่าวร้อยละ 49 และภาคเอกชนถือหุ้นร้อยละ 51

ประเทศฝรั่งเศส มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมากำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ เรียกว่า “Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat: MAPPP” เป็นหน่วยงานที่สังกัดอยู่ในกระทรวงการคลัง

จากการเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าทั้งประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสจะมีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมากำกับดูแลโครงการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ แต่รายละเอียดภายในของหน่วยงานของทั้ง 2 ประเทศจะมีความแตกต่างกัน โดย PUK ของประเทศอังกฤษจะมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานมากกว่า ซึ่งการบริการงานภายในหน่วยงานจะมีผู้แทนที่มาจากทั้งหน่วยงานของรัฐและเอกชน ในขณะที่ MAPPP ของประเทศฝรั่งเศสจะอยู่ภายในสังกัดกระทรวงการคลัง และไม่มีผู้แทนจากเอกชนในหน่วยงาน

สภาพปัญหาและแนวทางการนำรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

การเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบโครงสร้างพื้นฐานที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ซึ่งสามารถดำเนินการได้หลายรูปแบบ เช่น การทำสัญญาจ้างบริหารงาน การให้สัมปทาน รวมถึงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ โดยการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนเป็นการแบ่งความรับผิดชอบในการลงทุนและความเสี่ยงที่ได้รับระหว่างรัฐกับเอกชน แนวความคิดนี้ไม่ใช่แนวความคิดใหม่ที่เพิ่งจะเกิดขึ้น แต่ได้มีการดำเนินการมาเป็นเวลาหลายสิบปีแล้ว โดยแนวความคิดนี้มาจากประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กลับมีการใช้อย่างแพร่หลายในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่เป็นเจ้าของแนวความคิดเรื่องรัฐวิสาหกิจแทน สำหรับวัตถุประสงค์หลักของการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชน คือ การลดภาระด้านงบประมาณของภาครัฐในการลงทุนและขยายกิจการ รวมถึงการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการผลิตและการบริหาร โดยมีแนวความคิดว่าภาคเอกชนมีความพร้อมที่จะลงทุนในโครงการต่าง ๆ ของภาครัฐเพื่อผลตอบแทนที่เหมาะสม และสามารถบริหารจัดการโครงการอย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าภาครัฐ เนื่องจากมีบุคลากรที่เชี่ยวชาญและเทคโนโลยีใหม่ ๆ สำหรับการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนสามารถแยกได้เป็นหลายประเภท ตั้งแต่จากที่รัฐเป็นเจ้าของไปจนถึงเอกชนเข้ามาเป็นเจ้าของแทนโดยความรับผิดชอบในการลงทุนและภาระความเสี่ยงจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพความเป็นเจ้าของของโครงการนั้น ๆ โดยรูปแบบที่เป็นที่นิยมดำเนินการ คือ สัมปทานและการแปรรูปในลักษณะต่าง ๆ ¹

สำหรับแนวโน้มในปัจจุบันเกี่ยวกับการเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะจะมุ่งเน้นไปที่การให้ความสำคัญกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ซึ่งการร่วมดำเนินการดังกล่าวหมายถึงการร่วมดำเนินการที่นำความรู้ความสามารถในการจัดการและนวัตกรรมความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีของภาคเอกชนมาสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐ โดยสาระสำคัญของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP อยู่ที่การทำให้

¹ อารีพงศ์ ภูษอุ่ม, พัลลภา เรืองรอง, ศรชัย ไกรนรา และเกียรติคุณ เทียมประเสริฐ, “การเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ”, วารสารบริหารธุรกิจ נד 1, (พฤศจิกายน 2549): 12-27.

เกิดความคุ้มค่าทางการเงิน (value for money) ในการร่วมดำเนินการ โดยเป็นแนวทางที่ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพสูง ในขณะที่ต้นทุนการดำเนินงานอยู่ในเกณฑ์ที่ต่ำที่สุด²

ในส่วนของประเทศไทย การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ได้ถูกนำมาใช้กับโครงการสาธารณะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจหลายโครงการมากกว่าทศวรรษ โดยโครงการที่เห็นได้ชัด เช่น โครงการที่เกี่ยวกับด้านพลังงานหรือไฟฟ้า โครงการที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม และโครงการที่เกี่ยวกับการขนส่ง ซึ่งการนำแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้จะช่วยในการพัฒนาคุณภาพในการจัดทำบริการสาธารณะและยังช่วยในการลดภาระทางการคลังของรัฐได้เป็นอย่างดี³

ตัวอย่างของโครงการร่วมดำเนินการที่ผ่านมาในประเทศไทยที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการดำเนินการในลักษณะของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ได้แก่ โครงการรับซื้อกระแสไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGAT) ที่ตกลงทำสัญญาร่วมดำเนินการกับเอกชน โดย EGAT จะเป็นผู้รับซื้อผลผลิตที่ได้จากการร่วมดำเนินงาน ซึ่งโครงการดังกล่าวเป็นโครงการลักษณะ Build Own Operate (BOO) ที่หมายความว่า เอกชนเป็นเจ้าของสินทรัพย์ของโครงการโดยทำหน้าที่ในการก่อสร้างและดำเนินโครงการและไม่จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญา⁴ นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างโครงการที่กรมทางหลวงและการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้สัมปทานแก่เอกชนในโครงการทางด่วนพิเศษดอนเมืองโทลล์เวย์และโครงการทางด่วนชั้นที่สองตามลำดับด้วย โดยโครงการทั้งสองเป็นโครงการลักษณะ Build Transfer Operate (BTO)⁵

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ประเทศไทยจะได้นำรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้กับโครงการสาธารณูปโภคภายในประเทศมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว แต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของกฎหมายที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามหลักปฏิบัติสากลทั่วไปนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของประเทศไทยยังไม่เอื้ออำนวยต่อการส่งเสริมให้มีการร่วมดำเนินการเท่าที่ควร โดยการร่วมดำเนินการในประเทศไทยในโครงการขนาดใหญ่จะมีกฎหมายกลางที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการไว้เป็นการเฉพาะไม่ว่าจะเป็นโครงการร่วมดำเนินการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

² Chalongphob Susangarn, *Public Private Partnership in Thailand: Past Experiences and Future Prospects* [Online], 5 October 2007. Available from: http://www.unescap.org/ttdw/ppp/PPP2007/bf_thailand.pdf, p. 1.

³ Ibid. p. 1.

⁴ Ibid. p. 2.

⁵ Ibid. p. 3.

อย่างไรก็ดี เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวมุ่งไปที่ขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนซึ่งเป็นกระบวนการภายในของภาครัฐเองเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อมุ่งที่จะป้องกันการคอร์รัปชันมากกว่าที่จะส่งเสริมให้มีการร่วมดำเนินการ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ที่สำคัญในหลายประการของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นสากล เช่น การประเมินความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ การจัดสรรความเสี่ยง และการคำนวณมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการ เป็นต้น

ในขณะที่สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกมีการขยายตัวอย่างต่อเนื่องตลอดเวลา ส่งผลให้ประเทศไทยต้องปรับตัวเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น เพื่อลดภาระการคลังภาครัฐทั้งในด้านการจัดเก็บภาษี และการก่อหนี้สาธารณะเพื่อนำมาก่อสร้างสาธารณูปโภคต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องเพิ่มช่องทางในการระดมทุนจากภาคเอกชนโดยเฉพาะนักลงทุนที่มีศักยภาพจากต่างประเทศ โดยมุ่งเน้นความสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการให้เป็นตามหลักปฏิบัติสากล ซึ่งหลายประเทศในภูมิภาคอาเซียนก็ได้มีการนำแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาปรับใช้แล้ว เช่น ประเทศสิงคโปร์* เป็นต้น

แม้ว่าปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการกฎหมายขึ้นมารองรับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยเฉพาะก็ตาม แต่เป็นที่เข้าใจกันได้ว่า หากเป็นโครงการร่วมดำเนินการที่มีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งเคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยข้อหารือของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) เกี่ยวกับกรณีการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวที่ รฟม. ต้องการร่วมลงทุนกับเอกชนในรูปแบบของ PPP – Gross Cost ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า เมื่อการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ PPP-Gross Cost มีลักษณะเป็นการที่รัฐลงทุนดำเนินงานโยธาและให้เอกชนลงทุนจัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า รวมถึงจ่ายเอกชนเดินรถไฟฟ้าโดยรายได้ค่าโดยสารทั้งหมดเป็นของรัฐและรัฐจะทยอยจ่ายคืนค่าลงทุนให้เอกชนในภายหลังเมื่องานก่อสร้างแล้วเสร็จ รวมทั้งจ่ายค่าจ้างเดินรถและค่าบำรุงรักษาให้เอกชนตามพื้นฐานของผลการดำเนินงานที่กำหนด (performance based contract) ดังนั้น เมื่อเอกชนเป็นผู้ลงทุนจัดหาระบบและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า ซึ่งเป็นสาระสำคัญของโครงการและเป็นทรัพย์สินถาวรที่มีลักษณะเป็นส่วนควบกับงานโยธาซึ่งเป็นของรัฐ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการ และเอกชนได้รับค่าตอบแทนแม้จะเรียก

* ประเทศสิงคโปร์ได้มีการออกคู่มือการร่วมดำเนินการในระบบ PPP (PPP Handbook) เพื่อเป็นแนวทางในการนำไปใช้กับการร่วมดำเนินการเมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 2004

คำตอบแทนนั้นว่าค่าจ้างก็ตาม แต่ค่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจ่ายคืนค่าลงทุนให้แก่เอกชน รวมอยู่ในคำตอบแทนซึ่ง รพม. เรียกว่าค่าจ้างด้วย จึงชัดเจนว่าไม่ใช่เป็นการจ้างเอกชนเท่านั้น แต่เป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าด้วยซึ่งเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ดังนั้น หากการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ PPP - Gross Cost ดังกล่าวมีมูลค่าการลงทุน ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ⁶

จากแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า ไม่ว่าโครงการร่วมดำเนินการนั้นจะเป็นโครงการร่วมดำเนินการในลักษณะใด หากเข้าตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว ก็ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าวทั้งสิ้น ดังนั้น การพิจารณาเพื่อนำแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ตามหลักปฏิบัติสากลมาปรับใช้กับการร่วมดำเนินการในประเทศไทย ก็ต้องศึกษารายละเอียดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และสภาพปัญหาต่าง ๆ ว่าควรมีแนวทางการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวอย่างไรต่อไป

1. การร่วมดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

โครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของต่างประเทศส่วนใหญ่มักใช้กับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนที่ค่อนข้างสูงและมีระยะเวลาการดำเนินการค่อนข้างนาน โดยหากเปรียบกับประเทศไทยก็จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดขั้นตอนในการพิจารณาคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชน โดยมีสาระสำคัญของการดำเนินการ ดังต่อไปนี้

1.1 ความเป็นมา⁷

ก่อนปี พ.ศ. 2535 ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่มีโครงการลงทุนจะต้องเสนอโครงการดังกล่าวต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรี

⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ PPP – Gross Cost) (เรื่องเสรีจที่ 284/2552)

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553). หน้า 76-78.

พิจารณาอนุมัติตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2521 แต่หากเป็นกรณี ที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในโครงการลงทุนบางโครงการ แทนการให้สัมปทานสิทธิ หรือการร่วมลงทุน โดยที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นมิได้มีการ ร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าวด้วย โครงการนั้นก็ไม่ต้องเสนอโครงการให้สำนักงานคณะกรรมการ พัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.) แต่ให้เสนอไปยังรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้อนุมัติ การให้สัมปทานสิทธิหรือร่วมลงทุนแต่เพียงผู้เดียว โดยอาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 (กฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบ ถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน) ที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดที่จะอนุมัติ การให้สัมปทานเอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การขุดคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อ ไปยังอาคารต่าง ๆ รวมถึงกิจการอื่นตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา โดยมีได้มีขั้นตอนการปฏิบัติ ที่ชัดเจนและเป็นธรรมแก่เอกชนทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้น โครงการหรือกิจการเหล่านั้น จึงไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและมิได้ผ่านการกลั่นกรองจากหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ ดูแลการเงินของรัฐวิสาหกิจ ทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่แน่นอน

ต่อมาในสมัยรัฐบาลที่มีพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีในคราวประชุมเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2533 ได้มีมติให้กระทรวงการคลังร่วมกับ สศช. และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาจัดทำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2534 เพื่อใช้บังคับกับการร่วมงาน หรือดำเนินการทุกชนิด เว้นแต่การให้สัมปทานแก่เอกชนตามกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมและ การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยแร่ โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้วิธีพิจารณาให้เอกชน เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่น มีขั้นตอนการปฏิบัติที่ชัดเจน รอบคอบ รัดกุม และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ

ต่อมาในสมัยรัฐบาลที่มีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีได้มีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 รับหลักการร่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ที่กระทรวงการคลังเสนอ และมอบให้รองนายกรัฐมนตรี (นายมีชัย ฤชุพันธุ์) รับผิดชอบพิจารณา แล้วเสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาเป็นเรื่องด่วน ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติ เห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2535

1.2 หลักเกณฑ์สำคัญของสัญญาร่วมดำเนินการ

สัญญาร่วมดำเนินการที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

- (1) การดำเนินการต้องเป็นการดำเนินการในกิจการของรัฐ
- (2) การลงทุนในกิจการของรัฐต้องมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป
- (3) ต้องเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ซึ่งหลักเกณฑ์พื้นฐาน 3 ประการดังกล่าวข้างต้น หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งเพียงข้อเดียว สัญญาร่วมดำเนินการนั้นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เว้นแต่คณะรัฐมนตรีมีมติให้โครงการดังกล่าวที่มีวงเงินไม่ถึง 1,000 ล้านบาท ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาเพียง 3 ประการ แต่การพิจารณาว่าโครงการร่วมดำเนินการใด ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่นั้นกลับทำได้ไม่ง่ายนัก เนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนของบทนิยามซึ่งปัญหาดังกล่าวนำมาสู่การตีความของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นจำนวนมากว่าโครงการใดต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่

1.2.1 ลักษณะของคู่สัญญา

การร่วมดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะต้องประกอบด้วยคู่สัญญา 2 ฝ่าย ได้แก่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.2.1.1 คู่สัญญาฝ่ายรัฐ

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำว่า “หน่วยงานเจ้าของโครงการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ที่กำหนดว่า ““หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของโครงการ” จะเห็นได้กฎหมายมีการใช้ถ้อยคำในลักษณะที่กว้างครอบคลุมหน่วยงานที่สามารถเป็นคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ทั้งหมด โดยเฉพาะถ้อยคำที่ว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” น่าจะมีความหมายครอบคลุมถึงหน่วยงานของรัฐทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานที่สังกัดฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอิสระต่าง ๆ เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น เนื่องจากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ ต้องการให้เป็นกฎหมายกลางที่ใช้

บังคับกับการร่วมดำเนินการของทุกหน่วยงานรัฐทั้งหมด เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและมีการตรวจสอบถ่วงดุลกันภายในคณะกรรมการคัดเลือกเอกชน จากผู้แทนหน่วยงานหลาย ๆ หน่วยงาน

1.2.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไม่ได้กำหนดความหมายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้ โดยผู้ที่ประสงค์เข้าร่วมดำเนินการกับหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องมีคุณสมบัติพื้นฐานตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน (Term of Reference: TOR) อย่างไรก็ดี ผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้นั้นต้องมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เนื่องจากต้องมีความสามารถในการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐได้ ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าคู่สัญญารายใดถือเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นในกรณีของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์และวางแนวในการพิจารณาไว้ว่า “เอกชน” หมายถึง บุคคลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจควบคุมหรือกำกับของรัฐบาล ดังนั้น เมื่อสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์มิได้อยู่ในการควบคุมหรือกำกับของรัฐบาล จึงมีฐานะเป็น “เอกชน” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ⁸

สำหรับประเด็นของการร่วมดำเนินการระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเองนั้น ได้เคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า การร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หมายถึง การร่วมดำเนินการ ดังนั้น การที่การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) มีทุนในบริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินโครงการเกินกว่าร้อยละ 50 นั้น ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 บัญญัติให้เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทหนึ่ง ดังนั้น เมื่อบริษัทในกิจการของรัฐดังกล่าวจะเข้าดำเนินโครงการ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ⁹

1.2.2 ประเภทของกิจการ

จากนิยามคำว่า “กิจการของรัฐ” ได้กำหนดประเภทของกิจการที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไว้ดังต่อไปนี้

⁸ บันทึกรายชื่อ เรื่อง การมอบโครงการให้บริการวิทยุโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกของกรมประชาสัมพันธ์ ให้สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์เป็นผู้ดำเนินการ (เรื่องเสรีจที่ 63/2537)

⁹ บันทึกรายชื่อ เรื่อง การร่วมทุนของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) ในโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคตะวันออกเฉียงเหนือและโครงการท่อขนส่งน้ำมันภาคเหนือ (เรื่องเสรีจที่ 88/2541)

(1) กิจกรรมที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน มีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(2) กิจกรรมที่ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

(3) กิจกรรมที่ต้องใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

สำหรับกิจกรรมที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่¹⁰

1.2.3 วงเงินขั้นต่ำของโครงการ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้กำหนดมูลค่าโครงการไว้ในนิยามคำว่า “โครงการ” โดยให้ความหมายว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของโครงการร่วมดำเนินการไว้ที่ 1,000 ล้านบาท และสามารถปรับเพิ่มขึ้นได้โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารไม่สามารถตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อปรับลดมูลค่าขั้นต่ำของการร่วมดำเนินการได้

1.3 ขั้นตอนการดำเนินการ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการหลักไว้ทั้งหมด 3 ขั้นตอน ได้แก่ (1) ขั้นตอนการเสนอโครงการ (2) ขั้นตอนการดำเนินโครงการ และ (3) ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล โดยมีรายละเอียดแต่ละขั้นตอนดังต่อไปนี้

1.3.1 ขั้นตอนการเสนอโครงการ

หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการใด ต้องดำเนินการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยละเอียดตามประเด็น

¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

หัวข้อที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.) กำหนด* ต่อกระทรวงเจ้าสังกัด¹¹ โดยหากเป็นโครงการที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินเกิน 5,000 ล้านบาท หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องว่าจ้างที่ปรึกษา** มาให้คำปรึกษาด้วย¹²

จากนั้นกระทรวงเจ้าสังกัดของหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องพิจารณาว่าโครงการ เป็นโครงการใหม่หรือเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว โดยหากเป็นโครงการใหม่ กระทรวงเจ้าสังกัดต้องส่งให้ สศช. เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็น แต่หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วต้องส่งให้กระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็น¹³

เมื่อ สศช. หรือกระทรวงการคลังได้รับการเสนอโครงการจากกระทรวงเจ้าสังกัดแล้ว ก็มีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าจะเห็นด้วยกับโครงการที่เสนอหรือไม่ หากเห็นด้วยกับโครงการ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการ แต่หากไม่เห็นด้วยกับโครงการ ให้แจ้งหน่วยงานเจ้าของโครงการทราบ

ในกรณีที่ สศช. หรือกระทรวงการคลังไม่เห็นด้วยกับโครงการและหน่วยงานเจ้าของโครงการมีความเห็นแย้งกับความเห็นดังกล่าว หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถเสนอความเห็นหรือคำชี้แจงเพิ่มเติมต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัด เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาตัดสิน โดยต้องแจ้งข้อมูลต่าง ๆ ตามที่หัวข้อที่ สศช. กำหนดและข้อมูลอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควร ทั้งนี้ สศช. และกระทรวงการคลังต้องพิจารณาโครงการให้เสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับโครงการ ซึ่งหากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ถือว่า สศช. และกระทรวงการคลังเห็นด้วยกับโครงการ¹⁴

* ปัจจุบันเป็นไปตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เรื่อง หัวข้อในการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ลงวันที่ 13 มกราคม 2536

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 6

** ปัจจุบันคุณสมบัติของที่ปรึกษาเป็นไปตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษาโครงการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2537

¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 7

¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 8

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 9

1.3.2 ขั้นตอนการดำเนินโครงการ

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบโครงการใดแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ¹⁵

จากนั้นหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง โดยทั่วไปมักเรียกว่า “คณะกรรมการตามมาตรา 13” หรือ “คณะกรรมการคัดเลือกเอกชน” ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานงบประมาณ ผู้แทนกระทรวงอื่นอีกสองกระทรวง กระทรวงละหนึ่งคน ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสามคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ¹⁶

คณะกรรมการตามมาตรา 13 จะมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (1) พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ร่างขอบเขตของโครงการและเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ (2) กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา (3) พิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ และ (4) พิจารณาดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตามที่เห็นสมควร¹⁷ ทั้งนี้ การประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมงานหรือดำเนินการ วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการ ซึ่งต้องใช้วิธีประมูล การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา ต้องมีรายละเอียดอย่างน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง*

สำหรับการดำเนินงานของคณะกรรมการตามมาตรา 13 หากเป็นโครงการที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินเกินกว่า 5,000 ล้านบาท หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจ้างให้ที่ปรึกษาที่มี

¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 12

¹⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 13

¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 14

* กฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2545) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

คุณสมบัติเช่นเดียวกับที่ปรึกษาที่กำหนดไว้ในชั้นของการเสนอโครงการ เพื่อทำหน้าที่ร่างขอบเขตของโครงการ และให้จัดทำความเห็นประเมินการคัดเลือกให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามโครงการนั้นด้วย¹⁸

ทางปฏิบัติตามปกติเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการจะใช้วิธีประมูล แต่บางโครงการอาจมีความจำเป็นพิเศษที่ไม่อาจใช้วิธีประมูลได้ กฎหมายจึงได้กำหนดเปิดช่องให้ในกรณีที่คณะกรรมการตามมาตรา 13 มีความเห็นว่า ไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลและหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นชอบด้วย ก็สามารถกระทำได้ โดยต้องรายงานให้ สศช. และกระทรวงการคลังทราบ และหากสองหน่วยงานเห็นพ้องด้วยให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ แต่หากหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดหรือทั้งสองหน่วยงานไม่เห็นพ้องด้วย ต้องใช้วิธีคัดเลือกโดยวิธีประมูลเท่านั้น¹⁹

ในกรณีที่การประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการครั้งใด ไม่มีผู้เสนอเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนเพื่อดำเนินการใหม่ ถ้ามีผู้เสนอเพียงรายเดียวหรือหลายราย แต่เสนอถูกต้องตามรายการในเอกสารข้อเสนอการร่วมงานหรือดำเนินการตามมาตรา 15 เพียงรายเดียว หากเห็นว่ารัฐจะได้ประโยชน์ก็ให้ดำเนินการต่อไปได้²⁰

เมื่อคณะกรรมการตามมาตรา 13 ดำเนินการตามขั้นตอนจนได้ตัวเอกชนที่จะเข้ามาร่วมงานหรือดำเนินการแล้ว ต้องมีการเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้ข้อยุติในประเด็นต่าง ๆ ตามสัญญา โดยก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญานั้น กฎหมายบังคับให้ต้องมีการส่งร่างสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความรอบคอบและเป็นการรักษาผลประโยชน์ของรัฐ²¹

ภายหลังจากที่ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการทั้งหมดแล้ว ให้คณะกรรมการตามมาตรา 13 นำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาภายใน 90 วันนับจากวันที่คณะกรรมการตัดสิน

¹⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 17

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 16

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 18

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 20

หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืนคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาทบทวนความเห็น แล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจ²²

1.3.3 ขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล

ภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า “คณะกรรมการตามมาตรา 22” หรือ “คณะกรรมการประสานงาน” ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ²³

คณะกรรมการประสานงาน จะมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (1) ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา (2) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ ทั้งนี้ ระยะเวลาที่จะต้องรายงานผลการดำเนินงานนั้น ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประสานงานกำหนด แต่ต้องไม่เกิน 6 เดือนต่อหนึ่งครั้ง²⁴

ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้ว ให้ผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป²⁵

²² พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. 2535 มาตรา 21

²³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. 2535 มาตรา 22

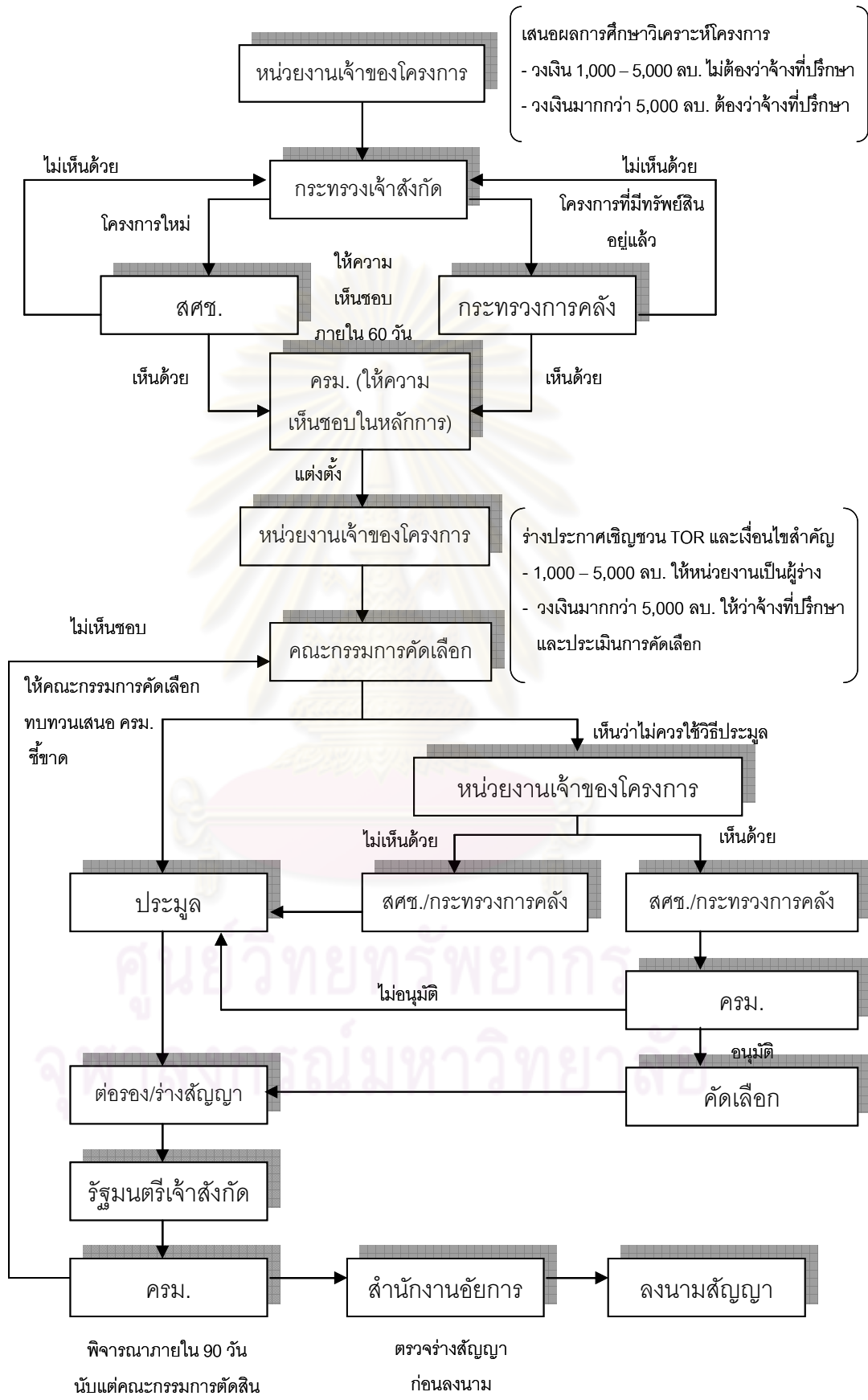
²⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. 2535 มาตรา 23

²⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. 2535 มาตรา 24

แผนผังขั้นตอนการดำเนินโครงการ



2. การร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

สำหรับการร่วมดำเนินการของประเทศไทยในลักษณะของกิจการร่วมค้ายังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนว่าโครงการใดควรใช้วิธีการร่วมดำเนินการกับเอกชนในรูปแบบของกิจการร่วมค้าหรือที่เรียกว่า “บริษัทร่วมทุน” โดยการร่วมดำเนินการในลักษณะดังกล่าวขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและความจำเป็นแต่ละกรณีไป

การร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า* ของประเทศไทยที่ผ่านมาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ (1) การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน และ (2) การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐไทยกับรัฐต่างประเทศ

2.1 การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้านั้น พบว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นว่าการร่วมดำเนินการในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทร่วมทุน ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ที่ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อดำเนินโครงการให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า และมีมูลค่าการลงทุนประมาณ 8,000 ล้านบาท โดยบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และรัฐวิสาหกิจอื่นร่วมกันมีสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนไม่เกินร้อยละ 49 และส่วนที่เหลือร้อยละ 51 เป็นของพันธมิตรร่วมทุนและผู้ร่วมทุนรายอื่น ๆ (เป็นเอกชน)

คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนในลักษณะที่เป็น การตกลงเข้าทำกิจการบริการขนส่งสินค้าโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น เป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง ที่อยู่ในความหมายของคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และเมื่อบริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้าเป็นการให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศซึ่งบริษัทร่วมทุนจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการและโดยที่การอนุญาตดังกล่าวเป็นการให้เอกชนใช้สิทธิประโยชน์ในการเดินอากาศระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคี อันเป็นสิทธิประโยชน์ของรัฐ ที่เอกชนไม่สามารถมีได้ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐตามความหมายของคำว่า “กิจการของรัฐ” และเมื่อ

* บริษัทร่วมทุนในที่นี้อาจจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ก็ได้

บริษัทร่วมทุนมิใช่รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ โครงการดังกล่าวจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน²⁶

ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การร่วมดำเนินการในรูปของการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนนั้น ถือเป็นเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่อย่างไรก็ดี ก็ต้องพิจารณาถึงสถานะของบริษัทร่วมทุนดังกล่าวด้วยว่ามีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจหรือไม่ หากมีสถานะเป็นเอกชนและได้ไปรับสิทธิในการดำเนินการบางอย่างที่ปกติเอกชนไม่สามารถมีได้ ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ในทางตรงกันข้าม หากบริษัทร่วมทุนมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจแล้ว แม้ไปรับสิทธิในการดำเนินการบางอย่างจากหน่วยงานของรัฐ ก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

2.2 การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐไทยกับรัฐต่างประเทศ

การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐไทยกับรัฐต่างประเทศหรือที่เรียกว่า ความตกลงแบบรัฐต่อรัฐ (จีทูจี) (Government to Government: G2G) ถือเป็นดำเนินการระหว่างรัฐด้วยกัน ซึ่งหากเป็นการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐต่อรัฐแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นว่าโครงการร่วมดำเนินการนั้นไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีของการร่วมดำเนินการของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยในโครงการท่อส่งก๊าซธรรมชาติ TTM และโครงการโรงแยกก๊าซธรรมชาติกับบริษัทเปโตรนาสของประเทศมาเลเซีย โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะทำการซื้อก๊าซธรรมชาติจากพื้นที่พัฒนาร่วมไทย-มาเลเซีย ฝ่ายละ 50:50 เพื่อนำกลับไปใช้ในประเทศของตน

คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการดำเนินระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อเป็นกิจการที่ ปตท. มีอำนาจกระทำและโดยลักษณะต้องใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินการด้วย จึงเป็น “กิจการของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และแม้ว่าเปโตรนาสจะได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัท แต่เป็นบริษัทน้ำมันแห่งชาติที่รัฐบาลมาเลเซียถือหุ้นทั้งหมดและเป็นองค์กรที่ได้รับเอกสิทธิ์และอำนาจแทนรัฐบาลมาเลเซียในการเป็นเจ้าของและจัดการทรัพยากรปิโตรเลียม จึงมิใช่ “เอกชน” ตามนัยของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

²⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) จัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า) (เรื่องเสร็จที่ 135/2548)

ดังนั้น การร่วมทุนระหว่าง ปตท. กับเปโตรนาสในโครงการท่อส่งก๊าซธรรมชาติจึงไม่อยู่ภายใต้ บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน²⁷

จากตัวอย่างข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าแม้จะเป็นความร่วมมือระหว่างรัฐต่อรัฐที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่ข้อเท็จจริงตามความร่วมมือดังกล่าวพบว่าไม่ได้มีการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนขึ้นมาแต่อย่างใด จึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่าหากเป็นการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐต่อรัฐ และมีการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย จะมีผลทำให้การร่วมดำเนินการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ยังไม่เคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างโครงการความร่วมมือด้านการพัฒนากิจการรถไฟระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ทั้ง 2 ประเทศประสงค์จะร่วมดำเนินการด้วยวิธีการจัดตั้งบริษัทร่วมทุนตามกฎหมายไทยขึ้นมาเพื่อรับสิทธิจากการรถไฟแห่งประเทศไทย ในการก่อสร้างระบบรถไฟความเร็วสูงภายในประเทศ โดยการพิจารณาว่าโครงการร่วมดำเนินการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนของทั้ง 2 ประเทศ โดยหากผู้ร่วมดำเนินการทั้ง 2 ฝ่าย ถือหุ้นในอัตราส่วนที่เท่ากัน คือ ถือหุ้นฝ่ายละร้อยละ 50 ก็จะมีผลทำให้บริษัทร่วมทุนที่จัดตั้งขึ้นมานั้น ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502* ซึ่งเมื่อบริษัทร่วมทุนนี้ไปดำเนินการรับสิทธิในเรื่องใดที่เป็นสิทธิเฉพาะซึ่งรัฐเท่านั้นที่สามารถมีได้ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวต้องถือว่า บริษัทร่วมทุนนั้นมีฐานะเป็น

²⁷ บันทึก เรื่อง การร่วมทุนของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยในโครงการท่อส่งก๊าซธรรมชาติ TTM และโครงการโรงแยกก๊าซธรรมชาติกับบริษัทเปโตรนาสของประเทศมาเลเซีย (เรื่องเสรีที่ 288/2541)

* มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

รัฐวิสาหกิจ" หมายความว่า

- (ก) องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ
- (ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ค) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (ง) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ค) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ
- (จ) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม (ง) และ/หรือ (ก) และ/หรือ (ข) และ/หรือ (ค) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

เอกชน จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แม้ในความเป็นจริงเมื่อพิจารณาจากผู้ถือหุ้นภายในบริษัทร่วมทุนแล้ว อาจพบว่าไม่มีเอกชนเลยก็ตาม เนื่องจากผู้ถือหุ้นมีแต่รัฐบาลไทยกับรัฐบาลของต่างประเทศ แต่หากเป็นกรณีที่รัฐบาลไทยถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ก็จะมีผลทำให้บริษัทร่วมทุนนั้นมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งหากบริษัทร่วมทุนดังกล่าวไปดำเนินการรับสิทธิในการจัดทำระบบรถไฟความเร็วสูงจากหน่วยงานของรัฐ ก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับให้ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่บริษัทร่วมทุนนั้นก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนของกฎหมายที่รัฐวิสาหกิจต้องปฏิบัติ เช่น พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 นอกจากนี้ หากบริษัทร่วมทุนนั้นประสงค์จะกู้ยืมเงินเพื่อนำมาลงทุนในโครงการของบริษัทร่วมทุน ก็จะทำให้หนี้กู้ยืมจำนวนดังกล่าวกลายเป็นหนี้สาธารณะของประเทศตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

สำหรับประเด็นของการร่วมดำเนินการแบบรัฐต่อรัฐนี้ เมื่อพิจารณาถึงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของต่างประเทศ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น จะหมายความรวมถึงการร่วมดำเนินการระหว่างหน่วยงานรัฐด้วยกันเองด้วย ประเด็นนี้จึงมีความแตกต่างจากกฎหมายภายในของประเทศไทยอยู่ ดังนั้น หากในอนาคตจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือออกกฎหมายใหม่เพื่อรองรับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยเฉพาะ ก็ควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนลงไปว่าประสงค์จะให้การร่วมดำเนินการแบบรัฐต่อรัฐ ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความสับสนของผู้ร่วมดำเนินการจากต่างประเทศโดยเฉพาะจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

3. ประเด็นปัญหาการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของประเทศไทย

ปัญหาของการร่วมดำเนินการในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ นั้น ได้มีผู้เชี่ยวชาญที่วิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าวไว้หลายท่าน อาทิ ดร. จารุวรรณ เสงตระกุล²⁸ ซึ่งเคยเป็นเลขาธิการฯ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยท่านได้แบ่งประเด็นปัญหา

²⁸ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 [ออนไลน์], ตุลาคม 2551. แหล่งที่มา: www.lawreform.go.th, หน้า 4.

หลักออกเป็น 5 ประเด็น ได้แก่ (1) ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติหรือถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างหรือไม่ชัดเจน (2) ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ (3) ปัญหาเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติกระบวนการยังไม่ครบถ้วน (4) ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาที่ใช้เวลานาน และ (5) ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการ

ผู้เขียนจึงขอแบ่งประเด็นปัญหาโดยอาศัยแนวทางที่ ดร.จรรุวรรณฯ ได้กล่าวไว้ พร้อมทั้งเพิ่มเติมรายละเอียดรวมทั้งยกประเด็นปัญหาอื่นที่เห็นว่าน่าสนใจลงไปด้วย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติหรือถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างหรือไม่ชัดเจน²⁹

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้กำหนดขั้นตอนหลักของการดำเนินการไว้เพียง 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนการเสนอโครงการ ขั้นตอนการดำเนินโครงการ และขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผลเท่านั้น โดยรายละเอียดของแต่ละขั้นตอนก็จะมุ่งไปที่กระบวนการภายในของฝ่ายปกครองในการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นหลัก ที่เป็นการวางระบบการตรวจสอบภายในของรัฐเองเพื่อทำให้กระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญามีความโปร่งใส อย่างไรก็ดี เนื้อหาของกฎหมายก็ยังขาดความชัดเจนในหลายเรื่อง โดยเฉพาะนิยามคำว่า “โครงการ” “กิจการของรัฐ” และ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ซึ่งนิยามทั้ง 3 คำดังกล่าวถือว่าเป็นปัญหามากในปัจจุบัน เนื่องจากมีการให้ความหมายโดยใช้ถ้อยคำในลักษณะที่กว้างมาก ทั้งที่นิยามทั้ง 3 คำดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาว่าโครงการร่วมดำเนินการใดบ้างที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จึงทำให้เกิดความไม่แน่ชัดในหลายโครงการ เช่น กรณีการใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดลักษณะของการใช้ไว้ จึงมีผลทำให้หากมีการใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐในลักษณะใดก็ตามย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “กิจการของรัฐ” ทั้งสิ้น อย่างไรก็ดี คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีของการใช้ทรัพย์สินและวางแนวทางในการพิจารณาไว้ว่า คำว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่า ทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการขององค์กรของรัฐตามกฎหมายหรืออำนาจพิเศษของรัฐที่เอกชนไม่สามารถมีได้ ซึ่งจะให้สิทธิแก่เอกชนในการเข้ามาใช้ประโยชน์ มิใช่เพียงสินทรัพย์ซึ่งเป็นอาคารสถานที่ เครื่องใช้ในสำนักงานหรือเงินสดหรือ

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

เงินฝากธนาคารที่กิจการจำเป็นต้องมีเพื่อเป็นส่วนประกอบในการดำเนินงานเท่านั้น³⁰ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่า ไม่ใช่การใช้ทรัพย์สินของรัฐทุกกรณีต้องถือว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐ ตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ทั้งหมดเสมอไป

นอกจากนี้ ยังมีความไม่ชัดเจนของถ้อยคำอีกหลายคำ เช่น คำว่า “โครงการใหม่” และ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มิได้ให้คำจำกัดความไว้ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นอย่างไร ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ในหลายกรณี ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีของการต่ออายุสัญญาเช่าที่ราชพัสดุของบริษัทไทยออยล์ จำกัด (มหาชน) ที่กรมธนารักษ์ประสงค์จะยกเลิกสัญญาเช่าฉบับเดิมและจัดทำสัญญาเช่าที่ราชพัสดุฉบับใหม่กับคู่สัญญารายเดิม ซึ่งสัญญาเช่าเดิมเหลือระยะเวลาอีก 18 ปี ในขณะที่สัญญาเช่าฉบับใหม่จะกำหนดเพิ่มเป็น 30 ปี กรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นว่า เมื่อกรมธนารักษ์ประสงค์ที่จะยกเลิกสัญญาฉบับเดิมและจัดทำสัญญาฉบับใหม่ ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำสัญญาฉบับใหม่กับคู่สัญญารายเดิมหรือคู่สัญญารายใหม่ ก็เป็นการเริ่มดำเนินโครงการใหม่ที่ต้องดำเนินการทุกขั้นตอนตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอโครงการตามที่กำหนดไว้ในหมวด 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว³¹

อีกตัวอย่างหนึ่งของความไม่ชัดเจนว่าโครงการใดเป็น “โครงการใหม่” หรือ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ซึ่งเป็นกรณีของโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ตามมาตรา 8 (2) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หมายความว่าโครงการที่มีทรัพย์สินที่มีรายได้อยู่แล้วหรือมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาจัดหาประโยชน์ได้ สำหรับการดำเนินโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานครนั้น แนวทางการดำเนินโครงการต่อไปจะมีการนำทรัพย์สินที่เป็นงานโครงสร้างโยธาพื้นฐาน ซึ่งบริษัทโฮปเวลล์ฯ ได้ก่อสร้างบนที่ดินของโครงการเดิม อันได้แก่ ตอม่อและเสาเข็ม มาเป็นทรัพย์สินบางส่วน of โครงการใหม่ แต่เนื่องจากตอม่อและเสาเข็มดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีสภาพตามลักษณะที่กล่าวมาแล้ว

³⁰ บันทึก เรื่อง ธนาคารรัตนสิน จำกัด (มหาชน) หรือกรณีหาผู้ร่วมทุนรายใหม่โดยการออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนและเสนอขายเฉพาะเจาะจงให้แก่ผู้ร่วมทุนรายเดียว (เรื่องเสร็จที่ 408/2541) และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง โครงการจัดหาระบบบริการด้านการเงินการธนาคารผ่านเครื่องถอนเงินอัตโนมัติ (ATM) ในระบบ ATM Pool (เรื่องเสร็จที่ 416/2548)

³¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (การต่ออายุสัญญาเช่าที่ราชพัสดุ กรณีบริษัทไทยออยล์ จำกัด (มหาชน)) (เรื่องเสร็จที่ 67/2551)

ดังนั้น โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานครจึงเป็นโครงการใหม่ตามมาตรา 8 (1)³²

จากปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติหรือถ้อยคำที่มีขอบเขตกว้างหรือไม่ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการแก้ไขก็คือ การบัญญัตินิยามความหมายของถ้อยคำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยพิจารณาจากแนวทางคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้ อย่างไรก็ตาม การจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจนทั้งหมดทุกเรื่องนั้น คงจะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายที่ละเอียดเกินไปนั้น จะทำให้กฎหมายมีความกระต้างและมีเนื้อหาที่เป็นรายละเอียดมากจนเกินไป ซึ่งบางกรณีควรปล่อยให้เป็นเรื่องของการตีความเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายจะเป็นการสมควรกว่า

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ³³

การคำนวณมูลค่าโครงการถือเป็นปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่ง โดยจำนวนมูลค่าโครงการถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่าโครงการร่วมดำเนินการใดต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของมูลค่าโครงการร่วมดำเนินการที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไว้ที่โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

สำหรับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการคำนวณนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ อีกทั้งไม่มีมาตราใดให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณไว้ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมากว่าจะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร มีวิธีการคำนวณอย่างไร และจะนับการคำนวณมูลค่าโครงการตั้งแต่เมื่อใด โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยให้ความเห็นเป็นแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับวงเงินหรือทรัพย์สินตามบทนิยาม “โครงการ” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไว้ว่า หมายความว่า ถึง วงเงินหรือทรัพย์สินของการลงทุนในกิจการของรัฐในส่วนของรัฐและในส่วนของเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในโครงการซึ่งจะทำให้โครงการนั้นบรรลุผล และสามารถดำเนินกิจการนั้นให้คงอยู่ได้ เช่น มูลค่าของที่ดิน อาคาร หรือทรัพย์สินในการดำเนินโครงการ เป็นต้น โดยต้องพิจารณามูลค่า

³² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร (เรื่องเสร็จที่ 481/2544)

³³ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, หน้า 13.

ของการลงทุนที่แท้จริงทั้งหมดตลอดทั้งโครงการ³⁴ โดยไม่แยกเป็นรายสัญญาหรือเฉพาะคู่สัญญา รายใดรายหนึ่งในโครงการเท่านั้น³⁵ และจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายโครงการและตลอดระยะเวลาของโครงการ³⁶

จากปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าโครงการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ผู้เขียนเห็นควรแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณ โดยควรศึกษาวิธีการคำนวณมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการในสหภาพยุโรปและประเทศอังกฤษเป็นแนวทางในการพิจารณา เพื่อให้วิธีการคำนวณมูลค่าโครงการในประเทศไทย สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติสากลของต่างประเทศ

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติกระบวนการยังไม่ครบถ้วน³⁷

หากพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ โดยรวมแล้ว เห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดขั้นตอนตั้งแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการมีความประสงค์จะร่วมดำเนินการกับเอกชน ไปจนถึงการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาและลงนามในสัญญา ตลอดจนการกำกับดูแลโครงการในระหว่างอายุสัญญา ซึ่งน่าจะครอบคลุมกระบวนการทั้งหมดเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการแล้ว อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติที่หาหรือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการดำเนินการภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการหรือการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การเลิกสัญญา และการต่ออายุสัญญา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีโครงการอนุญาตประกอบกิจการจำหน่ายสินค้าปลอดอากร ณ ท่าอากาศยานสุวรรณภูมิและท่าอากาศยานภูมิภาคและโครงการบริหารจัดการกิจกรรมเชิงพาณิชย์ ณ อาคารผู้โดยสารท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ (เรื่องเสร็จที่ 135/2550)

³⁵ บันทึก เรื่อง การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโทรศัพท์สาธารณะ (เรื่องเสร็จที่ 47/2541)

³⁶ บันทึก เรื่อง การจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ (กรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณกรมปศุสัตว์) (เรื่องเสร็จที่ 239/2542)

³⁷ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, หน้า 14.

3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา

ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาหลังจากที่ได้ลงนามไปแล้วนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งบางกรณีเป็นเพียงการแก้ไขเล็กน้อยที่ไม่ได้ทำให้สาระสำคัญของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป

ประเด็นปัญหานี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยพิจารณาให้ความเห็นไว้ โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญของสัญญา และกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อย ซึ่งการในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น จะพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญ โดยให้ความเห็นว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้การอนุญาตหรือการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนและการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว ดังนั้น แม้ว่าเป็นการดำเนินโครงการที่อยู่ในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล หากจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข การดำเนินการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 พิจารณา หากคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วย ก็จะต้องรายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดตามมาตรา 23 (2) และหากเป็นเรื่องที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้³⁸

3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการเลิกสัญญา

โดยทั่วไปเมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว คู่สัญญาย่อมต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือหน้าที่ต่าง ๆ รวมถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามที่สัญญากำหนด ซึ่งหลักทั่วไปของการบอกเลิกสัญญาก็ย่อมต้องเป็นไปตามหลักเรื่องการบอกเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม สัญญาที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ก็ย่อมต้องดำเนินการตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กำหนดไว้ด้วย เพื่อให้การบอกเลิกสัญญาได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบโดยผู้ที่เกี่ยวข้องเนื่องจากเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ แต่โดยที่พระราชบัญญัติ

³⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเกี่ยวกับค่าตอบแทนที่เกิดจากการที่บริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) นำโครงข่ายโทรคมนาคมไปเชื่อมต่อกับโครงข่ายโทรคมนาคมของผู้ให้บริการรายอื่น) (เรื่องเสรีจที่ 179/2552)

นี้มีได้กำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้ จึงมีประเด็นปัญหาว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าว จะต้องดำเนินการอย่างไร

ประเด็นปัญหานี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้บัญญัติเฉพาะขั้นตอนเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องปฏิบัติก่อนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะทำสัญญากับเอกชน โดยไม่ได้กำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม หากเป็นสัญญาที่ได้ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กำหนดแล้ว เมื่อจะมีการเลิกสัญญาย่อมมีผลเป็นการยุติการดำเนินโครงการซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เพื่อดำเนินการตามมาตรา 23 ประกอบกับมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ในการเสนอปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือเสนอคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณา แต่หากเป็นสัญญาที่มีได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มาตั้งแต่ต้น และเป็นกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่ประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามโครงการดังกล่าวอีกต่อไป ย่อมไม่มีขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ดังนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา และเอกชนประสงค์ที่จะตกลงยกเลิกสัญญาดังกล่าว ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ ในการพิจารณายกเลิกสัญญาดังกล่าว หน่วยงานเจ้าของโครงการสมควรพิจารณาถึงผลประโยชน์และความเสียหายของรัฐ และรายงานรัฐมนตรีผู้กำกับดูแลเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไปด้วย³⁹

3.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการต่ออายุสัญญา

เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการการต่อสัญญาไว้ว่าต้องทำอย่างไร ซึ่งบางกรณีสัญญาร่วมดำเนินการได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ร่วมดำเนินการภาคเอกชนรายเดิมให้ได้รับสิทธิในการพิจารณาก่อนเอกชนรายอื่น จึงเป็นประเด็นปัญหาตามมาว่าจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ และหากต้องดำเนินการจะดำเนินการในลำดับขั้นตอนใด

³⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีการเลิกสัญญาปรับปรุงโครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ 470 MHz ของบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน)) (เรื่องเสรีจที่ 663/2551)

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นว่าหน่วยงานของรัฐในฐานะคู่สัญญาจะต้องผูกพันตามข้อสัญญาดังกล่าว โดยหากการขอต่ออายุสัญญาเป็นการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่โดยที่กฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการต่ออายุสัญญาไว้ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่าที่มีอยู่มาใช้บังคับแก่การต่อสัญญาโดยอนุโลม จึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา 13 ขึ้นมาพิจารณาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐและร่างสัญญา โดยไม่ต้องดำเนินการคัดเลือกเอกชนอีก⁴⁰

จากปัญหาเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติกระบวนการยังไม่ครบถ้วน เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การเลิกสัญญา หรือการต่ออายุสัญญา ที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการไว้ ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้ 2 วิธี คือ วิธีแรก แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพิ่มหมวดของการดำเนินการภายหลังที่ได้มีการลงนามในสัญญา และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การเลิกสัญญา และการต่ออายุสัญญา เพื่อให้มีขั้นตอนการดำเนินการที่ชัดเจน วิธีที่สอง ใช้วิธีการจัดทำคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาร่วมดำเนินการเพื่อใช้กับการจัดทำสัญญา ร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ ทั้งนี้ ควรต้องกำหนดบังคับให้สัญญาร่วมดำเนินการต้องมีหัวข้อมาตรฐานตามที่กำหนดและห้ามตกลงรายละเอียดนอกเหนือจากคู่มือมาตรฐานซึ่งแนวทางดังกล่าวเป็นแนวทางที่ประเทศอังกฤษใช้ในปัจจุบัน โดยวิธีนี้ยังช่วยทำให้สัญญาร่วมดำเนินการมีมาตรฐานเดียวกันด้วย

3.3.4 ปัญหาเกี่ยวกับโครงการที่ไม่ดำเนินการตามกฎหมาย

กรณีของโครงการที่ดำเนินการภายหลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ใช้บังคับ แต่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่าการทำสัญญาร่วมดำเนินการดังกล่าวไม่ชอบด้วยขั้นตอนของกฎหมาย จึงไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มิได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนว่าสัญญาร่วมดำเนินการดังกล่าวจะมีผลเป็นเช่นไร

ประเด็นของการฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาให้ความเห็นว่าไว้ในหลายกรณี ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณี

⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การต่ออายุสัญญาสัมปทาน ประกอบการสถานีบรรจุและแยกสินค้ากล่องของการรถไฟแห่งประเทศไทย ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรีจที่ 124/2547)

ของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลแต่งตั้งผู้แทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการทำขึ้นโดยบุคคลซึ่งมีอำนาจกระทำการและได้ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด หากสัญญาแต่งตั้งให้บริษัท จาโก จำกัด เป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลเป็นสัญญาที่มีมูลค่าโครงการตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป ซึ่งต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว การแต่งตั้งบริษัท จาโกฯ เป็นผู้แทนจำหน่ายสลากบำรุงการกุศลก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในขั้นตอนต่าง ๆ ด้วย ดังนั้น การที่ได้กระทำไปโดยมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จึงไม่มีผลผูกพันในแง่ของสัญญากับหน่วยงานของรัฐ⁴¹ โดยความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยในคดีพิพาทระหว่างบริษัท จาโก จำกัด กับสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล⁴²

อย่างไรก็ดี แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาในภายหลังได้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก จึงได้มีการวางแนวที่แตกต่างออกไป โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีข้อตกลงเรื่องบริการเสริม ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ซึ่งขณะทำสัญญาใช้ชื่อว่า ทศท และบริษัท ทู คอรัปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่มีประเด็นเกี่ยวกับการจัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมดำเนินการ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นว่า การจัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ มิได้เสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 พิจารณา จึงเป็นกรณีที่ ทศท. จัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ โดยมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งมีผลบังคับใช้ในขณะที่มีการจัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ แต่โดยที่กระบวนการจัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมการงานฯ ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกออกจากข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ ที่ทำขึ้นได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น หากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามมาตรา 23 ได้พิจารณาเหตุแห่งการเพิกถอน ผลกระทบ ความเหมาะสม โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะแล้วว่า การดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้นมีความเสียหายอันสมควรจะเพิกถอนข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ ที่ทำขึ้น รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเพิกถอนข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมการงานฯ ได้ แต่หากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาแล้ว

⁴¹ บันทึก เรื่อง สัญญาแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายและจ่ายรางวัลสลากบำรุงการกุศลแบบอัตโนมัติของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล (เรื่องเสร็จที่ 570/2542)

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2503/2552

มีเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็อาจใช้ดุลพินิจให้ความเห็นชอบกับการจัดทำข้อตกลงแนบท้ายสัญญาร่วมทำงานฯ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม โดย บมจ. ทีไอที ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เป็นผู้ดำเนินการเสนอข้อเท็จจริง เหตุผล และความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของรัฐมนตรีต่อไป⁴³

จากปัญหาเกี่ยวกับโครงการที่ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายว่าต้องเป็นเช่นไรนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การร่วมดำเนินการเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์มหาชนซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก ดังนั้นผลทางกฎหมายจึงควรต้องค้ำประกันประโยชน์ของประชาชนเป็นหลัก รวมทั้งบางกรณีต้องพิจารณาความสุจริตของผู้ร่วมดำเนินการด้วยว่ามีเจตนาที่หลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ จึงเห็นควรปล่อยให้เป็นเรื่องของการตีความน่าจะเป็นการสมควรกว่า

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาที่ต้องใช้เวลามาก⁴⁴

ประเด็นปัญหานี้ เป็นปัญหาในการปฏิบัติงานซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย แต่มักจะมีข้อสังเกตจากหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์จะร่วมดำเนินการกับเอกชน ว่าขั้นตอนในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มีความซับซ้อน อีกทั้งยังมีการบังคับให้ต้องเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีอย่างน้อย 2 ครั้ง โดยครั้งแรกเป็นการเสนอเพื่อให้รัฐมนตรีเห็นชอบกับหลักการของโครงการ และครั้งที่สองเป็นการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อเห็นชอบกับผลการคัดเลือกเอกชน และในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วย จะต้องมีการเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกเป็นครั้งที่สาม นอกจากนี้ ยังมีความล่าช้าอันเกิดมาจากสาเหตุอื่นด้วย เช่น ความไม่พร้อมในการปฏิบัติงานของฝ่ายเลขานุการเนื่องจากอาจจะไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว ทำให้ต้องใช้เวลามากในการเตรียมตัว หรืออาจจะมาจากขั้นตอนในการเจรจากับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกี่ยวกับร่างสัญญาที่มีเนื้อหาและรายละเอียดค่อนข้างมาก

⁴³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีข้อตกลงเรื่องบริการเสริม ระหว่าง บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)) (เรื่องเสร็จที่ 389/2551)

⁴⁴ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, หน้า 15.

จากปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาที่ต้องใช้เวลานาน ผู้เขียนเห็นว่าทางหนึ่งที่จะช่วยทำให้ระยะเวลาในการพิจารณาไม่ใช้เวลานานมาก ก็คือ การจัดทำคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาตามแนวทางที่ใช้ในประเทศอังกฤษ เพื่อให้การเจรจาอยู่ในกรอบตามที่คู่มือกำหนด ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณาร่างสัญญาทำได้ง่ายขึ้น ประกอบกับควรมีร่างข้อกำหนดมาตรฐานที่จะใช้กับโครงการร่วมดำเนินการเพื่อให้โครงการที่มีลักษณะเดียวกันมีรูปแบบของสัญญาที่ใกล้เคียงกัน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดมาตรฐานของสัญญาและง่ายต่อการพิจารณาของเอกชนที่ประสงค์จะร่วมดำเนินการ เว้นแต่บางกรณีอาจมีเรื่องของประเด็นทางเทคนิคที่สำคัญเฉพาะโครงการ ก็สามารถกำหนดเพิ่มเติมรายละเอียดในสัญญาได้

สำหรับหัวข้อที่ควรนำมากำหนดไว้ในร่างข้อกำหนดมาตรฐาน ผู้เขียนเห็นว่าควรต้องพิจารณาจากแนวทางที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยกำหนดไว้ รวมทั้งพิจารณาจากปัญหาข้อพิพาทที่เคยเกิดจากความไม่ชัดเจนของสัญญา โดยรายละเอียดที่ควรมีในร่างสัญญามาตรฐานที่เสนอโดยบริษัท Norton Rose และบริษัท Price Waterhouse Coopers ในโครงการศึกษาเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP เสนอสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง ได้กำหนดให้อย่างน้อยควรประกอบด้วยหัวข้อหลักดังต่อไปนี้

1. นิยามและคำจำกัดความ (Definitions)
2. การตีความ (Interpretation)
3. ระยะเวลาของสัญญา (Period of Contract)
4. การออกแบบและก่อสร้างโครงการ (Design and Construction of Project)
5. ระยะเวลาในการให้บริการและการดำเนินโครงการ (Period for Provision of Services)
6. การป้องกันความล่าช้าของโครงการ (Protection against Delay or Late Commencement of Services)
7. การให้บริการและการดำเนินโครงการ (Provision of Service)
8. คุณภาพและมาตรฐานในการดำเนินโครงการและการบำรุงรักษาทรัพย์สินของโครงการ (Qualities and Standards of Operation and Maintenance)
9. การตรวจสอบและการวัดผลการดำเนินโครงการ (Performance Measurement and Monitoring)
10. ค่าบริการและวิธีการชำระค่าบริการ (Price and Payment Mechanism)
11. การพิจารณาและปรับอัตราค่าบริการ (Price and Payment Mechanism)
12. การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการ (Change in Services)

13. กรรมสิทธิ์ในที่ดินและทรัพย์สินของโครงการ (Ownership of Land and Project Assets)
14. การทำประกันภัยทรัพย์สินของโครงการ (Insurance)
15. สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)
16. การปลดภาระความรับผิดชอบของคู่สัญญา (Supervening Events)
17. การรับรองและการรับประกัน (Representations and Warranties)
18. การเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย (Changes in Law)
19. การควบคุมผู้รับเหมาช่วงและลูกจ้าง (Control over Sub-Contractors and Employees)
20. การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา (Transfer of Rights and Obligations under Contract)
21. การสิ้นสุดของสัญญา (Termination)
22. การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของโครงการภายหลังการสิ้นสุดของสัญญา (Treatment of Project Assets upon Termination of Contract)
23. การบอกเลิกสัญญาก่อนวันครบกำหนด (Early Termination)
24. ผลของการบอกเลิกสัญญาก่อนวันครบกำหนด (Consequences of Early Termination)
25. การเก็บรักษาความลับ (Confidentiality)
26. กฎหมายที่ใช้บังคับ (Governing Law)
27. การระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution)

3.5 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการ⁴⁵

ปัจจุบันการดูแลโครงการร่วมดำเนินการ จะเป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยจะมีการตั้งคณะกรรมการประสานงาน (คณะกรรมการตามมาตรา 22) ของโครงการ แต่ละโครงการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญารวมทั้งรายงานผลการดำเนินการ ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่ออธิบดีกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศเพื่อทราบ อย่างไรก็ตามก็ยังมีประเด็นปัญหาตามมาหลายประการ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดดังกล่าวว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ทำให้การกำกับดูแลโครงการไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร อีกทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ก็กำหนดเพียง

⁴⁵ จารุวรรณ เสงตระกุล, แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, หน้า 16.

ให้คณะกรรมการตามมาตรา 22 ต้องส่งรายงานไม่เกิน 6 เดือนต่อหนึ่งครั้ง แต่ไม่ได้บังคับว่า คณะกรรมการตามมาตรา 22 ต้องมีการประชุมกันอย่างไร ทำให้การควบคุมดูแลอาจไม่ต่อเนื่องได้

จากปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการ ผู้เขียนเห็นว่าในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษหรือประเทศฝรั่งเศส ได้มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการดูแลโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยเฉพาะ ซึ่งการจัดตั้งหน่วยงานกลางขึ้นมาทำหน้าที่ จะช่วยให้การดำเนินโครงการสามารถดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากหน่วยงานกลางดังกล่าว จะประกอบด้วยบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ ซึ่งสามารถที่จะวิเคราะห์โครงการว่าสมควรใช้วิธีการร่วมดำเนินการในระบบ PPP หรือไม่ และมีการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการเพื่อเสนอให้มีการปรับปรุงอย่างเป็นระบบ

ปัญหาของการขาดหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่รับผิดชอบโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP โดยเฉพาะดังกล่าว ทางรัฐบาลก็ได้สังเกตเห็นถึงปัญหา โดยได้เคยมีการเสนอร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยคณะกรรมการนโยบายความร่วมมือการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. มาเพื่อให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการนโยบายความร่วมมือในการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP Committee) และสำนักงานความร่วมมือในการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (PPP Unit) เป็นหน่วยงานเฉพาะกิจภายในสำนักงบประมาณ โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ และสำนักงานดังกล่าวไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว สำนักงานงบประมาณได้ขอถอนร่างออกไป ทำให้ปัจจุบันจึงยังไม่มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในเรื่องนี้ โดยเฉพาะ

4. ภาพรวมของสภาพปัญหาและแนวทางการนำรูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มาใช้กับการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย การร่วมดำเนินการในระบบ PPP ได้ถูกนำมาใช้กับการจัดทำโครงการสาธารณูปโภคพื้นฐานที่เกี่ยวกับทางเศรษฐกิจมากกว่าทศวรรษ และแม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐสำหรับโครงการที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป โดยได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอโครงการดำเนินการโครงการ ไปจนถึงการกำกับดูแลและติดตามผล อยู่แล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีเนื้อหาของกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการสนับสนุนให้มีการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เท่าที่ควร เพราะยังขาดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ที่สำคัญหลายประการ เช่น การประเมินความคุ้มค่าทางการเงิน และการจัดสรรความเสี่ยงที่เป็นหัวใจหลักของการร่วมดำเนินการในระบบ

PPP ประกอบกับพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนในหลายประเด็นไม่ว่าจะเป็น ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติหรือถ้อยคำที่มีขอบเขตไม่ชัดเจน ปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ ปัญหาเกี่ยวกับการที่กฎหมายบัญญัติกระบวนการที่ยังไม่ครบถ้วน ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาที่ล่าช้าในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติ และปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ทำให้มีความจำเป็นต้องศึกษารูปแบบการร่วมดำเนินการในต่างประเทศเพื่อนำมาสู่การปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติสากลของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ประกอบกับจะต้องแก้ไขความไม่ชัดเจนของกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้เอกชนที่สนใจร่วมดำเนินการมีความมั่นใจถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมาย และยังทำให้กระบวนการในการดำเนินงานมีความชัดเจนยิ่งขึ้น



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

บริการสาธารณะถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยองค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งออกเป็น 2 องค์กรหลัก ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐและการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

การจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประเภทของบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการจัดทำโดยรัฐ ซึ่งอาจจะมีการจัดตั้งองค์กรประเภทพิเศษขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ รวมถึงได้มีการกระจายอำนาจการจัดทำบริการสาธารณะไปสู่ระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม การจัดทำบริการสาธารณะในปัจจุบันเริ่มมีความซับซ้อนและหลากหลายมากขึ้น ประกอบกับบริการสาธารณะบางประเภทรัฐอาจไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวรัฐจึงมีแนวความคิดที่จะมอบให้เอกชนรับไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทแทนรัฐภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมลงทุนผ่านกระบวนการตามกฎหมาย อันได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชน ตลอดจนกฎหมายเฉพาะซึ่งได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

สำหรับแนวคิดเรื่องการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือเรียกว่า “การร่วมดำเนินการในระบบ PPP” แม้จะยังไม่มีคำนิยามความหมายของคำว่า PPP ที่ชัดเจนและเป็นสากล แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า PPP หมายถึง การดำเนินการรูปแบบหนึ่งที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานตามวัตถุประสงค์ของโครงการที่กำหนดโดยหน่วยงานของรัฐ และมีการจัดสรรความเสี่ยงอย่างเหมาะสม โดยโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะเป็นโครงสร้างพื้นฐานด้านเศรษฐกิจและสังคมที่มีระยะเวลาดำเนินงานยาวนาน โดยเอกชนจะเป็นผู้รับผิดชอบในการออกแบบ ก่อสร้าง และจัดหาเงินทุนเอง ซึ่งส่วนใหญ่มักใช้กับ

โครงการสาธารณะขนาดใหญ่ โครงการสาธารณะที่ต้องใช้ความรู้ทางด้านเทคโนโลยีระดับสูง หรือโครงการสาธารณะที่มีความซับซ้อนในการดำเนินงาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระทางการคลังของภาครัฐและยังช่วยทำให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพสูงในขณะที่อัตราค่าใช้บริการอยู่ในเกณฑ์ที่ต่ำ

การร่วมดำเนินการในระบบ PPP จะช่วยประหยัดงบประมาณการลงทุนและเสริมสร้างความโปร่งใสในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ตลอดจนเป็นการเพิ่มช่องทางการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน และเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการให้บริการ โดยที่รูปแบบการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีได้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับประเภทของโครงการแต่ละโครงการ โดยในการพิจารณาว่าโครงการใดควรจะใช้รูปแบบการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงความคุ้มค่าทางการเงินเป็นลำดับแรก และหากพิจารณาแล้วเห็นว่าโครงการดังกล่าวสมควรใช้วิธีการร่วมดำเนินการก็ต้องพิจารณาถึงประเภทของโครงการและการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชนประกอบด้วย สำหรับประเภทของความเสี่ยงในการร่วมดำเนินการมีอยู่หลายประเภท เช่น ความเสี่ยงด้านการก่อสร้าง ความเสี่ยงด้านการเงิน ความเสี่ยงด้านการขาดแคลนทรัพยากร ความเสี่ยงด้านอุปสงค์ และความเสี่ยงด้านมูลค่าซาก โดยตัวอย่างของความเสียหายด้านการเงินที่ควรต้องพิจารณา ได้แก่ ความเสี่ยงในการดำเนินโครงการให้แล้วเสร็จ ความเสี่ยงในกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยและกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ความเสี่ยงทางภาษี ความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม ความเสี่ยงด้านอัตราแลกเปลี่ยน ความเสี่ยงด้านอัตราดอกเบี้ย และความเสี่ยงด้านสังคม เป็นต้น

สำหรับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของประเทศไทยนั้น ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นการร่วมดำเนินการที่เข้าเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่ว่าจะ เป็นโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP หรือไม่ ก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ถือเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับทุกหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นโดยกฎหมายเท่านั้น โดยเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะพบว่า หลักการของกฎหมายส่วนใหญ่จะมุ่งไปที่การตรวจสอบถ่วงดุลกันในการพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นหลัก เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งไปที่การป้องกันไม่ให้เกิดการคอร์รัปชันในโครงการของรัฐที่มีมูลค่าการลงทุนมหาศาล (ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป) ทำให้ขั้นตอนมีความยุ่งยากและต้องใช้เวลาในการพิจารณาคัดเลือกเอกชนค่อนข้างนาน ประกอบกับเนื้อหาของกฎหมายยังไม่มีความชัดเจนหลายประการ ส่งผลให้ไม่เอื้อต่อการส่งเสริมให้มีการร่วมดำเนินการเท่าที่ควร

จากปัญหาเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทย ส่งผลให้การพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจไม่เจริญเติบโตเท่าที่ควร เนื่องจากนักลงทุนจากต่างประเทศ ยังไม่มีความมั่นใจหรือยังไม่เข้าใจหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ชัดเจน ประกอบกับในปัจจุบัน ต่างประเทศทั่วโลกเริ่มหันมาให้ความสนใจกับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP เป็นอย่างมาก ทำให้การศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการดังกล่าวจากต่างประเทศ เป็นเรื่องที่น่าสนใจเพื่อนำมา ปรับใช้กับแนวทางการร่วมดำเนินการภายในประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เลือกที่จะศึกษา แนวทางการร่วมดำเนินการในสหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส

สหภาพยุโรปไม่ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับ เอกชนไว้เป็นการเฉพาะ โดยการร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น เป็นเพียง การดำเนินการภายใต้หลักพื้นฐานของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป แต่สหภาพยุโรปได้มีการออก Directive เพื่อวางแนวทางสำหรับการร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปไว้ โดย Directive ที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการในปัจจุบัน ได้แก่ Directive 2004/17/EC และ Directive 2004/18/EC โดย Directive 2004/17/EC จะเป็นแนวทางการร่วมดำเนินการในกิจการ สาธารณะที่เป็นโครงการสาธารณูปโภค ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับก๊าซ ความร้อน และไฟฟ้า กิจการ ที่เกี่ยวกับการประปา กิจการที่เกี่ยวกับการขนส่ง กิจการที่เกี่ยวกับการไปรษณีย์ กิจการที่เกี่ยวกับการสำรวจและสกัดน้ำมัน ก๊าซ ถ่านหินหรือเชื้อเพลิงแข็งอื่น ๆ และกิจการที่เกี่ยวกับท่าเรือและ ท่าอากาศยาน ในขณะที่ Directive 2004/18/EC จะเป็นแนวทางการร่วมดำเนินการในสัญญา สาธารณะทั่วไป ซึ่งประกอบด้วย สัญญาก่อสร้างสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุสาธารณะ และ สัญญาเพื่อให้บริการสาธารณะ สำหรับรายละเอียดของ Directive จะเป็นการวางแนวทางอย่างกว้าง เพื่อให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปไปกำหนดหลักเกณฑ์ภายในให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ดังกล่าว ซึ่งแนวทางการร่วมดำเนินการดังกล่าวส่งผลให้การร่วมดำเนินการของประเทศสมาชิก สหภาพยุโรปมีความชัดเจนและเป็นเอกภาพมากขึ้น รวมทั้งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ การก่อตั้งสหภาพยุโรปที่ต้องการให้มีความเสมอภาคในการเข้าแข่งขันเป็นคู่สัญญาของรัฐในกลุ่ม ประเทศสมาชิก

การร่วมดำเนินการในประเทศอังกฤษแต่เดิมจะเป็นการร่วมดำเนินการโดยใช้ คู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาเป็นแนวทางในการพิจารณา แต่ต่อมาเมื่อสหภาพยุโรปได้มีการออก Directive เกี่ยวกับการร่วมดำเนินการเพื่อใช้บังคับกับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงส่งผลให้ ประเทศอังกฤษมีการออกกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามสหภาพยุโรปทั้ง 2 ฉบับ ได้แก่ The Utilities Contracts Regulations 2006 และ The Public Contracts Regulations 2006 ทำให้ประเทศ อังกฤษมีหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการที่ชัดเจนแน่นอนมากขึ้น ทั้งในส่วนของการประเมิน

ความคุ้มค่าทางการเงินของโครงการ การจัดสรรความเสี่ยง และการคำนวณมูลค่าของสัญญา
ร่วมดำเนินการ

การร่วมดำเนินการในประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่ออนุญาตการ
ตามสหภาพยุโรปเช่นกัน แต่จากการค้นคว้า ผู้เขียนพบว่า ประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกกฎหมาย
เพื่ออนุญาตการตาม Directive 2004/18/EC เพียงฉบับเดียวเท่านั้น ซึ่งได้แก่ Ordonnance
n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat นอกจากนี้ ประเทศฝรั่งเศส
ยังแยกการร่วมดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปไว้ในประมวลกฎหมายองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นต่างหากด้วย

ในส่วนของการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในประเทศไทย หากเป็น
การร่วมดำเนินการในโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไปต้องอยู่ภายใต้
บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ
พ.ศ. 2535 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับทุกหน่วยงานของรัฐ
โดยได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการตั้งแต่ การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับ
ดูแลและติดตามผล แต่จากการศึกษาแนวทางการร่วมดำเนินการในต่างประเทศ พบว่า
พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ยังขาดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ที่สำคัญ
หลายประการของการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ที่เป็นสากล เช่น การประเมินความคุ้มค่า
ทางการเงิน การจัดสรรความเสี่ยง และการคำนวณมูลค่าของสัญญาร่วมดำเนินการ นอกจากนี้
กลไกการทำงานของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ยังไม่เอื้อต่อการร่วม
ดำเนินการเท่าที่ควร จึงเห็นสมควรนำหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักปฏิบัติสากลของการร่วมดำเนินการ
ในระบบ PPP มาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย เพื่อให้การร่วมดำเนินการเกิดประสิทธิภาพ
มากขึ้น และเป็นประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด

2. ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้มีการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ
ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พบว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งไปที่การถ่วงดุลอำนาจ
ระหว่างหน่วยงานของรัฐเพื่อป้องกันการคอร์รัปชัน จนส่งผลให้การดำเนินการตามพระราชบัญญัติ
ดังกล่าวไม่เอื้ออำนวยต่อการร่วมดำเนินการเท่าที่ควร นอกจากนี้ กฎหมายยังขาดความชัดเจน
หลายประการทั้งในส่วนของถ้อยคำที่ใช้และกระบวนการขั้นตอนที่ยังไม่ครบถ้วน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้
จึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว พร้อมทั้งข้อเสนอที่จะช่วยให้การร่วมดำเนินการ
ในประเทศไทยเป็นไปตามแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของต่างประเทศที่เป็นสากล
โดยวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอาจทำได้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้

เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือการออกกฎหมายใหม่ที่เป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP แยกต่างหาก โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรใช้แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมหรือการปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ น่าจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากเนื้อหาของโครงการร่วมดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กับการร่วมดำเนินการในระบบ PPP มีความคาบเกี่ยวกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายได้ หากมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการร่วมดำเนินการ 2 ฉบับ โดยผู้เขียนเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

2.1 การกำหนดหลักเกณฑ์การร่วมดำเนินการให้มีความชัดเจน

แม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ที่ควบคุมการร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในกิจการของรัฐในโครงการที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป โดยพระราชบัญญัตินี้ได้มีบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนการดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ ไปจนถึงการกำกับดูแลและติดตามผล อยู่แล้วก็ตาม แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ก็ยังมีปัญหาในการบังคับใช้หลายประการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น วิธีการแก้ปัญหาที่จะทำให้การร่วมดำเนินการมีความชัดเจนยิ่งขึ้นจึงถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยอาจดำเนินการได้ดังนี้

2.1.1 การกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ให้ชัดเจน

ในปัจจุบัน การจะพิจารณาว่าโครงการร่วมดำเนินการใดต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากบทนิยามทั้ง 3 คำ ประกอบกัน ได้แก่ นิยามคำว่า “กิจการของรัฐ” “โครงการ” และ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ซึ่งที่ผ่านมาเกิดปัญหาในการตีความเป็นจำนวนมาก ประกอบกับรูปแบบของโครงการร่วมดำเนินการที่จะถือว่าเป็นการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในต่างประเทศก็ยังไม่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรต้องกำหนดให้ชัดเจนในกฎหมายว่าโครงการร่วมดำเนินการในลักษณะใดบ้างที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เช่น การร่วมดำเนินการจะหมายความรวมถึง วิธีการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (turnkey) หรือการจ้างเอกชนบริหารงาน (contracting-out) ด้วยหรือไม่ เนื่องจากในต่างประเทศมองว่ารูปแบบดังกล่าวถือเป็นการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในขณะที่ประเทศเห็นว่ารูปแบบดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ทั้งนี้ หากมีการกำหนดให้ชัดเจนก็จะ

ช่วยให้นักลงทุนจากต่างประเทศที่มีความสนใจจะมาลงทุนมีความมั่นใจถึงความแน่นอนของกฎหมายมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะนักลงทุนที่มาจากประเทศสหภาพยุโรปที่อาจเกิดความสับสนได้

2.1.2 การกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอโครงการไม่ว่าจะเป็นโครงการใหม่หรือโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบหน่วยงานเดียวกัน

ปัญหาในทางปฏิบัติของหน่วยงานเจ้าของโครงการประการหนึ่งก็คือ การพิจารณาว่าโครงการที่ประสงค์จะร่วมดำเนินการนั้น หากมีความคาบเกี่ยวกับโครงการที่ได้มีการดำเนินการมาก่อนแล้ว โครงการดังกล่าวจะถือเป็นโครงการใหม่หรือโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวมีผลถึงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องส่งผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการไปให้พิจารณาก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการ โดยหากเป็นโครงการใหม่ต้องส่งไปยังสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วต้องส่งไปยังกระทรวงการคลัง ทางแก้ปัญหาคงควรต้องกำหนดให้มีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาผลจากศึกษาและวิเคราะห์โครงการเพียงหน่วยงานเดียวเท่านั้น โดยหน่วยงานนั้นควรจะต้องมีผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ เพื่อให้การวิเคราะห์โครงการมีความสะดวกรวดเร็ว และมีมาตรฐานซึ่งจะช่วยลดปัญหาการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยขั้นตอนของกฎหมายลงได้

2.1.3 การกำหนดให้มีหลักเกณฑ์การคำนวณมูลค่าของโครงการร่วมดำเนินการ

การคำนวณมูลค่าของโครงการร่วมดำเนินการถือเป็นปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่งในทางปฏิบัติของหน่วยงานเจ้าของโครงการ เนื่องจากการจะพิจารณาว่าสิ่งใดที่ต้องนำมาพิจารณาเพื่อใช้ในการคำนวณมูลค่าของโครงการนั้น ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริงของโครงการแต่ละโครงการที่ยังไม่มีความชัดเจน โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ก็มีได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเอาไว้ ปัญหาดังกล่าวจึงควรได้รับการแก้ไขด้วยการกำหนดเพิ่มเติมมาตราที่ให้อำนาจผู้รักษาการตามกฎหมายไปออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณ โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรนำแนวทางในการพิจารณาจากต่างประเทศ เช่น Directive ของสหภาพยุโรป ประกอบกับแนวทางคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกามาศึกษาเพื่อนำมากำหนดหลักเกณฑ์การคำนวณมูลค่าโครงการให้มีความชัดเจนแน่นอน

2.2 การกำหนดกระบวนการขั้นตอนในกฎหมายให้ครบถ้วน

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ได้กำหนดขั้นตอนตั้งแต่การเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ ไปจนถึงการกำกับดูแลและติดตามผล เมื่อได้มีการลงนามในสัญญา แต่เนื่องจากโครงการร่วมดำเนินการมักใช้กับโครงการที่มีระยะเวลาการดำเนินงานค่อนข้างนาน จึงอาจเกิดปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาบางประการระหว่างการดำเนินโครงการได้ ซึ่งบางกรณีอาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หรือบางกรณีอาจถึงกับต้องมีการยกเลิกสัญญา นอกจากนี้ ยังมีประเด็นเรื่องของการต่ออายุสัญญาตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาเดิมอีกด้วย แต่ขั้นตอนการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ มิได้มีการกำหนดไว้ ดังนั้น วิธีการแก้ปัญหาจึงควรต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดหมวดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา การต่อสัญญา และการยกเลิกสัญญา เพื่อให้มีขั้นตอนในการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวที่ชัดเจน นอกจากนี้ อาจต้องพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับการโอนสิทธิในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

2.3 การทำให้แนวทางการร่วมดำเนินการมีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเดียวกัน

การร่วมดำเนินการในปัจจุบันแม้ต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ก็เป็นเพียงกระบวนการขั้นตอนในการคัดเลือกผู้ร่วมดำเนินการฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่เนื้อหาของสัญญาร่วมดำเนินการยังไม่มีรูปแบบมาตรฐานที่ชัดเจนแน่นอน แม้กฎหมายจะกำหนดให้ต้องมีการส่งสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนาม แต่ในความเป็นจริงเนื้อหาของสัญญาส่วนใหญ่ก็มักมาจากรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ใน TOR (Term of reference) ที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้ดำเนินการยกร่างเอง จึงเป็นการสร้างยากความลำบากในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดที่แต่ละสัญญามักจะมีรูปแบบหรือประเด็นที่แตกต่างกัน จึงทำให้สัญญาร่วมดำเนินการบางสัญญาเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น รัฐอาจตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ดังนั้น การทำให้สัญญาร่วมดำเนินการมีมาตรฐานที่แน่นอนและเป็นระบบเดียวกันทั้งหมดจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยควรต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

2.3.1 การจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่เฉพาะเกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการในระบบ PPP

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอโครงการร่วมดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรีผ่านหน่วยงานที่แตกต่างกัน โดยหากเป็นโครงการใหม่ต้องเสนอผ่านต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ แต่หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วต้องเสนอผ่านกระทรวงการคลัง จึงเป็น

ปัญหาในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐประการหนึ่งในการพิจารณาว่าโครงการใดต้องเสนอผ่านหน่วยงานใด นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าโครงการใดมีความเหมาะสมที่จะใช้วิธีร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนหรือไม่นั้น ก็เป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะเป็นผู้พิจารณาเสนอซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรจะต้องมีการสร้างระบบการร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพขึ้นมา โดยการจะสร้างระบบร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพได้นั้น ควรจะต้องมีหน่วยงานเฉพาะที่รับผิดชอบเกี่ยวกับโครงการร่วมดำเนินการ โดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานจะต้องมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการร่วมดำเนินการ เพื่อจะทำให้ทิศทางการร่วมดำเนินการมีความชัดเจน โดยในประเทศอังกฤษเองได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า “Partnership UK: PUK” ซึ่งทำหน้าที่พัฒนาในส่วนของกระบวนการต่าง ๆ เพื่อให้โครงการร่วมดำเนินการประสบความสำเร็จ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสก็มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า “Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat: MAPPP” เช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นความจำเป็นที่ควรจะต้องมีการจัดตั้งหน่วยงานลักษณะดังกล่าวเพื่อดูแลโครงการร่วมดำเนินการโดยเฉพาะ

2.3.2 การจัดทำคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญา

แนวทางที่ควรต้องดำเนินการเพื่อที่จะลดระยะเวลาการจัดทำร่างสัญญา และช่วยอำนวยความสะดวกในการจัดทำร่างสัญญา ตลอดจนทำให้สัญญาร่วมดำเนินการมีความเป็นเอกภาพและง่ายต่อการตีความนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการจัดทำคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาตามแนวทางที่ใช้ในประเทศอังกฤษ โดยเห็นควรศึกษารายละเอียดดังกล่าวใน Standardisation of PFI Contracts ซึ่งประโยชน์จากการมีคู่มือมาตรฐานการร่างสัญญาจะช่วยส่งเสริมให้คู่สัญญามีความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่ตรงกันมากยิ่งขึ้น อีกทั้งโครงการที่มีลักษณะเหมือนกันก็ควรมีการกำหนดรายละเอียดเนื้อหาของสัญญาที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณาร่างสัญญารวดเร็วมากขึ้น รวมทั้งยังสามารถใช้เป็นแนวทางในการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดได้อีกด้วย เนื่องจากในปัจจุบันสำนักงานอัยการสูงสุดเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาที่ชัดเจน

2.4 การเพิ่มทางเลือกในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนอกจากวิธีการประมูลตามปกติทั่วไป

โครงการร่วมดำเนินการแต่ละโครงการอาจมีลักษณะและรายละเอียดของโครงการที่แตกต่างกันไป ดังนั้น เพื่อความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะทำให้ได้คู่สัญญาที่มีศักยภาพ จึงควรกำหนดให้มีวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น ซึ่งวิธีการคัดเลือกโดยปกติทั่วไปสำหรับโครงการ

ร่วมดำเนินการในประเทศไทยจะใช้วิธีการประมูล แต่วิธีการประมูลดังกล่าวยังไม่มีหลากหลายเท่ากับวิธีการประมูลในต่างประเทศที่ประกอบด้วยวิธีการเปิดประมูลแบบเปิดกว้าง วิธีการประมูลแบบจำกัดจำนวนผู้เข้าประมูล วิธีการประมูลโดยการเจรจาหารือ และวิธีการประมูลโดยการเจรจาต่อรอง นอกจากนี้ ยังมีวิธีการคัดเลือกที่ใช้เฉพาะบางกรณีเป็นพิเศษ คือ วิธีการคัดเลือกโดยการประกวดออกแบบ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ศึกษาวิธีการประมูลในต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้ได้ผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ อันจะส่งผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะต่อไป

2.5 การนำหลักเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชนมาใช้บังคับกับโครงการร่วมดำเนินการ

โครงการร่วมดำเนินการที่มีประสิทธิภาพจะต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงระหว่างรัฐกับเอกชนที่เหมาะสม โดยในแต่ละความเสี่ยงที่เกิดขึ้นควรพิจารณาให้อยู่กับฝ่ายที่สามารถบริหารจัดการความเสี่ยงนั้นได้ดีที่สุด ซึ่งแนวทางการร่วมดำเนินการของประเทศไทยในปัจจุบันมักจะโอนความเสี่ยงทั้งหมดไปให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ ทำให้โครงการร่วมดำเนินการหลายโครงการมักประสบปัญหาตามมา อีกทั้งการโอนความเสี่ยงทั้งหมดไปให้เอกชนนั้น ไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่ผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพที่จะเข้ามาร่วมการประมูลแข่งขัน ทำให้รัฐขาดโอกาสที่จะได้ผู้ร่วมดำเนินการที่มีศักยภาพ ดังนั้น เพื่อให้โครงการร่วมดำเนินการในประเทศไทยสอดคล้องกับแนวทางการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ของต่างประเทศ จึงต้องนำหลักเกณฑ์การจัดสรรความเสี่ยงมาใช้กับโครงการร่วมดำเนินการในประเทศไทย โดยควรบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อความชัดเจน

2.6 การจัดทำแนวทางพิจารณาการร่วมดำเนินการในรูปของบริษัทร่วมทุน

ประเทศอังกฤษถือว่าการร่วมดำเนินการในรูปของบริษัทร่วมทุน เป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในรูปแบบหนึ่ง โดยรูปแบบการร่วมดำเนินการดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการร่วมดำเนินการในระบบ PPP ในขณะที่ประเทศไทยเองก็มีการการร่วมดำเนินการกับเอกชนในลักษณะดังกล่าวหลายโครงการ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าโครงการใดสมควรใช้วิธีร่วมดำเนินการในรูปของบริษัทร่วมทุนนั้น ยังไม่มีแนวทางในการพิจารณาที่ชัดเจน การจัดทำคู่มือเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาจะช่วยให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะร่วมดำเนินการด้วยวิธีการดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนมากขึ้น ประกอบกับแนวทางการใช้วิธีร่วมดำเนินการดังกล่าว มักถูกมองว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มคนบางกลุ่มได้ ดังนั้น การมีแนวทางในการพิจารณาที่ชัดเจนก็จะช่วยทำให้ปัญหาดังกล่าวคลี่คลายลงได้ โดยเนื้อหาของคู่มือ

ควรต้องมีเนื้อหาที่กล่าวถึงกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาประกอบด้วย เช่น หากเป็นกรณีที่มีรัฐมีสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทร่วมทุนมากกว่าร้อยละ 50 ถือว่าบริษัทร่วมทุนนั้น เป็นรัฐวิสาหกิจ จึงต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐวิสาหกิจ เช่น พระราชบัญญัติ คุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ประกอบด้วย เป็นต้น ซึ่งแนวทางการจัดทำคู่มือดังกล่าว ผู้เขียนเสนอให้ศึกษาจากแนวทางของประเทศอังกฤษ

2.7 การทำให้โครงการร่วมดำเนินการมีความโปร่งใสยิ่งขึ้น

แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะกำหนดให้การพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการคัดเลือกเอกชน ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน แต่ก็ยังไม่มีหลักประกันที่แน่นอนว่าโครงการดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาที่โปร่งใสทั้งหมด ซึ่งแนวทางหนึ่งที่จะช่วยให้การพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น คือ การกำหนดให้มีมาตรการลงโทษหากผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกเอกชน เข้าไปมีส่วนได้เสียกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกหลังจากที่ได้คัดเลือกแล้ว เช่น เข้าไปเป็นกรรมการหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ได้รับการคัดเลือก เป็นต้น ดังนั้น เพื่อให้โครงการร่วมดำเนินการมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น จึงควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องส่วนได้เสียไว้ในกฎหมาย โดยอาจกำหนดระยะเวลาที่ห้ามมิให้คณะกรรมการคัดเลือกเอกชนเข้าไปมีส่วนได้เสียภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

2.8 การกำหนดลักษณะต้องห้ามที่เป็นมาตรฐานชัดเจนของคู่สัญญา

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมดำเนินการของประเทศไทยส่วนใหญ่จะกำหนดรายละเอียดไว้ใน TOR เป็นหลัก ในขณะที่กฎหมายของต่างประเทศเห็นว่าการกระทำความผิดบางฐาน เป็นความผิดที่ทำให้บุคคลนั้นไม่สมควรได้รับการพิจารณาให้เป็นคู่สัญญาของรัฐ จึงได้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่เป็นมาตรฐานชัดเจนไว้ในกฎหมาย ผู้เขียนจึงขอเสนอให้กำหนดลักษณะต้องห้ามที่เป็นมาตรฐานดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นการคัดกรองผู้เข้ารับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญาของรัฐในขั้นแรก ซึ่งจะช่วยให้ได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีศักยภาพยิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กฤษฎณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- การคลัง, กระทรวง. สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง. แนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ Public Private Partnerships. ข่าวกระทรวงการคลัง 25 (กุมภาพันธ์ 2552).
- การคลัง, กระทรวง. โครงการศึกษาเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPPs. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, 2552. (อัดสำเนา)
- การคลัง, กระทรวง. Private PPP in Thailand. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ, 2553. (อัดสำเนา)
- การคลัง, กระทรวง. สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ. คู่มือแนวทางการดำเนินโครงการลงทุนภาครัฐในรูปแบบ PPP. [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา: <http://www.pdmo.mof.go.th/?q=th/jakkdownload/1401/getfile> [2553, กันยายน 17]
- จารุวรรณ เสงตระกุล. แนวทางการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา: <http://www.lawreform.go.th/> [2553, มิถุนายน 9].
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.

โชคชัย รัตติจินากร. ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ: ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

นายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี, สำนัก. สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, คู่มือในการเจรจาต่อรอง การทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างนักลงทุนไทยกับต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

นายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี, สำนัก. สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ที่ นร 1200/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553, "การปรับปรุงหลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริการ"

ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

รัฐพงศ์ โภคะสุวรรณ. ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

สุรพงศ์ กลั่นประชา. สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

สุรพล นิตติไกรพจน์. ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ. วารสารนิติศาสตร์ 21, 3 (กันยายน 2534): 371-385.

โสภณ รัตนากกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541.

สำนักกฎหมายต่างประเทศ. การร่วมดำเนินการระหว่างรัฐกับเอกชนในสหภาพยุโรป, กฤษฎีกาสาร 4, 6 (สิงหาคม-กันยายน 2552): 2-6.

อารีพงศ์ ภูซุ่ม, พัลลภา เรืองรอง, ศรชัย ไกรนรา และเกียรติคุณ เทียมประเสริฐ. การเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ. วารสารบริหารธุรกิจ נדא 1 (พฤศจิกายน 2549): 12-27.

อัชพร จารุจินดา. คู่มือกฎหมายว่าด้วยองค์การมหาชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551. (อัดสำเนา)

M.Philippe Touguet de Beaugard. การมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ และการควบคุมสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัมปทานบริการสาธารณะ. วารสารกฎหมายปกครอง 18 (เมษายน 2542): 22-23.

ภาษาอังกฤษ

Allen, G. The Private Finance Initiative (PFI) [Online]. 2001. Available from: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf> [2010, June 9]

Chapus, R. Droit administrative general Tome 1, 15 edition, Montchrestien, 2001.

Cox, A. Public Procurement in the European Community: Volume 1, THE SINGLE MARKET RULES AND THE ENFORCEMENT REGIME AFTER 1992, Earlsgate Press, 1993.

Delmon, J. Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk, Second Edition, A Co-publication of The World Bank and Kluwer Law International, 2009.

European Economic and Social Committee. Opinion on the Strengthening of the law governing concessions and public/private partnership (PPP) contracts, Brussels, 19 October 2000.

Hemming, R. and staff. Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, International Monetary Fund, 2006.

HM Treasury. Standardisation of PFI Contracts: Version 4, London, March 2007.

HM Treasury. Value for Money Assessment Guidance, London, November 2006.

Kasemsam, T. and Ng, D. Public Private Partnerships: CORPORATE FINANCE, Global Infrastructure and Projects, KPMG, 10 March 2010.

Partnerships UK. HM Treasury Guidance prepared by Partnerships UK: A Guidance Note for Public Sector Bodies forming Joint Venture Companies with The Private Sector, December 2001.

Renda, A., and Schrefler, L. PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: Model and Trends in the European Union [Online]. 2006. Available from: http://www.eurosfairerprd.fr/7pc/doc/1265964211_ppp_briefing_note_en.pdf

SOTO, J. Droit administrative: Théorie Générale du service public, Edition Montchretien, Paris, 1981.

Susangran, C. Public Private Partnership in Thailand: Past Experiences and Future Prospects [Online]. 2007. Available from: http://www.unescap.org/ttdw/ppp/PPP2007/bf_thailand.pdf [2010, June 9]

United Nations. Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnership, Geneva: United Nations, 2008.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก (Appendices)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก (Appendix A)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



เอกสารแนบท้าย Directive 2004/18/EC

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX I

LIST OF THE ACTIVITIES REFERRED TO IN ARTICLE 1(2), POINT (b) ⁽¹⁾

NACE ⁽¹⁾					
CPV code			SECTION F		CONSTRUCTION
Division	Group	Class	Subject	Notes	
45			Construction	This division includes: construction of new buildings and works, restoring and common repairs	45000000
	45.1		Site preparation		45100000
		45.11	Demolition and wrecking of buildings; earth moving	This class includes: — demolition of buildings and other structures — clearing of building sites — earth moving: excavation, landfill, levelling and grading of construction sites, trench digging, rock removal, blasting, etc. — site preparation for mining: — overburden removal and other development and preparation of mineral properties and sites This class also includes: — building site drainage — drainage of agricultural or forestry land	45110000
		45.12	Test drilling and boring	This class includes: — test drilling, test boring and core sampling for construction, geophysical, geological or similar purposes This class excludes: — drilling of production oil or gas wells, see 11.20 — water well drilling, see 45.25 — shaft sinking, see 45.25 — oil and gas field exploration, geophysical, geological and seismic surveying, see 74.20	45120000
	45.2		Building of complete constructions or parts thereof; civil engineering		45200000

⁽¹⁾ In the event of any difference of interpretation between the CPV and the NACE, the NACE nomenclature will apply.

NACE (1)					
CPV code			SECTION F		CONSTRUCTION
Division	Group	Class	Subject	Notes	
		45.21	General construction of buildings and civil engineering works	<p>This class includes:</p> <ul style="list-style-type: none"> construction of all types of buildings construction of civil engineering constructions: bridges, including those for elevated highways, viaducts, tunnels and subways long-distance pipelines, communication and power lines urban pipelines, urban communication and power lines; ancillary urban works assembly and erection of prefabricated constructions on the site <p>This class excludes:</p> <ul style="list-style-type: none"> service activities incidental to oil and gas extraction, see 11.20 erection of complete prefabricated constructions from self-manufactured parts not of concrete, see divisions 20, 26 and 28 construction work, other than buildings, for stadiums, swimming pools, gymnasiums, tennis courts, golf courses and other sports installations, see 45.23 building installation, see 45.3 building completion, see 45.4 architectural and engineering activities, see 74.20 project management for construction, see 74.20 	45210000
		45.22	Erection of roof covering and frames	<p>This class includes:</p> <ul style="list-style-type: none"> erection of roofs roof covering waterproofing 	45220000
		45.23	Construction of highways, roads, airfields and sports facilities	<p>This class includes:</p> <ul style="list-style-type: none"> construction of highways, streets, roads, other vehicular and pedestrian ways construction of railways construction of airfield runways construction work, other than buildings, for stadiums, swimming pools, gymnasiums, tennis courts, golf courses and other sports installations painting of markings on road surfaces and car parks <p>This class excludes:</p> <ul style="list-style-type: none"> preliminary earth moving, see 45.11 	45230000

NACE (1)					
CPV code			SECTION F		CONSTRUCTION
Division	Group	Class	Subject	Notes	
		45.24	Construction of water projects	This class includes: construction of: waterways, harbour and river works, pleasure ports (marinas), locks, etc. dams and dykes dredging subsurface work	45240000
		45.25	Other construction work involving special trades	This class includes: construction activities specialising in one aspect common to different kinds of structures, requiring specialised skill or equipment: construction of foundations, including pile driving water well drilling and construction, shaft sinking erection of non-self-manufactured steel elements steel bending bricklaying and stone setting scaffolds and work platform erecting and dismantling, including renting of scaffolds and work platforms erection of chimneys and industrial ovens This class excludes: renting of scaffolds without erection and dismantling, see 71.32	45250000
	45.3		Building installation		45300000
		45.31	Installation of electrical wiring and fittings	This class includes: installation in buildings or other construction projects of: electrical wiring and fittings telecommunications systems electrical heating systems residential antennas and aerials fire alarms burglar alarm systems lifts and escalators lightning conductors, etc.	45310000

NACE (1)					
CPV code			SECTION F		CONSTRUCTION
Division	Group	Class	Subject	Notes	
		45.32	Insulation work activities	<p>This class includes:</p> <p>installation in buildings or other construction projects of thermal, sound or vibration insulation</p> <p>This class excludes:</p> <p>waterproofing, see 45.22</p>	45320000
		45.33	Plumbing	<p>This class includes:</p> <p>installation in buildings or other construction projects of:</p> <p>plumbing and sanitary equipment</p> <p>gas fittings</p> <p>heating, ventilation, refrigeration or air-conditioning equipment and ducts</p> <p>sprinkler systems</p> <p>This class excludes:</p> <p>installation of electrical heating systems, see 45.31</p>	45330000
		45.34	Other building installation	<p>This class includes:</p> <p>installation of illumination and signalling systems for roads, railways, airports and harbours</p> <p>installation in buildings or other construction projects of fittings and fixtures n.e.c.</p>	45340000
	45.4		Building completion		45400000
		45.41	Plastering	<p>This class includes:</p> <p>application in buildings or other construction projects of interior and exterior plaster or stucco, including related lathing materials</p>	45410000
		45.42	Joinery installation	<p>This class includes:</p> <p>installation of non self-manufactured doors, windows, door and window frames, fitted kitchens, staircases, shop fittings and the like, of wood or other materials</p> <p>interior completion such as ceilings, wooden wall coverings, movable partitions, etc.</p> <p>This class excludes:</p> <p>laying of parquet and other wood floor coverings, see 45.43</p>	45420000

NACE ⁽¹⁾					
CPV code			SECTION F		CONSTRUCTION
Division	Group	Class	Subject	Notes	
		45.43	Floor and wall covering	This class includes: laying, tiling, hanging or fitting in buildings or other construction projects of: ceramic, concrete or cut stone wall or floor tiles parquet and other wood floor coverings carpets and linoleum floor coverings, including of rubber or plastic terrazzo, marble, granite or slate floor or wall coverings wallpaper	45430000
		45.44	Painting and glazing	This class includes: interior and exterior painting of buildings painting of civil engineering structures installation of glass, mirrors, etc This class excludes: installation of windows, see 45.42	45440000
		45.45	Other building completion	This class includes: installation of private swimming pools steam cleaning, sand blasting and similar activities for building exteriors other building completion and finishing work n.e.c. This class excludes: interior cleaning of buildings and other structures, see 74.70	45450000
	45.5		Renting of construction or demolition equipment with operator		45500000
		45.50	Renting of construction or demolition equipment with operator	This class excludes: renting of construction or demolition machinery and equipment without operators, see 71.32	

⁽¹⁾ Council Regulation (EEC) No 3037/90 of 9 October 1990 on the statistical classification of economic activities in the European Community (OJ L 293, 24.10.1990, p. 1). Regulation as amended by Commission Regulation (EEC) No 761/93 of 24 March 1993 (OJ L 83, 3.4.1993, p. 1).

ANNEX II

SERVICES REFERRED TO IN ARTICLE 1(2)(d)

ANNEX II A ⁽¹⁾

Category No	Subject	CPC Reference No ⁽¹⁾	CPV Reference No
1	Maintenance and repair services	6112, 6122, 633, 886	From 50100000 to 50982000 (except for 50310000 to 50324200 and 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Land transport services ⁽²⁾ , including armoured car services, and courier services, except transport of mail	712 (except 71235), 7512, 87304	From 60112000-6 to 60129300-1 (except 60121000 to 60121600, 60122200-1, 60122230-0), and from 64120000-3 to 64121200-2
3	Air transport services of passengers and freight, except transport of mail	73 (except 7321)	From 62100000-3 to 62300000-5 (except 62121000-6, 62221000-7)
4	Transport of mail by land ⁽³⁾ and by air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Telecommunications services	752	From 64200000-8 to 64228200-2, 72318000-7, and from 72530000-9 to 72532000-3
6	Financial services: (a) Insurance services (b) Banking and investment services ⁽⁴⁾	ex 81, 812, 814	From 66100000-1 to 66430000-3 and from 67110000-1 to 67262000-1 ⁽⁴⁾
7	Computer and related services	84	From 50300000-8 to 50324200-4, From 72100000-6 to 72591000-4 (except 72318000-7 and from 72530000-9 to 72532000-3)
8	Research and development services ⁽⁵⁾	85	From 73000000-2 to 73300000-5 (except 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)
9	Accounting, auditing and bookkeeping services	862	From 74121000-3 to 74121250-0
10	Market research and public opinion polling services	864	From 74130000-9 to 74133000-0, and 74423100-1, 74423110-4
11	Management consulting services ⁽⁶⁾ and related services	865, 866	From 73200000-4 to 73220000-0, From 74140000-2 to 74150000-5 (except 74142200-8), and 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0

⁽¹⁾ In the event of any difference of interpretation between the CPV and the CPC, the CPC nomenclature will apply.

Category No	Subject	CPC Reference No ⁽¹⁾	CPV Reference No
12	Architectural services; engineering services and integrated engineering services; urban planning and landscape engineering services; related scientific and technical consulting services; technical testing and analysis services	867	From 74200000-1 to 74276400-8, and from 74310000-5 to 74323100-0, and 74874000-6
13	Advertising services	871	From 74400000-3 to 74422000-3 (except 74420000-9 and 74421000-6)
14	Building-cleaning services and property management services	874, 82201 to 82206	From 70300000-4 to 70340000-6, and from 74710000-9 to 74760000-4
15	Publishing and printing services on a fee or contract basis	88442	From 78000000-7 to 78400000-1
16	Sewage and refuse disposal services; sanitation and similar services	94	From 90100000-8 to 90320000-6, and 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

⁽¹⁾ CPC Nomenclature (provisional version), used to define the scope of Directive 92/50/EEC.

⁽²⁾ Except for rail transport services covered by category 18.

⁽³⁾ Except for rail transport services covered by category 18.

⁽⁴⁾ Except financial services in connection with the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments, and central bank services.

Also excluded: services involving the acquisition or rental, by whatever financial procedures, of land, existing buildings, or other immovable property or concerning rights thereon; nevertheless, financial services supplied at the same time as, before or after the contract of acquisition or rental, in whatever form, shall be subject to this Directive.

⁽⁵⁾ Except research and development services other than those where the benefits accrue exclusively to the contracting authority for its use in the conduct of its own affairs on condition that the service provided is wholly remunerated by the contracting authority.

⁽⁶⁾ Except arbitration and conciliation services.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX II B

Category No	Subject	CPC Reference No	CPV Reference No
17	Hotel and restaurant services	64	From 55000000-0 to 55524000-9, and from 93400000-2 to 93411000-2
18	Rail transport services	711	60111000-9, and from 60121000-2 to 60121600-8
19	Water transport services	72	From 61000000-5 to 61530000-9, and from 63370000-3 to 63372000-7
20	Supporting and auxiliary transport services	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, From 63000000-9 to 63600000-5 (except 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), and 74322000-2, 93610000-7
21	Legal services	861	From 74110000-3 to 74114000-1
22	Personnel placement and supply services ⁽¹⁾	872	From 74500000-4 to 74540000-6 (except 74511000-4), and from 95000000-2 to 95140000-5
23	Investigation and security services, except armoured car services	873 (except 87304)	From 74600000-5 to 74620000-1
24	Education and vocational education services	92	From 80100000-5 to 80430000-7
25	Health and social services	93	74511000-4, and from 85000000-9 to 85323000-9 (except 85321000-5 and 85322000-2)
26	Recreational, cultural and sporting services	96	From 74875000-3 to 74875200-5, and from 92000000-1 to 92622000-7 (except 92230000-2)
27	Other services ⁽²⁾		

⁽¹⁾ Except employment contracts.

⁽²⁾ Except contracts for the acquisition, development, production or co-production of programmes by broadcasting organisations and contracts for broadcasting time.

ANNEX III

LIST OF BODIES AND CATEGORIES OF BODIES GOVERNED BY PUBLIC LAW AS REFERRED TO IN THE SECOND SUBPARAGRAPH OF ARTICLE 1(9)

I — BELGIUM

Bodies

A

- Agence fédérale pour l'Accueil des demandeurs d'Asile — Federaal Agentschap voor Opvang van Asielzoekers
- Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire — Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen
- Agence fédérale de Contrôle nucléaire — Federaal Agentschap voor nucleaire Controle
- Agence wallonne à l'Exportation
- Agence wallonne des Télécommunications
- Agence wallonne pour l'Intégration des Personnes handicapées
- Aquafin
- Arbeitsamt der Deutschsprachigen Gemeinschaft
- Archives générales du Royaume et Archives de l'Etat dans les Provinces — Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de Provinciën Astrid

B

- Banque nationale de Belgique — Nationale Bank van België
- Belgisches Rundfunk- und Fernsehzentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft
- Berlaymont 2000
- Bibliothèque royale Albert I^{er} — Koninklijke Bibliotheek Albert I
- Bruxelles-Propreté — Agence régionale pour la Propreté — Net-Brussel — Gewestelijke Agentschap voor Netheid
- Bureau d'Intervention et de Restitution belge — Belgisch Interventie — en Restitutiebureau
- Bureau fédéral du Plan — Federaal Planbureau

C

- Caisse auxiliaire de Paiement des Allocations de Chômage — Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen
- Caisse auxiliaire d'Assurance Maladie-Invalidité — Hulpkas voor Ziekte — en Invaliditeitsverzekeringen
- Caisse de Secours et de Prévoyance en Faveur des Marins — Hulp — en Voorzorgskas voor Zeevarenden
- Caisse de Soins de Santé de la Société Nationale des Chemins de Fer Belges — Kas der geneeskundige Verzorging van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen
- Caisse nationale des Calamités — Nationale Kas voor Rampenschade
- Caisse spéciale de Compensation pour Allocations familiales en Faveur des Travailleurs occupés dans les Entreprises de Batellerie — Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten Bate van de Arbeiders der Ondernemingen voor Binnenscheepvaart
- Caisse spéciale de Compensation pour Allocations familiales en Faveur des Travailleurs occupés dans les Entreprises de Chargement, Déchargement et Manutention de Marchandises dans les Ports, Débarcadères, Entrepôts et Stations (appelée habituellement «Caisse spéciale de Compensation pour Allocations familiales des Régions maritimes») — Bijzondere Verrekenkas voor Gezinsvergoedingen ten Bate van de Arbeiders gebezigd door Ladings — en Lossingsondernemingen en door de Stuwadoors in de Havens, Losplaatsen, Stapelplaatsen en Stations (gewoonlijk genoemd „Bijzondere Compensatiekas voor Kindertoelagen van de Zeevaartgewesten”)
- Centre d'Etude de l'Energie nucléaire — Studiecentrum voor Kernenergie
- Centre de recherches agronomiques de Gembloux
- Centre hospitalier de Mons

VI — FRANCE

Bodies

- Collège de France
- Conservatoire national des arts et métiers
- Observatoire de Paris
- Institut national d'histoire de l'art (INHA)
- Centre national de la recherche scientifique (CNRS)
- Institut national de la recherche agronomique (INRA)
- Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM)
- Institut de recherche pour le développement (IRD)
- Agence nationale pour l'emploi (ANPE)
- Caisse nationale des allocations familiales (CNAF)
- Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS)
- Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)
- Compagnies et établissements consulaires: chambres de commerce et d'industrie (CCI), chambres des métiers et chambres d'agriculture
- Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONAC)

Categories1. *National public bodies*

- Agences de l'eau (water supply agencies)
- Écoles d'architecture (schools of architecture)
- Universités (universities)
- Instituts universitaires de formation des maîtres (IUFM) (Higher Education Teacher Training Institutes)

2. *Administrative public bodies at regional, departmental and local level*

- collèges (secondary schools)
- lycées (secondary schools)
- établissements publics hospitaliers (public hospitals)
- offices publics d'habitations à loyer modéré (OPHLM) (public offices for low-cost housing)

3. *Groupings of territorial authorities*

- établissements publics de coopération intercommunale (public establishments for cooperation between local authorities)
- institutions interdépartementales et interrégionales (institutions common to more than one Département and interregional institutions)

VII — IRELAND

Bodies

- Enterprise Ireland [Marketing, technology and enterprise development]
- Forfás [Policy and advice for enterprise, trade, science, technology and innovation]
- Industrial Development Authority
- Enterprise Ireland
- FÁS [Industrial and employment training]
- Health and Safety Authority
- Bord Fáilte Éireann [Tourism development]
- CERT [Training in hotel, catering and tourism industries]

XII — PORTUGAL

Categories

- Institutos públicos sem carácter comercial ou industrial (public institutions without commercial or industrial character),
- Serviços públicos personalizados (public services having legal personality)
- Fundações públicas (public foundations),
- Estabelecimentos públicos de ensino, investigação científica e saúde (public institutions for education, scientific research and health),

XIII — FINLAND

Public or publicly controlled bodies and undertakings except those of an industrial or commercial nature.

XIV — SWEDEN

All non-commercial bodies whose public contracts are subject to supervision by the National Board for Public Procurement.

XV — UNITED KINGDOM

Bodies

- Design Council
- Health and Safety Executive
- National Research Development Corporation
- Public Health Laboratory Service Board
- Advisory, Conciliation and Arbitration Service
- Commission for the New Towns
- National Blood Authority
- National Rivers Authority
- Scottish Enterprise
- Scottish Homes
- Welsh Development Agency

Categories

- Maintained schools
- Universities and colleges financed for the most part by other contracting authorities
- National Museums and Galleries
- Research Councils
- Fire Authorities
- National Health Service Strategic Health Authorities
- Police Authorities
- New Town Development Corporations
- Urban Development Corporations

ANNEX IV

CENTRAL GOVERNMENT AUTHORITIES ⁽¹⁾

BELGIUM

— l'Etat	— de Staat	— the State
— les communautés	— de gemeenschappen	— the communities
— les commissions communautaires	— de gemeenschapscommissies	— the community commissions
— les régions	— de gewesten	— the regions
— les provinces	— de provincies	— the provinces
— les communes	— de gemeenten	— the communes
— les centres publics d'aide sociale	— de openbare centra voor maatschappelijk welzijn	— public centres for social assistance
— les fabriques d'églises et les organismes chargés de la gestion du temporel des autres cultes reconnus	— de kerkfabrieken en de instellingen die belast zijn met het beheer van de temporalien van de erkende erediensten	— church councils and organisations responsible for managing the assets of other recognised religious orders
— les sociétés de développement régional	— de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen	— regional development companies
— les polders et wateringues	— de polders en wateringen	— the polders and water boards
— les comités de remembrement des biens ruraux	— de ruilverkavelingscomités	— land-consolidation committees
— les zones de police	— de politiezones	— police zones
— les associations formées par plusieurs des pouvoirs adjudicateurs ci-dessus.	— de verenigingen gevormd door een of meerdere aanbestedende overheden hierboven.	— associations formed by several of the above awarding authorities.

DENMARK

1. Folketinget — The Danish Parliament	Rigsrevisionen — The National Audit Office
2. Statsministeriet — The Prime Minister's Office	
3. Udenrigsministeriet — Ministry of Foreign Affairs	
4. Beskæftigelsesministeriet — Ministry of Employment	5 styrelser og institutioner — 5 agencies and institutions
5. Domstolsstyrelsen — The Court Administration	
6. Finansministeriet — Ministry of Finance	5 styrelser og institutioner — 5 agencies and institutions
7. Forsvarsministeriet — Ministry of Defence	Adskillige institutioner — Several institutions
8. Indenrigs- og Sundhedsministeriet — Ministry of the Interior and Health	Adskillige styrelser og institutioner, herunder Statens Serum Institut — Several agencies and institutions, including Statens Serum Institut
9. Justitsministeriet — Ministry of Justice	Rigspolitichefen, 2 direktorater samt et antal styrelser — Commissioner of Police, 2 directorates and a number of agencies
10. Kirkeministeriet — Ministry of Ecclesiastical Affairs	10 stiftsøvrigheder — 10 diocesan authorities
11. Kulturministeriet — Ministry of Culture	Departement samt et antal statsinstitutioner — A department and a number of institutions
12. Miljøministeriet — Ministry of the Environment	6 styrelser — 6 agencies

⁽¹⁾ For the purposes of this Directive 'central government authorities' means the authorities that are listed by way of indication in this Annex and, insofar as corrections or amendments have been made at national level, their successor entities.

46. Γενικό Επιτελείο Στρατού ⁽¹⁾	Army General Staff
47. Γενικό Επιτελείο Ναυτικού ⁽¹⁾	Navy General Staff
48. Γενικό Επιτελείο Αεροπορίας ⁽¹⁾	Airforce General Staff
49. Ελληνική Επιτροπή Ατομικής Ενέργειας	Greek Atomic Energy Commission
50. Γενική Γραμματεία Εκπαίδευσης Ενηλίκων	General Secretariat for Further Education

⁽¹⁾ Non-warlike materials covered by Annex V.

SPAIN

Presidencia del Gobierno	Office of the Prime Minister
Ministerio de Asuntos Exteriores	Ministry of Foreign Affairs
Ministerio de Justicia	Ministry of Justice
Ministerio de Defensa	Ministry of Defence
Ministerio de Hacienda	Ministry of Finance
Ministerio de Interior	Ministry of the Interior
Ministerio de Fomento	Ministry of Internal Development
Ministerio de Educación, Cultura y Deportes	Ministry of Education, Culture and Sport
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales	Ministry of Labour and Social Affairs
Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación	Ministry of Agriculture, Fisheries and Food
Ministerio de la Presidencia	Ministry of the Office of the Prime Minister
Ministerio de Administraciones Públicas	Ministry of Public Administration
Ministerio de Sanidad y Consumo	Ministry of Health and Consumer Affairs
Ministerio de Economía	Ministry of Economic Affairs
Ministerio de Medio Ambiente	Ministry of the Environment
Ministerio de Ciencia y Tecnología	Ministry of Science and Technology

FRANCE

1. Ministries

— Services du Premier ministre	— Office of the Prime Minister
— Ministère des affaires étrangères	— Ministry of Foreign Affairs
— Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité	— Ministry of Social Affairs, Labour and Solidarity
— Ministère de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales	— Ministry of Agriculture, Food, Fisheries and Rural Affairs
— Ministère de la culture et de la communication	— Ministry of Culture and Communication
— Ministère de la défense ⁽¹⁾	— Ministry of Defence
— Ministère de l'écologie et du développement durable	— Ministry of Ecology and Sustainable Development
— Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie	— Ministry of Economic Affairs, Finance and Industry

— Ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer	— Ministry of Infrastructure, Transport, Housing, Tourism and the Sea
— Ministère de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de l'aménagement du territoire	— Ministry of the Civil Service, State Reform and Regional Planning
— Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales	— Ministry of the Interior, Internal Security and Local Freedoms
— Ministère de la justice	— Ministry of Justice
— Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche	— Ministry of Youth, Education and Research
— Ministère de l'outre-mer	— Ministry of Overseas Territories
— Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées	— Ministry of Health, the Family and Disabled Persons
— Ministère des sports	— Ministry of Sport

(¹) Non-warlike materials.

2. National public establishments

— Académie de France à Rome	— Academy of France in Rome
— Académie de marine	— Naval Academy
— Académie des sciences d'outre-mer	— Overseas Academy of Sciences
— Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)	— Central Agency for Social Security Bodies
— Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT)	— National Agency for the Improvement of Working Conditions
— Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat (ANAH)	— National Agency for the Improvement of the Habitat
— Agence nationale pour l'indemnisation des français d'outre-mer (ANIFOM)	— National Agency for Compensation of French Overseas Nationals
— Assemblée permanente des chambres d'agriculture (APCA)	— Permanent Assembly of the Regional Chambers of Agriculture
— Bibliothèque nationale de France	— National Library of France
— Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg	— National and University Library of Strasbourg
— Bibliothèque publique d'information	— Public Information Library
— Caisse des dépôts et consignations	— Deposits and Consignments Fund
— Caisse nationale des autoroutes (CNA)	— National Highways Fund
— Caisse nationale militaire de sécurité sociale (CNMSS)	— National Social Security Fund for the Military
— Centre des monuments nationaux (CMN)	— National Monuments Centre
— Caisse de garantie du logement locatif social	— Social Housing Guarantee Fund
— Casa de Velasquez	— Casa de Velázquez
— Centre d'enseignement zootechnique	— Centre for Zootechnical Studies
— Centre d'études du milieu et de pédagogie appliquée du ministère de l'agriculture	— Ministry of Agriculture's Centre for Environmental Studies and Applied Teaching
— Centre d'études supérieures de sécurité sociale	— Centre for Higher Social Security Studies

— Centres de formation professionnelle agricole	— Agricultural Training Centres
— Centre national d'art et de culture Georges Pompidou	— Georges Pompidou National Centre of Art and Culture
— Centre national de la cinématographie	— National Cinematography Centre
— Centre national d'études et de formation pour l'enfance inadaptée	— National Study and Training Centre for Professionals working with Children with Adaptation Difficulties
— Centre national d'études et d'expérimentation du machinisme agricole, du génie rural, des eaux et des forêts (CEMAGREF)	— National Institute for Agricultural and Environmental Engineering
— Centre national des lettres	— National Literary Arts Centre
— Centre national de documentation pédagogique	— National Teaching Documentation Centre
— Centre national des oeuvres universitaires et scolaires (CNOUS)	— National Centre for Assistance to School and University Students
— Centre hospitalier des Quinze-Vingts	— Quinze-Vingts Hospital
— Centre national de promotion rurale de Marmilhat	— Marmilhat National Rural Development Centre
— Centres d'éducation populaire et de sport (CREPS)	— Adult Education and Sports Centres
— Centres régionaux des œuvres universitaires (CROUS)	— Regional Centres for Assistance to University Students
— Centres régionaux de la propriété forestière	— Regional Forest Property Centres
— Centre de sécurité sociale des travailleurs migrants	— Social Security Centre for Migrant Workers
— Commission des opérations de bourse	— Stock Exchange Operations Commission
— Conseil supérieur de la pêche	— Fisheries Council
— Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres	— Coast and Lakeshore Conservation Agency
— Conservatoire national supérieur de musique de Paris	— Paris Higher National Music Conservatoire
— Conservatoire national supérieur de musique de Lyon	— Lyon Higher National Music Conservatoire
— Conservatoire national supérieur d'art dramatique	— National Drama School
— École centrale — Lyon	— National College of Engineering and Research, Lyon
— École centrale des arts et manufactures	— National College of Engineering and Science, Paris
— Ecole du Louvre	— Ecole du Louvre Art
— École française d'archéologie d'Athènes	— French School of Archaeology in Athens
— École française d'Extrême-Orient	— French School of Far East Studies
— École française de Rome	— French School in Rome
— École des hautes études en sciences sociales	— College of Advanced Studies in Social Sciences
— École nationale d'administration	— National Public Administration College
— École nationale de l'aviation civile (ENAC)	— National Civil Aviation College
— École nationale des Chartes	— Chartres National College
— École nationale d'équitation	— National Equitation College
— École nationale du génie rural des eaux et des forêts (ENGREF)	— National College of Rural, Water and Forestry Engineering

— Écoles nationales d'ingénieurs	— National Engineering Colleges
— École nationale d'ingénieurs des techniques des industries agricoles et alimentaires	— National College for Agro-Food Industry Engineers
— Écoles nationales d'ingénieurs des travaux agricoles	— National College of Agricultural Engineers
— École nationale du génie de l'eau et de l'environnement de Strasbourg	— Strasbourg National College of Water and Environmental Engineering
— École nationale de la magistrature	— National College for the Judiciary
— Écoles nationales de la marine marchande	— National Merchant Navy Colleges
— École nationale de la santé publique (ENSP)	— National Public Health College
— École nationale de ski et d'alpinisme	— National Skiing and Mountaineering College
— École nationale supérieure agronomique — Montpellier	— Montpellier National Higher College of Agronomy
— École nationale supérieure agronomique — Rennes	— National Higher College of Agronomy, Rennes
— École nationale supérieure des arts décoratifs	— National Higher College of the Decorative Arts
— École nationale supérieure des arts et industries — Strasbourg	— National Higher College of Arts and Industries, Strasbourg
— École nationale supérieure des arts et industries textiles — Roubaix	— National Higher College of Arts and Textile Industries, Roubaix
— Écoles nationales supérieures d'arts et métiers	— National Higher Colleges of Engineering
— École nationale supérieure des beaux-arts	— National Higher College of Fine Arts
— École nationale supérieure des bibliothécaires	— National Higher College for Librarians
— École nationale supérieure de céramique industrielle	— National Higher College of Industrial Ceramics
— École nationale supérieure de l'électronique et de ses applications (ENSEA)	— National Higher College of Electronics and Electrical Engineering
— École nationale supérieure des industries agricoles alimentaires	— National Higher College for the Agri-Food Industries
— École nationale supérieure du paysage	— National Higher College of Landscape Design
— Écoles nationales vétérinaires	— National Colleges of Veterinary Medicine
— École nationale de voile	— National Sailing College
— Écoles normales nationales d'apprentissage	— National Teacher Training Colleges
— Écoles normales supérieures	— Higher Teacher Training Colleges
— École polytechnique	— Polytechnical College
— École technique professionnelle agricole et forestière de Meymac (Corrèze)	— Meymac Agricultural and Forestry Training College (Corrèze)
— École de sylviculture — Crogny (Aube)	— Crogny Forestry College (Aube)
— École de viticulture et d'oenologie de la Tour-Blanche (Gironde)	— Tour Blanche College of Viticulture and Oenology (Gironde)
— École de viticulture — Avize (Marne)	— Avize Viticulture College (Marne)
— Hôpital national de Saint-Maurice	— Saint-Maurice National Hospital
— Établissement national des invalides de la marine (ENIM)	— National Social Security Institute for Disabled Sea Workers

— Établissement national de bienfaisance Koenigswarter	— Koenigswarter National Charitable Organisation
— Établissement de maîtrise d'ouvrage des travaux culturels (EMOC)	— Corporation for Supervision of Work on State-Owned Buildings of Cultural or Educational Interest
— Établissement public du musée et du domaine national de Versailles	— Public Corporation for the Museum and National Domain of Versailles
— Fondation Carnegie	— Carnegie Foundation
— Fondation Singer-Polignac	— Singer-Polignac Foundation
— Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations	— Action and Support Fund for Integration and the Fight against Discrimination
— Institut de l'élevage et de médecine vétérinaire des pays tropicaux (IEMVPT)	— Institute for Stockfarming and Veterinary Medicine in Tropical Countries
— Institut français d'archéologie orientale du Caire	— French Eastern Archaeology Institute in Cairo
— Institut français de l'environnement	— French Environmental Institute
— Institut géographique national	— National Geographical Institute
— Institut industriel du Nord	— Industrial Institute of the Nord Region
— Institut national agronomique de Paris-Grignon	— Paris-Grignon National Agronomics Institute,
— Institut national des appellations d'origine (INAO)	— National Institute for Designations of Origin
— Institut national d'astronomie et de géophysique (INAG)	— National Astronomy and Geophysics Institute
— Institut national de la consommation (INC)	— National Consumption Institute
— Institut national d'éducation populaire (INEP)	— National Adult Education Institute
— Institut national d'études démographiques (INED)	— National Institute of Demographic Studies
— Institut national des jeunes aveugles — Paris	— National Institute for Young Blind People, Paris
— Institut national des jeunes sourds — Bordeaux	— National Institute for Young Deaf People, Bordeaux
— Institut national des jeunes sourds — Chambéry	— National Institute for Young Deaf People, Chambéry
— Institut national des jeunes sourds — Metz	— National Institute for Young Deaf People, Metz
— Institut national des jeunes sourds — Paris	— National Institute for Young Deaf People, Paris
— Institut national du patrimoine	— French National Heritage Institute
— Institut national de physique nucléaire et de physique des particules (I.N2.P3)	— National Institute of Nuclear Physics and Particle Physics
— Institut national de la propriété industrielle	— National Intellectual Property Institute
— Institut national de recherches archéologiques préventives	— National Institute for Preventive Archaeological Research
— Institut national de recherche pédagogique (INRP)	— National Institute for Educational Research
— Institut national des sports et de l'éducation physique	— National Institute for Sport and Physical Education
— Instituts nationaux polytechniques	— National Polytechnical Colleges
— Instituts nationaux des sciences appliquées	— National Institutes of Applied Sciences
— Institut national supérieur de chimie industrielle de Rouen	— Rouen Higher National Institute of Industrial Chemistry

— Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA)	— National Institute for Computer Science and Control Research
— Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité (INRETS)	— National Institute for Transport and Safety Research
— Instituts régionaux d'administration	— Regional Public Administration Colleges
— Institut supérieur des matériaux et de la construction mécanique de Saint-Ouen	— Saint-Ouen Higher Institute of Materials and Mechanical Construction
— Musée Auguste-Rodin	— Auguste-Rodin Museum
— Musée de l'armée	— Military Museum
— Musée Gustave-Moreau	— Gustave-Moreau Museum
— Musée du Louvre	— Louvre Museum
— Musée du quai Branly	— Quai Branly Museum
— Musée national de la marine	— Naval Museum
— Musée national J.-J.-Henner	— National J.J. Henner Museum
— Musée national de la Légion d'honneur	— National Museum of the Legion of Honour
— Muséum national d'histoire naturelle	— National Natural History Museum
— Office de coopération et d'accueil universitaire	— University Cooperation and Reception Office
— Office français de protection des réfugiés et apatrides	— French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons
— Office national de la chasse et de la faune sauvage	— National Office for Hunting and Wild Fauna
— Office national d'information sur les enseignements et les professions (ONISEP)	— National Office for Information on Higher Education and Careers
— Office des migrations internationales (OMI)	— International Migration Office
— Office universitaire et culturel français pour l'Algérie	— French University and Cultural Office for Algeria
— Palais de la découverte	— Discovery Museum
— Parcs nationaux	— National Parks
— Syndicat des transports parisiens d'Ile-de-France	— Ile-de-France and Paris Transport Authority
— Thermes nationaux — Aix-les-Bains	— National Thermal Baths at Aix-les-Bains

3. Autre organisme public national — Other national public body

— Union des groupements d'achats publics (UGAP)	— Public Procurement Department
---	---------------------------------

IRELAND

President's Establishment

Houses of the Oireachtas [Parliament] and European Parliament

Department of the Taoiseach [Prime Minister]

Central Statistics Office

Å

Åklagarmyndigheterna Regional Public Prosecution Offices (6)

Åsbackaskolan Åsbacka School

Ö

Örebro universitet Örebro University

Östervångsskolan Östervång School

Överbefälhavaren Supreme Commander of the Armed Forces

Överstyrelsen för civil beredskap Swedish Agency for Civil Emergency Planning

UNITED KINGDOM

— Cabinet Office

Civil Service College

Office of the Parliamentary Counsel

— Central Office of Information

— Charity Commission

— Crown Prosecution Service

— Crown Estate Commissioners (Vote Expenditure Only)

— HM Customs and Excise

— Department for Culture, Media and Sport

British Library

British Museum

Historic Buildings and Monuments Commission for England (English Heritage)

Imperial War Museum

Museums and Galleries Commission

National Gallery

National Maritime Museum

National Portrait Gallery

Natural History Museum

Royal Commission on Historical Manuscripts

Royal Commission on Historical Monuments of England

Royal Fine Art Commission (England)

Science Museum

Tate Gallery

Victoria and Albert Museum

Wallace Collection

- Department for Education and Skills
 - Higher Education Funding Council for England
- Department for Environment, Food and Rural Affairs
 - Agricultural Dwelling House Advisory Committees
 - Agricultural Land Tribunals
 - Agricultural Wages Board and Committees
 - Cattle Breeding Centre
 - Countryside Agency
 - Plant Variety Rights Office
 - Royal Botanic Gardens, Kew
 - Royal Commission on Environmental Pollution
- Department of Health
 - Central Council for Education and Training in Social Work
 - Dental Practice Board
 - National Board for Nursing, Midwifery and Health Visiting for England
 - National Health Service Strategic Health Authorities and Trusts
 - Prescription Pricing Authority
 - Public Health Service Laboratory Board
 - UK Central Council for Nursing, Midwifery and Health Visiting
- Department for International Development
- Department for National Savings
- Department for Transport
 - Maritime and Coastguard Agency
- Department for Work and Pensions
 - Disability Living Allowance Advisory Board
 - Independent Tribunal Service
 - Medical Boards and Examining Medical Officers (War Pensions)
 - Occupational Pensions Regulatory Authority
 - Regional Medical Service
 - Social Security Advisory Committee
- Department of the Procurator General and Treasury Solicitor
 - Legal Secretariat to the Law Officers

- Department of Trade and Industry
 - Central Transport Consultative Committees
 - Competition Commission
 - Electricity Committees
 - Employment Appeal Tribunal
 - Employment Tribunals
 - Gas Consumers' Council
 - National Weights and Measures Laboratory
 - Office of Manpower Economics
 - Patent Office
- Export Credits Guarantee Department
- Foreign and Commonwealth Office
 - Wilton Park Conference Centre
- Government Actuary's Department
- Government Communications Headquarters
- Home Office
 - Boundary Commission for England
 - Gaming Board for Great Britain
 - Inspectors of Constabulary
 - Parole Board and Local Review Committees
- House of Commons
- House of Lords
- Inland Revenue, Board of
- Lord Chancellor's Department
 - Circuit Offices and Crown, County and Combined Courts (England and Wales)
 - Combined Tax Tribunal
 - Council on Tribunals
 - Court of Appeal — Criminal
 - Immigration Appellate Authorities
 - Immigration Adjudicators
 - Immigration Appeals Tribunal
 - Lands Tribunal
 - Law Commission
 - Legal Aid Fund (England and Wales)
 - Office of the Social Security Commissioners
 - Pensions Appeal Tribunals

- Public Trust Office
- Supreme Court Group (England and Wales)
- Transport Tribunal
- Ministry of Defence
 - Meteorological Office
 - Defence Procurement Agency
- National Assembly for Wales
 - Higher Education Funding Council for Wales
 - Local Government Boundary Commission for Wales
 - Royal Commission for Ancient and Historical Monuments in Wales
 - Valuation Tribunals (Wales)
 - Welsh National Health Service Authorities and Trusts
 - Welsh Rent Assessment Panels
 - Welsh National Board for Nursing, Midwifery and Health Visiting
- National Audit Office
- National Investment and Loans Office
- Northern Ireland Assembly Commission
- Northern Ireland Court Service
 - Coroners Courts
 - County Courts
 - Court of Appeal and High Court of Justice in Northern Ireland
 - Crown Court
 - Enforcement of Judgements Office
 - Legal Aid Fund
 - Magistrates Courts
 - Pensions Appeals Tribunals
- Northern Ireland, Department for Employment and Learning
- Northern Ireland, Department for Regional Development
- Northern Ireland, Department for Social Development
- Northern Ireland, Department of Agriculture and Rural Development
- Northern Ireland, Department of Culture, Arts and Leisure
- Northern Ireland, Department of Education
- Northern Ireland, Department of Enterprise, Trade and Investment
- Northern Ireland, Department of the Environment
- Northern Ireland, Department of Finance and Personnel
- Northern Ireland, Department of Health, Social Services and Public Safety
- Northern Ireland, Department of Higher and Further Education, Training and Employment
- Northern Ireland, Office of the First Minister and Deputy First Minister

- Northern Ireland Office
 - Crown Solicitor's Office
 - Department of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland
 - Forensic Science Agency of Northern Ireland
 - Office of Chief Electoral Officer for Northern Ireland
 - Police Service of Northern Ireland
 - Probation Board for Northern Ireland
 - State Pathologist Service
- Office of Fair Trading
- Office for National Statistics
 - National Health Service Central Register
 - Office of the Parliamentary Commissioner for Administration and Health Service Commissioners
- Office of the Deputy Prime Minister
 - Rent Assessment Panels
- Paymaster General's Office
- Postal Business of the Post Office
- Privy Council Office
- Public Record Office
- Royal Commission on Historical Manuscripts
- Royal Hospital, Chelsea
- Royal Mint
- Rural Payments Agency
- Scotland, Auditor-General
- Scotland, Crown Office and Procurator Fiscal Service
- Scotland, General Register Office
- Scotland, Queen's and Lord Treasurer's Remembrancer
- Scotland, Registers of Scotland
- The Scotland Office
- The Scottish Executive Corporate Services
- The Scottish Executive Education Department
 - National Galleries of Scotland
 - National Library of Scotland
 - National Museums of Scotland
 - Scottish Higher Education Funding Council
- The Scottish Executive Development Department
- The Scottish Executive Enterprise and Lifelong Learning Department
- The Scottish Executive Finance
- The Scottish Executive Health Department
 - Local Health Councils
 - National Board for Nursing, Midwifery and Health Visiting for Scotland

- Scottish Council for Postgraduate Medical Education
 Scottish National Health Service Authorities and Trusts
- The Scottish Executive Justice Department
 Accountant of Court's Office
 High Court of Justiciary
 Court of Session
 HM Inspectorate of Constabulary
 Lands Tribunal for Scotland
 Parole Board for Scotland and Local Review Committees
 Pensions Appeal Tribunals
 Scottish Land Court
 Scottish Law Commission
 Sheriff Courts
 Scottish Criminal Record Office
 Scottish Crime Squad
 Scottish Fire Service Training Squad
 Scottish Police College
 Social Security Commissioners' Office
- The Scottish Executive Rural Affairs Department
 Crofters Commission
 Red Deer Commission
 Rent Assessment Panel and Committees
 Royal Botanic Garden, Edinburgh
 Royal Commission on the Ancient and Historical Monuments of Scotland
 Royal Fine Art Commission for Scotland
- The Scottish Executive Secretariat
- The Scottish Parliamentary Body Corporate
- Scottish Record Office
- HM Treasury
- Office of Government Commerce
- The Wales Office (Office of the Secretary of State for Wales)

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX V

LIST OF PRODUCTS REFERRED TO IN ARTICLE 7 WITH REGARD TO CONTRACTS AWARDED BY CONTRACTING AUTHORITIES IN THE FIELD OF DEFENCE ⁽¹⁾

- Chapter 25: Salt, sulphur, earths and stone, plastering materials, lime and cement
- Chapter 26: Metallic ores, slag and ash
- Chapter 27: Mineral fuels, mineral oils and products of their distillation, bituminous substances, mineral waxes
except:
ex 27.10: special engine fuels
- Chapter 28: Inorganic chemicals, organic and inorganic compounds of precious metals, of rare-earth metals, of radioactive elements and of isotopes
except:
ex 28.09: explosives
ex 28.13: explosives
ex 28.14: tear gas
ex 28.28: explosives
ex 28.32: explosives
ex 28.39: explosives
ex 28.50: toxic products
ex 28.51: toxic products
ex 28.54: explosives
- Chapter 29: Organic chemicals
except:
ex 29.03: explosives
ex 29.04: explosives
ex 29.07: explosives
ex 29.08: explosives
ex 29.11: explosives
ex 29.12: explosives
ex 29.13: toxic products
ex 29.14: toxic products
ex 29.15: toxic products
ex 29.21: toxic products
ex 29.22: toxic products
ex 29.23: toxic products
ex 29.26: explosives
ex 29.27: toxic products
ex 29.29: explosives

⁽¹⁾ The only text applicable for the purpose of this Directive is that within Annex 1, point 3 of the Agreement.

- Chapter 30: Pharmaceutical products
- Chapter 31: Fertilisers
- Chapter 32: Tanning and dyeing extracts, tannings and their derivatives, dyes, colours, paints and varnishes, putty, fillers and stoppings, inks
- Chapter 33: Essential oils and resinoids, perfumery, cosmetic or toilet preparations
- Chapter 34: Soap, organic surface-active agents, washing preparations, lubricating preparations, artificial waxes, prepared waxes, polishing and scouring preparations, candles and similar articles, modelling pastes and 'dental waxes'
- Chapter 35: Albuminoidal substances, glues, enzymes
- Chapter 37: Photographic and cinematographic goods
- Chapter 38: Miscellaneous chemical products,
except:
ex 38.19: toxic products
- Chapter 39: Artificial resins and plastic materials, celluloses esters and ethers, articles thereof,
except:
ex 39.03: explosives
- Chapter 40: Rubber, synthetic rubber, factice, and articles thereof,
except:
ex 40.11: bullet-proof tyres
- Chapter 41: Raw hides and skins (other than furskins) and leather
- Chapter 42: Articles of leather, saddlery and harness, travel goods, handbags and similar containers, articles of animal gut (other than silk-worm gut)
- Chapter 43: Furskins and artificial fur, manufactures thereof
- Chapter 44: Wood and articles of wood, wood charcoal
- Chapter 45: Cork and articles of cork
- Chapter 46: Manufactures of straw of esparto and of other plaiting materials, basketware and wickerwork
- Chapter 47: Paper-making material
- Chapter 48: Paper and paperboard, articles of paper pulp, of paper or of paperboard
- Chapter 49: Printed books, newspapers, pictures and other products of the printing industry, manuscripts, type-scripts and plans
- Chapter 65: Headgear and parts thereof
- Chapter 66: Umbrellas, sunshades, walking-sticks, whips, riding-crops and parts thereof
- Chapter 67: Prepared feathers and down and articles made of feathers or of down, artificial flowers, articles of human hair
- Chapter 68: Articles of stone, of plaster, of cement, of asbestos, of mica and of similar materials
- Chapter 69: Ceramic products
- Chapter 70: Glass and glassware

- Chapter 71: Pearls, precious and semi-precious stones, precious metals, rolled precious metals, and articles thereof; imitation jewellery
- Chapter 73: Iron and steel and articles thereof
- Chapter 74: Copper and articles thereof
- Chapter 75: Nickel and articles thereof
- Chapter 76: Aluminium and articles thereof
- Chapter 77: Magnesium and beryllium and articles thereof
- Chapter 78: Lead and articles thereof
- Chapter 79: Zinc and articles thereof
- Chapter 80: Tin and articles thereof
- Chapter 81: Other base metals employed in metallurgy and articles thereof
- Chapter 82: Tools, implements, cutlery, spoons and forks, of base metal, parts thereof, except:
ex 82.05: tools
ex 82.07: tools, parts
- Chapter 83: Miscellaneous articles of base metal
- Chapter 84: Boilers, machinery and mechanical appliances, parts thereof, except:
ex 84.06: engines
ex 84.08: other engines
ex 84.45: machinery
ex 84.53: automatic data-processing machines
ex 84.55: parts of machines under heading No 84.53
ex 84.59: nuclear reactors
- Chapter 85: Electrical machinery and equipment, parts thereof, except:
ex 85.13: telecommunication equipment
ex 85.15: transmission apparatus
- Chapter 86: Railway and tramway locomotives, rolling-stock and parts thereof, railway and tramway tracks fixtures and fittings, traffic signalling equipment of all kinds (not electrically powered), except:
ex 86.02: armoured locomotives, electric
ex 86.03: other armoured locomotives
ex 86.05: armoured wagons
ex 86.06: repair wagons
ex 86.07: wagons

- Chapter 87: Vehicles, other than railway or tramway rolling-stock, and parts thereof,
except:
ex 87.08: tanks and other armoured vehicles
ex 87.01: tractors
ex 87.02: military vehicles
ex 87.03: breakdown lorries
ex 87.09: motorcycles
ex 87.14: trailers
- Chapter 89: Ships, boats and floating structures,
except:
ex 89.01A: warships
- Chapter 90: Optical, photographic, cinematographic, measuring, checking, precision, medical and surgical instruments and apparatus, parts thereof,
except:
ex 90.05: binoculars
ex 90.13: miscellaneous instruments, lasers
ex 90.14: telemeters
ex 90.28: electrical and electronic measuring instruments
ex 90.11: microscopes
ex 90.17: medical instruments
ex 90.18: mechano-therapy appliances
ex 90.19: orthopaedic appliances
ex 90.20: X-ray apparatus
- Chapter 91: Manufacture of watches and clocks
- Chapter 92: Musical instruments, sound recorders or reproducers, television image and sound recorders or reproducers, parts and accessories of such articles
- Chapter 94: Furniture and parts thereof, bedding, mattresses, mattress supports, cushions and similar stuffed furnishings,
except:
ex 94.01A: aircraft seats
- Chapter 95: Articles and manufactures of carving or moulding material
- Chapter 96: Brooms, brushes, powder-puffs and sieves
- Chapter 98: Miscellaneous manufactured articles
-

ANNEX VI

DEFINITION OF CERTAIN TECHNICAL SPECIFICATIONS

For the purposes of this Directive:

1. (a) 'technical specification', in the case of public works contracts, means the totality of the technical prescriptions contained in particular in the tender documents, defining the characteristics required of a material, product or supply, which permits a material, a product or a supply to be described in a manner such that it fulfils the use for which it is intended by the contracting authority. These characteristics shall include levels of environmental performance, design for all requirements (including accessibility for disabled persons) and conformity assessment, performance, safety or dimensions, including the procedures concerning quality assurance, terminology, symbols, testing and test methods, packaging, marking and labelling and production processes and methods. They shall also include rules relating to design and costing, the test, inspection and acceptance conditions for works and methods or techniques of construction and all other technical conditions which the contracting authority is in a position to prescribe, under general or specific regulations, in relation to the finished works and to the materials or parts which they involve;
- (b) 'technical specification', in the case of public supply or service contracts, means a specification in a document defining the required characteristics of a product or a service, such as quality levels, environmental performance levels, design for all requirements (including accessibility for disabled persons) and conformity assessment, performance, use of the product, safety or dimensions, including requirements relevant to the product as regards the name under which the product is sold, terminology, symbols, testing and test methods, packaging, marking and labelling, user instructions, production processes and methods and conformity assessment procedures;
2. 'standard' means a technical specification approved by a recognised standardising body for repeated or continuous application, compliance with which is not compulsory and which falls into one of the following categories:
 - international standard: a standard adapted by an international standards organisation and made available to the general public,
 - European standard: a standard adopted by a European standards organisation and made available to the general public,
 - national standard: a standard adopted by a national standards organisation and made available to the general public;
3. 'European technical approval' means a favourable technical assessment of the fitness for use of a product for a particular purpose, based on the fulfilment of the essential requirements for building works, by means of the inherent characteristics of the product and the defined conditions of application and use. European technical approvals are issued by an approval body designated for this purpose by the Member State;
4. 'Common technical specification' means a technical specification laid down in accordance with a procedure recognised by the Member States which has been published in the *Official Journal of the European Union*;
5. 'technical reference': any product produced by European standardisation bodies, other than official standards, according to procedures adopted for the development of market needs.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX VII

INFORMATION TO BE INCLUDED IN NOTICES

ANNEX VII A

INFORMATION WHICH MUST BE INCLUDED IN PUBLIC CONTRACT NOTICES

NOTICE OF THE PUBLICATION OF A PRIOR INFORMATION NOTICE ON A BUYER PROFILE

1. Country of the contracting authority
2. Name of the contracting authority
3. Internet address of the 'buyer profile' (URL)
4. CPV Nomenclature reference No(s)

PRIOR INFORMATION NOTICE

1. The name, address, fax number and email address of the contracting authority and, if different, of the service from which additional information may be obtained and, in the case of services and works contracts, of the services, e.g. the relevant governmental internet site, from which information can be obtained concerning the general regulatory framework for taxes, environmental protection, employment protection and working conditions applicable in the place where the contract is to be performed.
2. Where appropriate, indicate whether the public contract is restricted to sheltered workshops, or whether its execution is restricted to the framework of protected job programmes.
3. In the case of public works contracts: the nature and extent of the works and the place of execution; if the work is to be subdivided into several lots, the essential characteristics of those lots by reference to the work; if available, an estimate of the range of the cost of the proposed works; Nomenclature reference No(s).

In the case of public supply contracts: the nature and quantity or value of the products to be supplied, Nomenclature reference No(s).

In the case of public services contracts: the total value of the proposed purchases in each of the service categories in Annex II A; Nomenclature reference No(s).

4. Estimated date for initiating the award procedures in respect of the contract or contracts, in the case of public service contracts by category.
5. Where appropriate, indicate whether a framework agreement is involved.
6. Where appropriate, other information.
7. Date of dispatch of the notice or of dispatch of the notice of the publication of the prior information notice on the buyer profile.
8. Indicate whether the contract is covered by the Agreement.

CONTRACT NOTICES

Open and restricted procedures, competitive dialogues, procedures, negotiated procedures:

1. Name, address, telephone and fax number, email address of the contracting authority.
2. Where appropriate, indicate whether the public contract is restricted to sheltered workshops, or whether its execution is restricted to the framework of protected job programmes.
3. (a) The award procedure chosen;
(b) Where appropriate, the reasons for use of the accelerated procedure (in restricted and negotiated procedures);
(c) Where appropriate, indicate whether a framework agreement is involved;

- (d) Where appropriate, indicate whether a dynamic purchasing system is involved;
- (e) Where appropriate, the holding of an electronic auction (in the event of open, restricted or negotiated procedures, in the situation covered by Article 30(1)(a)).
4. Form of the contract.
5. Place of execution/performance of the works, for delivery of products or of the provision of services.
6. (a) Public works contracts:
- nature and extent of the works and general nature of the work. Indication in particular of options concerning supplementary works, and, if known, the provisional timetable for recourse to these options as well as the number of possible renewals, if any. If the work or the contract is subdivided into several lots, the size of the different lots; Nomenclature reference number(s),
 - information concerning the purpose of the work or the contract where the latter also involves the drawing up of projects,
 - in the event of a framework agreement, indication also of the planned duration of the framework agreement, the estimated total value of the works for the entire duration of the framework agreement and, as far as possible, the value and the frequency of the contracts to be awarded.
- (b) Public supply contracts:
- nature of the products to be supplied, indicating in particular whether tenders are requested with a view to purchase, lease rental, hire or hire purchase or a combination of these, nomenclature reference number. Quantity of products to be supplied, indicating in particular options concerning supplementary purchases and, if known, the provisional timetable for recourse to these options as well as the number of renewals, if any. Nomenclature reference number(s),
 - in the case of regular or renewable contracts during the course of a given period, indicate also, if known, the timetable for subsequent contracts for purchase of intended supplies,
 - in the event of a framework agreement, indication also of the planned duration of the framework agreement, the estimated total value of the supplies for the entire duration of the framework agreement and, as far as possible, the value and the frequency of the contracts to be awarded.
- (c) Public service contracts:
- category and description of service. Nomenclature reference number(s). Quantity of services to be provided. Indicate in particular options concerning supplementary purchases and, if known, the provisional timetable for recourse to these options as well as the number of renewals, if any. In the case of renewable contracts over a given period, an estimate of the time frame, if known, for subsequent public contracts for purchase of intended services,
 - in the event of a framework agreement, indication also of the planned duration of the framework agreement, the estimated total value of the services for the entire duration of the framework agreement and, as far as possible, the value and the frequency of the contracts to be awarded,
 - indication of whether the execution of the service is reserved by law, regulation or administrative provision to a particular profession.

Reference to the law, regulation or administrative provision.
 - indication of whether legal persons should indicate the names and professional qualifications of the staff to be responsible for the execution of the service.
7. If the contracts are subdivided into lots, indication of the possibility of tendering for one, for several or for all the lots.
8. Any time limit for completion of works/supplies/services or duration of the works/supply/services contract; where possible any time limit by which works will begin or any time limit by which delivery of supplies or services will begin.
9. Admission or prohibition of variants.
10. Where applicable particular conditions to which the performance of the contract is subject.

11. In the case of open procedures:
 - (a) name, address, telephone and telefax number and electronic address of the service from which contract documents and additional documents can be requested;
 - (b) where appropriate, time limit for submission of such requests;
 - (c) where appropriate, cost of and payment conditions for obtaining these documents.
12. (a) Time limit for receipt of tenders or indicative tenders where a dynamic purchasing system is being used (open procedures);
 - (b) time limit for receipt of request to participate (restricted and negotiated procedures);
 - (c) address where these have to be transmitted;
 - (d) the language or languages in which they must be drawn up.
13. In the case of open procedures:
 - (a) persons authorised to be present at the opening of tenders;
 - (b) date, time and place for such opening.
14. Where appropriate any deposit and guarantees required.
15. Main terms concerning financing and payment and/or references to the texts in which these are contained.
16. Where applicable, the legal form to be taken by the grouping of economic operators to whom the contract is to be awarded.
17. Selection criteria regarding the personal situation of economic operators that may lead to their exclusion, and required information proving that they do not fall within the cases justifying exclusion. Selection criteria and information concerning the economic operators' personal situation, information and any necessary formalities for assessment of the minimum economic and technical standards required of the economic operator. Minimum level(s) of standards possibly required.
18. Where there is a framework agreement: the number and, where appropriate, proposed maximum number of economic operators who will be members of it, the duration of the framework agreement provided for, stating, if appropriate, the reasons for any duration exceeding four years.
19. In the case of a competitive dialogue or a negotiated procedure with the publication of a contract notice, indicate, if appropriate, recourse to a staged procedure in order gradually to reduce the number of solutions to be discussed or tenders to be negotiated.
20. In the case of a restricted procedure, a competitive dialogue or a negotiated procedure with the publication of a contract notice, when recourse is had to the option of reducing the number of candidates to be invited to submit tenders, to engage in dialogue or to negotiate: minimum and, if appropriate, proposed maximum number of candidates and objective criteria to be used to choose that number of candidates.
21. Time frame during which the tenderer must maintain its tender (open procedures).
22. Where appropriate, names and addresses of economic operators already selected by the contracting authority (negotiated procedures).
23. Criteria referred to in Article 53 to be used for award of the contract: 'lowest price' or 'most economically advantageous tender'. Criteria representing the most economically advantageous tender as well as their weighting shall be mentioned where they do not appear in the specifications or, in the event of a competitive dialogue, in the descriptive document.

24. Name and address of the body responsible for appeal and, where appropriate, mediation procedures. Precise information concerning deadlines for lodging appeals, or if need be the name, address, telephone number, fax number and email address of the service from which this information may be obtained.
25. Date(s) of publication of the prior information notice in accordance with the technical specifications of publication indicated in Annex VIII or statement that no such publication was made.
26. Date of dispatch of the notice.
27. Indicate whether the contract is covered by the Agreement.

SIMPLIFIED CONTRACT NOTICE FOR USE IN A DYNAMIC PURCHASING SYSTEM

1. Country of contracting authority.
2. Name and e-mail address of contracting authority.
3. Publication reference of the contract notice for the dynamic purchasing system.
4. E-mail address at which the technical specification and additional documents relating to the dynamic purchasing system are available.
5. Subject of contract: description by reference number(s) of 'CPV' nomenclature and quantity or extent of the contract to be awarded.
6. Time frame for submitting indicative tenders.

CONTRACT AWARD NOTICES

1. Name and address of the contracting authority.
 2. Award procedures chosen. In the case of negotiated procedure without prior publication of a contract notice (Article 28), justification.
 3. Public works contracts: nature and extent of the contract, general characteristics of the work.
Public supply contracts: nature and quantity of products supplied, where appropriate, by the supplier; nomenclature reference number.
Public service contracts: category and description of the service; nomenclature reference number; quantity of services bought.
 4. Date of contract award.
 5. Contract award criteria.
 6. Number of tenders received.
 7. Name and address of the successful economic operators.
 8. Price or range of prices (minimum/maximum) paid.
 9. Value of the tender (tenders) retained or the highest tender and lowest tender taken into consideration for the contract award.
 10. Where appropriate, value and proportion of contract likely to be subcontracted to third parties.
 11. Date of publication of the tender notice in accordance with the technical specifications for publication in Annex VIII.
 12. Date of dispatch of the notice.
 13. Name and address of the body responsible for appeal and, where appropriate, mediation procedures. Precise information concerning the deadline for lodging appeals, or if need be the name, address, telephone number, fax number and email address of the service from which this information may be obtained.
-

ANNEX VII B

INFORMATION WHICH MUST APPEAR IN PUBLIC WORKS CONCESSION NOTICES

1. Name, address, fax number and email address of the contracting authority
2. (a) Place of execution
(b) Subject of the concession; nature and extent of the services
3. (a) Time limit for the submission of applications
(b) Address to which they must be sent
(c) Language(s) in which they must be written
4. Personal, technical and financial conditions to be met by the candidates
5. Criteria which will be applied in the award of the contract
6. If appropriate, the minimum proportion of the works which will be contracted out
7. Date of dispatch of the notice
8. Name and address of the body responsible for appeal and, where appropriate, mediation procedures. Precise information concerning the deadline for lodging appeals, or if need be the name, address, telephone number, fax number and email address of the service from which this information may be obtained.

ANNEX VII C

INFORMATION WHICH MUST APPEAR IN WORKS CONTRACT NOTICES OF CONCESSIONNAIRES WHO ARE NOT CONTRACTING AUTHORITIES

1. (a) Place of execution
(b) Nature and extent of the services, general characteristics of the works
2. Any time limit for completion imposed
3. Name and address of the body from whom the specifications and the additional documents may be requested
4. (a) Time limit for the receipt of applications to participate and/or the receipt of tenders
(b) Address to which they must be sent
(c) Language(s) in which they must be written
5. Any deposits or guarantees required
6. Economic and technical conditions to be met by the contractor
7. Criteria which will be applied in the award of the contract
8. Date of dispatch of the notice

ANNEX VII D

INFORMATION WHICH MUST APPEAR IN DESIGN CONTEST NOTICES

CONTEST NOTICES

1. Name, address, fax number and email address of the contracting authority and those of the service from which the additional documents may be obtained
2. Description of the project
3. Type of contest: open or restricted
4. In the event of an open contest: time limit for the submission of projects
5. In the event of a restricted contest:
 - (a) number of participants contemplated
 - (b) names of the participants already selected, if any
 - (c) criteria for the selection of participants
 - (d) time limit for requests to participate
6. If appropriate, indicate that the participation is restricted to a specified profession
7. Criteria which will be applied in the evaluation of the projects
8. Names of any members of the jury who have already been selected
9. Indicate whether the jury's decision is binding on the contracting authority
10. Number and value of any prizes
11. Payments to be made to all participants, if any
12. Indicate whether any contracts following the contest will or will not be awarded to the winner or winners of the contest
13. Date of dispatch of the notice

NOTICE OF THE RESULTS OF A CONTEST

1. Name, address, fax number and email address of the contracting authority
 2. Description of the project
 3. Total number of participants
 4. Number of foreign participants
 5. Winner(s) of the contest
 6. Any prizes
 7. Reference of the contest notice
 8. Date of dispatch of the notice
-

ANNEX VIII

FEATURES CONCERNING PUBLICATION

1. Publication of notices

- (a) Notices referred to in Articles 35, 58, 64 and 69 are sent by the contracting authorities to the Office for Official Publications of the European Communities in the format required by Commission Directive 2001/78/EC of 13 September 2001 on the use of standard forms in the publication of public contract notices⁽¹⁾. The prior information notices referred to in Article 35(1), first subparagraph, published on a buyer profile as described in point 2(b), must also use that format, as must the notice of such publication.
- (b) Notices referred to in Articles 35, 58, 64 and 69 are published by the Office for Official Publications of the European Communities or by the contracting authorities in the event of a prior information notice published on a buyer profile in accordance with Article 35(1), first subparagraph.
- In addition, contracting authorities may publish this information on the Internet on a 'buyer profile' as referred to in point 2(b).
- (c) The Office for Official Publications of the European Communities will give the contracting authority the confirmation referred to in Article 36(8).

2. Publication of complementary or additional information

- (a) Contracting authorities are encouraged to publish the specifications and the additional documents in their entirety on the Internet.
- (b) The buyer profile may include prior information notices as referred to in Article 35(1), first subparagraph, information on ongoing invitations to tender, scheduled purchases, contracts concluded, procedures cancelled and any useful general information, such as a contact point, a telephone and a fax number, a postal address and an e-mail address.

3. Format and procedures for sending notices electronically

The format and procedure for sending notices electronically are accessible at the Internet address '<http://simap.eu.int>'.

⁽¹⁾ OJ L 285, 29.10.2001, p. 1.

ANNEX IX

REGISTERS

ANNEX IX A ⁽¹⁾

PUBLIC WORKS CONTRACTS

The professional registers and corresponding declarations and certificates for each Member State are:

- in Belgium, the 'Registre du commerce'/Handelsregister';
- in Denmark, the 'Erhvervs-og Selskabsstyrelsen';
- in Germany, the 'Handelsregister' and the 'Handwerksrolle';
- in Greece, the 'Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων' – MEEΠ of the Ministry for Environment, Town and Country Planning and Public Works (ΥΠΕΧΩΔΕ);
- in Spain, the 'Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda';
- in France, the 'Registre du commerce et des sociétés' and the 'Répertoire des métiers';
- in Ireland, the contractor may be requested to provide a certificate from the Registrar of companies or the Registrar of Friendly Societies or, if this is not the case, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established, in a specific place and under a given business name;
- in Italy, the 'Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato';
- in Luxembourg, the 'Registre aux firmes' and the 'Rôle de la chambre des métiers';
- in the Netherlands, the 'Handelsregister';
- in Austria, the 'Firmenbuch', the 'Gewerberegister', the 'Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern';
- in Portugal, the 'Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário' (IMOPPI)(CAEOPP);
- in Finland, the 'Kaupparekisteri'/ 'Handelsregistret';
- in Sweden, 'aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren';
- in the United Kingdom, the contractor may be requested to provide a certificate from the Registrar of Companies or, if this is not the case, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established, in a specific place and under a given business name.

⁽¹⁾ For the purposes of Article 46, 'professional and trade registers' means those listed in this Annex and, where changes have been made at national level, the registers which have replaced them.

ANNEX IX B

PUBLIC SUPPLY CONTRACTS

The relevant professional or trade registers and the corresponding declarations and certificates are:

- in Belgium, the 'Registre du commerce/Handelsregister';
- in Denmark, 'Erhvervs- og Selskabsstyrelsen';
- in Germany, the 'Handelsregister' and 'Handwerksrolle';
- in Greece, the 'Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο';
- in Spain, the 'Registro Mercantil' or, in the case of non-registered individuals, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question;
- in France, the 'Registre du commerce et des sociétés' and 'Répertoire des métiers';
- in Ireland, the supplier may be requested to provide a certificate from the Registrar of companies or the Registrar of Friendly Societies that he is certified as incorporated or registered or, if he is not so certified, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established, in a specific place under a given business name and under a specific trading name;
- in Italy, the 'Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato', and 'Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato';
- in Luxembourg, the 'Registre aux firmes' and 'Rôle de la chambre des métiers';
- in the Netherlands, the 'Handelsregister';
- in Austria, the 'Firmenbuch', the 'Gewerberegister', the 'Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern';
- in Portugal, the 'Registo Nacional das Pessoas Colectivas';
- in Finland, the 'Kaupparekisteri' and 'Handelsregistret';
- in Sweden, 'aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren';
- in the United Kingdom, the supplier may be requested to provide a certificate from the Registrar of Companies stating that he is certified as incorporated or registered or, if he is not so certified, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established in a specific place under a given business name and under a specific trading name.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX IX C

PUBLIC SERVICE CONTRACTS

The relevant professional and trade registers or declarations or certificates are:

- in Belgium, the 'Registre du commerce/Handelsregister' and the 'Ordres professionnels/Beroepsorden';
- in Denmark, 'Erhvervs- og Selskabsstyrelsen';
- in Germany, the 'Handelsregister', the 'Handwerksrolle', the 'Vereinsregister', 'Partnerschaftsregister' and the 'Mitgliedsverzeichnisse der Berufskammern der Ländern';
- in Greece, the service provider may be asked to provide a declaration on the exercise of the profession concerned made on oath before a notary; in the cases provided for by existing national legislation, for the provision of research services as mentioned in Annex I A, the professional register 'Μητρώο Μελετητών' and 'Μητρώο Γραφείων Μελετών';
- in Spain, the 'Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda';
- in France, the 'Registre du commerce' and the 'Répertoire des métiers';
- in Ireland, the service provider may be requested to provide a certificate from the Registrar of companies or the Registrar of Friendly Societies or, if he is not so certified, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established, in a specific place under a given business name and under a specific trading name;
- in Italy, the 'Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato', the 'Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato' or the 'Consiglio nazionale degli ordini professionali';
- in Luxembourg, the 'Registre aux firmes' and the 'Rôle de la chambre des métiers';
- in the Netherlands, the 'Handelsregister';
- in Austria, the 'Firmenbuch', the 'Gewerberegister', the 'Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern';
- in Portugal, the 'Registo nacional das Pessoas Colectivas';
- in Finland, the 'Kaupparekisteri' and 'Handelsregistret';
- in Sweden, 'aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren';
- in the United Kingdom, the service provider may be requested to provide a certificate from the Registrar of Companies or, if he is not so certified, a certificate stating that the person concerned has declared on oath that he is engaged in the profession in question in the country in which he is established in a specific place under a given business name.

ANNEX X

REQUIREMENTS RELATING TO DEVICES FOR THE ELECTRONIC RECEIPT OF TENDERS, REQUESTS FOR PARTICIPATION AND PLANS AND PROJECTS IN CONTESTS

Devices for the electronic receipt of tenders, requests for participation and plans and projects in contests must at least guarantee, through technical means and appropriate procedures, that:

- (a) electronic signatures relating to tenders, requests to participate and the forwarding of plans and projects comply with national provisions adopted pursuant to Directive 1999/93/EC;
- (b) the exact time and date of the receipt of tenders, requests to participate and the submission of plans and projects can be determined precisely;
- (c) it may be reasonably ensured that, before the time limits laid down, no-one can have access to data transmitted under these requirements;
- (d) if that access prohibition is infringed, it may be reasonably ensured that the infringement is clearly detectable;
- (e) only authorised persons may set or change the dates for opening data received;
- (f) during the different stages of the contract award procedure or of the contest access to all data submitted, or to part thereof, must be possible only through simultaneous action by authorised persons;
- (g) simultaneous action by authorised persons must give access to data transmitted only after the prescribed date;
- (h) data received and opened in accordance with these requirements must remain accessible only to persons authorised to acquaint themselves therewith.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX XI

DEADLINES FOR TRANSPOSITION AND APPLICATION (Article 80)

Directives	Deadlines for transposition and application
92/50/CEE (OJ L 209, 24.7.1992, p. 1) Austria, Finland, Sweden (*)	1 July 1993 1 January 1995
93/36/EEC (OJ L 199, 09.08.93, p. 1) Austria, Finland, Sweden (*)	13 June 1994 1 January 1995
93/37/EEC (OJ L 199, 09.08.93, p. 54) consolidation of directives:	
— 71/305/EEC (OJ L 185, 16.08.71, p. 5):	
— EC of 6	30 July 1972
— DK, IRL, UK	1 January 1973
— Greece	1 January 1981
— Spain, Portugal	1 January 1986
— Austria, Finland, Sweden (*)	1 January 1995
— 89/440/EEC (OJ L 210, 21.07.1989, p. 1):	
— EC of 9	19 July 1990
— Greece, Spain, Portugal	1 March 1992
— Austria, Finland, Sweden (*)	1 January 1995
97/52/EC (OJ L 328, 28.11.97, p. 1)	13 October 1998

(*) EEA: 1 January 1994.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ANNEX XII

CORRELATION TABLE ⁽¹⁾

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 1, par.1	Art. 1, first line, adapted	Art. 1, first line, adapted	Art. 1, first line, adapted		
Art. 1, par. 2, point (a)	Art. 1, point (a), first part of sentence	Art. 1, point (a), first and last parts of first sentence	Art. 1, point a)		Amended
Art. 1, par. 2, point (b)	Art. 1, point (a) and point (c), adapted	—	—		
Art. 1, par. 2, point (c), first subparagraph	—	Art. 1, point (a), second part of the first sentence and second sentence, adapted	—		
Art. 1, par. 2, point (c), second subparagraph	—	Art. 1, point (a), adapted	—		
Art. 1, par. 2, point (d), first subparagraph	—	—	—		New
Art. 1, par. 2, point (d), second subparagraph	—	—	Art. 2, adapted		
Art. 1, par. 2, point (d), third subparagraph	—	—	16th recital adapted		
Art. 1, par. 3	Art. 1, point (d)	—	—		
Art. 1, par. 4	—	—	—		New
Art. 1, par. 5	—	—	—		New
Art. 1, par. 6	—	—	—		New
Art. 1, par. 7	—	—	—		New
Art. 1, par. 8, first subparagraph	—	—	Art. 1, point (c), first sentence adapted		
Art. 1, par. 8, second subparagraph	—	—	—		New
Art. 1, par. 8, third subparagraph	Art. 1, point h)	Art. 1, point (c)	Art. 1, point (c), second sentence		Amended

⁽¹⁾ 'Adapted' means that the wording of the text was changed, while the meaning of the repealed directives was preserved. Changes to the meaning of the provisions of the repealed directives are indicated by the term 'amended'. This term appears in the last column when the amendment concerns the provisions of the three repealed directives. When the amendment affects only one or two of these directives, the term 'amended' is included in the column of the directives concerned.

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 1, par. 9	Art. 1, point (b), adapted	Art. 1 point (b), adapted	Art. 1, point (b), adapted		
Art. 1, par. 10	—	—	—		New
Art. 1, par. 11, first subparagraph	Art. 1, point (e), adapted	Art. 1, point (d), adapted	Art. 1, point (d), adapted		
Art. 1, par. 11, second subparagraph	Art. 1, point (f), adapted	Art. 1, point (e), adapted	Art. 1, point (e), adapted		
Art. 1, par. 11, third subparagraph	—	—	—		New
Art. 1, par. 11, fourth subparagraph	Art. 1, point g), adapted	Art. 1, point (f), adapted	Art. 1, point (f), adapted		
Art. 1, par. 11, fifth subparagraph	—	—	Art. 1, point g), adapted		
Art. 1, par. 12	—	—	—		New
Art. 1, par. 13	—	—	—		New
Art. 1, par. 14	—	—	—		New
Art. 1, par. 15	—	—	—		New
Art. 2	Art. 6, par. 6	Art. 5, par. 7	Art. 3, par. 2		Amended
Art. 3	—	Art. 2, par. 2	—		
Art. 4, par. 1	New	New	Art. 26, par. 2 and 3, adapted		
Art. 4, par. 2	Art. 21 amended	Art. 18 adapted	Art. 26, par. 1 amended		
Art. 5	Art. 33a adapted	Art. 28 amended	Art. 38a adapted		
Art. 6	—	Art. 15, par. 2	—		Amended
Art. 7, points (a) and (b)	—	Art. 5, par. 1, point (a), adapted	Art. 7, par. 1, point (a), adapted		
Art. 7, point (c)	Art. 6, par. 1, point (a), adapted	—	—		
Art. 8	Art. 2 and Art. 6, par. 1, point (b), adapted	—	Art. 3, par. 3 and Art. 7, par. 1, point (a), adapted		
Art. 9, par. 1, first subparagraph	—	Art. 5, par. 5	Art. 7, par. 2 and 7		Amended

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 9, par. 1, second subparagraph	—	—	—		New
Art. 9, par. 2	—	Art. 5, par. 1, point (b)	—		Amended
Art. 9, par. 3	Art. 6, par. 4	Art. 5, par. 6	Art. 7, par. 3, second clause		
Art. 9, par. 4	Art. 6, par. 5, adapted				
Art. 9, par. 5, point (a)	Art. 6, par. 3, adapted	—	Art. 7, par. 4, third subparagraph, adapted		
Art. 9, par. 5, point (b)	—	Art. 5, par. 4	—		Amended
Art. 9, par. 6	—	Art. 5, par. 2	—		
Art. 9, par. 7	—	Art. 5, par. 3	Art. 7, par. 6		
Art. 9, par. 8, point (a)	—	—	Art. 7, par. 4,		Amended
Art. 9, par. 8, point (b)	—	—	Art. 7, par. 5,		Amended
Art. 9, par. 9	—	—	—		New
Art. 10	New	Art. 3 adapted	Art. 4, par. 1 adapted		
Art. 11	—	—	—		New
Art. 12	Art. 4, point (a)	Art. 2, point (a)	Art. 1, point (a) (ii)		Amended
Art. 13	—	—	—		New
Art. 14	Art. 4, point (b)	Art. 2, par. 1, point (b)	Art. 4, par. 2		
Art. 15, point (a)	Art. 5, point (a) adapted	Art. 4, point (a) adapted	Art. 5, point (a) adapted		
Art. 15, points (b) and (c)	Art. 5, points (b) and (c)	Art. 4, points (b) and (c)	Art. 5, points (b) and (c)		
Art. 16	—	—	Art. 1, point (a), (iii) to (ix), adapted		
Art. 17	—	—	—		New
Art. 18	—	—	Art. 6		Amended
Art. 19	—	—	—		New
Art. 20	—	—	Art. 8		
Art. 21			Art. 9		

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 22	—	—	Art. 10		
Art. 23	Art. 10	Art. 8	Art. 14		Amended
Art. 24, par. 1 to 4, first subparagraph	Art. 19	Art. 16, par. 1,	Art. 24, par. 1		Amended
Art. 24, par. 4, second subparagraph	—	Art. 16, par. 2, adapted	Art. 24, par. 2, adapted		
Art. 25, first paragraph	Art. 20, first paragraph	Art. 17, first paragraph	Art. 25, first paragraph		Amended
Art. 25, second paragraph	Art. 20, second paragraph	Art. 17, second paragraph	Art. 25, second paragraph		
Art. 26	—	—	—		New
Art. 27, first paragraph	Art. 23, par. 1	—	Art. 28, par. 1		Amended
Art. 27, second and third paragraphs	Art. 23, par. 2	—	Art. 28, par. 2		
Art. 28, first paragraph	Art. 7, par. 1 adapted	Art. 6, par. 1 adapted	Art. 11, par. 1 adapted		
Art. 28, second paragraph	Art. 7, par. 4	Art. 6, par. 4	Art. 11, par. 4		Amended
Art. 29	—	—	—		New
Art. 30, par. 1, point (a)	Art. 7, par. 2, point (a)	Art. 6, par. 2	Art. 11, par. 2, point (a)		
Art. 30, par 1, point (b)	Art. 7, par. 2, point (c)	New	Art. 11, par. 2, point (b)		
Art. 30, par. 1, point (c)		—	Art. 11, par. 2, point (c)		
Art. 30, par. 1, point (d)	Art. 7, par. 2, point (b)	—	—		
Art. 30, paragraphs 2, 3 and 4	—	—	—		New
Art. 31, point (1), point (a)	Art. 7, par. 3 point (a)	Art. 6, par. 3, point (a)	Art. 11, par. 3, point (a)		
Art. 31, point (1), point (b)	Art. 7, par. 3, point (b)	Art. 6, par. 3, point (c)	Art. 11, par. 3, point (b)		
Art. 31, point (1), point (c)	Art. 7, par. 3, point (c)	Art. 6, par. 3, point (d)	Art. 11, par. 3, point (d)		
Art. 31, point (2), point (a)	—	Art. 6, par. 3, point (b)	—		

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 31, point (2), point (b)	—	Art. 6, par. 3, point (e)	—		
Art. 31, point (2), point (c)	—	New	—		
Art. 31, point (2), point (d)	—	New	—		
Art. 31, point (3)	—	—	Art. 11, par. 3, point (c)		
Art. 31, point (4), point (a)	Art. 7, par. 3, point (d)	—	Art. 11, par. 3, point (e)		
Art. 31, point (4), point (b)	Art. 7, par. 3, point (e)	—	Art. 11, par. 3, point (f)		
Art. 32	—	—	—		New
Art. 33	—	—	—		New
Art. 34, first and second paragraphs	Art. 9, first and second paragraphs	—	—		
Art. 34, third paragraph	Art. 9, third paragraph	—	—		Amended
Art. 35, par. 1, first subparagraph, point (a), first subparagraph	—	Art. 9, par. 1, first subparagraph	—		
Art. 35, par. 1, first subparagraph, point (a), second subparagraph	—	Art. 9, par. 1, second subparagraph, first sentence	—		Amended
Art. 35, par. 1, first subparagraph, point (b)	—	—	Art. 15, par. 1		
Art. 35, par. 1, first subparagraph, point (c)	Art. 11, par. 1	—	—		
Art. 35, par. 1, second subparagraph	—	Art. 9, par. 5, second subparagraph	Art. 17, par. 2, second subparagraph		Amended
Art. 35, par. 1, third subparagraph	Art. 11, par. 7, second subparagraph	—	—		Amended
Art. 35, par. 1, fourth, fifth and sixth subparagraphs	—	—	—		New
Art. 35, par. 2	Art. 11, par. 2	Art. 9, par. 2	Art. 15, par. 2		Amended
Art. 35, par. 3	—	—	—		New

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 35, par. 4, first subparagraph	Art. 11, par. 5, first sentence	Art. 9, par. 3, first sentence	Art. 16, par. 1		Amended
Art. 35, par. 4, second and third subparagraphs	—	—	—		New
Art. 35, par. 4, fourth subparagraph			Art. 16, par. 3 and 4		
Art. 35, par. 4, fifth subparagraph	Art. 11, par. 5, second sentence	Art. 9, par. 3, second sentence	Art. 16, par. 5		Amended
Art. 36, par. 1	Art. 11, par. 6, first subparagraph, adapted	Art. 9, par. 4, first sentence, adapted	Art. 17, par. 1, first sentence, adapted		
Art. 36, par. 2, first subparagraph	Art. 11, par. 7, first sentence	Art. 9, par. 5, first subparagraph	Art. 17, par. 2, first subparagraph		Amended
Art. 36, par. 2, second subparagraph	—	—	—		New
Art. 36, par. 3	Art. 11, par. 10	Art. 9, par. 8	Art. 17, par. 5		Amended
Art. 36, par. 4	Art. 11, par. 8 and 13	Art. 9, par. 6 and 11	Art. 17, par. 4 and 8		Amended
Art. 36, par. 5	Art. 11, par. 11, adapted	Art. 9, par. 9, adapted	Art. 17, par. 6, adapted		
Art. 36, par. 6	Art. 11, par. 13, second sentence	Art. 9, par. 11, second sentence	Art. 17, par. 8, second sentence		Amended
Art. 36, par. 7, first subparagraph	Art. 11, par. 12	Art. 9, par. 10	Art. 17, par. 7		
Art. 36, par. 7, second subparagraph	—	—	—		New
Art. 37	Art. 17	Art. 13	Art. 21		Amended
Art. 38, par. 1	—	—	—		New
Art. 38, par. 2	Art. 12, par. 2, adapted	Art. 10, par. 1, adapted	Art. 18, par. 1, adapted		
Art. 38, par. 3	Art. 13, par. 1 and 3, adapted	Art. 11, par. 1 and 3, adapted	Art. 19, par. 1 and 3, adapted		Amended
Art. 38, par. 4	Art. 12, par. 2 and Art. 13, par. 4, adapted	Art. 10, par. 1a and Art. 11, par. 3a, adapted	Art. 18, par. 2 and Art. 19, par. 4, adapted		
Art. 38, par. 5 and 6	—	—	—		New
Art. 38, par. 7	Art. 12, par. 5	Art. 10, par. 4	Art. 18, par. 5		Amended

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 38, par. 8	Art. 14, par. 1	Art. 12, par. 1	Art. 20, par. 1		Amended
Art. 39	Art. 12, par. 3 and 4, Art. 13, par. 6, and Art. 14, par. 2 adapted	Art. 10, par. 2 and 3, Art. 11, par. 5, and Art. 12, par. 2 adapted	Art. 18, par. 3 and 4, Art. 19, par. 6 and Art. 20, par. 2 adapted		
Art. 40	Art. 13, par. 2, and Art. 14, par. 3	Art. 11, par. 2, and Art. 12, par. 3	Art. 19, par. 2, and Art. 20, par. 3		Amended
Art. 41, par. 1	Art. 8, par. 2, first sentence, adapted	Art. 7, par. 2, first sentence, adapted	Art. 12, par. 2, first sentence, adapted		
Art. 41, par. 2	Art. 8, par. 1, first subparagraph, adapted	Art. 7, par. 1, first subparagraph, adapted	Art. 12, par. 1, first subparagraph, adapted		
Art. 41, par. 3	Art. 8, par. 1, second subparagraph, adapted	Art. 7, par. 1, second subparagraph, adapted	Art. 12, par. 1, sec- ond subparagraph, adapted		
	Art. 8, par. 2, last sen- tence	Art. 7, par. 2, last sen- tence	Art. 12, par. 2, last sentence		Deleted
Art. 42, par. 1, 3 and 6	Art. 13, par. 5, and Art. 18, par. 2	Art. 11, par. 4, and Art. 15, par. 3	Art. 19, par. 5, and Art. 23, par. 2		Amended
Art. 42, par. 2, 4 and 5	—	—	—		New
Art. 43	Art. 8, par. 3	Art. 7, par.3	Art.12, par. 3		Amended
Art. 44, par. 1	Art. 18, par. 1 adapted	Art. 15, par. 1 adapted	Art. 23, par. 1 adapted		Amended
Art. 44, par. 2	—	—	—		New
Art. 44, par. 3	Art. 22	Art. 23, par. 3	Art. 32, par. 4		Amended
Art. 44, par. 4	—	—	—		New
Art. 45, par. 1	—	—	—		New
Art. 45, par. 2, first subparagraph	Art. 24, first para- graph, adapted	Art. 20, par. 1, adapted	Art. 29, first para- graph, adapted		
Art. 45, par. 2, second subparagraph	—	—	—		New
Art. 45, par. 3	Art. 24, second and third paragraphs, adapted	Art. 20, par. 2 and 3 adapted	Art. 29, second and third paragraphs, adapted		
Art. 45, par. 4	Art. 24, fourth para- graph	Art. 20, par. 4	Art. 29, fourth para- graph		Amended
Art. 46, first paragraph	Art. 25, first sentence amended	Art. 21, par. 1 and par. 2, first sentence, adapted	Art. 30, par. 1 and 3, first sentence, adapted		

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 46, second paragraph	—	—	Art. 30, par. 2		
Art. 47, par. 1, points (a) and (b)	Art. 26, par. 1, points (a) and (b), adapted	Art. 22, par. 1, points (a) and (b), adapted	Art. 31, par. 1, points (a) and (b), adapted		
Art. 47, par. 1, point (c)	Art. 26, par. 1, point (c)	Art. 22, par. 1, point (c)	Art. 31, par. 1, point (c)		Amended
Art. 47, par. 2 and 3	—	—	—		New
Art. 47, par. 4 and 5	Art. 26, par. 2 and 3, adapted	Art. 22, par. 2 and 3, adapted	Art. 31, par. 2 and 3, adapted		Amended
Art. 48, par. 1 and par. 2, points (a) to (e) and (g) to (j)	Art. 27, par. 1, adapted	Art. 23, par. 1, adapted	Art. 32, par. 2, adapted		
Art. 48, par. 2, point (f)	—	—	—		New
Art. 48, par. 3 and 4	—	—	—		New
Art. 48, par. 5	New	New	Art. 32, par. 1, adapted		
Art. 48, par. 6	Art. 27, par. 2	Art. 23, par. 2	Art. 32, par. 3		
Art. 49	New	New	Art. 33		Amended
Art. 50	—	—	—		New
Art. 51	Art. 28	Art. 24	Art. 34		
Art. 52	Art. 29	Art. 25	Art. 35		Amended
Art. 53, par. 1	Art. 30, par. 1 adapted	Art. 26, par. 1 adapted	Art. 36, par. 1 adapted		
Art. 53, par. 2	Art. 30, par. 2	Art. 26, par. 2	Art. 36, par. 2		Amended
	Art. 30, par. 3	—	—		Deleted
Art. 54	—	—	—		New
Art. 55	Art. 30, par. 4, first and second subparagraphs	Art. 27, first and second paragraphs	Art. 37, first and second paragraphs		Amended
—	Art. 30, par. 4, third subparagraph	Art. 27, third paragraph	Art. 37, third paragraph		Deleted
—	Art. 30, par. 4, fourth subparagraph	—	—		Deleted
—	Art. 31	—	—		Deleted

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
—	Art. 32	—	—		Deleted
Art. 56	Art. 3, par. 1, adapted				
Art. 57	—				New
Art. 58	Art. 11 par. 3, par. 6 to 11 and par. 13				Amended
Art. 59	Art. 15	—	—		
Art. 60	Art. 3, par. 2	—	—		
Art. 61	New	—	—		
Art. 62	Art. 3, par. 3				
Art. 63	Art. 3, par. 4				Amended
Art. 64	Art. 11, par. 4, par. 6, first subparagraph, par. 7, first subparagraph, and par. 9	—	—		Amended
Art. 65	Art. 16				
Art. 66	—	—	Art. 13, par. 3 and 4		
Art. 67, par 1	—	—	Art. 13, par. 1, first subparagraph and par. 2, first subparagraph		
Art. 67, par.2			Art. 13, par. 1, indents 1 to 3 and par. 2, indents 1 to 3		Amended
Art. 68	—	—	New		
Art. 69, par. 1	—	—	Art. 15, par. 3		
Art. 69, par. 2, first subparagraph	—	—	Art. 16, par. 1 and par. 2, second indent		Amended
Art. 69, par. 2, second subparagraph and par. 3	—	—	New		
Art. 70	—	—	Art. 17, par. 1, par. 2, first and third subparagraphs, par. 3 to 6 and par. 8		Amended
Art. 71	—	—	New		
Art. 72	—	—	Art. 13, par. 5		

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 73	—	—	Art. 13, par. 6, first subparagraph		
Art. 74	—	—	Art. 13, par. 6, second subparagraph		Amended
	Art. 33	Art. 30	Art. 38		Deleted
Art. 75	Art. 34, par. 1, adapted	Art. 31, par. 1, adapted	Art. 39, par. 1, adapted		
Art. 76	Art. 34, par. 2	Art. 31, par. 2	Art. 39, par. 2		Amended
			Art. 39, par. 2, point (d), second subparagraph		Deleted
Art. 77, par. 1	—	Art. 32, par. 1	Art. 40, par. 1		
Art. 77, par. 2	Art. 35, par. 3	Art. 32, par. 2	Art. 40, par. 3		Amended
	—	—	Art. 40, par. 2		Deleted
Art. 77, par. 3	—	Art. 32, par. 3	Art. 40, par. 4		Amended
Art. 78, par. 1 and 2					New
Art. 78, par. 3 and 4	Art. 6, par. 2, point (a),	Art. 5, par. 1, point (d)	Art. 7, par. 1, point (c)		Amended
Art. 79, point (a)	Art. 6, par. 1, point (b), adapted	Art. 5, par. 1, point (c), second subparagraph, adapted	Art. 7, par. 1, point (b), second subparagraph, adapted		
Art. 79, point (b)	Art. 35, par. 2	—	Art. 16, par. 4		Amended
Art. 79, point (c)	—	—	—		New
Art. 79, point (d)	Art. 35, par. 1, adapted	—	—		
Art. 79, point (e)		Art. 29, par. 3, adapted	—		
Art. 79, point (f)	Art. 35, par. 2 adapted	—	—		New
Art. 79, point (g)	—	—	—		
Art. 79, points (h) and (i)	—	—	—		New
Art. 80					
Art. 81					
Art. 82					
Art. 83					

This Directive	Directive 93/37/EEC	Directive 93/36/EEC	Directive 92/50/EEC	Other acts	
Art. 84					
Annex I	Annex II				Amended
Annexes II A and II B	—	—	Annexes IA and IB		Amended
Annex III	Annex I	—	—	Acts on the accession of Austria, Finland and Sweden	Adapted
Annex IV	—	Annex I	—	Acts on the accession of Austria, Finland and Sweden	Adapted
Annex V	—	Annex II	—		Amended
Annex VI	Annex III	Annex III	Annex II		Amended
Annex VII A, B, C and D	Annexes IV, V and VI	Annex IV	Annexes III and IV		Amended
Annex VIII	—	—	—		New
Annex IX					Adapted
Annex IX A	—	Art. 21, par. 2	—	Acts on the accession of Austria, Finland and Sweden	Adapted
Annex IX B	—	—	Art. 30, par. 3	Acts on the accession of Austria, Finland and Sweden	Adapted
Annex IX C	Art. 25, adapted	—	—	Acts on the accession of Austria, Finland and Sweden	Adapted
Annex X					New
Annex XI					New
Annex XII					New



ภาคผนวก ข (Appendix B)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางแนบท้าย The Public Contracts Regulations 2006



ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SCHEDULE 1

Regulation 2(1)

GPA ANNEX 1 CONTRACTING AUTHORITIES

Where an entity listed in this Schedule is succeeded by another entity, which is itself a contracting authority, the successor entity shall be deemed to be included in this Schedule.

Cabinet Office

Office of the Parliamentary Counsel
National School of Government

Central Office of Information

Charity Commission

Department for Constitutional Affairs

Boundary Commission for England
Circuit Offices and Crown, County and Combined Courts (England and Wales)
Combined Tax Tribunal
Council on Tribunals
Court of Appeal Criminal
Immigration Appellate Authorities
Immigration Adjudicators
Immigration Appeals Tribunal
Lands Tribunal
Law Commission
Legal Aid Fund (England and Wales)
Office of the Social Security Commissioners
Pensions Appeal Tribunals
Public Trust Office
Supreme Court Group (England and Wales)
Transport Tribunal

Department for Culture, Media and Sport

British Library
British Museum
Commission for Architecture and the Built Environment
The Gambling Commission
Historic Buildings and Monuments Commission for England (English Heritage)
Imperial War Museum
Museums, Libraries and Archives Council
National Gallery
National Maritime Museum
National Portrait Gallery
National History Museum

Science Museum
 Tate Gallery
 Victoria and Albert Museum
 Wallace Collection

Crown Prosecution Service

Crown Estate Commissioners (Vote Expenditure Only)

Department for Education and Skills
 Higher Education Funding Council for England

Department for Environment, Food and Rural Affairs
 Agricultural Dwelling House Advisory Committees
 Agricultural Land Tribunals
 Agricultural Wages Board and Committees
 Cattle Breeding Centre
 Countryside Agency
 Plant Variety Rights Office
 Royal Botanic Gardens, Kew
 Royal Commission on Environmental Pollution

Department of Health
 Dental Practice Board
 National Health Service Strategic Health Authorities
 NHS Trusts
 Prescription Pricing Authority

Department for International Development

Department of the Procurator General and Treasury Solicitor
 Legal Secretariat to the Law Officers

Department of Trade and Industry
 Central Transport Consultative Committees
 Competition Commission
 Electricity Committees
 Employment Appeal Tribunal
 Employment Tribunals
 Gas Consumers' Council
 National Weights and Measures Laboratory
 Office of Manpower Economics
 Patent Office

Department for Transport
 Maritime and Coastguard Agency

Department for Work and Pensions
 Disability Living Allowance Advisory Board
 Independent Tribunal Service
 Medical Boards and Examining Medical Officers (War Pensions)

Occupational Pensions Regulatory Authority
 Regional Medical Service
 Social Security Advisory Committee

Export Credits Guarantee Department

Foreign and Commonwealth Office
 Wilton Park Conference Centre

Government Actuary's Department

Government Communications Headquarters

Home Office
 HM Inspectors of Constabulary
 Parole Board and Local Review Committees

House of Commons

House of Lords

Ministry of Defence
 Meteorological Office
 Defence Procurement Agency

The National Archives

National Assembly for Wales
 Higher Education Funding Council for Wales
 Local Government Boundary Commission for Wales
 Royal Commission for Ancient and Historical Monuments in Wales
 Valuation Tribunals (Wales)
 Welsh National Health Service Authorities and Trusts
 Welsh Rent Assessment Panels

National Audit Office

National Savings and Investments

Northern Ireland Assembly Commission

Northern Ireland Court Service
 Coroners Courts
 County Courts
 Court of Appeal and High Court of Justice in Northern Ireland
 Crown Court
 Enforcement of Judgements Office
 Legal Aid Fund
 Magistrates' Courts
 Pensions Appeals Tribunals

Northern Ireland, Department for Employment and Learning

Northern Ireland, Department for Regional Development

Northern Ireland, Department for Social Development

Northern Ireland, Department of Agriculture and Rural Development
 Northern Ireland, Department of Culture, Arts and Leisure
 Northern Ireland, Department of Education
 Northern Ireland, Department of Enterprise, Trade and Investment
 Northern Ireland, Department of the Environment
 Northern Ireland, Department of Finance and Personnel
 Northern Ireland, Department of Health, Social Services and Public Safety
 Northern Ireland, Office of the First Minister and Deputy First Minister
 Northern Ireland Office
 Crown Solicitor's Office
 Department of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland
 Forensic Science Laboratory of Northern Ireland
 Office of the Chief Electoral Officer for Northern Ireland
 Police Service of Northern Ireland
 Probation Board for Northern Ireland
 State Pathologist Service
 Office of the Deputy Prime Minister
 Rent Assessment Panels
 Office of Fair Trading
 Office for National Statistics
 National Health Service Central Register
 Office of the Parliamentary Commissioner for Administration and Health Service Commissioners
 Paymaster General's Office
 Postal Business of the Post Office
 Privy Council Office
 Public Record Office
 Royal Hospital, Chelsea
 Royal Mint
 Rural Payments Agency
 Scotland, Auditor-General
 Scotland, Crown Office and Procurator Fiscal Service
 Scotland, General Register Office
 Scotland, Queen's and Lord Treasurer's Remembrancer
 Scotland, Registers of Scotland
 The Scotland Office
 The Scottish Ministers

Architecture and Design Scotland
 Crofters Commission
 Deer Commission for Scotland
 Lands Tribunal for Scotland
 National Galleries of Scotland
 National Library of Scotland
 National Museums of Scotland
 Royal Botanic Garden Edinburgh
 Royal Commission on the Ancient and Historical Monuments of Scotland
 Scottish Further and Higher Education Funding Council
 Scottish Law Commission
 Local Health Councils
 The NHS Education for Scotland Board
 Scottish Council for Postgraduate Medical and Dental Education
 Scottish National Health Service Authorities and Trusts
 The Office of the Accountant of Court
 High Court of Justiciary
 Court of Session
 HM Inspectorate of Constabulary
 Parole Board for Scotland and Local Review Committees
 Pensions Appeal Tribunals
 Scottish Land Court
 Sheriff Courts
 Scottish Criminal Record Office
 Scottish Crime Squad
 Scottish Fire Service Training Squad
 Scottish Police College
 Office of the Social Security Commissioners
 Rent Assessment Panel and Committees
 The Scottish Parliamentary Body Corporate
 Scottish Record Office
 HM Revenue and Customs
 The Revenue and Customs Prosecutions Office
 HM Treasury
 Office of Government Commerce

United Kingdom Debt Management Office
The Wales Office (Office of the Secretary of State for Wales)

SCHEDULE 2

Regulation 2(1)

ACTIVITIES CONSTITUTING WORKS

<i>Division</i>	<i>Section F</i>	<i>Group</i>	<i>Class</i>	<i>Subject</i>	<i>Construction</i> <i>Notes</i>	<i>CPV Code</i>
45				Construction	Construction of new buildings and works, restoring and common repairs	45000000
		45.1		Site preparation		45100000
			45.11	Demolition and wrecking of buildings; earth moving	Demolition of buildings and other structures Clearing of building sites Earth moving; excavation, landfill, levelling and grading of construction sites, trench digging, rock removal, blasting, etc. Site preparation for mining: overburden removal and other development and preparation of mineral properties and sites Building site drainage Drainage of agricultural or forestry land	45110000
			45.12	Test drilling and boring	Test drilling, test boring and core sampling for construction, geophysical, geological or similar purposes	45120000
		45.2		Building of complete constructions or parts thereof; civil engineering		45200000
			45.21	General construction of buildings and civil engineering works	Construction of all types of buildings Construction of civil engineering constructions	45210000

		Bridges, including those for elevated highways, viaducts, tunnels and subways	
		Long-distance pipelines, communication and power lines	
		Urban pipelines, urban communication and power lines	
		Ancillary urban works	
		Assembly and erection of prefabricated constructions on the site	
45.22	Erection of roof covering and frames	Erection of roofs	45220000
		Roof covering	
		Waterproofing	
45.23	Construction of highways, roads, airfields and sport facilities	Construction of highways, streets, roads, other vehicular and pedestrian ways	45230000
		Construction of railways	
		Construction of airfield runways	
		Construction work, other than buildings, for stadiums, swimming pools, gymnasiums, tennis courts, golf courses and other sports installations	
		Paintings of markings on road surfaces and car parks	
45.24	Construction of water projects	Construction of:	45240000
		waterways, harbour and river works, pleasure ports (marinas), locks, etc.	
		dams and dykes dredging	
		subsurface work	
45.25	Other construction work involving special trades	Construction activities specialising in one aspect common to different kinds of structures, requiring specialised skill or equipment	45250000
		Construction of foundations,	

		including pile driving	
		Water well drilling and construction, shaft sinking	
		Erection of non-self-manufactured steel elements	
		Steel bending	
		Bricklaying and stone setting	
		Scaffolds and work platform erecting and dismantling, including renting of scaffolds and work platforms;	
		Erection of chimneys and industrial ovens	
45.3	Building installation		45300000
	45.31	Installation of electrical wiring and fittings	45310000
		Installation in buildings or other construction projects of:	
		electrical wiring and fittings	
		telecommunications systems	
		electrical heating systems	
		residential antennas and aerials	
		fire alarms	
		burglar alarm systems	
		lifts and escalators	
		lightning conductors, etc.	
	45.32	Insulation work activities	45320000
		Installation in buildings or other construction projects of thermal, sound or vibration insulation	
	45.33	Plumbing	45330000
		Installation in buildings or other construction projects of:	
		plumbing and sanitary equipment	
		gas fittings	
		heating, ventilation, refrigeration or air conditioning equipment and ducts	

		sprinkler systems	
45.34	Other building installation	Installation of illumination and signalling systems for roads, railways, airports and harbours	45340000
		Installation in buildings or other construction projects of fittings and fixtures n.e.c	
45.4	Building completion		45400000
45.41	Plastering	Application in buildings or other construction projects of interior and exterior plaster or stucco, including related lathing materials	45410000
45.42	Joinery installation	Installation of non self-manufactured doors, windows, door and window frames, fitted kitchens, staircases, shop fittings and the like, of wood or other materials	45420000
		Interior completion such as ceilings, wooden wall coverings, movable partitions, etc.	
45.43	Floor and wall covering	Laying, tiling, hanging or fitting in buildings or other construction projects of:	45430000
		ceramic, concrete or cut stone wall or floor tiles	
		parquet and other wood floor coverings carpets and linoleum floor coverings carpets and linoleum floor coverings, including of rubber or plastic	
		terrazzo, marble, granite or slate floor or wall coverings	
		wallpaper	
45.44	Painting and glazing	Interior and exterior painting of buildings	45440000
		Painting of civil engineering structures	
		Installation of glass, mirrors etc	

45.45	Other building completion	Installation of private swimming pools steam cleaning, sand blasting and similar activities for building exteriors	45450000
		Other building completion and finishing work n.e.c.	
45.5	Renting of construction or demolition equipment with operator		45500000
45.50	Renting of construction or demolition equipment with operator		45500000

SCHEDULE 3

Regulation 2(2)

CATEGORIES OF SERVICES

Part A			
<i>Category</i>	<i>Services</i>	<i>CPC Reference No</i>	<i>CPV Code</i>
1	Maintenance and repair of vehicles and equipment	6112, 6122, 633, 886	from 50100000 to 50982000 (except for 50310000 to 50324200 and 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Transport by land, including armoured car services and courier services but not including transport of mail and transport by rail	712 (except 71235), 7512, 87304	from 60112000-6 to 60129300-1 (except 60121000 to 60121600, 60122200-1, 60122230-0), and from 64120000-3 to 64121200-2
3	Transport by air but not transport of mail	73 (except 7321)	from 62100000-3 to 62300000-5 (except 62121000-6, 62221000-7)
4	Transport of mail by land, other than by rail, and by air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Telecommunications services	752	from 64200000-8 to 64228200-2, 72318000-7, and from 72530000-9 to 72532000-3
6	Financial services: (a) Insurance services (b) Banking and investment services other than financial	Ex 81, 812, 814	from 66100000-1 to 66430000-3 and from 67110000-1 to 67262000-1

	services in connection with the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments and central bank services		
7	Computer and related services	84	from 50300000-8 to 50324200-4, from 72100000-6 to 72591000-4 (except 72318000-7 and from 72530000-9 to 72532000-3)
8	Research and development services where the benefits accrue exclusively to the contracting authority for its use in the conduct of its own affairs and the services are to be wholly paid for by the contracting authority	85	from 73000000-2 to 73300000-5 (except 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)
9	Accounting, auditing and book-keeping services	862	from 74121000-3 to 74121250-0
10	Market research and public opinion polling services	864	from 74130000-9 to 74133000-0, and 74423100-1, 74423110-4
11	Management consultancy services and related services, but not arbitration and conciliation services	865, 866	from 73200000-4 to 73220000-0, from 74140000-2 to 74150000-5 (except 74142200-8), and 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
12	Architectural services: engineering services and integrated engineering services: urban planning and landscape architectural services: related scientific and technical consulting services: technical testing and analysis services	867	from 74200000-1 to 74276400-8, and from 74310000-5 to 74323100-0, and 74874000-6
13	Advertising services	871	from 74400000-3 to 74422000-3 (except 74420000-9 and 74421000-6)
14	Building-cleaning services and property management services	874, 82201 to 82206	from 70300000-4 to 70340000-6, and 74710000-9 to 74760000-4
15	Publishing and printing services on a fee or contract basis	88442	from 78000000-7 to 78400000-1

16	Sewerage and refuse disposal service: sanitation and similar services	94	from 90100000-8 to 903200000-6, and 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0
----	---	----	--

Part B

<i>Category</i>	<i>Services</i>	<i>CPC Reference No.</i>	<i>CPV Code</i>
17	Hotel and restaurant services	64	from 55000000-0 to 55524000-9, and from 93400000-2 to 93411000-2
18	Transport by rail	711	60111000-9, and from 60121000-2 to 60121600-8
19	Transport by water	72	from 61000000-5 to 61530000-9, and from 63370000-3 to 63372000-7
20	Supporting and auxiliary transport services	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, from 63000000-9 to 63600000-5 (except 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), and 74322000-2, 93610000-7
21	Legal services	861	from 74110000-3 to 74114000-1
22	Personnel placement and supply services	872	from 74500000-4 to 74540000-6 (except 74511000-4), and from 95000000-2 to 95140000-5
23	Investigation and security services, other than armoured car services	873 (except 87304)	from 74600000-5 to 74620000-1
24	Education and vocational health services	92	from 80100000-5 to 80430000-7
25	Health and social services	93	74511000-4, and from 85000000-9 to 85323000-9 (except 85321000-5 and 85322000-2)
26	Recreational, cultural and sporting services	96	from 74875000-3 to 74875200-5, and from 92000000-1 to 92622000-7 (except 92230000-2)
27	Other services		

SCHEDULE 4

Regulations 2(1) and 4(4)

EXTENSION TO NON-MEMBER STATES

<i>Relevant States</i>	<i>Agreement with the European Union which extends the provisions relating to public procurement to the relevant State</i>	<i>Statutory provisions designating the agreements as European Treaties</i>
1	2	3
1. Bulgaria	Europe Agreement(a)	S.I. 1994/758.
2. Iceland	European Economic Area Agreement(b)	European Economic Area Act 1993(c), section 1.
3. Liechtenstein	European Economic Area Agreement	European Economic Area Act 1993, section 1.
4. Norway	European Economic Area Agreement	European Economic Area Act 1993, section 1.
5. Romania	Europe Agreement(d)	S.I. 1994/760.

SCHEDULE 5

Regulation 8(5)

GOODS FOR THE PURPOSES OF THE THRESHOLDS

The goods for the purpose of regulation 8(5) are those specified in the following chapters for the Customs Co-operation Council Nomenclature (CCCN).

Chapter 25:	Salt; sulphur; earths and stone, plastering materials, lime and cement
Chapter 26:	Metallic ores, slag and ash
Chapter 27:	Mineral fuels, mineral oils and products of their distillation, bituminous substances; mineral waxes except: ex 27.10: special engine fuels
Chapter 28:	Inorganic chemicals, organic and inorganic compounds of precious metals, of rare-earth metals, of radioactive elements and of isotopes except: ex 28.09: explosives ex 28.13: explosives ex 28.14: tear gas ex 28.28: explosives ex 28.32: explosives ex 28.39: explosives ex 28.50: toxic products ex 28.51: toxic products ex 28.54: explosives
Chapter 29:	Organic chemicals

(a) OJ No L358, 31.12.94, p.2.

(b) Cmnd 2073 as adjusted by the Protocol signed in Brussels on 17th March 1993 (Cmnd 2183).

(c) 1993 c.51.

(d) OJ No L357, 31.12.94,p.2.

	except:
	ex 29.03: explosives
	ex 29.04: explosives
	ex 29.07: explosives
	ex 29.08: explosives
	ex 29.11: explosives
	ex 29.12: explosives
	ex 29.13: toxic products
	ex 29.14: toxic products
	ex 29.15: toxic products
	ex 29.21: toxic products
	ex 29.22: toxic products
	ex 29.23: toxic products
	ex 29.26: explosives
	ex 29.27: toxic products
	ex 29.29: explosives
Chapter 30:	Pharmaceutical products
Chapter 31:	Fertilisers
Chapter 32:	Tanning and dyeing extracts, tannings and their derivatives, dyes, colours, paints and varnishes, putty, fillers and stoppings, inks
Chapter 33:	Essential oils and resinoids, perfumery, cosmetic or toilet preparations
Chapter 34:	Soap, organic surface-active agents, washing preparations, lubricating preparations, artificial waxes, prepared waxes, polishing and scouring preparations, candles and similar articles, modelling pastes and 'dental waxes'
Chapter 35:	Albuminoidal substances, glues, enzymes
Chapter 37:	Photographic and cinematographic goods
Chapter 38:	Miscellaneous chemical products, except: ex 38.19: toxic products
Chapter 39:	Artificial resins and plastic materials, celluloses esters and ethers, articles thereof, except: ex 39.03 explosives
Chapter 40:	Rubber, synthetic rubber, factice, and articles thereof, except: ex 40.11: bullet-proof tyres
Chapter 41:	Raw hides and skins (other than furskins) and leather
Chapter 42:	Articles of leather, saddlery and harness, travel goods, handbags and similar containers, articles of animal gut (other than silkworm gut)
Chapter 43:	Furskins and artificial fur, manufactures thereof
Chapter 44:	Wood and articles of wood, wood charcoal
Chapter 45:	Cork and articles of cork
Chapter 46:	Manufactures of straw of esparto and of other plaiting materials, basketware and wickerwork
Chapter 47:	Paper-making material
Chapter 48:	Paper and paperboard, articles of paper pulp, of paper or of paperboard
Chapter 49:	Printed books, newspapers, pictures and other products of the printing industry, manuscripts, type-scripts and plans
Chapter 65:	Headgear and parts thereof
Chapter 66:	Umbrellas, sunshades, walking-sticks, whips, riding-crops and parts thereof
Chapter 67:	Prepared feathers and down and articles made of feathers or of down, artificial flowers, articles of human hair

Chapter 68:	Articles of stone, of plaster, of cement, of asbestos, of mica and of similar materials
Chapter 69	Ceramic products
Chapter 70:	Glass and glassware
Chapter 71:	Pearls, precious and semi-precious stones, precious metals, rolled precious metals, and articles thereof; imitation jewellery
Chapter 73:	Iron and steel and articles thereof
Chapter 74:	Copper and articles thereof
Chapter 75:	Nickel and articles thereof
Chapter 76:	Aluminium and articles thereof
Chapter 77:	Magnesium and beryllium and articles thereof
Chapter 78:	Lead and articles thereof
Chapter 79:	Zinc and articles thereof
Chapter 80:	Tin and articles thereof
Chapter 81:	Other base metals employed in metallurgy and articles thereof
Chapter 82:	Tools, implements, cutlery, spoons and forks, of base metal, parts thereof, except: ex 82.05: tools ex 82.07: tools, parts
Chapter 83:	Miscellaneous articles of base metal
Chapter 84:	Boilers, machinery and mechanical appliances, parts thereof, except: ex 84.06: engines ex 84.08: other engines ex 84.45: machinery ex 84.53: automatic data-processing machines ex 84.55 parts of machines under heading No 84.53 ex 84.59: nuclear reactors
Chapter 85:	Electrical machinery and equipment, parts thereof, except: ex: 85.13: telecommunication equipment ex: 85.15: transmission apparatus
Chapter 86:	Railway and tramway locomotives, rolling-stock and parts thereof, railway and tramway tracks fixtures and fittings, traffic signalling equipment of all kinds (not electrically powered), except: ex 86.02: armoured locomotives, electric ex 86.03: other armoured locomotives ex 86.05: armoured wagons ex 86.06 repair wagons ex 86.07 wagons
Chapter 87:	Vehicles, other than railway or tramway rolling-stock, and parts thereof, except: ex 87.08: tanks and other armoured vehicles ex 87.01: tractors ex 87.02: military vehicles ex 87.03: breakdown lorries ex 87.09: motorcycles ex 87.14: trailers
Chapter 89:	Ships, boats and floating structures, except: ex 89.01A: warships
Chapter 90:	Optical, photographic, cinematographic, measuring, checking, precision,

	medical and surgical instruments and apparatus, parts thereof, except: ex 90.05: binoculars ex 90.13: miscellaneous instruments, lasers ex 90.14: telemeters ex 90.28: electrical and electronic measuring instruments ex 90.11: microscopes ex 90.17: medical instruments ex 90.18: mechano-therapy appliances ex 90.19: orthopaedic appliances ex 90.20: X-ray apparatus
Chapter 91:	Manufacture of watches and clocks
Chapter 92:	Musical instruments, sound recorders or reproducers, television image and sound recorders or reproducers, parts and accessories of such articles
Chapter 94:	Furniture and parts thereof, bedding, mattresses, mattress supports, cushions and similar stuffed furnishings, except: ex 94.01A: aircraft seats
Chapter 95:	Articles and manufactures of carving or moulding material
Chapter 96:	Brooms, brushes, powder-puffs and sieves
Chapter 98:	Miscellaneous manufactured articles

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SCHEDULE 6

Regulation 23(4)(j)

PROFESSIONAL OR TRADE REGISTERS

PUBLIC SERVICES CONTRACTS

1. In relation to procedures for the award of a public services contract, the following are the appropriate professional or trade registers for the purposes of regulation 23(4)(j)—

in Austria, the Firmenbuch, Gewerberegister or Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern;

in Belgium, the Registre du commerce/Handelsregister or the orders professionnels/beroepsorden;

in Denmark, the Erhvervs- og Selskabsstyrelsen;

in Finland, the Kaupparekisteri or Handelsregistret;

in France, the Registre du commerce et des sociétés and the Répertoire des métiers;

in Germany, the Handelsregister, the Handwerksrolle, the Vereinsregister, Partnerschaftsregister or the Mitgliedsverzeichnisse de Berufskammern der Ländern;

in Iceland, the Firmaskrá or Hlutfélagaskrá;

in Italy, the Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato, the Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato or the Consiglio nazionale degli ordini professionali;

in Luxembourg, the Registre aux firmes and the Rôle de la chambre des métiers;

in the Netherlands, the Handelsregister;

in Norway, the Foretaksregisteret;

in Portugal, the Registo nacional das Pessoas Colectivas;

in Spain, the Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda ; and

in Sweden, the aktiebolags, handels- eller föreningsregistren.

PUBLIC WORKS CONTRACTS

2. In relation to procedures for the award of a public works contract the following are the appropriate professional or trade registers for the purposes of regulation 23(4)(j)—

in Austria, the Firmenbuch, the Gewerberegister, the Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern;

- in Belgium, the Registre du commerce/Handelsregister;
- in Denmark, the Erhvervs-og Selskabsstyrelsen;
- in Finland, the Kaupparekisteri/Handelsregistret;
- in France, the Registre du commerce et des sociétés or the Répertoire des métiers;
- in Germany, the Handelsregister and the Handwerksrolle;
- in Greece, the Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ΜΕΕΠ of the Ministry for Environment, Town and Country Planning and Public Works (ΥΠΕΧΩΔΕ);
- in Iceland, the Firmaskrá
- in Italy, the Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato;
- in Luxembourg, the Registre aux firmes and the Rôle de la chambre des métiers;
- in the Netherlands, the Handelsregister;
- in Norway, the Foretaksregisteret;
- in Portugal, the Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) (CAEOPP);
- in Spain, the Registro Oficial de Empresas Clasificadas del Ministerio de Hacienda; and
- in Sweden, aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren.

PUBLIC SUPPLY CONTRACTS

3. In relation to procedures for the award of a public supply contract the following are the appropriate professional or trade registers for the purposes of regulation 23(4)(j)—

- in Austria, the Firmenbuch, the Gewerberegister, the Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern;
- in Belgium, the Registre du commerce/Handelsregister;
- in Denmark, the Erhvervs-og Selskabsstyrelsen;
- in Finland, the Kaupparekisteri/Handelsregistret;
- in France, the Registre du commerce et des sociétés or the Répertoire des métiers;
- in Germany, the Handelsregister and the Handwerksrolle;
- in Greece, the Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο;
- in Iceland, the Firmaskrá;

in Italy, the Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato and Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato;

in Luxembourg, the Registre aux firmes and the Rôle de la chambre des métiers;

in Norway, the Foretaksregisteret;

in the Netherlands, the Handelsregister;

in Portugal, the Registo Nacional das Pessoas Colectivas;

in Spain, the Registro Mercantil; and

in Sweden, aktiebolags-, handels- eller föreningsregistren.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SCHEDULE 7

Regulation 48

CONSEQUENTIAL AMENDMENTS, REPEALS AND
REVOCATIONS

PART 1

CONSEQUENTIAL AMENDMENTS

ENACTMENTS

Greater London Authority Act 1999

1.—(1) Section 360 of the Greater London Authority Act 1999(a) (interpretation of sections 353 to 359) shall be amended as follows.

(2) In section 360(2), for the definition of “the public procurement regulations” there shall be substituted—

““the public procurement regulations” means either the Public Contracts Regulations 2006 or the Utilities Contracts Regulations 2006,”.

(3) For section 360(3), there shall be substituted—

“ (3) “First information notice”, in relation to the awarding of a waste contract by a waste authority, means—

- (a) in a case where the authority is required in the awarding of that contract to comply with the Public Contracts Regulations 2006, a notice in respect of that contract sent to the Official Journal of the European Union in compliance with regulation 11: or
- (b) in a case where the authority is required in the awarding of that contract to comply with the Utilities Contracts Regulations 2006, a notice in respect of that contract sent to the Official Journal of the European Union in compliance with regulation 15.”.

(4) For section 360(4), there shall be substituted—

“(4) “Second information notice” in relation to the awarding of a waste contract by a waste authority, means—

- (a) in a case where the authority is required in the awarding of that contract to comply with the Public Contracts Regulations 2006, a notice in respect of that contract sent to the Official Journal of the European Union in compliance with regulation 15, 16, 17 or 18; or
- (b) in a case where the authority is required in the awarding of that contract to comply with the Utilities Contracts Regulations 2006, a notice in respect of that contract sent to the Official Journal of the European Union which in accordance with regulation 16(2)(b) satisfies the requirement of regulation 16(1) to make a call for competition.”.

(a) 1999 c.29.

INSTRUMENTS

Schools Forums (England) Regulations 2002

2. In regulation 8 of the Schools Forums (England) Regulations 2002(a), for the words from “either” to the end of the regulation there shall be substituted—

“the estimated value of the proposed contract is not less than the threshold which applies to the relevant authority for that proposed contract pursuant to regulation 8 of the Public Contracts Regulations 2006.”

Service Charges (Consultation Requirements)(England) Regulations 2003

3. In regulation 2 of the Service Charges (Consultation Requirements)(England) Regulations 2003(b) (interpretation), for the definition of “public notice” there shall be substituted—

““public notice” means notice published in the Official Journal of the European Union pursuant to the Public Contracts Regulations 2006;”

Schools Forums (Wales) Regulations 2003

4. In regulation 9(1) of the Schools Forums (Wales) Regulations 2003(c), for the words from “either” to the end of the paragraph there shall be substituted—

“the estimated value of the proposed contract is not less than the threshold which applies to the relevant authority for that proposed contract pursuant to regulation 8 of the Public Contracts Regulations 2006.”

Service Charges (Consultation Requirements) (Wales) Regulations 2004

5. In regulation 2 of the Service Charges (Consultation Requirements) (Wales) Regulations 2004(d) (interpretation), for the definition of “public notice” there shall be substituted—

““public notice” (“hysbysiad cyhoeddus”) means notice published in the Official Journal of the European Union pursuant to the Public Contracts Regulations 2006.”

PART 2

REPEALS AND REVOCATIONS

ENACTMENTS

European Economic Area Act 1993

6. In paragraph 3 of the Schedule to the European Economic Area Act 1993(e) (limitations on the application of section 2(1)), sub-paragraphs (e) and (f) shall cease to have effect.

(a) S.I. 2002/2114, to which there are amendments not relevant to these Regulations.
 (b) S.I. 2003/1987, to which there are amendments not relevant to these Regulations.
 (c) S.I. 2003/2909.
 (d) S.I. 2004/684, to which there are amendments not relevant to these Regulations.
 (e) 1993c.51.

INSTRUMENTS

<i>Title</i>	<i>Number</i>	<i>Extent of revocation</i>
1	2	3
Public Works Contracts Regulations 1991	S.I. 1991/2680	The whole Regulations.
Public Services Contracts Regulations 1993	S.I. 1993/3228	The whole Regulations.
Public Supply Contracts Regulations 1995	S.I. 1995/201	The whole Regulations.
Local Government (Translation Amendments)(Scotland) Order 1996	S.I. 1996/974	Paragraphs 9 and 11 of Schedule 1.
Secretary of State for Culture, Media and Sport Order 1997	S.I. 1997/1744	Paragraph 5 of the Schedule.
Competition Act 1998 (Competition Commission) Transitional, Consequential and Supplemental Provisions Order 1999	S.I. 1999/506	Article 35.
Scotland Act 1998 (Consequential Modifications)(No. 1) Order 1999	S.I. 1999/1042	Paragraphs 20, 21 and 22 of Schedule 1 and paragraph 13 of Schedule 2.
Scotland Act 1998 (Consequential Modifications)(No. 2) Order 1999	S.I. 1999/1820	Paragraphs 148, 153 and 156 of Schedule 2.
Greater London Authority Act 1999 (Consequential Amendments of Subordinate Legislation)(Fire etc Authority) Order 2000	S.I. 2000/1553	Paragraphs 5, 6 and 8 of the Schedule.
Public Contracts (Works, Services and Supply)(Amendment) Regulations 2000	S.I. 2000/2009	The whole Regulations.
Postal Services Act 2000 (Consequential Modifications No. 1) Order 2001	S.I. 2001/1149	Paragraphs 100 and 106 of Schedule 1.
Nursing and Midwifery Order 2001 (Consequential Amendments) Order 2002	S.I. 2002/881	Paragraph 11 of the Schedule.
Public Contracts (Works, Services and Supply) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2003	S.I. 2003/46	The whole Regulations.
Transport for London (Consequential Provisions) Order 2003	S.I. 2003/1615	Paragraph 50 of Schedule 1.
Fire and Rescue Services Act 2004 (Consequential Amendments) (England) Order 2004	S.I. 2004/3168	Articles 24, 31 and 33.
Fire and Rescue Services Act 2004 (Consequential Amendments) (Wales) Order 2005	S.I. 2005/2929	Articles 25, 31 and 33.



ภาคผนวก ค (Appendix C)

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



กฎหมายร่วมดำเนินการของประเทศฝรั่งเศส

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ORDER
Order No. 2004-559 of 17 June 2004 on partnership contracts

NOR: ECOX0400035R

Version consolidated on 30 July 2008

The President of the French Republic,

Following the report of the Prime Minister and the *Ministre d'Etat*, Minister of the Economy, Finance and Industry,

Having regard to the Constitution, in particular Article 38;

Having regard to Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts;

Having regard to the Penal Code;

Having regard to the Local Authority Code;

Having regard to the Public Health Code;

Having regard to the Labour Code;

Having regard to the Administrative Justice Code;

Having regard to the Public Domain Code;

Having regard to the Monetary and Financial Code;

Having regard to the General Tax Code;

Having regard to Law No. 85-704 of 12 July 1985 as amended relating to public works management and its relation to private project management;

Having regard to Law No. 2003-591 of 2 July 2003 giving the Government authority to simplify the law, in particular Article 6;

After consulting the Council of State [*Conseil d'Etat*];

After consulting the Council of Ministers [*conseil des ministres*],

TITLE I: PARTNERSHIP CONTRACTS BY THE STATE AND STATE-RUN ENTITIES.

Article 1

Amended by Law No 2009-179 of 17 February 2009 – Art. 14

Amended by Law No 2009-179 of 17 February 2009 – Art. 15

I. - A partnership contract is an administrative contract under which the State or a State-run entity entrusts to a third party, for a period set according to investment amortization or agreed financing terms, a comprehensive project related to the construction or conversion, upkeep, maintenance, operation or management of works, equipment or intangible assets necessary to public service, as well as to the total or partial financing of the latter, with the exception of any form of equity financing.

It may also have as its object all or a part of the design of such works, equipment or intangible assets as well as the provision of services for which the public body is responsible under its public sector mission.

II. – The co-contracting party of the public body shall assume the operational responsibility for the works to be carried out. Upon a decision taken by the State, it may be charged with acquiring the property required to carry out the operation, including, as necessary, by exercising its powers of expropriation.

It may be assigned, with its consent, all or a part of the contracts executed by the public body in fulfilling its public sector mission.

The co-contracting party shall receive payment from the public body throughout the term of the contract. Payment shall be tied to performance objectives assigned to the co-contracting party.

A partnership contract may provide for a power of attorney granted by the public body to the co-contracting party to collect, for and on behalf of the former, payments made by the end user for services and due to the public body.

III. – Should a project come under the shared authority of more than one public body, the concerned bodies may designate by agreement one of them to conduct the preliminary needs assessment, lead

the award procedure, sign the contract and, as applicable, monitor its performance. Said agreement shall state the conditions of such a transfer of authority and fix its term.

Article 2

Amended by Law No 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 2

I. – Partnership contracts shall require a preliminary needs assessment, conducted with the assistance of one of the expert bodies created by decree, which states the economic, financial, legal and administrative grounds of the public body's decision to launch an award procedure for such a contract. Each expert body shall determine, in its particular field of competence, a methodology establishing the criteria for the assessment in conditions provided by the minister in charge of the economy. This assessment shall include a comparative analysis of the various options, particularly in terms of total cost exclusive of tax, sharing of risks and performance, as well as sustainable development issues. If in response to an unforeseeable situation, this assessment may be succinct.

II. – partnership contracts may only be signed in those situations where the preliminary needs assessment conclusively shows that:

1° Given the degree of complexity of the project, the public body is not objectively in a position to define unaided and in advance the technical means to meet its needs or to make the financial or legal arrangements for the project;

2° Or that the project is a matter of urgency, involving making up for a delay, detrimental to the general interest, affecting the completion of public facilities or the performance of a public service mission, irrespective of the causes of the delay, or responding to an unforeseeable situation;

3° Or that, given the project characteristics, the requirements of the public service for which the public body is responsible, or the inadequacies and difficulties observed in carrying out comparable projects, resorting to such a contract presents a more favourable balance of advantages versus disadvantages compared to other kinds of public procurement contracts. The criterion of deferred payment shall not alone constitute an advantage.

Article 3

Amended by Law No 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 3

Award procedures for partnership contracts are subject to the principles of free access, equal treatment of candidates and procedural transparency. Such principles ensure efficiency in public procurement and the proper use of public monies.

Such procedures shall be preceded by a contract notice allowing the submission of a number of competitive tenders under those conditions provided by decree.

Article 4

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 4

The following are barred from tendering for partnership contracts:

a) Legal persons who, in the last five years, have received a final conviction for an offence set forth in Articles 222-38, 222-40, 313-1 to 313-3, 314-1 to 314-3, 324-1 to 324-6, 421-2-1, the second subparagraph of Article 421-5, Article 433-1, the second subparagraph of Article 433-2, the eighth

subparagraph of Article 434-9, the second subparagraph of Article 434-9-1, Articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 to 441-7, by the first and second subparagraphs of Article 441-8, Article 441-9, Articles 445-1 and 450-1 of the Penal Code and Article 1741 of the General Tax Code;

b) Legal persons who, in the last five years, have been convicted of an offence set forth in Articles 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1 and L. 8251-1 of the Labour Code and recorded on Form No. 2 of their French criminal record (*bulletin n° 2 du casier judiciaire*);

c) Legal persons in court-ordered liquidation proceedings or placed under bankruptcy reorganization proceedings or having been subject to comparable proceedings under foreign law;

d) Legal persons who, as of 31 December of the year preceding that in which the award procedure was launched, had not submitted the required tax and social security declarations or had not paid the taxes and contributions due as of that date. The list of applicable taxes and contributions is set according to conditions provided by decree;

e) Legal persons convicted under subparagraph 5 of Article 131-39 of the Penal Code.

The provisions of this Article apply to legal person candidates as well as legal persons participating in a candidate group.

Article 5

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 5

Partnership contracts may be awarded under a competitive dialogue, invitation to tender or negotiated procedure as per the conditions contained in Article 7.

If, given the degree of complexity of the project and regardless of the partnership contract eligibility criteria under Article 2 authorising the use of such a contract, the public body is not objectively in a position to define unaided and in advance the technical means to meet its needs or make the financial or legal arrangements for the project, it may elect to proceed by competitive dialogue as per the conditions set forth in paragraph I of Article 7 herein. Its selected procedure shall be stated in the contract notice.

If such is not the case, it shall instruct short-listed candidates to submit a tender as per the conditions contained in paragraphs II and III of Article 7 herein.

Article 6

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 6

The period between the date the public contract notice is sent and the final date to receive tenders shall be at least forty (40) days. It shall appear in the contract notice.

The public body shall compile a short-list of firms and groups of firms having tendered and who are admitted to the dialogue procedure defined in paragraph I of Article 7 or the procedures stated in paragraphs II and III of the same article, as per the selection criteria stated in the contract notice. The number of candidates may not be less than three for the procedures set forth in paragraphs I and III of Article 7, or less than five for the procedure set forth in paragraph II of the same article, subject to a sufficient number of candidates who have not been excluded under Article 4 and who demonstrate the appropriate professional, technical and financial capacities. Upon request by the party concerned, the public body shall provide its grounds for rejecting a candidate.

Article 7

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 7

I. - On the basis of the specifications that it has prepared in order to determine its needs and objectives, the public body shall enter into a dialogue with each of the candidates. The purpose of such a dialogue is to define the technical means and the legal and financial arrangements best suited to satisfy its needs.

The public body may discuss all aspects of the contract with the candidates.

All candidates shall be interviewed on an equal basis. The public body may not provide certain candidates with information which may give them an advantage over others. It may not reveal to other candidates proposed solutions or confidential information communicated by a candidate participating in the dialogue without the latter's consent.

The public body shall continue the dialogue procedure with the candidates until it is able to identify the solution or solutions, if necessary after having compared them, which are most capable of meeting its needs.

It may provide for the discussions to take place in successive phases, at the conclusion of which only those proposals which best meet the criteria contained in the contract notice or the tender procedures shall be selected. The contract notice or tender procedures shall state that this option is to be used.

When the public body deems the dialogue concluded, it shall so inform the candidates who participated in all phases of the award procedure. It shall invite the candidates to submit their final tender on the basis of the solution or solutions presented and specified during the dialogue within a period of not less than one (1) month. It shall state the conditions for contract performance, including those contract provisions which provide for modification, during the term of the contract, of the rights and obligations of the co-contracting party and, where applicable, state the criteria for the contract award contained in the contract notice or the tender procedures. It shall endeavour to maintain true competition throughout this phase.

Such tenders shall include all the elements necessary for contract performance.

The public body may request clarifications, specifications, additional information or fine-tuning concerning the tenders submitted by candidates, as well as confirmation of certain commitments, including financial, contained therein. Such requests may not, however, serve to alter the basic features of the tender or essential terms of the contract, variations in which are likely to distort competition or produce a discriminatory effect.

A payment may be provided under the public contract notice or tender procedures to all candidates or only to those whose tenders are among the most competitive. When the requests of the public body require a significant investment from the candidates participating in the competitive dialogue, such payment shall be mandatory.

II. - Invitation to tender procedures are set by decree.

III. – When the amount of the contract to be performed is less than the threshold amount set by decree, the public body may elect to use a negotiated procedure with publication of a public

contract notice. This procedure shall be freely defined by the public body in the tender procedures, subject to compliance with the provisions of articles 3, 4, 6, 8, 9, 10 and 12.

Article 8

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 1

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 8

I. - The contract is awarded to the candidate submitting the most economically advantageous tender (“best and final offer” ,or BAFO), as per the set criteria, based on the results of the preliminary needs assessment referred to in Article 2 herein, contained in the contract notice or the tender procedures, and as applicable as set forth in the conditions mentioned in Article 7.

Award criteria shall be weighted. If the public body demonstrates that use of such weighting is objectively impossible, the criteria shall be prioritised.

The award criteria must include the overall cost of the tender, performance objectives defined according to the contract purpose, particularly as regards sustainable development, and the portion of the contract that the candidate undertakes to award in turn to small and medium-sized enterprises and self-employed contractors. Overall cost of the tender is intended to mean the sum, in current value, generated by the design, financing, construction or conversion, upkeep, maintenance, operation or management of works, equipment and intangible assets, and the provision of services specified for the term of the contract.

The definition of small and medium-sized enterprises is set by regulation. Other criteria, related to the purpose of the contract, may be selected, including the quality and innovative nature of the tender, turnaround time for the works, equipment or intangible assets and their architectural, aesthetic or functional qualities.

II. – On request by the public body, the candidate identified as having submitted the most advantageous tender (BAFO) may be requested to clarify aspects of its tender or to confirm commitments contained therein. Such requests may not, however, involve changes to the basic features of the tender or essential terms of the contract, variations in which are likely to distort competition or produce a discriminatory effect.

Article 9¹

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 9

As soon as the contract recipient has been selected, the public body shall inform the unsuccessful candidates that their tender was rejected. A standstill period of at least ten (10) days is required between the date of notification of the decision and the date of contract signature.

Should the public body abandon the award procedure, it shall so inform the candidates.

¹ The provisions of this Article shall apply to those contracts for which an award procedure has been launched by 30 November 2009.

In answer to a written request from an unsuccessful candidate, the public body shall respond in writing within fifteen (15) days, stating its grounds for rejecting the tender, the features and advantages of the selected tender and the identity of the contract recipient.

A partnership contract may only be signed by the State or a State-run entity with a public accountant upon approval of the administrative authority under the conditions set by decree, having taken into consideration the effect on public finances and availability of funds.

The contract recipient shall be notified of the contract award prior to commencing any contract performance.

Within thirty (30) days of such notification, the public body shall send a contract award notice for publication to the Official Journal of the European Union. This notice shall conform to the model format set forth in the ministerial order issued by the minister in charge of the economy.

Once signed, partnership contracts and their appendices shall be forwarded to the administrative authority pursuant to conditions set by decree. Use of the information and documents communicated shall be limited to purposes of statistics and economic analysis. Information contained in such contracts which is protected by confidentiality, in particular that of an industrial and trade nature, may not be disclosed.

Article 9²

Amended by Law No. 2009-515 of 7 May 2009 - Art. 22

As soon as the contract recipient has been selected, the public body shall inform the unsuccessful candidates that their tender was rejected. In the event of notification by post, a standstill period of at least sixteen (16) days shall be required between the date in which the award notification letter was sent to the candidates and the date of contract signature. In the event of electronic notification of all candidates, said standstill period shall be reduced to at least eleven (11) days.

Should the public body abandon the award procedure, it shall so inform the candidates.

In answer to a written request from an unsuccessful candidate, the public body shall respond in writing within fifteen (15) days, stating its grounds for rejecting the tender, the features and advantages of the selected tender and the identity of the contract recipient.

A partnership contract may only be signed by the State or a State-run entity with a public accountant upon approval of the administrative authority under the conditions set by decree, having taken into consideration the effect on public finances and availability of funds.

The contract recipient shall be notified of the contract award prior to commencing any contract performance.

Within thirty (30) days of such notification, the public body shall send a contract award notice for publication to the Official Journal of the European Union. This notice shall conform to the model format set forth in the ministerial order issued by the minister in charge of the economy.

Once signed, partnership contracts and their appendices shall be forwarded to the administrative authority pursuant to conditions set by decree. Use of the information and documents

² The provisions of this Article shall apply to those contracts for which an award procedure has been launched starting from 1 December 2009.

communicated shall be limited to purposes of statistics and economic analysis. Information contained in such contracts which is protected by confidentiality, in particular that of an industrial and trade nature, may not be disclosed.

Article 10

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 10

When a public body has received a project proposal by a firm or a group of firms in response to which it plans to enter into a partnership contract, it shall conduct an award procedure pursuant to the conditions set forth in Articles 2 to 9 herein.

Save if the firm(s) involved in proposing the project come(s) under one of the categories of exclusion contained in Article 4, and assuming the appropriate technical, professional and financial capacities, it/they shall be allowed to participate in the procedure contained in Article 7 herein.

Any communication to the public body of an innovative idea which results in the launch of a partnership contract procedure may give rise to a lump sum payment.

Article 11

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 1
Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 11

A partnership contract shall contain the following clauses related to:

- a) Term of the contract;
- b) Conditions for sharing risks between the public body and co-contracting party;
- c) Performance objectives assigned to the co-contracting party, including the quality of services provided, quality of the works, equipment or intangible assets, conditions under which they are made available to the public body and, where applicable, the level of attendance;
- d) Payment of the co-contracting party, taking into account and distinguishing, for calculation purposes, investment costs -including the costs related to assessment and design, ancillary construction costs and interests during construction -, operating and financing costs and, where applicable, receipts that the co-contracting party has been authorised to obtain in managing the public domain, works, equipment or intangible assets, in activities which are unrelated to the public service missions carried out by the public body and which are not detrimental thereto, the grounds and terms under which payment may be modified throughout the contract term and method of payment, including those conditions under which, on an annual basis, the amounts owed by the public body to its co-contracting party and those which the latter owes in the form of penalties or sanctions, shall be compensated;
- d) (i) Conditions under which, pursuant to Article L. 313-29-1 of the Monetary and Financial Code, the public body shall certify that the investments have been made as per contract stipulations;
- e) Duties imposed on the co-contracting party to ensure the proper use of works, equipment and intangible assets for the public service for which the public body is responsible, and compliance with public service requirements;

f) Method by which the public body shall monitor contract performance, in particular compliance with performance objectives, including those involving sustainable development, and the conditions under which the co-contracting party may contract out to other firms in performing the contract, including the conditions requiring it to award a part of the contract to small and medium-sized enterprises and self-employed contractors.

The co-contracting party to the partnership contract shall furnish any provider acting as a subcontractor who so requests it a financial institution guarantee ensuring payment of sums due to the requesting provider. Such providers shall be paid no later than the deadline set by regulation;

g) Sanctions and penalties applicable to the co-contracting party's failure to perform its duties, including meeting performance objectives;

h) Conditions under which, either by contract amendment or, in the absence of agreement, by unilateral decision by the public body, modifications may be introduced to certain aspects of the contract or its termination initiated, particularly in light of the evolving needs of the public body, technological innovations or changes in the financing terms obtained by the co-contracting party;

i) The amount of control exercised by the public body over the partial or total assignment of the contract;

j) The conditions under which, in the event of default by the co-contracting party, continuing public service is assured, particularly if the contract is declared terminated;

k) Consequences of contract discharge, whether anticipatory or at term, in particular the ownership of works, equipment and intangible assets;

l) Conditions related to the prevention and settlement of disputes and those conditions under which disputes may be referred to arbitration, governed by French law.

Article 12

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 1

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 12

When all or a part of the design of works, equipment or intangible assets has been assigned to a co-contracting party, the following provisions shall apply:

a) The conditions of contract performance set by the contracting public body shall include the requirement to designate a project management team in charge of the design of the works, equipment and intangible assets and to monitor their completion;

b) For building projects, tenders must include construction documents;

c) Contract award criteria must include the overall quality of the works, equipment or intangible assets.

Should the public body only assign the co-contracting party a part of the design of the works, the former may itself, in derogation of the definition of the basic mission set forth in the fourth paragraph of Article 7 of the Law of 12 July 1985 relating to public works management and its

relationship to private project management, hire a project management team for the part of the design over which it retains responsibility.

Article 12-1

Added by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 13

The co-contracting party to the partnership contract shall submit an annual report to the public body for contract implementation monitoring purposes.

Article 13

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 14

I. - When a contract involves occupation of a public domain, it shall be deemed authorisation to occupy said domain throughout the term of the contract. Unless otherwise stipulated therein, the co-contracting party to the contract shall enjoy property rights over the works and equipment it provides. Such rights shall confer upon the holder the prerogatives and duties of an owner, in the conditions and subject to the limits defined by the contract provisions intended to guarantee the integrity and use of the public domain.

If the co-contracting party to the partnership contract has been authorised to generate value from a part of the domain of the public body through such a contract, the latter shall, where applicable, delimit the property belonging to the public domain. The public body may authorise the co-contracting party to grant leases under private law, including construction and long-term leases, on the property belonging to the private domain, and to establish thereupon all forms of property rights for limited periods. The consent of the public body must be expressly given in writing for each of the leases entered into by the co-contracting party to the partnership contract. With the public body's consent, these leases or rights may be granted for a term exceeding that of the partnership contract.

TITLE III: MISCELLANEOUS PROVISIONS.

Article 19

Amended by Law No. 2008-735 of 28 July 2008 - Art. 15

Title I and Articles 25-1, 26 and 27 herein shall apply to State-run health entities [*établissements publics de santé*] and cooperative health structures with public legal status [*structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique*], as well as to those private or public institutions [*organismes de droit privé ou public*] set forth in Article 124-4 of the Social Security Code. The provisions of the fourth paragraph of Article 9, however, shall not apply.

Chapter III of Law No. 2008-735 of 28 July 2008 related to partnership contracts shall also apply.

Article 25

Amended by Law No. 2009-179 of 17 February 2009 - Art. 16

Title I and Articles 25-1, 26 and 27 herein shall apply to those contracting authorities referred to in Article 3, paragraph 1, subparagraphs 1 and 4 of Order No. 2005-649 of 6 June 2005 related to contracts awarded by certain public or private bodies which are not subject to the Public Procurement Code, to contracting entities mentioned in Article 4 of said Order as well as to public interest groups (*groupements d'intérêt public*). The provisions of the fourth paragraph of Article 9, however, shall not apply.

Chapter III of Law No. 2008-735 of 28 July 2008 relating to partnership contracts shall also apply.

For those contracts involving an amount equal to or in excess of a threshold set by decree, the contracting entities set out in Article 4 of the aforementioned Order 2005-649 of 6 June 2005 may also opt to use the negotiated competitive bidding procedure preceded by a contract notice under those conditions defined by the *Conseil d'Etat* decree referred to in Article 12 of said Order for the contracting entities.

In the event the contract amount involved is less than the threshold referred to in the previous paragraph, such contracting entities may opt to use the negotiated procedure specified in paragraph III of Article 7 of this Order.

Article 25-1

Added by Law No. 2009-179 of 17 February 2009 - Art. 17

In order to establish neutrality under the various options in public procurement, projects eligible for subsidies, royalties and other forms of financial investment, when carried out pursuant to Law No. 85-704 of 12 July 1985 relating to public works management and its relationship to private project management, shall be eligible for those same subsidies, royalties and other forms of financial investment if carried out hereunder.

The terms and schedule of payment of such subsidies, royalties and other forms of financial investment may be adapted to the term of the partnership contract.

Article 30

The Prime Minister, the *ministre d'Etat*, Minister of the Economy, Finance and Industry, the Minister of the Interior, Internal Security and Local Freedoms, the Keeper of the Seals, Minister of Justice, the Minister of Defence, the Minister for Health and Social Protection, the Minister for Infrastructure, Transport, Regional Planning, Tourism and the Sea, the Minister for the Civil Service and State Reform and the Minister for Culture and Communication are individually responsible in their respective areas for the implementation of this Order, which shall be published in the Official Journal of the French Republic.

By the President of the French Republic:

Jacques Chirac

Prime Minister,

Jean-Pierre Raffarin

Minister of the Economy, Finance and Industry,

Nicolas Sarkozy

Minister of the Interior,

Internal Security and Local Freedoms,

Dominique de Villepin

Keeper of the Seals, Minister of Justice,

Dominique Perben

Minister of Defence,

Michèle Alliot-Marie

Minister for Health and Social Protection,

Philippe Douste-Blazy

Minister for Infrastructure, Transport,

Regional Planning,

Tourism and the Sea,

Gilles de Robien

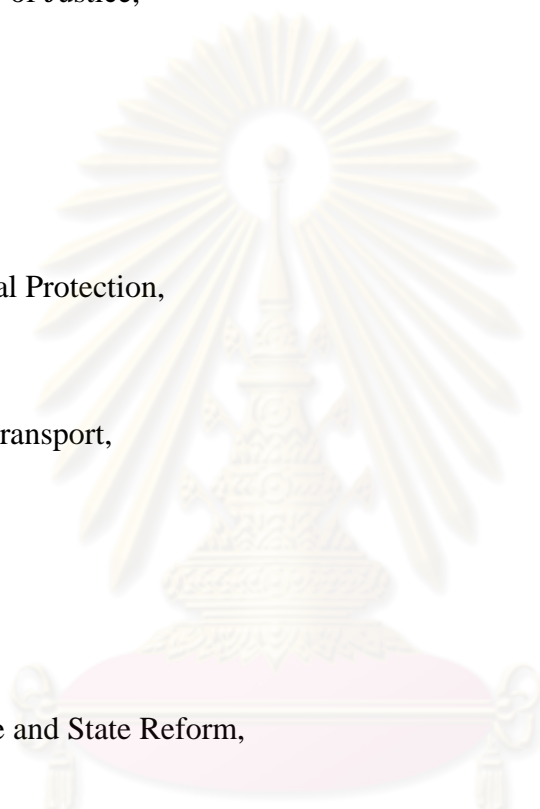
Minister for the Civil Service and State Reform,

Renaud Dutreil

Minister for Culture

and Communication,

Renaud Donnedieu de Vabres



ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ	นายกุลศักดิ์ ช่วยชู
วุฒิการศึกษา	วิทยาศาสตรบัณฑิต สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหาร ลาดกระบัง นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 60
สถานที่ทำงาน	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย