

การกำหนดคุณสมบัติของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชน
ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562



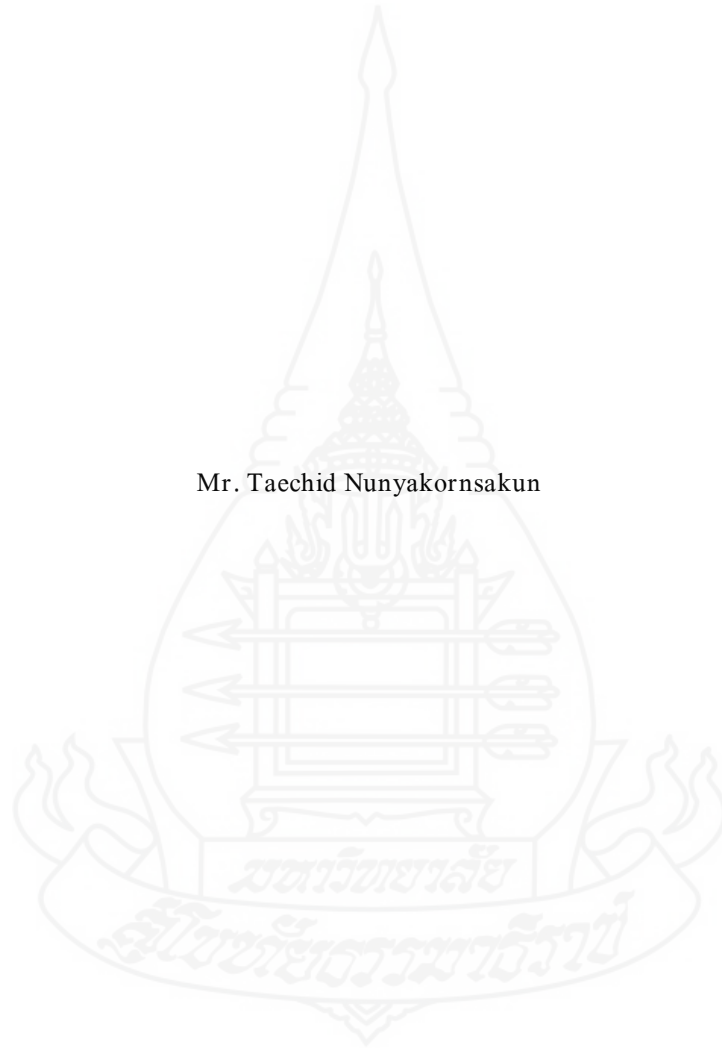
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2563

Pre-qualifications of Private Parties
under the Public Private Partnership Act B.E. 2562

Mr. Taechid Nunyakornsakun



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law
School of Laws
Sukhothai Thammathirat Open University

2020

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ชื่อและนามสกุล นายเดชิต นันยากรสกุล


วิชาเอก กฎหมายมหาชน

สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2564

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ภานินี กิจพ่อคำ)



(รองศาสตราจารย์วรุฒิ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา ค้นคว้ออิสระ การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ผู้ศึกษา นายเดชิต นันยากรสกุล รหัสนักศึกษ 2624000689 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ

ปีการศึกษา 2563

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้ออิสระฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับบริการสาธารณะ รวมถึงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (2) เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งของประเทศไทยและในต่างประเทศ (3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (4) เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

การศึกษาค้นคว้ออิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร โดยทำการศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้จกตำรา บทความทางวิชาการ งานวิจัย และ ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง จากนั้นนำข้อมูลที่ได้ทั้งหมดมาวิเคราะห์ แล้วจัดทำบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

จากการศึกษาพบว่า (1) รัฐมีภารกิจหลักในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคม โดยในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐอาจดำเนินการเองหรือมอบหมายให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนด้วยก็ได้ (2) ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เพื่อกำหนดขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอันเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นการกิจของรัฐ และเพื่อมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชน รวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้กันทั่วไปในประเทศต่าง ๆ เช่นเดียวกัน (3) การกำหนดและพิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในสัญญาร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นลักษณะเชิงกระบวนการ โดยไม่มีปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (4) ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมหลักการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาในสัญญาร่วมลงทุนให้สอดคล้องกับความเป็นไปได้ของโครงการ เช่น คุณสมบัติด้านเทคนิค การเงิน และประสิทธิภาพ และเห็นสมควรให้เพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “เอกชนคู่สัญญา” ให้หมายความรวมถึงเอกชนรายอื่นที่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนในภายหลังไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ แล้วแต่กรณี ซึ่งคู่สัญญาใหม่ก็จะต้องมีคุณสมบัติที่สอดคล้องกับความเป็นไปได้ของโครงการตามที่ได้กำหนดไว้เบื้องต้นด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ คุณสมบัติเบื้องต้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ร่วมลงทุน เปลี่ยนตัวคู่สัญญา

Independent Study title: Pre-qualifications of Private Parties under the Public Private Partnership Act B.E. 2562

Author: Mr. Taechid Nunyakornsakul; **ID:** 2624000689; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study advisor: Siripan Pholrob, Associate Professor; **Academic year:** 2020

Abstract

The purposes of this independent study are (1) to study the concepts, theories and principles related to public services and public-private partnership between the public and private sectors (2) to study the laws related to public-private partnership between the public and private sectors and other relevant laws of Thailand and other countries (3) to study and analyze the legal issues related to the imposing of private parties' pre-qualifications along with conditions of private parties' substitution in partnership contracts (4) to suggest solutions to problems concerning the imposing of private parties' pre-qualifications along with conditions of private parties' substitution in partnership contracts.

This independent study is based on a qualitative research, especially documentary research focusing on legal provisions. Other sources of data are textbooks, academic articles, and researches. The data is then analyzed before a conclusion is reached and recommendations are identified.

The results of the study found that (1) the government is responsible for maintaining the public order and providing public services to fulfill the public interest. Regarding public services, the government may conduct such affairs by itself or let private sectors join in as a public-private partnership (2) Thailand has enacted the Public Private Partnership Act B.E. 2562 to specify scopes of public services and infrastructures to be proceeded under such law and also to create the opportunities for the public party to receive knowledge, professionalism and innovation from private parties. The concept of such law has been applied in many countries as well (3) pre-qualifications of private parties and the condition of private parties' substitution in the Public Private Partnership Act B.E. 2562 are now just merely procedural means, which do not clearly appear in the Act (4) the researcher recommends that there should be a clear description of private parties' pre-qualifications and conditions of private parties' substitution in the Project Feasibility Study, such as, technical, financial and experienced proficiency. Besides, there should be an additional definition of the word "private parties" to include the substituted party, who steps in and replace the former private parties, in order to keep such substituted party under the same pre-qualifications as specified in the Project Feasibility Study.

Keywords: pre-qualifications, private parties, public-private partnership, substitution

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระ เรื่องคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงตามที่มุ่งหมายไปได้ด้วยความช่วยเหลือและความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ ซึ่งกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาค้นคว้าอิสระ โดยท่านคอยให้ คำปรึกษาและคำแนะนำด้านการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ ตลอดจนคำแนะนำแนวทางการศึกษาด้าน อื่น ๆ อีกทั้งยังคอยช่วยตรวจสอบและชี้แนะแนวทางในการแก้ไขร่างการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มา โดยตลอด ผู้ศึกษาจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ โอกาสนี้ นอกจากนี้ ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ และ รองศาสตราจารย์ภาณี กิจพ้อคำ ผู้เป็นกรรมการสอบการศึกษา ค้นคว้าอิสระที่สละเวลารับเป็นกรรมการสอบ พร้อมทั้งช่วยกรุณาให้คำชี้แนะในการจัดทำการศึกษาค้นคว้า อิสระฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ครบถ้วนยิ่งขึ้น ตลอดจนคณาจารย์ทุกท่านที่มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช ที่ได้สอนและถ่ายทอดความรู้ให้แก่ผู้ศึกษา และเจ้าหน้าที่ทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ ด้วยดี ตลอดมา

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ นายอุทัย นันยากรสกุล และคุณแม่ นางสาวสุนิสา นิมิตรพงศ์ ตลอดจนเพื่อน ๆ ที่ร่วมศึกษาด้วยกันมา ที่คอยช่วยแนะนำ สนับสนุน และให้กำลังใจ จนทำให้การศึกษา ค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ จะมีประโยชน์ไม่มากนักแก่ผู้อ่าน และ หากการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีความผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้ มา ณ ที่นี้

เดชิต นันยากรสกุล

ตุลาคม 2564

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1. บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. ประเด็นปัญหาการศึกษา.....	8
3. สมมติฐานการศึกษา.....	8
4. กรอบแนวคิดของการศึกษา.....	9
5. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	10
6. ขอบเขตของการศึกษา.....	10
7. ระเบียบวิธีการวิจัยที่ใช้ในการศึกษา.....	11
8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	11
บทที่ 2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับภารกิจของรัฐ และหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน.....	12
1. แนวคิด ทฤษฎี และหลักบริการสาธารณะ.....	12
1.1 แนวคิดเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ.....	12
1.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ.....	14
1.3 หลักบริการสาธารณะ.....	15
1.3.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง.....	16
1.3.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง.....	16
1.3.3 หลักว่าด้วยความเสมอภาค.....	17
2. กฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของต่างประเทศ.....	17
2.1 กฎหมายสาธารณรัฐสโลวีเนีย.....	17
2.1.1 Public-Private Partnership Act (ZJZP).....	17
2.1.2 The Public Procurement Act (ZJN-3).....	19
2.2 กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี.....	19

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3 กฎหมายสาธารณรัฐกานา.....	20
3. หลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน.....	22
3.1 สัญญาทางปกครองของประเทศไทย.....	23
3.2 สัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	24
3.3 สัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	27
บทที่ 3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของไทย.....	30
1. กฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน.....	30
1.1 ความเป็นมา และวิวัฒนาการของกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน.....	30
1.2 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินการร่วมลงทุน.....	31
1.3 การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนตามกฎหมายร่วมลงทุน.....	35
1.3.1 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่าง รัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการ คัดเลือกเอกชน พ.ศ. 2563.....	35
1.3.2 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือก เอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ.2563.....	36
1.3.3 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563.....	37
1.3.4 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558....	37
2. การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการร่วมการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน.....	37
2.1 กฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	38
2.2 กฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	38

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.1 พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514.....	40
2.2.2 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560.....	41
2.2.3 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบ เรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535.....	42
2.2.4 พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561.....	43
2.2.5 พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562.....	44
2.2.6 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการ ประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553.....	45
2.3 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	46
4. บทวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดคุณสมบัติและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน.....	59
1. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	60
1.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	60
1.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	63
2. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	64
2.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	64
2.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	70

สารบัญญ (ต่อ)

หน้า

3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	72
3.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	72
3.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	75
4. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	76
4.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	76
4.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	78
5. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับหลักสัญญาทางปกครอง.....	80
บทที่ 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	83
1. บทสรุป.....	83
2. ข้อเสนอแนะ.....	88
บรรณานุกรม.....	90
ประวัติผู้ศึกษา.....	91

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายไทย เรื่องการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกิจการของรัฐตามกฎหมายร่วมลงทุน และกฎหมายอื่น.....	48
ตารางที่ 3.2 เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เรื่องการกำหนดคุณสมบัติ และเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุน.....	56
ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	61
ตารางที่ 4.2 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน.....	65
ตารางที่ 4.3 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	73
ตารางที่ 4.4 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	77



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการบริการให้สวัสดิการ และประโยชน์สุขแก่ประชาชนทุกคนในประเทศ ซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในหลักการบริหารของรัฐและตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว ไม่ได้ถูกจำกัดว่าเป็นหน้าที่หรือเป็นภารกิจซึ่งรัฐจะต้องทำเองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยรัฐสามารถทำสัญญา หรือให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่มี หรือมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยได้ สาเหตุเนื่องมาจากโครงการร่วมลงทุนบางลักษณะมีมูลค่าสูง ซึ่งจะทำให้รัฐต้องใช้จ่ายงบประมาณมูลค่ามหาศาลในการจัดทำบริการสาธารณะ หากเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาร่วมบริหารโครงการ ก็จะสามารถลดต้นทุนและค่าใช้จ่ายของรัฐได้จำนวนมาก ประกอบกับการที่เอกชนมีความได้เปรียบทางด้านเทคโนโลยี มีความรู้ความสามารถ ตลอดจนเป็นผู้เชี่ยวชาญ และมีนวัตกรรมที่ล้ำสมัยในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน จะเป็นการส่งเสริมคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนผู้รับบริการให้ดียิ่งขึ้น

ดังนั้น การร่วมงานดังกล่าวระหว่างรัฐและเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ถ้าหากรัฐได้คู่สัญญาที่ไม่มีคุณสมบัติอันเหมาะสม ก็จะทำให้การบริการสาธารณะไม่มีคุณภาพ หรืออาจส่งผลให้โครงการร่วมลงทุนนั้นล้มเหลวได้

เนื่องจากแต่เดิม กฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรมีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ขึ้น

ต่อมา ภายหลังจากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความ

กฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมีได้มีการกำหนดขั้นตอน และหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในขณะนั้น ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีกรณีเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย และสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมากขึ้น รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ขึ้น

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 พบว่า การพิจารณาถึงคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญา เป็นการพิจารณาในเชิงกระบวนการ (process) ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายร่วมลงทุนไม่ได้กำหนดรายละเอียดคุณสมบัติที่ชัดเจนของเอกชนคู่สัญญาว่าต้องมีลักษณะเป็นเช่นไร ivo อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่มีความชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และในส่วนของ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่บุคคลอื่นนั้น ก็เป็นการพิจารณาความเหมาะสมของคุณสมบัติคู่สัญญารายใหม่ในรูปแบบของกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา แต่ไม่ได้มีการกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่จะรับโอนสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวว่าจะต้องมีคุณสมบัติเช่นไร ivo อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติ อนึ่ง การที่ภาคเอกชนที่เข้าร่วมในการลงทุนของรัฐ ต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาคุณสมบัติและเงื่อนไขผลประโยชน์ที่เสนอผลตอบแทนแก่ภาครัฐตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมลงทุนหรือกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ที่ได้รับสิทธิในการร่วมลงทุนเป็นการเฉพาะตัวอันเป็นสาระสำคัญในการดำเนินโครงการ หากผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา หรือดำเนินโครงการให้แล้วเสร็จได้

ก็จะส่งผลเสียเป็นอย่างมากต่อการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้บริการแก่ประชาชน รวมถึงส่งผลเสียต่อภาพรวมเศรษฐกิจและความน่าเชื่อถือของประเทศได้

กระทั่งปัจจุบัน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้ถูกตราขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของ โครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกิจการที่เกี่ยวข้องกับ โครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นการกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนที่รัฐประสงค์จะสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในการเข้ามาสู่กระบวนการตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเป็นการกำหนดนโยบายที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชน รวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนยังคงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายร่วมลงทุนนี้ ได้มีการระบุไว้ในมาตรา 6 ให้การดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน กล่าวคือ ความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงและผลประโยชน์ ตอบแทนให้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน การรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ การใช้ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมของเอกชนในการให้บริการสาธารณะของโครงการร่วมลงทุน และการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดทำและดำเนินโครงการร่วมลงทุน รวมถึงกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงสิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการจากโครงการร่วมลงทุนด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็น โครงการที่มีขนาดใหญ่ มีมูลค่าการลงทุนสูง และมีลักษณะเป็นการทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ กระบวนการในการเข้าร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนจึงต้องมีการควบคุมดูแลเป็นพิเศษ หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนต้องมีความกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้ รวมถึงนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ ซึ่งมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนกัน

ดังนั้น การดำเนินการจัดทำโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนจึงต้องมีการวางแผนและศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในด้านต่าง ๆ อย่างรัดกุม เพื่อยังผลให้เกิดบริการสาธารณะที่มีคุณภาพ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนกำหนด ตามมาตรา 22

โดยในมาตรา 22 นี้ มีการกำหนดให้รายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการอย่างน้อยต้องประกอบไปด้วย

1) ความเป็นมาของโครงการ หลักการและเหตุผลในการจัดทำโครงการ รวมถึงความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน

2) สาระสำคัญของโครงการ ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ เป้าหมาย ขอบเขตและระยะเวลาของโครงการ และประมาณการต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ

3) ความพร้อมในการจัดทำและดำเนินโครงการที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ รวมถึงความพร้อมในด้านการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน ผลกระทบต่อประชาชนจากการดำเนินโครงการ และกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่ง ที่ส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ

4) ความเป็นไปได้ของโครงการในด้านเทคนิค ด้านเทคโนโลยี ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านกฎหมาย ด้านการเงิน หรือด้านเศรษฐศาสตร์ โดยต้องระบุสมมติฐานที่ใช้ในการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการด้วย

5) ความเสี่ยงของโครงการ รวมถึงการระบุความเสี่ยง การพิจารณาถึงโอกาสที่จะเกิดความเสี่ยง ผลกระทบในกรณีที่เกิดความเสี่ยงขึ้น และวิธีบริหารจัดการความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ

6) ทางเลือกและรูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน การจัดสรรหน้าที่และความรับผิดชอบ การจัดสรรความเสี่ยง และการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างรัฐและเอกชน โดยคำนึงถึงการให้ออกชนใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมในโครงการร่วมลงทุน

7) ความพร้อมของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและดำเนินโครงการ รวมถึงความเห็นของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจกระทบต่อความสำเร็จของโครงการพร้อมทั้งแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าว

8) ผลการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง

ในการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำความเห็นของหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชน มาประกอบการพิจารณาจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่สามารถส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุน และคุณภาพของบริการสาธารณะได้ ก็คือ คุณสมบัติของคู่สัญญา ซึ่งได้มีการกำหนดแนวทางการคัดเลือก คู่สัญญาร่วมลงทุนฝ่ายเอกชนไว้ในส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 โดยกำหนดให้มีอยู่ด้วยกัน 2 วิธี คือ 1) การคัดเลือกโดยใช้วิธีประมูล ตามมาตรา 32 และ 2) การคัดเลือกโดยไม่ ใช้วิธีประมูล ตามมาตรา 25 และมาตรา 34

ทั้งนี้ ในส่วนของรายละเอียดเกี่ยวกับ “คุณสมบัติ” ของคู่สัญญาร่วมลงทุนฝ่ายเอกชนได้มีการ กำหนดไว้ใน ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่าง ประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 4 (2), (3), (8) (ค) ซึ่งมีข้อความกำหนดให้ร่างประกาศเชิญชวน อย่างน้อยต้องแสดงรายการดังต่อไปนี้ คือ คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ โดยผู้ยื่นข้อเสนอต้องไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกัน จากอำนาจศาลไทยทำให้ไม่ต้องขึ้นศาลไทย เว้นแต่รัฐบาลของผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งเป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันดังกล่าวมีหนังสือ แสดงเจตนาการสละเอกสิทธิ์และความคุ้มกันจากอำนาจศาลไทยนั้น และคุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสิทธิภาพ และผลงานของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนดใน เอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน รวมถึงข้อเสนอดำเนินงานตามโครงการร่วมลงทุนในภาพรวม ซึ่งรวมถึง ศักยภาพ และความสามารถของผู้ยื่นข้อเสนอในการดำเนินงานตามโครงการร่วมลงทุนให้ประสบความสำเร็จ ตามวัตถุประสงค์ของโครงการร่วมลงทุน

นอกจากนี้ ในขั้นตอนการคัดเลือกเอกชน ข้อ 5 (2), (3), (6), (7) มีการระบุให้ร่างเอกสาร สำหรับการคัดเลือกเอกชน อย่างน้อยต้องแสดงรายการ ดังต่อไปนี้ คือ คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ รายละเอียดที่ กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงเอกสารหลักฐานที่สำคัญเกี่ยวกับฐานะการเงิน บุคลากร บุคลากรหลักที่จะ ดำเนินงานตามโครงการซึ่งต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในงานตาม โครงการ ทั้งนี้ ในเอกสารสำหรับการคัดเลือก เอกชนต้องกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของผู้มีประสบการณ์ จากจำนวนปีทำงานและจำนวนโครงการขั้นต่ำ พร้อมทั้งกำหนดให้แสดงรายละเอียดของประสบการณ์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งรวมถึงวงเงินของโครงการที่เคย ดำเนินการมาแล้ว รายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงแผนทางธุรกิจ เป็นข้อเสนอทางการเงิน ของ โครงการซึ่งรวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้ การคาดคะเนทางการเงิน โดยแสดงงบกำไรขาดทุน งบกระแสเงินสด และงบดุล อัตราส่วนทางการเงิน ตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนด เช่น อัตราส่วนสภาพคล่อง อัตราส่วนหนี้สิน อัตราส่วนแสดงสมรรถภาพในการดำเนินการ อัตราส่วนความสามารถทำกำไร ผลตอบแทนทางการเงินจากการ ลงทุน การจัดหาเงินทุน รายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอต้องระบุแผนการดำเนินงานและผลประโยชน์ที่จะ เสนอให้แก่รัฐทั้งในรูปตัวเงินและผลประโยชน์อื่น ๆ โดยชัดเจนด้วย

ดังนั้น เอกชนที่จะได้รับการคัดเลือกเข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนกับรัฐ จะต้องผ่านหลักเกณฑ์ หรือมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่ประกาศดังกล่าวกำหนด เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจว่าการร่วมลงทุนนั้นจะสามารถบรรลุเป้าหมายและทำให้นโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเกิดผลสัมฤทธิ์ได้ในที่สุด

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่จะกำหนดผลสำเร็จของโครงการร่วมลงทุน ซึ่งมีการกำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามที่ได้กล่าวไปพอสังเขปแล้ว แต่ก็เป็นเพียงการกำหนดในเชิงกระบวนการ (process) มิได้มีการระบุให้ชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมดูแล การดำเนิน โครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนแต่อย่างใด ประกอบกับในยุคปัจจุบัน สภาพเศรษฐกิจและสังคมได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเมื่อเทียบกับในอดีต ส่งผลให้บางครั้ง ในการร่วมลงทุนอาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่กันระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก ซึ่งหากเป็นสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนกับเอกชน ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของฝ่ายตนเอง เมื่อเกิดการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการโอนสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปของสัญญา คือ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอม ก็สามารถตกลงดำเนินการได้เอง ในทางตรงกันข้าม เมื่อเป็นสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของคนส่วนมาก หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมต้องมีขั้นตอนที่แตกต่างจากระบบกฎหมายเอกชน คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันเพื่อดำเนินการได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้น จึงได้มีการกำหนดให้ระบุข้อความที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน และเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15) ซึ่งระบุให้ร่างสัญญาร่วมลงทุนอย่างน้อยต้องประกอบด้วย สาระสำคัญ ดังต่อไปนี้ คือ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีนิติบุคคลเข้าแทนที่ และ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7) ซึ่งมีข้อความระบุให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย

แม้ว่าจะมีการกำหนดให้ระบุในเรื่องของคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาร่วมลงทุนไว้ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ส่วนกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนจะมีกำหนดไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน รวมถึงเป็นเงื่อนไขสำคัญของ

สัญญาร่วมลงทุนแล้วก็ตาม แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า ทั้งในกรณีของการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาให้ชัดเจน สำหรับการพิจารณาคัดเลือกเอกชนรายนั้น ๆ เข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนกับภาครัฐ และทั้งกรณีการ โอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนไปให้แก่บุคคลภายนอก การกำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับโอนไปซึ่งสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนนั้นต้องมีคุณสมบัติ “ไม่ต่ำกว่า” เอกชนคู่สัญญาที่ผ่านการคัดเลือก ทั้งสองกรณี นี้ยังไม่มีการกำหนดไว้แน่ชัดในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งคุณสมบัติของ เอกชนคู่สัญญานี้ถือเป็นสาระสำคัญในการที่จะกำหนดผลสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนว่าจะประสบความสำเร็จหรือไม่ อีกทั้งยังเป็นตัวบ่งชี้ถึงคุณภาพของการจัดทำและให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนทั่วไป ด้วยเช่นกัน และถึงแม้ว่าการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาดังกล่าว หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนนี้อาจ เข้าข่ายเป็นการแก้ไขสัญญา ซึ่งต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 46 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน เช่น การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ให้ หน่วยงานเจ้าของ โครงการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ซึ่ง คณะกรรมการกำกับดูแล มีอำนาจในการกำกับดูแลและติดตาม โครงการร่วมลงทุนให้มีการดำเนินการตามที่ กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน พิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนิน โครงการ ร่วมลงทุน ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนต่อหน่วยงานเจ้าของ โครงการ และพิจารณาให้ความเห็น ประกอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ตามมาตรา 44 ซึ่งก็เป็นแต่เพียงขั้นตอนในทางปฏิบัติเท่านั้น แต่ยังไม่ มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในกฎหมายหรือแนวทางที่แน่ชัดเพียงพอในการพิจารณาคูณสมบัติของผู้รับโอนสิทธิและ หน้าที่ตามสัญญาว่าจะต้องมีคุณสมบัติเช่นไร หรือคุณสมบัติแบบใดที่ถือว่าเหมาะสม หรือไม่เหมาะสม เป็นต้น

ปัจจุบัน ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการคัดเลือกคู่สัญญาร่วมลงทุนฝ่ายเอกชนไว้ใน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 แต่ก็มีได้มีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนที่จะ ได้รับคัดเลือกเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว รวมถึงไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียด เกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญาที่มีการเปลี่ยนตัวในภายหลัง หรือการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน ให้กับบุคคลอื่นเข้ามาแทนที่ว่าจะต้องเป็นเช่นไร ซึ่งหากไม่มีการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติ อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสำเร็จของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้ หรืออาจส่งผลให้สัญญาร่วม ลงทุนนั้นล้มเหลวได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อร้ายแรงตามมามากมาย เช่น การที่โครงการร่วมลงทุนซึ่งมีมูลค่า โครงการมหาศาลล้มเหลว หรือไม่ประสบความสำเร็จดังเป้าประสงค์ของโครงการ อาจทำให้รัฐต้องสูญเสีย งบประมาณในปริมาณที่สูงมาก เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนโดยทั่วไปมีมูลค่าโครงการที่สูงเกินห้าพันล้านบาท ตามมูลค่าโครงการที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 นอกจากนี้ ยังมีค่าใช้จ่ายในการสนับสนุนที่หน่วยงานเจ้าของ โครงการเห็นว่ามีจำเป็นต้องกำหนดมาตรการสนับสนุนเพื่อให้โครงการร่วมลงทุนบรรลุวัตถุประสงค์ ตาม มาตรา 23 และค่าเสียโอกาสอื่น ๆ ส่วนในด้านของประชาชนที่ควรจะได้รับประโยชน์จากโครงการ หรือบริการ

สาธารณะนั้น ๆ ก็จะได้รับผลกระทบตามไปด้วย และอาจมีผลกระทบต่อภาพลักษณ์ หรือสภาพเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมของประเทศ ทำให้ความน่าเชื่อถือในการลงทุนลดน้อยลงจากทั้งภายในประเทศและต่างประเทศด้วย นอกจากนี้ เอกชนผู้รับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่ไม่มีคุณสมบัติครบถ้วน อาจไม่สามารถนำความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือนวัตกรรมมาจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนได้ อีกทั้งการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ หรือเทคโนโลยีใหม่ ๆ ไปยังภาครัฐ ก็จะไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ทำให้เจตนารมณ์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามที่ปรากฏในมาตรา 6 เสื่อมเสียไป

จากความสำคัญของปัญหาที่ได้อธิบายไปพอสังเขปนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจที่จะศึกษาวิจัยประเด็นปัญหาจากการที่ไม่ได้กำหนดเรื่อง “คุณสมบัติ” ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้อย่างเพียงพอสำหรับเป็นหลักประกันเพื่อให้ได้คู่สัญญาที่มีคุณสมบัติเหมาะสมมาจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลไว้ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 รวมถึงกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่เอกชนรายอื่นเข้ามาแทนที่ ทำให้คู่สัญญารายใหม่ หรือผู้รับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน อาจขาดคุณสมบัติบางประการอันจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน เนื่องจากไม่มีการกำหนดให้พิจารณาเรื่องคุณสมบัติของคู่สัญญารายใหม่ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายร่วมลงทุนเช่นกัน ทั้งนี้ แม้ว่าในเชิงกระบวนการ หรือขั้นตอนปฏิบัติงานในข้อเท็จจริงจะมีการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นแล้ว แต่ยังไม่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวในเชิงสารบัญญัติ จึงอาจนำไปสู่การบิดเบือนหรือละเลยในเรื่องคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาได้

2. ประเด็นปัญหาการศึกษา

การกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาที่เหมาะสม เพียงพอที่จะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลได้ ควรเป็นอย่างไร และในประเด็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการที่เอกชนคู่สัญญาได้ทำการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนไปให้แก่บุคคลอื่นนั้น ควรมีหลักเกณฑ์กำหนดคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่ไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้ชัดเจนหรือไม่ เพียงใด

3. สมมติฐานการศึกษา

ในการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คุณสมบัติของคู่สัญญาถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากคุณสมบัติของคู่สัญญานี้เองที่จะเป็นตัวกำหนด และส่งผลกระทบต่อผลสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนว่าโครงการร่วมลงทุนนั้น ๆ จะได้คู่สัญญาที่มีความเหมาะสมแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ ดังนั้น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงได้มีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาและเงื่อนไขการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง คือ ประกาศ

ฉบับต่าง ๆ ประกอบกันในทางปฏิบัติ ได้มีการตรวจสอบและพิจารณาคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญา รวมถึง คู่สัญญาที่มีการเปลี่ยนตัวใหม่จากคณะกรรมการกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการกำหนด คุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เพื่อ ประกันถึงประสิทธิภาพในการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะทั้งในทางปฏิบัติและในทาง ลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาให้สอดคล้องกับรายงานการศึกษาและ วิเคราะห์โครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำตามมาตรา 22 เพื่อให้ได้คู่สัญญาที่มีคุณสมบัติ สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแต่ละโครงการ เช่น คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน และประสบการณ์ รวมถึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมให้คู่สัญญาที่มาจาก การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือมาจากการ โอนสิทธิ และหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าคู่สัญญารายเดิมหรือคู่สัญญาผู้โอนด้วย

4. กรอบแนวคิดของการศึกษา

ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาภายใต้กรอบแนวคิดของการจัดทำบริการสาธารณะ การร่วมลงทุนใน รูปแบบของหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน รวมถึงรูปแบบและลักษณะของสัญญาทางปกครองและกฎหมายการ จัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

การจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) โดยทั่วไป เป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการ หรือในกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง หรือรัฐ โดยที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อ สนองความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวม มิใช่การจัดทำเพียงเพื่อประโยชน์ของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ การจัดทำบริการสาธารณะก็เพื่อลดความเหลื่อมล้ำของสังคมและเศรษฐกิจเพื่อให้ ผู้ด้อยโอกาสในสังคมหรือผู้มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะและทรัพยากรของชาติได้อย่าง เหมาะสม เป็นธรรม มีคุณภาพและทั่วถึง ทั้งด้านการศึกษา สุขภาพอนามัย การทำงาน การมีรายได้รวมถึงโอกาส ในการมีส่วนร่วมในธุรกรรมทางเศรษฐกิจสมัยใหม่ ตลอดจนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการบริการ ทางสังคม และเมื่อประชาชนได้เข้าถึงการบริการสาธารณะที่มีคุณภาพตรงตามความต้องการ ก็ย่อมส่งผลให้ ประชากรของประเทศสามารถพัฒนาตนเองให้เป็นประชากรที่มีคุณภาพ มีโอกาสในความก้าวหน้าทั้งฐานะและ ความเป็นอยู่ที่ดีได้ในที่สุด

ในปัจจุบัน ท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โลก ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และ การเมืองที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ประเทศต่าง ๆ ล้วนมีนโยบายที่จะให้ภาคเอกชนได้เข้ามาร่วมทำงาน ร่วมบริหาร รวมไปถึงการร่วมลงทุนในโครงการสำคัญซึ่งเป็นโครงการที่ต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็น โครงการทางด้านโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ และด้านการจัดทำบริการสาธารณะที่จำเป็นต่อการพัฒนา เศรษฐกิจในประเทศของตนเองในรูปแบบของการเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน (Public Private

Partnership: PPP) ที่รัฐและเอกชนมีการร่วมลงทุนในลักษณะแสวงหาผลกำไรร่วมกัน ซึ่งการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนดังกล่าวก็ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ที่เป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐในการจัดการเหนือสัญญานั้น ๆ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการร่วมลงทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะยังต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และหลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดของสัญญาร่วมลงทุนภายใต้กฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ว่ามีวัตถุประสงค์ และรูปแบบในการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาที่คล้ายคลึง หรือแตกต่างกันอย่างไร เป็นต้น

5. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

5.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับบริการสาธารณะ รวมถึงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

5.2 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งของประเทศไทยและในต่างประเทศ

5.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

5.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

6. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาจากพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.2562 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกเอกชน และประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฉบับต่าง ๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญา รวมถึงหลักเกณฑ์ ขอบเขตของการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญารายใหม่ที่มาจากการเปลี่ยนตัวหรือการโอนสิทธิและหน้าที่ในสัญญาร่วมลงทุนจากเอกชนคู่สัญญารายเดิม

7. ระเบียบวิธีวิจัยที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งได้ทำการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือตำราทางวิชาการ และบทความ วารสาร บทบัญญัติทางกฎหมาย รวมถึงระเบียบ ประกาศต่าง ๆ ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ รวมถึงเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง

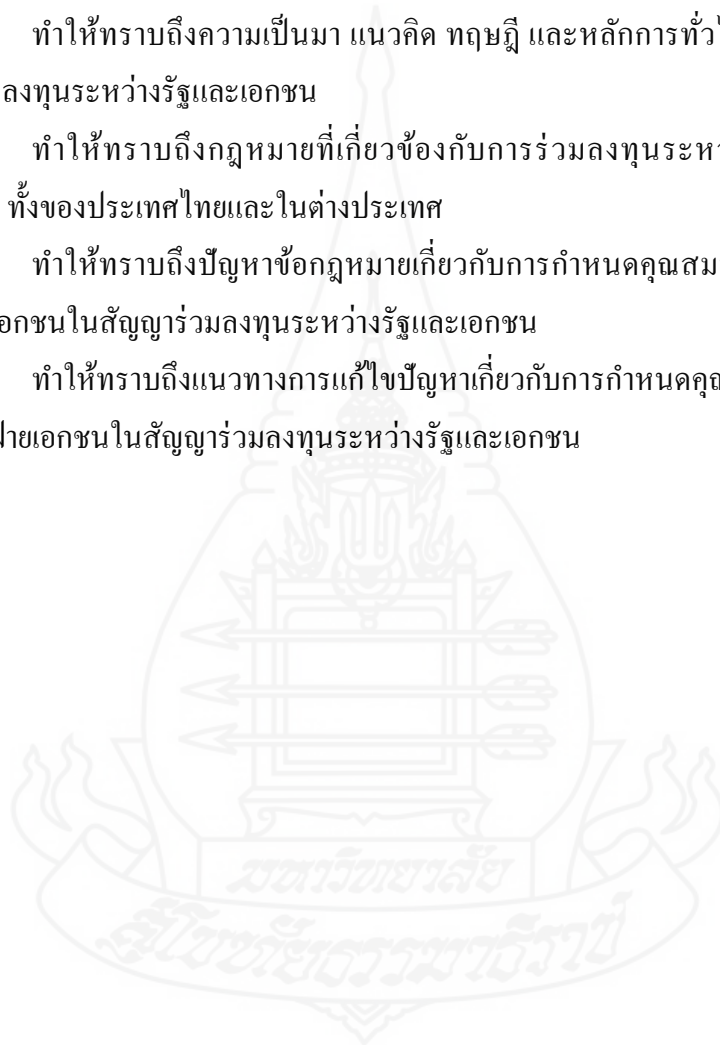
8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

8.1 ทำให้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทั่วไปของการจัดทำบริการสาธารณะ และการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

8.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งของประเทศไทยและในต่างประเทศ

8.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

8.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน



บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทั่วไป ที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

1. แนวคิด ทฤษฎี และหลักบริการสาธารณะ

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ

เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคมและอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ ทุกคนจะต้องเข้าใจและยินยอมที่จะต้องถูกจำกัดสิทธิหรือประโยชน์ส่วนบุคคลในบางประการ และต้องยินยอมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และระเบียบของสังคมเพื่อให้สังคมสามารถอยู่ได้อย่างสงบสุข ทั้งนี้ โดยจะมีรัฐเป็นผู้ปกครอง โดยมีสัญญาประชาคมว่ารัฐจะต้องใช้อำนาจที่สมาชิกทุกคนมอบให้ เพื่อที่จะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อย และสามารถมีชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีความสุข ซึ่งสมาชิกทุกคนในสังคมต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การเสียภาษี ในขณะที่เดียวกันรัฐก็มีภารกิจหรือหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐานให้สมาชิกทุกคนในสังคมอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมด้วยเช่นกัน

หากพิจารณาถึงบทบาทหรือหน้าที่ หรือภารกิจของรัฐที่มีต่อสังคมหรือประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองนั้น สามารถจำแนกภารกิจของรัฐได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่หนึ่ง รัฐมีภารกิจในการวางข้อบังคับของสังคม กล่าวคือ ภารกิจในการกำหนดกฎเกณฑ์ แบบแผนความประพฤติของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดกฎเกณฑ์แบบแผนความประพฤติของบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างกัน เช่น การกำหนดความสัมพันธ์ทางแพ่ง (la législation civile) การกำหนดความสัมพันธ์ทางอาญา (la législation penale) หรือการกำหนดความสัมพันธ์ทางด้านแรงงาน (la législation du travail)

การวางข้อบังคับดังกล่าวข้างต้นเป็นภารกิจของรัฐในการก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมาย (état de droit) อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นในสังคม นั่นก็คือ การที่รัฐให้หลักประกันในการเคารพต่อชีวิตความเป็นอยู่ของมนุษย์ หรือต่อกรรมสิทธิ์หรือความเป็นเจ้าของของเอกชน ก่อให้เกิดความเป็นระเบียบเกี่ยวกับครอบครัว การใช้และการแบ่งปันทรัพย์สิน หรือความยุติธรรมในความสัมพันธ์เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนบริการ

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่าภารกิจประการแรกของรัฐ คือ การเป็นผู้วางกฎข้อบังคับ (l'Etat législateur) แก่สังคมนั่นเอง โดยอาจเป็นการวางข้อกำหนดที่แตกต่างกัน คือ

1) การวางข้อบังคับในลักษณะที่ห้ามมิให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหมายความว่าในกรณีนี้เอกชนไม่สามารถกระทำการที่ถูกห้ามนั้นได้

2) การวางข้อบังคับในลักษณะให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

3) การวางข้อบังคับในลักษณะอนุญาตให้เอกชนดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต้องให้หลักประกันในการคุ้มครองกิจกรรมที่ได้อนุญาตนั้น เพื่อให้เอกชนสามารถดำเนินกิจกรรมของตนได้อย่างมีหลักประกันนั่นเอง ซึ่งการวางข้อบังคับอนุญาตนี้อาจเป็นการอนุญาตโดยไม่มีเงื่อนไข (une permission inconditionnelle) คือ เอกชนมีอิสระในการที่จะดำเนินกิจกรรมของตนเมื่อใดที่เอกชนเห็นสมควรได้โดยปราศจากการควบคุม หรืออาจเป็นการอนุญาตโดยมีเงื่อนไข (une permission conditionnelle) โดยอยู่ภายใต้การอนุมัติหรืออนุญาตขององค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกชั้นหนึ่งก็ได้

ลักษณะที่สอง คือ รัฐมีภารกิจในการจัดเตรียมหรือจัดหา (procurer) บริการ (des services) หรือทรัพย์สิน (des biens) ไม่ว่าจะเป็นสิ่งของหรือเงินทองเพื่อตอบสนองให้แก่สมาชิกของสังคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะนั่นเอง เช่น กรณีที่รัฐดำเนินการในเรื่องเครือข่ายการสื่อสาร เครือข่ายการคมนาคม การไฟฟ้า หรือการประปา

การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมของคนในสังคม สามารถดำเนินการให้เป็นประโยชน์แก่เอกชนผู้รับประโยชน์เฉพาะราย (des beneficiaires individualiser) ทำเพื่อประโยชน์ต่อสังคม หรือชุมชนโดยรวม (la collectivité prise globalement) ก็ได้ เช่น การให้หลักประกันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายใน หรือการป้องกันศัตรูจากภายนอก ซึ่งภารกิจของรัฐในกรณีนี้ กล่าวได้ว่าเป็นการที่รัฐกระทำในฐานะที่เป็น “รัฐผู้จัดบริการให้แก่เอกชน” (l’Etat au service des particuliers) ซึ่งอาจจะเป็นการจัดบริการโดยเก็บค่าดำเนินการหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตาม ภารกิจในการจัดเตรียมหรือจัดหาบริการหรือทรัพย์สินของรัฐนี้มิได้เป็นภารกิจที่แยกกันเด็ดขาดจากภารกิจในการวางข้อบังคับ กล่าวคือ การจัดทำภารกิจในการจัดเตรียมหรือจัดหาบริการหรือทรัพย์สิน รัฐอาจดำเนินการ โดยมีการวางข้อบังคับด้วย แม้ว่าข้อบังคับที่ได้มีการวางไว้นั้นจะมีความแตกต่างกันในส่วนของผู้ที่ถูกบังคับจากข้อบังคับนั้น นั่นก็คือ การจัดทำภารกิจในการวางข้อบังคับต่อสังคมจะมุ่งกำหนดแบบแผนความประพฤติของเอกชนเป็นสำคัญ ในขณะที่การจัดทำภารกิจในการจัดเตรียมหรือจัดหาบริการหรือทรัพย์สินแก่เอกชนก็จะมีการกำหนดภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (des agents publics) เป็นการวางข้อบังคับเกี่ยวกับโครงสร้าง (organisation) และกิจกรรม (activité) ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ในการจัดทำภารกิจนั้น

ทั้งนี้ บทบาทหน้าที่ หรือภารกิจของรัฐ ล้วนแล้วแต่เป็นไปเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ สาธารณะทั้งสิ้น

1.2 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest หรือ General Interest) เป็นถ้อยคำที่มีความสำคัญและ มักจะถูกนำมาพิจารณาหรือคำนึงถึงอยู่เสมอในฐานะข้อพิสูจน์แรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ รัฐจะต้องจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายใดรายหนึ่ง ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ก็คือ บริการสาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้ กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครอง¹

ในการดำเนินงานของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะตามหลักนิติรัฐนั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาอยู่ 4 ประการคือ²

1) ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนหรือที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ ของเอกชนสอดคล้องกันให้มากที่สุด เนื่องจากประโยชน์ของเอกชนแต่ละบุคคล อาจไม่ใช่ประโยชน์ของมหาชน เสมอไป ซึ่งอาจจะมีทั้งส่วนที่แตกต่างและส่วนที่สอดคล้องต้องกัน ดังนั้น การทำให้ประโยชน์เอกชนและ ประโยชน์สาธารณะประสานกลมกลืนกัน ย่อมจะก่อให้เกิด ความผาสุกขึ้นในสังคม

2) ประโยชน์สาธารณะต้องอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ในทางกฎหมายย่อมถือว่า ประโยชน์ สาธารณะมีค่าเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน เพราะเป็นประโยชน์ที่ทุกคนร่วมเป็นเจ้าของ ส่วนประโยชน์ของ เอกชนนั้น เป็นประโยชน์ของบุคคลเพียงบางคนหรือบางกลุ่มเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงบัญญัติในลักษณะที่ ยกให้ประโยชน์สาธารณะเหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน

3) เอกชนพึงสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น แม้ ประโยชน์สาธารณะจะอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน แต่การที่รัฐจะอ้างความสูงสุดของประโยชน์ สาธารณะ เพื่อไปลิดรอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนนั้น รัฐจะต้องใช้หลักนี้ในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองอย่างนี้ขัดแย้ง กัน และไม่มีทางจะประสานให้สอดคล้องกันได้และรัฐจำต้องเลือกใช้วิธีการที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อ เอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตาม “หลักความจำเป็นพอสมควรแก่ เหตุ” หรือ “หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ” ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ

¹ อนันต์ คงเรือพันธ์, แง่คิดในการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับ “ประโยชน์สาธารณะ”, 2 พฤศจิกายน 2564, สืบค้นจาก

https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_270217_144631.pdf

² สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549, หน้า 34-35.

4) เอกชนพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหายจากการที่ต้องเสียผลประโยชน์ส่วนตัว เพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อเอกชนคนใดต้องยอมรับความเสียหายเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องดำเนินการให้เอกชนนั้นได้รับการชดเชยความเสียหาย รัฐจะอ้างประโยชน์สาธารณะไปปิดรอนสิทธิหรือประโยชน์ของเอกชนโดยไม่คำนึงถึงการชดเชยความเสียหายนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรม สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ จึงจำเป็นต้องนำข้อพิจารณาดังกล่าวมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งแม้ข้อกำหนดในสัญญาจะถือเสมือนเป็นกฎหมายสำหรับคู่สัญญาในการที่จะต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด แต่หากกรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้น รัฐจำเป็นต้องเลือกที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนควรได้รับการเยียวยาความเสียหายจากรัฐเช่นกัน³

ประโยชน์สาธารณะถือเป็นเป้าหมายหลักของสังคมแต่ละสังคม ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ดูแล รักษา ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะนี้ และถือได้ว่าประโยชน์สาธารณะเป็นหัวใจของกิจการของรัฐ และเป็นวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินงานของรัฐ และภารกิจของรัฐในการเข้าดำเนินการเพื่อให้บริการในลักษณะที่เป็นการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในสังคม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้เรียกว่า การบริการสาธารณะ

1.3 หลักบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ (Service Public)⁴ ถือเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ โดยมีลักษณะเป็นการให้บริการขั้นพื้นฐานเพื่อให้ประชาชนมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น สะดวกสบายมากขึ้น เช่น การให้บริการเกี่ยวกับสาธารณสุข ปลอดภัย ประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น โดยรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการบริการสาธารณะเองในรูปลักษณะของการดำเนินงานในระบบราชการ แต่อาจดำเนินการโดยจัดตั้งองค์กรอิสระเข้ามารับผิดชอบในการบริการสาธารณะ เช่น รัฐวิสาหกิจหรือองค์กรมหาชนหรือรัฐอาจใช้เครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนรัฐในลักษณะรูปแบบของสัญญาทางปกครอง

³ ปารวี พิสิฐเสนากุล, หลัก *clausula rebus stantibus* ในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, 2553, หน้า 30.

⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543, หน้า 1-2.

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้นประกอบด้วย หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และ หลักความเสมอภาค⁵

1.3.1 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

บริการสาธารณะ เป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน หากบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง ย่อมจะส่งผลให้ประชาชนผู้ใช้บริการได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือกระทบต่อความปลอดภัย หรือสุขอนามัยของประชาชน ดังนั้น บริการสาธารณะจึงต้องอยู่ภายใต้หลักของความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ

ความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ถือเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นครณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการเอง หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการก็ตาม ดังนั้น การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นต้องเป็นไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา

หลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่เห็น ได้ชัดเจนประการหนึ่ง คือ การห้ามนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าเจ้าหน้าที่นั้นจะอยู่ในสถานะข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐก็ตาม

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ยังสัมพันธ์กับหลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยหากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น ซึ่งส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปปรับภาวะบางส่วนร่วมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลง หรือกรณีหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาหรือดำเนินการล่าช้าซึ่งอาจทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเข้าไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือ อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้ามาดำเนินการแทนได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย

1.3.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามเหตุการณ์หรือตามยุคสมัย รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการของประชาชนส่วนรวม

⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552, หน้า 46-47).

หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการ สาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ เพื่อให้การบริการสาธารณะมีความสอดคล้อง กับความต้องการของประชาชนส่วนรวม อันจะทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพ จึงกล่าวได้ว่า หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเป็นหลักการที่สำคัญอีกหลักการหนึ่งของการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

1.3.3 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคของการจัดทำบริการสาธารณะนี้ คือ หลักความเท่าเทียมกันของประชาชน ผู้รับบริการสาธารณะ การที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือควบคุมดูแลการบริการสาธารณะ เหตุผลหนึ่งก็เนื่องมาจากหลักของความเสมอภาคดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับบริการสาธารณะจากรัฐโดยทั่วถึงและเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ฝ่ายปกครองจะให้บริการสาธารณะในลักษณะที่มีความแตกต่างกันได้ต่อเมื่อประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะนั้นอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน ซึ่งมีใช้หมายถึงสถานะทางสังคมของบุคคลที่แตกต่างกัน แต่หมายความถึงการให้บริการสาธารณะที่มีความเหมาะสมกับสถานะของประชาชนผู้รับบริการ ซึ่งความเหมาะสมนั้นอาจขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย โดยอาจเป็นเหตุปัจจัยในเรื่องของความจำเป็นสาธารณะ เช่น การก่อสร้างและให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้าเฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อแก้ไขปัญหาการจราจร หรือด้วยเหตุปัจจัยทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดอัตราค่าบริการไฟฟ้าตามอัตราภาษีของนิติบุคคลตามขนาดของบริษัท เป็นต้น โดยหากสถานะของบุคคลเท่าเทียมกันแล้ว บุคคลเหล่านั้นต้องได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

กล่าวโดยสรุป หลักความเสมอภาคของการบริการสาธารณะ จึงเป็นการที่ประชาชน ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบริการสาธารณะจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขและลักษณะของบริการสาธารณะ

2. กฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของต่างประเทศ

2.1 กฎหมายสาธารณรัฐสโลวีเนีย (Republic of Slovenia)

2.1.1 Public-Private Partnership Act (ZJZP) การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในสาธารณรัฐสโลวีเนีย เป็นสิ่งที่สะท้อนถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของภาคเอกชนในโครงการของรัฐ และ/หรือการร่วมให้กู้ยืมเงินแก่โครงการเอกชนที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นระหว่างภาครัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อสร้าง

บำรุงรักษา และการดำเนินงานของการให้บริการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ หรือโครงการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับการพาณิชย์และบริการสาธารณะอื่น ๆ หรือกิจกรรมอื่นที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะในเชิงพาณิชย์ หรือกิจกรรมอื่นใดที่มีการกำหนดว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการลงทุนอื่นใดของภาคเอกชน หรือการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการก่อสร้าง โครงสร้างหรือสิ่งสาธารณูปโภคที่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะบางส่วนหรือทั้งหมด

โดยกฎหมายร่วมลงทุนที่สาธารณรัฐสโลวีเนียมีการบังคับใช้ คือ Public-Private Partnership Act (ZJZP) ซึ่งมีขึ้นเพื่อควบคุมดูแลวัตถุประสงค์และหลักการของการลงทุนจากภาคเอกชนในโครงการของรัฐ และ/หรือการร่วมให้กู้ยืมเงินแก่โครงการเอกชนที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ มีการกำหนดกระบวนการส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน รวมถึงให้มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและพัฒนา หลักเกณฑ์ กระบวนการในการกำหนดรูปแบบการดำเนินการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ลักษณะพิเศษของงานรูปแบบต่าง ๆ การให้สัมปทาน และการร่วมลงทุนอย่างเท่าเทียมกันของทั้งสองฝ่าย การเปลี่ยนแปลงของบริษัทมหาชน ระบบของกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการร่วมลงทุน และเขตอำนาจศาลรวมถึงอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากการร่วมลงทุนดังกล่าวด้วยเช่นกัน

ใน Public-Private Partnership Act (ZJZP) ได้มีการกำหนดให้หน่วยงานรัฐผู้ให้สัมปทานจะต้องให้สัมปทานโดยหลักการประมูล ตามกฎหมายที่กำกับดูแลเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง โดยการออกประกาศการประมูลดังกล่าว จะต้องประกอบไปด้วยข้อมูลที่ถูกกำหนดในกฎระเบียบคณะกรรมการมาธิการยุโรป ที่ 1564/2005 ลงวันที่ 7 กันยายน 2548 เรื่อง การกำหนดแบบฟอร์มมาตรฐานสำหรับการเผยแพร่ประกาศต่าง ๆ ในขอบเขตของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตามคำสั่งที่ 2004/17/EC และที่ 2004/18/EC ของรัฐสภายุโรป และคณะกรรมการ ซึ่งเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานสำหรับประกาศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และอาจประกอบไปด้วยข้อมูลอื่นได้ตามที่มีกำหนดไว้ในแบบฟอร์มดังกล่าว (ตามมาตรา 82 (1)⁶)

⁶ Public-Private Partnership Act (ZJZP) Article 82 (1) The awarding authority must award works concessions on the basis of the notice of a public tender, in compliance with the rules regulating the awarding of public procurement orders. Such notice shall contain information prescribed by Commission Regulation (EC) No 1564/2005 of 7 September 2005 establishing standard forms for the publication of notices in the framework of public procurement procedures pursuant to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and the Council (OJ L No 257 of 1 October 2005, p. 1), and may, in compliance with the prescribed standard forms, also contain other information.

ซึ่งคู่สัญญาจะต้องใช้แบบฟอร์มมาตรฐาน ตามที่กำหนดในภาคผนวกที่ 4, 9, 12 และ 13 ของกฎระเบียบ ข้อที่ 1⁷ ซึ่งในส่วนเพิ่มของภาคผนวกที่ 4 และ 12 หมวดที่ 3 จะมีการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ ด้านการเงิน และด้านเทคนิคเอาไว้

หลังจากที่ได้คู่สัญญาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ในสัญญาสัมปทานจะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญในเรื่องความเป็นไปได้สำหรับการเข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานแทนที่ผู้รับสัมปทานรายเดิมด้วย (ตามมาตรา 90 (2)⁸) ซึ่งเป็นการที่ตัวบทกฎหมายได้กำหนดให้มีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนไว้ แต่รายละเอียดจะเป็นเช่นใดก็ให้กำหนดในสัญญาต่อไป

2.1.2 The Public Procurement Act (ZJN-3) ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือ The Public Procurement Act (ZJN-3) ได้มีการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจกำหนดกฎเกณฑ์และคุณสมบัติในการคัดเลือกคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง (ตามมาตรา 76 (1)⁹) ดังนี้

1. ความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่อย่างมืออาชีพ
2. ความเหมาะสมในด้านเศรษฐศาสตร์และการเงิน
3. ความสามารถทางด้านเทคนิคและความเป็นมืออาชีพ

2.2 กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี

ในสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการบังคับใช้กฎหมาย Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวอย่างสร้างสรรค์และมีประสิทธิภาพ รวมถึงการดำเนินงานในโครงสร้างพื้นฐาน โดยส่งเสริมการลงทุนของภาคเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว

ซึ่งในตัวบทกฎหมาย ได้มีการกำหนดแผนแม่บทสำหรับโครงการที่เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานให้ต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้รับสัมปทาน (ตามมาตรา 11 (1) (7)¹⁰) และผู้รับ

⁷ Article 1 Contracting entities shall, from the date of entry into force of the respective national measures transposing Directive 2004/17/EC and from 1 February 2006 at the latest, use, for the publication in the **Official Journal of the European Union** of the notices referred to in Articles 41 to 44 and 63 of that Directive, the standard forms set out in Annexes IV to IX, XII and XIII to this Regulation.

⁸ Article 90 (2) Irrespective of the preceding paragraph, concession contracts shall contain in particular provisions on: the possibilities of entering into a concession relationship in place of the existing concessionaire (“step in”),

⁹ Article 76 (1) Contracting authorities may establish objective rules and criteria for selection which may relate to: a) suitability to pursue the professional activity; b) economic and financial standing; c) technical and professional ability.

¹⁰ Article 11 (1) The master plan for infrastructure project shall include the followings:

สัมปทานจะต้องได้รับอนุมัติจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนการแบ่ง การรวม หรือการโอนสิทธิในการจัดการและการปฏิบัติหน้าที่ (ตามมาตรา 27 (2)¹¹)

โดยการจัดการ เปลี่ยนแปลง ยุติ และข้อห้ามการ โอนสิทธิในการจัดการและการปฏิบัติหน้าที่ หรือการจ้างองทรัพย์สินเพื่อจุดประสงค์ให้ได้มาซึ่งสิทธิดังกล่าว จะมีผลได้ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนในทะเบียน สิทธิการจัดการและการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งถูกเก็บรักษาไว้โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐ (ตามมาตรา 28 (1)¹²)

2.3 กฎหมายสาธารณรัฐกานา

สาธารณรัฐกานาได้มีการประกาศใช้ Public Private Partnership Act, 2020 โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อการพัฒนา การทำให้เกิดผลและนำไปปฏิบัติได้จริง และกำหนดกฎเกณฑ์ต่างในการจัดการร่วมลงทุน ระหว่างภาครัฐและเอกชน เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและการให้บริการ รวมถึงเป็นการกำหนดหน่วยงานที่จะ เข้ามาจัดการกฎเกณฑ์ในการร่วมลงทุน และเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย

ผู้เข้าร่วมประมูลสำหรับโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือบุคคลธรรมดา จะต้องมีความสมบัติตามที่กำหนดในมาตรา 40 (1)¹³ ดังนี้

7. Matters concerning the eligibility of the concessionaire;

¹¹ Article 27 (2) A concessionaire shall receive prior approval from the competent authority before sharing, consolidating, or making a disposition of its management and operation rights.

¹² Article 28 (1) Any settlement, change, extinction, and restriction on disposal of the management and operation rights or a mortgage for the purpose of obtaining such rights, shall take effect only by registering it in the registry of management and operation rights which is kept by the competent authority.

¹³ Article 40 (1) A bidder for a public private partnership project, be it a firm, consortium or a person shall

(a) have the legal capacity to enter into the contract;

(b) possess the required

(i) professional and technical qualifications and competence that the contracting authority and the Office consider appropriate;

(ii) financial resources;

(iii) personnel, managerial capability, reliability, experience and reputation in public private partnership arrangements and agreements;

(c) be solvent;

(d) not be in receivership, bankruptcy or be in the process of being wound up;

(e) have relevant industry experience;

(f) not be the subject of legal proceedings that materially affect the capacity of the bidder to enter into a contract;

(1) มีคุณสมบัติทางกฎหมายในการเข้าทำสัญญา

(2) มีคุณสมบัติดังนี้

(2.1) มีความเป็นมืออาชีพ และคุณสมบัติทางด้านเทคนิค และความสามารถที่คู่สัญญา

ฝ่ายรัฐและคณะกรรมการร่วมลงทุนพิจารณาว่าเหมาะสม

(2.2) มีแหล่งเงินทุน

(2.3) ความสามารถด้านบุคลากรและการจัดการ ความน่าเชื่อถือ ประสบการณ์และชื่อเสียงในการจัดการและการตกลงทำสัญญาร่วมลงทุน

(3) สามารถชำระหนี้ได้

(4) ไม่อยู่ในฐานะผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ ล้มละลาย หรือกำลังอยู่ในกระบวนการปิดกิจการ

(5) มีประสบการณ์ด้านอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง

(6) ไม่เป็นผู้อยู่ในกระบวนการทางกฎหมายอันจะมีผลกระทบอย่างเป็นนัยสำคัญต่อความสามารถของผู้เข้าร่วมประมูลที่จะเข้าทำสัญญา

(7) ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายข้อบังคับของผู้เข้าร่วมประมูลครบถ้วนแล้ว ในการชำระภาษี และค่าประกันสังคม รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สิน

(8) มีกรรมการบริษัทหรือบุคลากรซึ่งไม่ได้

(8.1) ถูกตัดสินว่ามีความผิดในคดีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประพฤติทางวิชาชีพ การให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ หรือการแถลงข้อความอันเป็นเท็จเกี่ยวกับคุณสมบัติในการเข้าทำสัญญาร่วมลงทุน ภายใน 10 ปี ก่อนเริ่มกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับโครงการร่วมลงทุน หรือ

(8.2) ถูกตัดสิทธิตามกระบวนการทางปกครอง หรือกระบวนการถอนใบอนุญาต
 ทัศนคติ และ

(9) ผ่านคุณสมบัติอื่นตามที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคณะกรรมการร่วมลงทุนเห็นสมควร

(g) have fulfilled the obligations of the bidder to pay taxes and social security contributions and any paid compensation due, for damage caused to property;

(h) have directors or officers who have not been

(i) convicted of any offence relating to professional conduct, false statements or misrepresentations as to qualifications to enter into a public private partnership contract, within a period of ten years preceding the commencement of the procurement proceedings for the public private partnership project; or

(ii) disqualified pursuant to administrative proceedings or disbarment proceedings; and

(i) meet any other criteria as the contracting authority and the Office consider appropriate.

3. หลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

สืบเนื่องจากแนวคิดเรื่องภารกิจของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ รวมถึงหลักบริการสาธารณะที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น แต่เดิมถือเป็นอำนาจหน้าที่และภารกิจของรัฐที่จะต้องกระทำด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อยุคสมัยและสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป รัฐซึ่งเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ หรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภค อาจมีอุปสรรคหรือข้อจำกัดบางประการ เช่น ในด้านของงบประมาณลงทุนซึ่งมีมูลค่าสูง และข้อจำกัดทางด้านเทคโนโลยีที่อาจไม่ทันสมัยเท่ากับผู้ให้บริการทางด้านเอกชน ในปัจจุบัน รัฐจึงได้มีนโยบายที่ต้องการส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนกับโครงการของรัฐในรูปแบบการร่วมลงทุน โดยภาครัฐเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการให้บริการสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ เพื่อมุ่งเน้นการให้บริการที่มีประสิทธิภาพ คุ่มค่ากับต้นทุนและทรัพยากรมากกว่าการดำเนินการจากภาครัฐเอง

โดยรูปแบบการดำเนินการบนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนกันระหว่างรัฐและเอกชนนี้ เรียกว่า การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือ (Public Private Partnership: PPP) ซึ่งเป็นรูปแบบการดำเนินโครงการของภาครัฐประเภทหนึ่ง ที่ได้รับความนิยมในฐานะเครื่องมือทางเลือกในการใช้ดำเนินโครงการสาธารณะของรัฐให้มีประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่งโครงการบริการสาธารณะต่าง ๆ ของประเทศที่พัฒนาแล้วที่ประสบความสำเร็จ มักใช้รูปแบบการร่วมลงทุนกับเอกชนในการดำเนินโครงการ เนื่องจากรัฐสามารถควบคุมคุณภาพและสามารถกระจายความเสี่ยงไปสู่เอกชนผู้ร่วมลงทุนในโครงการได้ โดยรัฐเองไม่ต้องใช้เงินลงทุนหรืองบประมาณจำนวนมากในการดำเนินโครงการเองดังเช่นในอดีต อีกทั้งรัฐยังไม่ต้องบริหารโครงการต่าง ๆ เองทั้งหมด ซึ่งถือเป็นการนำศักยภาพของเอกชนที่มีความชำนาญในการดำเนินโครงการควบคู่กับการดำเนินนโยบายของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ และรัฐยังสามารถเรียนรู้หรือได้รับการถ่ายทอดความรู้ความสามารถในการบริหารโครงการ หรือเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพจากเอกชนด้วย

การจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น นอกจากการพิจารณาถึงทรัพยากรบุคคล และงบประมาณที่ต้องใช้ในการดำเนินการแล้ว ยังต้องคำนึงถึงเครื่องมือทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ซึ่งเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในลักษณะของกฎหมายลำดับรอง ที่เรียกว่า “กฎ” ของฝ่ายบริหาร เช่น กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ

2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะบุคคล ได้แก่ คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ เช่น การออกใบอนุญาต อนุมัติต่าง ๆ

3) สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่รัฐมอบหมายภารกิจหรือร่วมมือกับเอกชนโดยการทำสัญญาเพื่อให้เอกชนเข้ามาให้บริการสาธารณะต่าง ๆ แทนรัฐ หรือร่วมกันทำกับรัฐ เช่น สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หรือสัญญาสัมปทานต่าง ๆ

3.1 สัญญาทางปกครองของประเทศไทย

แต่เดิมในระบบกฎหมายไทยไม่มีแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองแยกจากสัญญาทางแพ่งต่อมา เมื่อมีการพัฒนากฎหมายมหาชน ทำให้แนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองได้มีการศึกษากันเรื่อยมาจนกระทั่งมีการตรา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้ให้นิยามศัพท์คำว่าสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้ว ยังมีหลักที่เกิดจากศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 ได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

ดังนั้น สัญญาทางปกครอง จึงมีผลหลายประการแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง ทั้งนี้ เนื่องมาจากแนวคิดที่ว่า สัญญาทางปกครองดำเนินไปเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ ทำให้สัญญาทางปกครองต้องมีผลบังคับเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะบรรลุผลได้ แม้จะต้องกระทบต่อเอกชนคู่สัญญาก็ตาม

ซึ่งเป็นผลทำให้ในสัญญาทางปกครองนั้น บางกรณีรัฐอาจอยู่ในฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น การถือหลักว่าสัญญาทางปกครองนั้น รัฐสามารถแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยเฉพาะในเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ แต่ในขณะเดียวกันเมื่อการแก้ไขสัญญานั้นก่อให้เกิดภาระหรือความเสียหายแก่เอกชน รัฐก็มีหน้าที่ต้องชดเชยต่อภาระหรือความเสียหายนั้น ด้วยลักษณะดังกล่าวนี้ สัญญาทางปกครองจึงมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปที่เป็นเรื่องของประโยชน์เอกชนต่อเอกชนที่เสมอภาคกัน

เมื่อพิจารณาถึงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 ได้ให้คำยามศัพท์ไว้ว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ประกอบกับความหมายและขอบเขตของสัญญาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง การที่รัฐได้ทำสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน จึงถือว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองแบบหนึ่งเช่นกัน

3.2 สัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ความหมายและขอบเขตของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำออกเป็น 2 ประเภทคือ สัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) อย่างหนึ่งและสัญญาของฝ่ายปกครอง (contrat de l' administration) ซึ่งหมายถึงสัญญาที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่สัญญาแต่บังคับกันตามหลักกฎหมายเอกชนทั่วไปอีกอย่างหนึ่ง

หลักเกณฑ์ในการแบ่งสัญญาทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้ แต่เดิมคือเอาหลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชา เป็นหลักในการแบ่ง แต่ต่อมาตั้งแต่ ค.ศ. 1873 เป็นต้นมาได้ถือหลักเรื่องบริการสาธารณะเป็นหลักในการแบ่ง โดยถือว่า “สัญญาใดที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อการจัดองค์กรหรือการปฏิบัติงานของบริการสาธารณะ สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง” อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ในการวินิจฉัยก็ยังมีหลักเกณฑ์เสริมในรายละเอียดอีก 2 กรณีคือ

1) กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการกำหนดนี้ก็อาจเป็นการกำหนดโดยชัดเจนว่าเป็นสัญญาทางปกครอง หรือกำหนดว่าให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง หรือบางกรณีกฎหมายก็กำหนดให้คดีบางประเภทอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2001 กำหนดให้สัญญาที่สร้างขึ้นตามกฎหมายนี้เป็นสัญญาทางปกครองทั้งหมด

2) กรณีที่ศาลใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ถือเป็นข้อสันนิษฐานว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะปกติสัญญาประเภทนี้ย่อมใช้วิธีการแบบมหาชน เว้นแต่พิจารณาวัตถุประสงค์แล้วเห็นได้ว่าเพียงแต่ก่อความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน

(2) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน กรณีนี้ศาลได้เคยวางแนวทางที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองไว้หลายประการ เช่น

ก. ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะข้อสัญญามีลักษณะพิเศษ ที่ว่ามีลักษณะพิเศษนั้น อาจเป็นข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่ไม่พบในกฎหมายเอกชน หรือเป็นข้อสัญญาลักษณะพิเศษที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคของคู่สัญญาก็ได้

ข. ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น มีลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น สัญญาเกี่ยวกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ สัญญาให้ครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน สัญญาที่ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ดำเนินบริการสาธารณะโดยตรง

ค. ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของระบบสัญญา เช่น สัญญาที่การไฟฟ้าของฝรั่งเศสซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตเอกชนและกำหนดว่าถ้ามีข้อพิพาทเกิดจากสัญญาดังกล่าว ต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบวินิจฉัยก่อนจึงจะฟ้องคดีได้

(3) กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน กรณีนี้โดยทั่วไปถือหลักว่าเมื่อทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน ย่อมมิใช่เป็นสัญญาทางปกครอง เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนนั้นดูเหมือนทำเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนในลักษณะที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอยู่เบื้องหลังของสัญญานั้น

ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

โดยหลักแล้วการพิจารณาสัญญาก็จะมีการพิจารณาตั้งแต่การเกิดทางสัญญา ผลของสัญญา และการระงับของสัญญา สัญญาทางปกครองก็จะต้องพิจารณาองค์ประกอบเหล่านี้ด้วยเช่นกัน แต่สัญญาทางปกครองนั้นก็อาจมีลักษณะบางประการแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

ในส่วนของ การเกิดสัญญา ข้อพิจารณาประการแรกก็คือ ข้อจำกัดในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งปกติสัญญาทางแพ่งนั้นคู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการตัดสินใจทำสัญญาอย่างเสรี จะถูกจำกัดก็แต่เพียงเรื่องความสามารถในการทำสัญญา แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครองซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (อาจเรียกง่าย ๆ ว่ารัฐ นั้น) ในส่วนของฝ่ายปกครอง ก็มีข้อพิจารณาตั้งแต่อำนาจทำสัญญา และวิธีการ

เลือกคู่สัญญา ซึ่งก็มีข้อจำกัดในทางกฎหมายหลายประการ ประการที่สอง ก็คือ ความเสมอภาคในการทำสัญญา ซึ่งฝ่ายเอกชนนั้นจะไม่มีอำนาจต่อรองในข้อกำหนดของสัญญา ซึ่งฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดฝ่ายเดียว ฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิต่อรองก็แต่เฉพาะราคาหรือค่าตอบแทนเท่านั้น

ในส่วนของผลของสัญญาก็เช่นเดียวกัน สัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่ถือหลักว่าเป็นสัญญาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีการนำหลักสำคัญของบริการสาธารณะมาเป็นหลักในการบังคับตามสัญญา เช่น หลักที่ว่าบริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง จึงนำไปสู่การถือหลักในการบังคับตามสัญญาว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องให้บริการต่อเนื่อง แม้ว่าการดำเนินการนั้นจะเกิดจากเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ และทำให้ฝ่ายเอกชนต้องมีการระดมทุนหรือมีความยากลำบากเพียงใดก็ตาม เว้นแต่เป็นเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจทำได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเอกชนมีภาระที่จะต้องดำเนินการเพิ่มขึ้นกว่าที่คาดหมายปกติ รัฐก็มีหน้าที่ต้องชดเชยต่อหน้าที่ของเอกชนเช่นกัน หลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการทำบริการสาธารณะก็คือ บริการสาธารณะต้องมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ผลก็คือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องพร้อมที่จะพัฒนาบริการสาธารณะที่ตนทำอยู่ตามสัญญา เช่น เมื่อ 30-40 ปีก่อนคู่สัญญาทำสัญญาตามไปถนนด้วยก๊าซ แต่เมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนา มีไฟฟ้าใช้กันทั่วไป ก็จะต้องสัญญาเดิมไม่ได้ ถ้าไม่ยอมเปลี่ยนแปลงฝ่ายปกครองก็ย่อมมีสิทธิแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้ เป็นต้น นอกจากนี้ก็ยังมีหลักเรื่องความเสมอภาคในบริการสาธารณะ และหลักความเป็นกลางของการบริการสาธารณะ เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ผลของทฤษฎีบริการสาธารณะ ทำให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์พิเศษเหนือเอกชนคู่สัญญา เช่น แม้ฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะก็ยังคงทำบริการต่อไป จะตอบโต้ด้วยการไม่ทำหน้าที่ตามหลักสัญญาต่างตอบแทนในกฎหมายแพ่งไม่ได้ แต่สิ่งที่มีความสำคัญไม่น้อยกว่ากันก็คือ รัฐก็ต้องไม่ประสงค์จะเอาเปรียบเอกชน นั่นก็คือเมื่อการก่อการะนั้น เกินกว่าที่ควรคาดหมายได้ตามปกติ รัฐก็มีหน้าที่ต้องชดเชยความเสียหาย นอกจากนี้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง อีกอย่างหนึ่งก็คือ การบังคับการตามสัญญาโดยฝ่ายปกครองเอง โดยไม่ต้องนำคดีไปสู่ศาล

ในส่วนของการเลิกสัญญานั้น โดยทั่วไปแล้วการสิ้นสุดผลทางสัญญาก็เป็นไปตามหลักทางแพ่ง กล่าวคือ เมื่ออาจสิ้นผลไปเพราะข้อตกลงในสัญญาหรือคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญากัน แต่ก็ยังมีหลักพิเศษของสัญญาทางปกครองที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ใน 2 กรณีคือ

- 1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง
- 2) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ก็เกินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว

คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

3.3 สัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความหมายและขอบเขตของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันมีพัฒนาการช้ากว่าของฝรั่งเศส และยิ่งช้ากว่าการยอมรับเรื่องคำสั่งทางปกครองเป็นเวลาร่วมหนึ่งร้อยปี ทั้งนี้เพราะ Otto Mayer นักกฎหมายปกครองคนสำคัญที่ถือว่าเป็นบิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งเป็นผู้วางแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองไว้ แต่กลับปฏิเสธหลักเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเขาเห็นว่าสัญญานั้นเป็นเรื่องของบุคคลที่มีความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย แต่กฎหมายมหาชนไม่ใช่ความเท่าเทียมกัน แต่เป็นเรื่องที่รัฐอยู่เหนือเอกชน ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจมาทำสัญญาตามกฎหมายมหาชนกับเอกชนได้ แนวคิดดังกล่าวนี้มีอิทธิพลในเยอรมันมาเป็นเวลานาน แม้จะมีผู้โต้แย้งบ้าง จนต่อมาก็ยอมรับกันว่าในการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพื่อทำภารกิจต่าง ๆ นั้น ไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยการออกคำสั่งเสมอไป รัฐก็อาจเลือกทำความตกลงกับประชาชนซึ่งเป็นรูปแบบของสัญญาก็ได้ จนเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองใน ค.ศ. 1976 จึงได้มีบทบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 9 และมาตรา 54 ถึง มาตรา 62 กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมันจึงมีความชัดเจนตั้งแต่นั้นมา

สัญญาทางปกครองของเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่า สัญญาทางปกครองได้แก่สัญญาที่มีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันเองก็เห็นว่าแท้จริงแล้วที่ว่าเป็น “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน” นั้นควรต้องตีความแคบโดยมีเจตนารมณ์ให้หมายความถึงสัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง เท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงสัญญาระหว่างประเทศระหว่างรัฐกับรัฐ หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศด้วย

สัญญาทางปกครองของเยอรมันพิจารณาจาก “เนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา” นั้นเองเป็นสำคัญ โดยคู่กรณีในสัญญามีใช่ตัวชี้ที่สำคัญเป็นสัญญาระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน แต่หากเนื้อหาเน้นความสัมพันธ์ทางแพ่ง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำสัญญาขายรถบรรทุกให้กับอีกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหนึ่ง โดยผูกพันกันตามกฎหมายแพ่ง เช่นนี้ก็ถือเป็นสัญญาทางแพ่ง การพิจารณาเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์สัญญานั้น ก็คือ มูลเหตุแห่งนี้ หรือหน้าที่ในการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง โดยเกณฑ์เช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าสัญญาทางปกครองได้แก่

1. สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน

2. สัญญาทำขึ้นโดยมีข้อกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการออกคำสั่งหรือกระทำการใด ๆ ในทางปกครองเป็นการตอบแทน

3. สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ตามกฎหมายมหาชนในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ได้แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 3 ประเภทคือ

- 1) สัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีฐานะเท่าเทียมกัน
- 2) สัญญาทางปกครองระหว่างคู่สัญญาซึ่งฝ่ายหนึ่งมีฐานะเหนือกว่าอีกฝ่าย
- 3) สัญญาทางปกครองประเภทพิเศษ คือสัญญาประนีประนอม และสัญญาแลกเปลี่ยน

ลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

สัญญาทางปกครองของเยอรมันได้กำหนดหลักการสำคัญ ๆ ไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976) ในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

2) ความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง โดยได้บัญญัติเหตุแห่งการเป็นโมฆะกรรมของสัญญาทางปกครอง

3) การปฏิบัติตามสัญญา โดยหลักแล้วคู่สัญญาก็ย่อมมีความผูกพันตามสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง แต่ในกรณีของสัญญาที่เป็นบริการสาธารณะซึ่งตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องปฏิบัติกันต่อเนื่องไม่ว่าจะประสบความสำเร็จเพียงใด เว้นแต่การปฏิบัติตามสัญญาเป็นการพ้นวิสัย

อย่างไรก็ตามหลักบางประการที่ยอมรับในระบบของกฎหมายฝรั่งเศส เช่น หลักที่ว่าแม้ฝ่ายรัฐจะผิดสัญญา เอกชนก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปนั้น ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายของเยอรมัน

4) การแก้ไขปัญหาและการเลิกสัญญา กรณีของเยอรมันเมื่อข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป บางคู่สัญญาก็อาจขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อสัญญาให้เหมาะสมได้ และถ้าไม่อาจตกลงกันได้ ทางเอกชนจะเลิกสัญญา ต้องนำคดีไปสู่ศาลปกครอง แต่ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว แต่ต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

5) การบังคับการตามสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญานั้น เยอรมันก็ให้อำนาจฝ่ายปกครองคู่สัญญาเข้าบังคับการได้ทำนองเดียวกับของฝรั่งเศส และได้กำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ที่จะ

ดำเนินการบังคับคดี ต้องสำเร็จการศึกษาเป็นนักกฎหมายวิชาชีพ เพื่อเป็นหลักประกันให้การดำเนินการถูกต้อง
เป็นไปตามกฎหมาย

6) การนำหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (วิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่) มาใช้กับ
การทำสัญญาทางปกครอง

7) การนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้อุดช่องว่างของบทบัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองเพราะ
กฎหมายแพ่งมีพัฒนาการมาก่อน แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองด้วยเสมอ

ในส่วนของอำนาจศาลในการพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองเยอรมันมี
อำนาจพิจารณาเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญา การปฏิบัติตามสัญญา การปรับปรุงแก้ไขข้อสัญญา
การตีความสัญญา และการเลิกสัญญานั้น ส่วนการเรียกค่าเสียหาย ไม่ว่าจะเกิดจากการผิดสัญญา การแก้ไข
สัญญา หรือการเลิกสัญญานั้น เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม



บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนของไทย

1. กฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

1.1 ความเป็นมา และวิวัฒนาการของกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

แต่เดิม กฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ ดังนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะ โครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรมีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 ขึ้น

ภายหลังจากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.2535 มีหลักเกณฑ์บางประการที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดขั้นตอน และหลักเกณฑ์การดำเนินการที่สำคัญบางประการไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ประกอบกับในขณะนั้น ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก ทำให้รัฐยังไม่สามารถดำเนินการให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชนได้ ดังนั้น การมอบหมายให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ จึงเป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้มีการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะขึ้น อีกทั้งยังส่งผลเป็นการประหยัดงบประมาณของภาครัฐด้วย ทำให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างคุ้มค่าและเกิดประสิทธิภาพและเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ โดยมีการเปิดเสรีด้านการค้าและการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ ด้วย และสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เพื่อให้มีการกำหนดนโยบายของรัฐที่ชัดเจนและแน่นอนในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ การกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครบถ้วน โดยมีความโปร่งใสและสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและหลักวินัยการเงินการคลัง การส่งเสริมและสนับสนุนการให้

เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมากขึ้น รวมทั้งให้มีหน่วยงานรับผิดชอบในการทำหน้าที่กำหนดมาตรฐาน กำกับดูแล ส่งเสริม และสนับสนุนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตลอดจนพัฒนาวินัยการเงินการคลังของประเทศในการให้เอกชนร่วมลงทุน เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการคลังของประเทศในระยะยาว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

กระทั่งปัจจุบัน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ได้ถูกตราขึ้น เพื่อกำหนดขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกิจการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนที่รัฐประสงค์จะสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในการเข้ามาสู่กระบวนการตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเป็นการกำหนดนโยบายที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสม ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชน รวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนยังคงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้

1.2 หลักเกณฑ์และขั้นตอนการเข้าร่วมดำเนินการร่วมลงทุน

เมื่อสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาทางปกครองตามที่กล่าวไปเบื้องต้นแล้ว ดังนั้น กระบวนการต่าง ๆ ในการทำสัญญาร่วมลงทุน ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการเสนอโครงการ การคัดเลือกเอกชน การกำกับดูแลโครงการร่วมลงทุน หรือการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ จึงย่อมมีความแตกต่างจากสัญญาทั่วไปในทางแพ่ง ที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้โดยอิสระ ตามความสมัครใจ และเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

การดำเนินการทำสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ต้องอยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ซึ่งจะเริ่มต้นจากหมวดที่ 1 บททั่วไป โดยมีการกำหนดเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนไว้ในมาตรา 6 กล่าวคือ 1) ความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน 2) ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน 3) การรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ 4) การใช้ความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมของเอกชนในการให้บริการสาธารณะของโครงการร่วมลงทุน และการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ 5) ความโปร่งใส

และตรวจสอบได้ในการจัดทำและดำเนินโครงการร่วมลงทุน รวมถึงกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง และ 6) สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการจากโครงการร่วมลงทุน

นอกจากนี้ ยังมีภาระบุคลัษณะของกิจการเกี่ยวกับ โครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมลงทุน (ตามมาตรา 7) มูลค่าโครงการร่วมลงทุน (ตามมาตรา 8) และวิธีการดำเนินการเมื่อเกิดปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน (ตามมาตรา 11)

ในหมวดที่ 2 แผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน ได้มีการกำหนดให้สำนักงานจัดทำแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุนที่สอดคล้องกับแผนแม่บทด้านการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและด้านสังคมของประเทศที่สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจัดทำขึ้น และนำเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ (ตามมาตรา 12)

ในหมวดที่ 3 คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เป็นการกำหนด คุณสมบัติ วิธีการสรรหา องค์ประชุม รวมถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว (ตามมาตรา 13 – 21)

ในหมวดที่ 4 การจัดทำและดำเนินโครงการ ส่วนที่ 1 การเสนอโครงการ ซึ่งในการเสนอโครงการที่จะให้มีการร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนประกาศกำหนด ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบไปด้วย

- ความเป็นมาของโครงการ หลักการและเหตุผลในการจัดทำโครงการ รวมถึงความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน

- สาระสำคัญของโครงการ ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ เป้าหมาย ขอบเขตและระยะเวลาของโครงการ และประมาณการต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ

- ความพร้อมในการจัดทำและดำเนินโครงการที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ รวมถึงความพร้อมในด้านการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน ผลกระทบต่อประชาชนจากการดำเนินโครงการ และกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่ง ที่ส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ

- ความเป็นไปได้ของโครงการในด้านเทคนิค ด้านเทคโนโลยี ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านกฎหมาย ด้านการเงิน หรือด้านเศรษฐศาสตร์ โดยต้องระบุสมมติฐานที่ใช้ในการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการด้วย

- ความเสี่ยงของโครงการ รวมถึงการระบุความเสี่ยง การพิจารณาถึงโอกาสที่จะเกิดความเสี่ยง ผลกระทบในกรณีที่เกิดความเสี่ยงขึ้น และวิธีบริหารจัดการความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ

- ทางเลือกและรูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน การจัดสรรหน้าที่และความรับผิดชอบ การจัดสรรความเสี่ยง และการแบ่งผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างรัฐและเอกชน โดยคำนึงถึงการให้เอกชนใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมในโครงการร่วมลงทุน

- ความพร้อมของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและดำเนิน โครงการ รวมถึงความเห็นของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจกระทบต่อความสำเร็จของโครงการพร้อมทั้งแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าว

- ผลการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง

ในการจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำความเห็นของหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชน มาประกอบการพิจารณาจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (ตามมาตรา 22)

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว พบว่ามีการกำหนดสาระสำคัญในด้านต่าง ๆ เพื่อให้การจัดทำโครงการร่วมลงทุนเป็นไปอย่างรอบคอบและมีประสิทธิภาพ เช่น ความเป็นไปได้ของโครงการในด้านเทคนิค ด้านเทคโนโลยี ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านกฎหมายด้านการเงิน หรือด้านเศรษฐศาสตร์ รวมถึงความพร้อมของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและดำเนินโครงการ รวมถึงความเห็นของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจกระทบต่อความสำเร็จของโครงการพร้อมทั้งแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าว ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นไปได้ของโครงการในด้านต่าง ๆ ตามที่ปรากฏข้างต้นก็เปรียบเสมือนคุณสมบัติของ “โครงการร่วมลงทุนนั้น ๆ “ และความพร้อมของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวก็เปรียบเสมือนคุณสมบัติของ “คู่สัญญาร่วมลงทุนฝ่ายรัฐ” แต่อย่างไรก็ตาม กลับไม่มีการกำหนดถึงความชัดเจนหรือรายละเอียดคุณสมบัติของ “คู่สัญญาฝ่ายเอกชน” ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายจึงยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาที่จะเข้ามาร่วมลงทุนกับรัฐ ผู้ศึกษาจึงจะขอเสนอการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในส่วนของข้อเสนอแนะต่อไป

สำหรับส่วนที่ 2 การคัดเลือกเอกชน ในส่วนของการคัดเลือกเอกชนคู่สัญญา ได้มีการกำหนดรูปแบบการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนกับรัฐเพื่อจัดทำโครงการที่เกี่ยวข้องกับ โครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะไว้ว่า ต้องใช้วิธีประมูล (ตามมาตรา 32) เว้นแต่ใน 2 กรณีที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้ใช้วิธีการคัดเลือกเอกชนโดยไม่ใช้วิธีประมูล คือ

1) หากปรากฏในชั้นการศึกษาและวิเคราะห์โครงการว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล โดยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการระบุเหตุผลและความจำเป็น ข้อดีและข้อเสีย และประโยชน์ที่ภาครัฐและประชาชนจะได้รับไว้ในรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการด้วย (ตามมาตรา 25)

2) หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมุข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณา หากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเห็นพ้องด้วยให้เสนอสำนักงานเพื่อนำเสนอคณะกรรมการพิจารณา (ตามมาตรา 34)

ส่วนรายละเอียดที่เกี่ยวข้องในเรื่องของคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะมีการกำหนดไว้ในร่างประกาศเชิญชวน ซึ่งรัฐจะเป็นผู้จัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน (ตามมาตรา 35) โดยรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอในด้านต่าง ๆ จะมีการกำหนดไว้ในประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

สำหรับการกำกับดูแลโครงการร่วมลงทุน จะปรากฏอยู่ในส่วนที่ 3 การกำกับดูแลโครงการร่วมลงทุน กล่าวคือ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง (ตามมาตรา 43) และให้คณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าว มีหน้าที่และอำนาจในการ กำกับดูแลและติดตามโครงการร่วมลงทุนให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน พิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการร่วมลงทุน ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ ขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ เอกชนคู่สัญญา หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับโครงการ ชี้แจง แสดงความเห็น หรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขในการดำเนินโครงการร่วมลงทุนตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุนต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และให้ส่งสำเนารายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงาน ตามระยะเวลาที่คณะกรรมการกำกับดูแลกำหนดอย่างน้อยหกเดือนต่อหนึ่งครั้ง และพิจารณาให้ความเห็นประกอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ดังนั้น การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งรวมถึงกรณีเปลี่ยนตัวคู่สัญญา จึงเป็นอำนาจหน้าที่ที่อยู่ในดุลพินิจ หรือการพิจารณาของคณะกรรมการตามกฎหมาย การตรวจสอบคุณสมบัติของคู่สัญญารายใหม่ที่เข้ามาแทนที่คู่สัญญารายเดิมจึงเป็นการพิจารณาในทางปฏิบัติ ซึ่งยังไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย

ขั้นตอนสุดท้ายในการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก็คือการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ ตามที่ปรากฏในส่วนที่ 4 การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและการทำสัญญาใหม่ ซึ่งมีการกำหนดกระบวนการให้กรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา (ตามมาตรา 46) หลังจากนั้น ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข ความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแล ร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ต่อรัฐมนตรี

กระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขต่อไป (ตามมาตรา 47)

1.3 การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามกฎหมายร่วมลงทุน

จากที่ได้กล่าวถึงขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนไปพอสังเขปนั้น ตามกฎหมายร่วมลงทุนกำหนดว่าจะต้องใช้วิธีประมูล (ตามมาตรา 32) ส่วนการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องในเรื่องของคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้มีการกำหนดไว้ในร่างประกาศเชิญชวน ซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการจะเป็นผู้จัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน เสนอต่อคณะกรรมการคัดเลือกเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ (ตามมาตรา 35) โดยรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอในด้านต่าง ๆ จะมีการกำหนดไว้ในประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังนี้

1.3.1 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. 2563

ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรให้มีการพิจารณาคัดเลือกผู้มีความสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ของเอกชนผู้ยื่นข้อเสนอ และคณะกรรมการคัดเลือกเห็นชอบด้วย ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกร่วมกันกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีความสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ให้ชัดเจน (ตามข้อ 6 (1)) และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการออกประกาศเป็นการทั่วไปให้ผู้สนใจยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติของตน เพื่อขอเข้ารับการพิจารณาคัดเลือกผู้มีความสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ซึ่งอย่างน้อยต้องแสดงรายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอแสดงหลักฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติ เช่น คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสบการณ์และผลงานของผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ หรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกกำหนด (ตามข้อ 6 (2) (ก))

1.3.2 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563

ได้มีการกำหนดรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวนให้อย่างน้อยต้องแสดงรายการอันถือเป็นคุณสมบัติของเอกชนที่จะยื่นข้อเสนอเพื่อเข้าคัดเลือกเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนกับรัฐ ดังต่อไปนี้

1. คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ โดยผู้ยื่นข้อเสนอต้องไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันจากอำนาจศาลไทยทำให้ไม่ต้องขึ้นศาลไทย เว้นแต่รัฐบาลของผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งเป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์ หรือความคุ้มกันดังกล่าวมีหนังสือแสดงเจตนาการสละเอกสิทธิ์และความคุ้มกันจากอำนาจศาลไทยนั้น (ตามข้อ 4 (2))

2. คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสิทธิภาพ และผลงานของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนดในเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (ตามข้อ 4 (3))

3. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือก โดยให้ระบุหลักเกณฑ์และวิธีการในการตัดสินให้ชัดเจนเป็นคะแนนในด้านข้อเสนอการดำเนินงานตามโครงการร่วมลงทุนในภาพรวม ซึ่งรวมถึงศักยภาพ และความสามารถของผู้ยื่นข้อเสนอในการดำเนินงานตามโครงการร่วมลงทุนให้ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของโครงการร่วมลงทุน (ตามข้อ 4 (8) (ก))

4. ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ต้องแสดงรายการคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ (ตามข้อ 5 (2))

5. ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ต้องแสดงรายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงเอกสารหลักฐานที่สำคัญเกี่ยวกับฐานะการเงิน บุคลากร บุคลากรหลักที่จะดำเนินงานตามโครงการ ซึ่งต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในงานตามโครงการ ทั้งนี้ ในเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ต้องกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของผู้มีประสบการณ์ จากจำนวนปีทำงานและจำนวน โครงการขั้นต่ำ พร้อมทั้งกำหนดให้แสดงรายละเอียดของประสบการณ์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งรวมถึงวงเงินของโครงการที่เคยดำเนินการมาแล้ว (ตามข้อ 5 (3))

6. ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ต้องแสดงรายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงแผนทางธุรกิจ เป็นข้อเสนอทางการเงินของโครงการ ซึ่งรวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้ การคาดคะเนทางการเงิน โดยแสดงงบกำไรขาดทุน งบกระแสเงินสด และงบดุล อัตราส่วนทางการเงิน ตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนด เช่น อัตราส่วนสภาพคล่อง อัตราส่วนหนี้สิน อัตราส่วนแสดงสมรรถภาพในการดำเนินการ อัตราส่วนความสามารถทำกำไร ผลตอบแทนทางการเงินจากการลงทุน การจัดหาเงินทุน (ตามข้อ 5 (6) (ก) (ข) (ค) (ง))

7. ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ต้องแสดงรายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอต้องระบุแผนการดำเนินงานและผลประโยชน์ที่จะเสนอให้แก่รัฐ ทั้งในรูปตัวเงินและผลประโยชน์อื่น ๆ โดยชัดเจน (ตามข้อ 5 (7))

8. ร่างสัญญาร่วมลงทุนอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนสำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ (ตามข้อ 6 (15))

1.3.3 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563

ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามข้อ 3 (7))

1.3.4 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการเปลี่ยนโครงสร้างองค์กร อันมีผลทำให้ไม่สามารถดำเนินโครงการต่อไปได้ (ตามข้อ 3 (3)) และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามประกาศนี้ ให้สำนักงานมีอำนาจประกาศกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาลักษณะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 3 (ตามข้อ 4)

2. การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการร่วมทำงานระหว่างรัฐและเอกชน

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้เอกชนรายอื่นในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ยังมีบทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับกฎหมายร่วมลงทุน และกฎหมายที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายร่วมลงทุน แต่มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไว้คล้ายคลึงกัน ดังนี้

2.1 กฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมลงทุน แต่ในส่วนนี้ ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างบทบัญญัติของกฎหมายที่มีการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของเอกชนคู่สัญญา รวมถึงกรณีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนรายอื่นที่มาจากการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 กำหนดว่า การให้สัมปทานรายได้ซึ่งอยู่ในหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายร่วมลงทุน ก็ให้ปฏิบัติตามกฎหมายร่วมลงทุนด้วย รวมถึงได้มีการกำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยทางหลวงมาใช้บังคับกับทางหลวงสัมปทาน โดยอนุโลมด้วย เว้นแต่ที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัตินี้ (ตามมาตรา 6)

ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับ โอน ไปซึ่งสัมปทานไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย โดยเอกชนผู้ที่จะยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ตามมาตรา 7 วรรคสี่) ส่วนในกรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะมีการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น ต้องมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามมาตรา 7 วรรคสี่ และอนุญาตให้โอนสัมปทานจึงจะสามารถโอนสัมปทานได้ (ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง) อีกทั้งผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวจะต้องรับไปซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบทั้งหมดของผู้รับสัมปทานรายเดิม (ตามมาตรา 9 วรรคสอง)

2.2 กฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

เมื่อพิจารณากฎหมายร่วมลงทุน ปี 2562 จะพบว่ามิมีบทบัญญัติสำคัญที่เคยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายร่วมลงทุน ปี 2535 และ ปี 2556 แต่มิได้นำมาบัญญัติไว้เป็นบทมาตราในกฎหมายปัจจุบัน คือ มาตรา ยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายที่ยกเว้นให้สำหรับกิจการการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่

สำหรับเหตุการณ์ที่กฎหมายร่วมลงทุน ปี 2562 มิได้บัญญัติยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น มิได้หมายความว่ากิจการการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ต้องมาอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 แต่อย่างใด โดยเหตุที่กล่าวเช่นนี้เนื่องจากต้องพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายร่วมลงทุน ปี 2562 และเจตนารมณ์ในชั้นการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวประกอบกันเพื่อความชัดเจนด้วย

โดยในชั้นการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. นั้น ได้มีประเด็นในการที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ประสงค์จะเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตาม

กฎหมายในกิจการของตนเอง เพื่อให้เกิดความชัดเจนเช่นเดียวกับที่มีการยกเว้นให้แก่กิจการการให้สัมปทานปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรแร่ในกฎหมายร่วมลงทุนปี 2535 และปี 2556 เช่น กรณีของการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมของ กสทช. หรือการยกเว้นให้แก่การใช้ประโยชน์ที่สาธารณสมบัติกลางของสำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ซึ่งมีกฎหมายเฉพาะกำหนดกระบวนการและขั้นตอนการออกใบอนุญาตหรือการให้ใช้สิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินไว้เป็นการเฉพาะแล้ว อีกทั้งเมื่อพิจารณากฎหมายในลักษณะเดียวกันก็พบว่ามีความหมายเฉพาะในลักษณะเดียวกันนี้อีกเป็นจำนวนมาก เช่น การออกใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 หรือในกรณีที่นายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ออกใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ก็มีประเด็นว่าเป็นการอนุญาตที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ด้วยหรือไม่ ซึ่งหากตีความว่าการออกใบอนุญาตลักษณะดังกล่าวซึ่งเป็นลักษณะที่หน่วยงานกำกับดูแลการประกอบกิจการดังกล่าวออกใบอนุญาตให้แก่ผู้มาขอรับใบอนุญาตเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงเฉพาะเอกชนรายหนึ่งรายใดเพียงรายเดียว และมีได้มีลักษณะของการร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนจากการดำเนินกิจการของผู้รับอนุญาต ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมลงทุนด้วยแล้ว จะก่อให้เกิดความสับสนและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายร่วมลงทุน

ด้วยปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จึงเป็นที่มาของการที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ตัดมาตราที่บัญญัติยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายสำหรับกิจการการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ ออก โดยการพิจารณาโครงการที่จะเป็นโครงการร่วมลงทุนตามกฎหมายร่วมลงทุน ปี 2562 นั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นสำคัญ ซึ่งหลักการของมาตรานี้ต้องเป็นกรณีที่มีหน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะจัดทำโครงการร่วมลงทุน ซึ่งคำว่า “หน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะจัดทำโครงการร่วมลงทุน” นี้ ต้องเป็นลักษณะที่จะมีการจัดทำเป็นโครงการร่วมลงทุนขึ้นมา โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการจะมีการร่วมลงทุนกับเอกชนในลักษณะที่ต้องมีการลงทุนร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนร่วมกัน มิใช่ลักษณะของการออกใบอนุญาตหรือให้สัมปทานที่มีกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ กำหนดให้มีหน่วยงานกำกับดูแลกิจการเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ออกใบอนุญาตหรือให้สัมปทาน โดยมีได้มีลักษณะของการร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนกับเอกชน ด้วยแนวคิดและหลักการของกฎหมายดังกล่าวเช่นนี้ จึงทำให้ในกรณีที่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการปิโตรเลียมให้สัมปทานปิโตรเลียม กรณีที่เจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยแร่ออกประทานบัตรแร่ กรณีที่ กสทช. ออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม กรณีที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานออกใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงาน หรือกรณีที่นายทะเบียนออกใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ไม่ว่าจะเป็นการออกให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนคนใด ก็ไม่อยู่ในความหมายของการที่หน่วยงานของรัฐจะจัดทำโครงการร่วมลงทุน และไม่

อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมทุน ปี 2562 แต่อย่างไร เนื่องจากเป็นการออกใบอนุญาตหรือให้สัมปทานกับ เอกชนหรือหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด และมีหน้าที่ในการกำกับ ดูแลให้ผู้รับอนุญาตมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายเท่านั้น โดยมีได้มีการเข้าไปร่วมลงทุน รับผลกำไรหรือขาดทุนกับเอกชนแต่อย่างใดซึ่งในกรณีนี้จะแตกต่างจากการที่หน่วยงานของรัฐที่ได้รับ ใบอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากหน่วยงานกำกับดูแลหรือหน่วยงานผู้มีหน้าที่ในการออกใบอนุญาตแล้ว เช่น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) หรือ องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ หากหน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะมีโครงการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการ ที่ตนเองได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานดังกล่าว โดยมีการร่วมลงทุนรับผลกำไรและขาดทุนกับเอกชนก็ย่อม อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

2.2.1 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการปฏิรูปด้านพลังงานในการสร้างเสถียรภาพและความมั่นคง ทางด้านพลังงาน และเพื่อกำหนดให้การให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมมีทางเลือกให้รัฐสามารถพิจารณำ ระบบสัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือระบบสัญญาจ้างบริการมาใช้ในการบริหารจัดการทรัพยากรปิโตรเลียม นอกเหนือไปจากการพิจารณาให้สัมปทานปิโตรเลียมภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งแก้ไขบทบัญญัติ บางประการเกี่ยวกับประโยชน์หรือสิทธิของผู้รับสัมปทาน และบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าภาคหลวงให้มีความ เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายนี้ขึ้น และจากความสำคัญและวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มีลักษณะ เป็นไปเพื่อใช้ประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ จึงได้มี การกำหนดคุณสมบัติของผู้ถือประทานบัตรและผู้ที่จะรับโอนไปซึ่งประทานบัตรไว้ในกฎหมายด้วย

ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับสัมปทานและผู้ที่จะรับโอนไปซึ่งสัมปทานไว้ชัดเจนใน ตัวบทกฎหมาย โดยมีการกำหนดว่าผู้ขอสัมปทานต้องเป็นบริษัท และมีทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และ ผู้เชี่ยวชาญ เพียงพอที่จะสำรวจ ผลิต ขยาย และจำหน่ายปิโตรเลียม ส่วนในกรณีที่ผู้ขอสัมปทานไม่มีลักษณะ ดังกล่าวอย่างครบถ้วน ต้องมีบริษัทอื่นซึ่งรัฐบาลเชื่อถือและมีลักษณะตามที่ได้กล่าวไป และมีความสัมพันธ์ใน ด้านทุนหรือการจัดการกับผู้ขอสัมปทาน รับรองที่จะให้ทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญเพียง พอที่จะสำรวจ ผลิต ขยาย และจำหน่ายปิโตรเลียม (ตามมาตรา 24)

ผู้รับสัมปทานมีสิทธิโอนสัมปทานทั้งหมด หรือเฉพาะที่เกี่ยวกับแปลงสำรวจแปลงใดแปลง หนึ่ง พื้นที่ผลิต หรือพื้นที่ที่สงวนไว้เขตใดเขตหนึ่งให้แก่บริษัทอื่นโดยไม่ต้องขอรับอนุญาต ในกรณีที่กฎหมาย กำหนด (ตามมาตรา 48) โดยการโอนนี้ ผู้รับสัมปทานต้องแจ้งเป็นหนังสือให้รัฐมนตรีทราบพร้อมทั้งแสดง หลักฐานว่าการโอนดังกล่าวได้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานได้มีการ รับรองของบริษัทที่มีความสัมพันธ์ในด้านทุนหรือด้านการจัดการกับผู้รับสัมปทานเกี่ยวกับทุน เครื่องจักร

เครื่องมือ อุปกรณ์และผู้เชี่ยวชาญ ผู้รับสัมปทานต้องยื่นหลักฐานแสดงการรับรองผู้รับโอนสัมปทานโดยบริษัทดังกล่าวให้แก่รัฐมนตรีด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีจะเห็นว่าผู้รับโอนสัมปทานเป็นผู้ที่ยื่นขอสัมปทานได้โดยไม่ต้องมีการรับรองหรือมีบริษัทอื่นที่รัฐบาลเชื่อถือเข้ารับรองผู้รับโอนสัมปทานแทนแล้ว การโอนสัมปทานนี้ จะมีผลต่อเมื่อผู้รับสัมปทานได้รับหนังสือแจ้งจากอธิบดีว่าการโอนได้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว โดยผู้โอนสัมปทานและผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในการปฏิบัติตามสัมปทานและตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย (ตามมาตรา 49)

นอกจากกรณีการโอนสัมปทานตามมาตรา 48 ที่กล่าวข้างต้น ผู้รับสัมปทานอาจโอนสัมปทานทั้งหมดหรือเฉพาะที่เกี่ยวกับแปลงสำรวจแปลงใดแปลงหนึ่ง พื้นที่ผลิต หรือพื้นที่ที่สงวนไว้เขตใดเขตหนึ่งให้แก่บริษัทอื่นได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวนี้ต้องมีลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา 24 เช่นกัน (ตามมาตรา 50)

2.2.2 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560

เพื่อเป็นการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับแร่ในอดีตให้มีความเหมาะสม และเพื่อเป็นการอนุญาตและการจัดเก็บค่าภาคหลวงแร่ให้เป็นไปอย่างมีระบบ โดยกำหนดนโยบาย ในการบริหารจัดการแร่ เพื่อให้เกิดคุณภาพในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การรักษาสีเขียวและสุขภาพของประชาชน กำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตและการกำกับดูแลการทำเหมืองให้เหมาะสมกับประเภทและขนาดของการทำเหมือง ส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและชุมชนมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการแร่ กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดสรรผลประโยชน์จากทรัพยากรแร่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและชุมชนอันเป็นที่ตั้งของพื้นที่ทำเหมือง และพื้นที่ซึ่งได้รับผลกระทบจากการทำเหมือง และกำหนดให้มีการจ่ายเงินค่าทดแทนแก่ผู้มีกรรมสิทธิ์หรือ สิทธิครอบครองในที่ดินอันเป็นที่ตั้งของการทำเหมืองได้ดิน ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดเก็บค่าภาคหลวงแร่ จึงได้มีการตรากฎหมายนี้ขึ้น และจากความสำคัญและวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้มีลักษณะเป็นไปเพื่อใช้ประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ จึงได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ถือประทานบัตรแร่และผู้ที่จะรับโอนไปซึ่งประทานบัตรไว้ในกฎหมายด้วย

มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอประทานบัตรและผู้ที่จะรับโอนไปซึ่งประทานบัตรไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมาย โดยคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอประทานบัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง (ตามมาตรา 52)

กรณีผู้ถือประทานบัตรประสงค์จะโอนประทานบัตร ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ออกประทานบัตร โดยผู้รับโอนประทานบัตรต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ถือประทานบัตรและต้องรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือประทานบัตรตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน

ประธานบัตร นอกจากนี้ การอนุญาตให้โอนประธานบัตรจะกระทำได้อต่อเมื่อได้มีการชำระหนี้สินที่ค้างชำระตามพระราชบัญญัตินี้แก่เจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่จนครบถ้วนแล้ว (ตามมาตรา 72)

ซึ่งนอกจากข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่ไม่ได้บังคับใช้กับพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 เนื่องจากเป็นการที่รัฐออกใบอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนซึ่งไม่มีลักษณะในการร่วมลงทุนกันตามกฎหมายร่วมลงทุนแต่อย่างใด ยังมีการจัดทำโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายซึ่งเกี่ยวโยงกันอีกหลายฉบับ เช่น

- พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494
- พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543
- พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562

ซึ่งการใช้บังคับกฎหมายร่วมลงทุนกับกิจการหรือในเงื่อนไขของกฎหมายอื่นนั้น บางกรณีมักก่อให้เกิดความสับสนไม่ชัดเจนในการปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับร่วมกัน อันก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินโครงการหรือการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวขึ้น จึงมีกรณีการบัญญัติกฎหมายในภายหลังหลายฉบับที่กำหนดขยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายร่วมทุนไว้ในกฎหมายเฉพาะ เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าวและทำให้การดำเนินการในกิจการหรือในเรื่องนั้น ๆ มีการดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว ชัดเจน และเกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยจากการตรวจสอบกฎหมายในปัจจุบันพบว่ามีกฎหมายที่บัญญัติขยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายร่วมลงทุน จำนวน 4 ฉบับ ซึ่งจะขออธิบาย ดังต่อไปนี้

2.2.3 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

ปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เนื่องจากในหลาย ๆ พื้นที่ การจัดการสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยถือเป็นปัญหาสำคัญระดับประเทศ แต่ปัจจุบัน การบริหารจัดการสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยในประเทศไทยมีบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ และมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหลายหน่วยงาน ทำให้ขาดการบูรณาการร่วมกัน โดยเฉพาะการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยแต่ละประเภท อีกทั้งอัตราค่าธรรมเนียมในการให้บริการจัดการสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยที่ราชการส่วนท้องถิ่นจัดเก็บยังไม่สอดคล้องกับค่าใช้จ่ายจริง ดังนั้น เพื่อให้การบริหารจัดการสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด จึงควรให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย กำหนดหลักเกณฑ์และ

วิธีการในการคัดแยก เก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย และกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการให้บริการ รวมทั้งกำหนด ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจนำสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยที่จัดเก็บได้ไปใช้ประโยชน์หรือหาประโยชน์ได้ เมื่อ ได้ถึงเห็นถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองขึ้น ซึ่งการดำเนินการตามกฎหมายนี้ มิใช่เป็นเพียงภารกิจของภาครัฐแต่ผู้เดียว แต่ได้มีการเปิดโอกาสให้เอกชนได้เข้าร่วมบริหารจัดการภารกิจการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองด้วยเช่นกัน

โดยคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของเอกชนที่ประสงค์จะดำเนินการรับทำการเก็บ ขน กำจัด หรือหาประโยชน์จากการจัดการสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการ ต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ทั้งนี้ การขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต การต่ออายุ ใบอนุญาต การขอรับใบแทนใบอนุญาต และการออกใบแทนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในข้อกำหนดของท้องถิ่น (ตามมาตรา 34/2)

2.2.4 พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561

เนื่องจากพื้นที่ในภาคตะวันออกของประเทศไทยเป็นพื้นที่ที่มีศักยภาพทางเศรษฐกิจสูง หากมีการพัฒนาพื้นที่อย่างต่อเนื่อง เป็นระบบ และโดยสอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนแล้ว จะทำให้การใช้ที่ดินในภาคตะวันออกเป็นไปอย่างเหมาะสมกับสภาพและศักยภาพของพื้นที่ได้อย่างแท้จริง ทั้งยังจะช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การส่งเสริมให้มีการประกอบพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ทันสมัย สร้างนวัตกรรม และเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและการเกษตรกรรมดั้งเดิม ตลอดจนวิถีชีวิตของชุมชนในพื้นที่ดังกล่าว และเพื่อให้มีการบูรณาการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและสาธารณูปโภคให้ต่อเนื่องและ เชื่อมโยงกันทั้งในและนอกเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พัฒนาเมืองให้มีความทันสมัยระดับนานาชาติ ที่เหมาะสมต่อการอยู่อาศัยและการประกอบกิจการ มีการให้บริการภาครัฐแบบเบ็ดเสร็จครบวงจร รวมทั้งให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ประกอบการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษเป็นการเฉพาะ

เพื่อให้การพัฒนาเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเป็นไปตามวัตถุประสงค์ นโยบาย และแผนในกฎหมายนี้ จึงมีการกำหนดเกี่ยวกับลักษณะหรือคุณสมบัติของเอกชนผู้ที่จะเข้ามาดำเนินการในพื้นที่ดังกล่าว โดยให้คณะกรรมการนโยบายเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติ อนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทานแก่บุคคลซึ่งดำเนินการอันเป็นประโยชน์โดยตรงต่อการพัฒนาเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกตามกฎหมายดังต่อไปนี้ด้วย

1. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 เว้นแต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของกระทรวงการคลัง

2. กฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย
3. กฎหมายว่าด้วยการชลประทานหลวง
4. กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน
5. กฎหมายว่าด้วยทางหลวงสัมปทาน
6. กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์เพื่อสันติ

ในการอนุมัติ อนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทานดังกล่าว ให้คณะกรรมการนโยบายค้ำนึ่งถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้น แต่ในกรณีที่คณะกรรมการนโยบายเห็นว่าหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขเช่นว่านั้น จะทำให้การอนุมัติ อนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทานดังกล่าวมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ให้แจ้งให้ผู้มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเสนอความเห็น และเมื่อคณะกรรมการนโยบายพิจารณาแล้ว ให้ประกาศหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่เห็นสมควรในราชกิจจานุเบกษา และให้คณะกรรมการนโยบายอนุมัติ อนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทาน ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น (ตามมาตรา 37)

2.2.5 พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562

เพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการบริหารจัดการที่ราชพัสดุให้เหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และ นโยบายของรัฐบาล โดยกรณีจำเป็นที่ต้องให้มีคณะกรรมการที่ราชพัสดุ เพื่อทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการบริหารจัดการที่ราชพัสดุ เพื่อให้การใช้ประโยชน์ที่ราชพัสดุเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทางราชการ รวมทั้งกำหนดโทษอาญาสำหรับกรณีที่มีการบุกรุกที่ราชพัสดุ เพื่อเป็นการรักษาที่ดินของรัฐไว้เพื่อใช้ประโยชน์ของทางราชการ นอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มความคล่องตัวสำหรับการจัดหาประโยชน์ในที่ราชพัสดุ ประกอบกับ กำหนดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ปกครอง ดูแล และบำรุงรักษาที่ดินที่สงวนหรือหวงห้ามไว้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะ หรือที่ดินที่สงวนหรือหวงห้ามไว้เพื่อประโยชน์ของทางราชการตามกฎหมาย เพื่อลดปัญหาการบุกรุกที่ดินดังกล่าว และยังเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการบริหารจัดการที่ราชพัสดุนอกราชอาณาจักร และทรัพย์สินนอกราชอาณาจักรด้วย

ซึ่งโดยหลักแล้ว การจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุ ต้องเป็นไปเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการ และให้กระทำได้เพื่อการดังต่อไปนี้

1. การสนับสนุนการดำเนินภารกิจของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ
2. การสาธารณประโยชน์หรือสาธารณกุศล การสงเคราะห์ข้าราชการ หรือสวัสดิการ ของข้าราชการ
3. กิจการอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ทั้งนี้ ผู้ที่จะเข้าดำเนินการจัดหาประโยชน์ในที่ดังกล่าว ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยให้ทำเป็นสัญญาเช่าหรือสัญญาต่างตอบแทนอื่นนอกเหนือจากสัญญาเช่ากับกระทรวงการคลัง (ตามมาตรา 26) และการจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุจากบุคคลที่มีส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการ โดยต้องคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

1. วัตถุประสงค์ในการจัดหาประโยชน์
2. สภาพและที่ตั้งของที่ราชพัสดุนั้น
3. อัตราค่าเช่าตามปกติในท้องตลาด
4. ผลประโยชน์ตอบแทนอื่นนอกเหนือจากค่าเช่าที่จะได้รับ
5. มูลค่าอสังหาริมทรัพย์บนที่ดินที่ตกหรือจะตกเป็นของกระทรวงการคลัง อันเป็นมูลค่าใน

เวลาที่สัญญาสิ้นสุดลง (ตามมาตรา 27)

ดังนั้น จึงเป็นการที่กฎหมายมิได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนผู้ที่จะเข้าดำเนินการจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุไว้อย่างชัดเจน หรือกรณีการเปลี่ยนตัวหรือโอนสิทธิและหน้าที่ในการจัดหาประโยชน์ในที่ดินดังกล่าว แต่กฎหมายเพียงกำหนดขอบเขต หรือวัตถุประสงค์ในการจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุไว้ว่าเอกชนที่เข้าดำเนินการในทรัพย์สินที่เป็นของรัฐหรือราชการต้องคำนึงถึงประโยชน์ในเรื่องใดบ้างเท่านั้น

2.2.6 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ปัจจุบัน ได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ขึ้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดให้รัฐต้องรักษาไว้ซึ่งคลื่นความถี่และสิทธิในการเข้าใช้วงโคจรดาวเทียมอันเป็นสมบัติของชาติ และการจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและประชาชน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 60) อีกทั้งยังกำหนดให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการดังกล่าว (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 274) และเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ และการเริ่มกระบวนการสรรหา รวมทั้งวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงาน ตลอดจน ลดอุปสรรคในการปฏิบัติงาน และกระบวนการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสำนักงาน กสทช. ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ทำให้เพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงบประมาณให้รวดเร็ว ประกอบกับเทคโนโลยีการสื่อสารโดยใช้คลื่นความถี่ได้พัฒนาขึ้น จึงสมควรมีการปรับปรุงการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่

เสียใหม่เพื่อให้การใช้คลื่นความถี่เกิดประโยชน์สูงสุด นอกจากนั้น เพื่อประโยชน์ในการแจ้งเหตุฉุกเฉินที่ต้องการความช่วยเหลือของประชาชน ก็สมควรกำหนดให้มีเลขหมายโทรศัพท์ฉุกเฉินแห่งชาติ เพื่อให้การรับแจ้งเหตุฉุกเฉินมีประสิทธิภาพสูงสุด

ดังนั้น การที่เอกชนมีความประสงค์จะใช้คลื่นความถี่ซึ่งถือเป็นสมบัติของชาติ ก็จะต้องดำเนินการภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วยเช่นกัน โดยมีหลักเกณฑ์ก็คือ ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคม ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยประกาศดังกล่าวต้องระบุกิจการที่สามารถใช้คลื่นความถี่ที่จะมีการอนุญาตนั้นประกอบกิจการได้ตามแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่

การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ กสทช. อาจกำหนดให้มีการอนุญาตในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น โดยแยกการอนุญาตในแต่ละระดับได้

ภายใต้บังคับมาตรา 42 การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ ให้ดำเนินการโดยวิธีการประมูล คลื่นความถี่ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กสทช. ประกาศกำหนด (ตามมาตรา 41)

ส่วนประเด็นเรื่องการโอนสิทธิและหน้าที่นั้น มีการกำหนดว่าผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง จะมอบการบริหารจัดการทั้งหมด หรือบางส่วนหรือยินยอมให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจประกอบกิจการแทนมิได้ (ตามมาตรา 44/1)

ทั้งนี้ ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจาก กสทช. และเสียค่าธรรมเนียมการโอน ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และ อัตราค่าธรรมเนียมในการโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ ให้เป็นไปตามที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยเมื่อ กสทช. อนุญาตให้มีการโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวแล้ว ให้ใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมที่ใช้คลื่นความถี่นั้นของผู้โอนสิ้นสุดลง และให้ กสทช. ออกใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือ กิจการโทรคมนาคม แล้วแต่กรณี ให้แก่ผู้รับโอนตามลักษณะ ประเภท และขอบเขตของใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมของผู้โอนดังกล่าว (ตามมาตรา 44/3)

2.3 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

หลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คือ ต้องการให้การจัดซื้อจัดจ้างมีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน กำหนดให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อป้องกันการทุจริต กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของ

กรมบัญชีกลางมากยิ่งขึ้น เพื่อความโปร่งใส และมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม กำหนดให้ค่านึงถึงวัตถุประสงค์การใช้งานเป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ราคาต่ำสุดเสมอไป แต่ให้พิจารณาคุณภาพประกอบราคา กำหนดให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการเพื่อใช้พิจารณาคัดเลือกผู้เสนอราคา กำหนดรูปแบบการร้องเรียนและการอุทธรณ์กรณีเห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย รวมไปถึงบทกำหนดโทษกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดิน รวมไปถึงต้องการให้หน่วยงานของรัฐวางแผนและประเมินผลการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้กับทุกภาคส่วน

ดังนั้น จึงได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการและผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ ไว้ชัดเจนในดับทกฎหมายว่าคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบการที่มีสิทธิขอขึ้นทะเบียน การตรวจสอบ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามหรือการตรวจติดตาม การเปิดออกรายชื่อออกจากทะเบียน และอัตรา ค่าธรรมเนียมการขอขึ้นทะเบียน รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์ในกรณี ที่กรมบัญชีกลางไม่ขึ้นทะเบียนให้ผู้ประกอบการ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ตามมาตรา 53 วรรคสาม)

ผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

1. มีความสามารถตามกฎหมาย
2. ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
3. ไม่อยู่ระหว่างเลิกกิจการ
4. ไม่เป็นบุคคลซึ่งอยู่ระหว่างถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ตาม

มาตรา 106 วรรคสาม

5. ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกแจ้งเวียนชื่อให้เป็นผู้ทำงานของหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 109
6. คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราช

กิจจานุเบกษา

ให้หน่วยงานของรัฐกำหนดเป็นเงื่อนไขในประกาศและเอกสารเชิญชวนว่าผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ ต้องแสดงหลักฐานถึงขีดความสามารถและความพร้อมที่ตนมีอยู่ในวันยื่นเสนอด้วย (ตามมาตรา 64)

ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีลักษณะที่จะต้องคำนึงถึงเทคโนโลยีของพัสดุ หรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือกรณีอื่นที่ทำให้มีปัญหาในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอตามมาตรา 65 วรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อนการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอตามมาตรา 65 วรรคหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด (ตามมาตรา 65 วรรคหก)

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบกฎหมายไทย เรื่องการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนในกิจการของรัฐตามกฎหมายร่วมลงทุน และกฎหมายอื่น

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
<p>1. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562</p>	<p>ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ประกาศกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)</p>	<p>- ให้ระบุเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))</p> <p>- ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
2. พระราชบัญญัติทางหลวง สัมปทาน พ.ศ. 2542	เอกชนผู้ที่จะยื่นคำขอรับสัมปทาน ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง (ตามมาตรา 7 วรรค สี่)	กรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะมี การโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่ บุคคลอื่น ต้องมีเหตุอันสมควร และรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบ ของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติตาม มาตรา 7 วรรคสี่ และอนุญาตให้ โอนสัมปทานจึงจะสามารถโอน สัมปทานได้ (ตามมาตรา 9 วรรค หนึ่ง)
3. พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514	ผู้ขอสัมปทานต้องเป็นบริษัท และ มีทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญ เพียง พอที่จะสำรวจ ผลิต ขาย และ จำหน่ายปิโตรเลียม ส่วนในกรณีที่ ผู้ขอสัมปทาน ไม่มีลักษณะ ดังกล่าวอย่างครบถ้วน ต้องมี บริษัทอื่นซึ่งรัฐบาลเชื่อถือและมี ลักษณะตามที่ได้กล่าวไป และมี ความสัมพันธ์ในด้านทุนหรือการ จัดการกับผู้ขอสัมปทาน รับรองที่ จะให้ทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญเพียง พอที่จะสำรวจ ผลิต ขาย และ จำหน่ายปิโตรเลียม (ตามมาตรา 24)	- ผู้รับสัมปทานมีสิทธิโอน สัมปทานทั้งหมด หรือเฉพาะที่ เกี่ยวกับแปลงสำรวจแปลงใด แปลงหนึ่ง พื้นที่ผลิต หรือพื้นที่ที่ สงวนไว้เขตใดเขตหนึ่งให้แก่ บริษัทอื่น โดยไม่ต้องขอรับ อนุญาต ในกรณีที่กฎหมายกำหนด (ตามมาตรา 48) โดยการโอนนี้ ผู้รับสัมปทานต้องแจ้งเป็นหนังสือ ให้รัฐมนตรีทราบพร้อมทั้งแสดง หลักฐานว่าการโอนดังกล่าวได้ เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ใน มาตรา 48 และในกรณีที่ผู้รับ สัมปทานได้มีการรับรองของ บริษัทที่มีความสัมพันธ์ในด้านทุน หรือด้านการจัดการกับผู้รับ

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		<p>สัมปทานเกี่ยวกับทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์และผู้เชี่ยวชาญ ผู้รับสัมปทานต้องยื่นหลักฐาน แสดงการรับรองผู้รับโอน สัมปทานโดยบริษัทดังกล่าวให้แก่ รัฐมนตรีด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ รัฐมนตรีจะเห็นว่าผู้รับโอน สัมปทานเป็นผู้ที่ยื่นขอสัมปทาน ได้โดย ไม่ต้องมีการรับรองหรือมี บริษัทอื่นที่รัฐบาลเชื่อถือเข้า รับรองผู้รับโอนสัมปทานแทน แล้ว การโอนสัมปทานนี้ จะมีผล ต่อเมื่อผู้รับสัมปทานได้รับ หนังสือแจ้งจากอธิบดีว่าการ โอน ได้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย แล้ว โดยผู้โอนสัมปทานและผู้รับ โอนสัมปทานดังกล่าวต้องรับผิดชอบ ร่วมกันและแทนกันในการปฏิบัติ ตามสัมปทานและตาม พระราชบัญญัตินี้ด้วย (ตามมาตรา 49)</p> <p>- การโอนสัมปทานตามมาตรา 48 ที่กล่าวข้างต้น ผู้รับสัมปทานอาจ โอนสัมปทานทั้งหมดหรือ เฉพาะที่เกี่ยวกับแปลงสำรวจ แปลงใดแปลงหนึ่ง พื้นที่ผลิต</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือพื้นที่ที่สงวนไว้เขตใดเขต หนึ่งให้แก่บริษัทอื่นได้ต่อเมื่อ ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และ ผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวนี้ต้องมี ลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา 24 เช่นกัน (ตามมาตรา 50)
4. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560	คุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอประทาน บัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดใน กฎกระทรวง (ตามมาตรา 52)	กรณีผู้ถือประทานบัตรประสงค์จะ โอนประทานบัตร ต้องได้รับ อนุญาตจากผู้ออกประทานบัตร โดยผู้รับโอนประทานบัตรต้องมี คุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ถือ ประทานบัตรและต้องรับโอนไป ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือ ประทานบัตรตามที่กำหนดใน พระราชบัญญัตินี้ และต้องปฏิบัติ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน ประทานบัตร นอกจากนี้ การ อนุญาตให้โอนประทานบัตรจะ กระทำได้ต่อเมื่อได้มีการชำระ หนี้สินที่ค้างชำระตาม พระราชบัญญัตินี้แก่เจ้าพนักงาน อุตสาหกรรมแร่ประจำท้องถิ่น ครบถ้วนแล้ว (ตามมาตรา 72)

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
<p>5. พระราชบัญญัติรักษาความ สะอาดและความเป็นระเบียบ เรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560</p>	<p>คุณลักษณะหรือคุณสมบัติของ เอกชนที่ประสงค์จะดำเนินกิจการ รับทำการเก็บ ขน กำจัด หรือหา ประโยชน์จากการจัดการสิ่งปฏิกูล และมูลฝอย โดยทำเป็นธุรกิจหรือ โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนด้วย การคิดค่าบริการ ต้องได้รับ ใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น ทั้งนี้ การขอรับใบอนุญาต การ ออกใบอนุญาต การต่ออายุ ใบอนุญาต การขอรับใบแทน ใบอนุญาต และการออกใบแทน ใบอนุญาต ให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดใน ข้อกำหนดของท้องถิ่น (ตาม มาตรา 34/2)</p>	<p>ไม่มีการกำหนดกรณีโอน ใบอนุญาต หรือสิทธิและหน้าที่ ให้แก่เอกชนรายอื่น</p>
<p>6. พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษ ภาคตะวันออก พ.ศ. 2561</p>	<p>ให้คณะกรรมการนโยบายเป็นผู้มี อำนาจพิจารณาอนุมัติ อนุญาต ให้ สิทธิ หรือให้สัมปทานแก่บุคคล ซึ่งดำเนินการอันเป็นประโยชน์ โดยตรงต่อการพัฒนาเขตพัฒนา พิเศษภาคตะวันออกตามกฎหมาย บางฉบับด้วย ซึ่งในการอนุมัติ อนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทาน ดังกล่าว</p>	<p>ไม่มีการกำหนดกรณีโอน สัมปทาน หรือสิทธิและหน้าที่ ให้แก่เอกชนรายอื่น</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
	<p>ให้คณะกรรมการนโยบายคำนึงถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้น แต่ในกรณีที่คณะกรรมการนโยบายเห็นว่าหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไข เช่นว่านั้น จะทำให้การอนุมัติอนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทานดังกล่าวมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ให้แจ้งให้ผู้มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเสนอความเห็น และเมื่อคณะกรรมการนโยบายพิจารณาแล้ว ให้ประกาศหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่เห็นสมควรในราชกิจจานุเบกษา และให้คณะกรรมการนโยบายอนุมัติอนุญาต ให้สิทธิ หรือให้สัมปทานตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น (ตามมาตรา 37)</p>	
7. พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562	<p>การจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุจากบุคคลที่มีใช้ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการ โดยต้องคำนึงถึง</p>	<p>ไม่มีการกำหนดกรณีโอนสิทธิ และหน้าที่ให้แก่เอกชนรายอื่น</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
ประโยชน์บางประการที่กฎหมายกำหนด (ตามมาตรา 27)		
<p>8. พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562</p>	<p>ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคม ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยประกาศดังกล่าวต้องระบุกิจการที่สามารถใช้คลื่นความถี่ที่จะมีการอนุญาตนั้นประกอบกิจการได้ตามแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่ (ตามมาตรา 41)</p>	<p>- ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง จะมอบการบริหารจัดการทั้งหมดหรือบางส่วนหรือยินยอมให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจประกอบกิจการแทนมิได้ (ตามมาตรา 44/1)</p> <p>- ทั้งนี้ ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก กสทช. และเสียค่าธรรมเนียมการโอน ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และ อัตราค่าธรรมเนียมในการโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ ให้เป็นไปตามที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยเมื่อ กสทช. อนุญาตให้มีการโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวแล้ว ให้ใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการ</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		<p>โทรคมนาคมที่ใช้คลื่นความถี่นั้น ของผู้โอนสิ้นสุดลง และให้ กสทช. ออกใบอนุญาตประกอบ กิจการกระจายเสียง กิจการ โทรทัศน์ หรือ กิจการ โทรคมนาคม แล้วแต่กรณี ให้แก่ ผู้รับโอนตามลักษณะ ประเภท และขอบเขตของใบอนุญาต ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการ โทรคมนาคมของผู้โอนดังกล่าว (ตามมาตรา 44/3)</p>
<p>9. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัด จ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560</p>	<p>- ผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการ จัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติและไม่มี ลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมาย กำหนด (ตามมาตรา 64) - ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มี ลักษณะที่จะต้องคำนึงถึง เทคโนโลยีของพัสดุ หรือ คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือ กรณีอื่นที่ทำให้มีปัญหาในการ พิจารณาคัดเลือกข้อเสนอตาม มาตรา 65 วรรคหนึ่ง หน่วยงาน ของรัฐอาจกำหนดให้มีการยื่น</p>	<p>ไม่มีการกำหนดกรณีโอนสิทธิ และหน้าที่ให้แก่เอกชนรายอื่น</p>

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
	ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนอ อื่นก่อนการพิจารณาคัดเลือก ข้อเสนอตามมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ก็ได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรี กำหนด (ตามมาตรา 65 วรรคหก)	

ตารางที่ 3.2 เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เรื่องการกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของ
การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุน

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
1. กฎหมายไทย: พระราชบัญญัติ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและ เอกชน พ.ศ. 2562	ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ ประกาศกำหนดรายละเอียด คุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)	- ร่างสัญญาร่วมลงทุน อย่างน้อย ต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ คือ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิ เรียกร้อง และการโอนสิทธิและ หน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ (ตามประกาศ คณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญ ชวน ร่างเอกสารสำหรับการ คัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของ ร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		<p>- ให้นำหน่วยงานเจ้าของโครงการ จัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญา ร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียด เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศ คณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วม ลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>
<p>2. กฎหมายสาธารณรัฐสโลวีเนีย: Public-Private Partnership Act (ZJZP)</p>	<p>คู่สัญญาจะต้องใช้แบบฟอร์ม มาตรฐาน (มาตรา 82 (1)) ตามที่ กำหนดในภาคผนวกที่ 4, 9, 12 และ 13 ของกฎระเบียบเรื่อง การ กำหนดแบบฟอร์มมาตรฐาน สำหรับการเผยแพร่ประกาศต่าง ๆ ในขอบเขตของกระบวนการจัดซื้อ จัดจ้างภาครัฐ ข้อที่ 1 ซึ่งในส่วน เพิ่มของภาคผนวกที่ 4 และ 12 หมวดที่ 3 จะมีการกำหนด คุณสมบัติของคู่สัญญาในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านกฎหมาย ด้าน เศรษฐศาสตร์ ด้านการเงิน และ ด้านเทคนิคเอาไว้</p>	<p>ในสัญญาสัมปทานจะต้อง ประกอบไปด้วยสาระสำคัญใน เรื่องความเป็นไปได้สำหรับการ เข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานแทนที่ ผู้รับสัมปทานรายเดิมด้วย (ตาม มาตรา 90 (2))</p>

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
3. กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี: Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure	มีการกำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้รับสัมปทานไว้ในแผนแม่บทสำหรับโครงการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐาน (ตามมาตรา 11 (1) (7))	ผู้รับสัมปทานจะต้องได้รับอนุมัติจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนการแบ่งการรวม หรือการโอนสิทธิในการจัดการและการปฏิบัติหน้าที่ (ตามมาตรา 27 (2))
4. กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี: Public Private Partnership Act, 2020	ผู้เข้าร่วมประมูลสำหรับโครงการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือ บุคคลธรรมดา จะต้องมียุติคุณสมบัตินตามที่กำหนดในมาตรา 40 (1)	ไม่มีการกำหนดกรณีเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่เอกชนรายอื่น



บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดคุณสมบัติและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

จากที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุน รวมถึงวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ที่ปรากฏตามมาตรา 6 และที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของคู่สัญญาร่วมลงทุนฝ่ายเอกชน รวมถึงประเด็นการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่เอกชนรายอื่นเข้ามาแทนที่นั้น พบว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญานั้น เป็นการกำหนดในเชิงกระบวนการ (Process) ซึ่งไม่มีข้อความปรากฏชัดแจ้งในกฎหมาย ว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องมีคุณสมบัติ หรือความพร้อมในด้านใดบ้าง มีเพียงการกำหนดรูปแบบหรือวิธีการคัดเลือกเอกชนไว้เท่านั้น แต่รายละเอียดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จะต้องให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้จัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุนเสนอต่อคณะกรรมการคัดเลือกเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ (ตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง) ซึ่งรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุนให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (ตามมาตรา 35 วรรคห้า) อีกทั้งยังไม่มีกำหนดคุณสมบัติในกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่บุคคลภายนอกไว้อย่างครบถ้วนหรือชัดเจน ว่าการดำเนินการดังกล่าว คู่สัญญาที่มาจากการเปลี่ยนตัวหรือรับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่จะต้องมีคุณสมบัติเช่นไร

โดยรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การกำหนดให้มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาและการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ไว้ในสัญญาร่วมลงทุน จะมีปรากฏอยู่ในกฎหมายลูกบทหรือประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนฉบับต่าง ๆ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและเงื่อนไขการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาดังกล่าว ไม่ได้มีบัญญัติไว้ชัดแจ้งในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในกรณีที่มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยไม่มีกำหนดให้ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติของเอกชนที่เข้ามาแทนที่ในสัญญาร่วมลงทุนแต่อย่างใด เนื่องจากหากคู่สัญญารายใหม่มีคุณสมบัติต่ำกว่าคู่สัญญารายเดิม ก็อาจทำให้โครงการร่วมลงทุนประสบปัญหาหรือไม่สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของโครงการในท้ายที่สุด

ซึ่งเหตุดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากทั้งต่อภาพลักษณ์ของประเทศ ภาครัฐผู้มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน และประชาชนผู้รับบริการสาธารณะก็อาจได้รับความเสียหายจากความล้มเหลวของโครงการร่วมลงทุนดังกล่าวเช่นกัน

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเปรียบเทียบและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

1.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 พบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับได้มีการกำหนดเรื่องคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาหรือเอกชนที่จะเข้ารับสัมปทานไว้ในทำนองเดียวกัน คือให้เป็นไปตามกฎหมายลูกบท ซึ่งก็คือประกาศ หรือกฎกระทรวงที่จะกำหนดเนื้อหาหรือรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้นั่นเอง

โดยในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการกำหนดลักษณะของคำว่า “คุณสมบัติ” อย่างชัดเจนดังเช่นที่กำหนดในพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 กล่าวคือ ตามกฎหมายร่วมลงทุนได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้ดำเนินการจัดทำร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน ตามที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนประกาศกำหนด อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาในการร่วมลงทุนก็ยังมีขั้นตอนที่รองรับหรือประกันคุณสมบัติในเบื้องต้นของเอกชนคู่สัญญาไว้ เพียงแต่เป็นการกำหนดและพิจารณาคุณสมบัติในเชิงกระบวนการ (process) ซึ่งไม่มีข้อความปรากฏในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ส่วนในพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดให้เอกชนผู้ที่ยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งถือเป็นการกำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับลักษณะของคุณสมบัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ว่าการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ไม่ใช่การกำหนดในเชิงกระบวนการดังเช่นพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาหรือผู้รับสัมปทานจะทำการ โอนสิทธิและหน้าที่ให้กับเอกชนรายอื่น เข้ามาดำเนินการแทนนั้น ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนด วิธีการหรือคุณสมบัติสำหรับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไว้ แต่จะพบเรื่องการ โอนสิทธิและหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญา ปรากฏอยู่ในประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ว่าให้เงื่อนไขการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาดังกล่าว ต้องกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุน แต่สำหรับพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดว่า การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหรือการเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นต้องมีเหตุอัน สมควรและรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับ โอนมีคุณสมบัติ เช่นเดียวกับผู้โอน และอนุญาตให้ผู้โอนสัมปทาน จึงจะสามารถโอนสัมปทานได้

ซึ่งการเปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาใน กฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุนสามารถพิจารณาโดยสังเขปได้ตามตาราง ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาใน กฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
1. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562	ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ประกาศกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)	- ให้ระบุเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญ

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		<p>ของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))</p> <p>- ให้งานหน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศ คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>
2. พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542	เอกชนผู้ที่จะยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ตามมาตรา 7 วรรคสี่)	กรณีที่เอกชนผู้รับสัมปทานจะมีการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น ต้องมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติตามมาตรา 7 วรรคสี่ และอนุญาตให้ผู้รับโอนสัมปทานจึงจะสามารถโอนสัมปทานได้ (ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง)

1.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

จากการศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหาในกฎหมายทั้งสองฉบับตามตารางข้างต้น ผู้ศึกษามีความเห็น ว่า ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ยังไม่มีความชัดเจนในการกำหนด คุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาเท่าที่ควร เนื่องจากไม่มีการระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเอกชนที่จะเข้าเป็น คู่สัญญาร่วมลงทุนนั้นต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นเป็นเช่นไร หรือสามารถทราบรายละเอียดของคุณสมบัติดังกล่าว ได้จากที่ใด ทำให้บุคคลทั่วไปอาจไม่ทราบว่าต้องยื่นรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนที่จะได้รับคัดเลือกเข้า ทำสัญญาจากประกาศ หรือกฎหมายลูกบทฉบับใด อาจมีปรากฏอยู่ในร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ร่างสัญญาร่วมลงทุน หรืออาจมีปรากฏอยู่ในเอกสารทั้ง 3 ฉบับ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควร ให้มีการกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชน พ.ศ. 2562 เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 กล่าวคือ เอกชนผู้ที่ประสงค์ จะเข้ารับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุน จะต้องมีความสมบัติตามที่กำหนด ซึ่งก็จะทำให้การพิจารณาคัดเลือก เอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญานั้น ต้องพิจารณาตามคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เพื่อรับประกันประสิทธิภาพ ของการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล และเพิ่มความชัดเจนสำหรับภาคเอกชนที่ต้องการตรวจสอบ คุณสมบัติในเบื้องต้นว่าเข้าหลักเกณฑ์ที่จะมาเป็นคู่สัญญากับรัฐใน โครงการร่วมลงทุนหรือไม่

ในกรณีที่เอกชนคู่สัญญาหรือผู้รับสัมปทานจะทำการโอนสิทธิและหน้าที่ให้กับเอกชนรายอื่น เข้ามาดำเนินการแทนนั้น ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนด ขั้นตอนหรือคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่ไว้ อย่างไรก็ตาม ในประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้ระบุว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุน ส่วนใน พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดว่าต้องมีเหตุอันสมควรและรัฐมนตรีโดยความ เห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับโอนมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้โอน และอนุญาตให้โอน สัมปทาน จึงจะสามารถโอนสัมปทานได้ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาใน พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 เป็นการรับประกันคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่โดยบทบัญญัติ ของกฎหมายว่า เอกชนผู้รับสัมปทานหรือผู้รับโอนไปซึ่งสัมปทาน จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะที่มี ประสิทธิภาพและคุณภาพเช่นเดียวกันตลอดอายุสัมปทานได้ ซึ่งข้อความดังกล่าวก็ควรมีการกำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการรับประกันว่าการจัดทำ บริการสาธารณะจะสามารถประสบความสำเร็จได้ในที่สุด แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไปก็ตาม

ดังนั้น จากการเปรียบเทียบและวิเคราะห์กฎหมายทั้งสองฉบับ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า สมควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาให้ชัดเจนในกฎหมาย และกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้รับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนด้วย ว่าจะต้องมีคุณสมบัติเช่นไรหรือมีกระบวนการหรือขั้นตอนอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันว่าผู้ที่เข้ามาร่วมดำเนินโครงการในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานหรือสาธารณูปโภคกับภาครัฐ จะสามารถจัดทำบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพให้แก่ประชาชน และยังผลให้เกิดการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ หรือเทคโนโลยีใหม่ ๆ ไปยังภาครัฐได้ตามเป้าประสงค์ของกฎหมายร่วมลงทุนได้ในที่สุด

2. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

2.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

จากการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่อยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายร่วมลงทุน คือ

- พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514
- พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560
- พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535
- พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561
- พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562
- พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง

วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

พบว่าในกฎหมายเฉพาะดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ทั้งในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจน และในกฎหมายลำดับรอง คือ ประกาศ กฎกระทรวง หรือข้อกำหนดของท้องถิ่นต่าง ๆ และมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะรับโอนไปซึ่งสัมปทานหรือใบอนุญาตไว้รวมถึงมีการกำหนดข้อห้ามบางประการในการโอนสิทธิและหน้าที่ไว้ด้วยเช่นกัน

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการที่เอกชนผู้รับสัมปทาน ประทานบัตร หรือใบอนุญาตจะดำเนินการ โอนสิทธิและหน้าที่ไปให้กับเอกชนรายอื่น ผู้ศึกษาพบว่าในกฎหมายเฉพาะที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ดังกล่าวนี้อาจพบได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการโอนสิทธิและหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย และบางกรณีก็ได้มีการระบุถึงคุณสมบัติของผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่ด้วยว่าจะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้โอน หรือในบางกรณี กฎหมายก็กำหนดว่าการที่ผู้รับสัมปทาน ประทานบัตร หรือใบอนุญาตจะทำการโอนสิทธิและหน้าที่ จะต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน ดังนั้น จึงเป็นการกำหนดกรอบที่ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่า โดยหลักแล้ว การโอนสิทธิและหน้าที่นั้น กฎหมายกำหนดให้โอนได้หรือไม่ ภายใต้ข้อยกเว้นอย่างไร และการจะโอนสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว ผู้รับโอนก็จะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้โอน นอกจากนี้ ภายหลังจากมีการโอนสิทธิและหน้าที่แล้ว ผู้รับโอนก็ยังต้องรับผิดชอบและปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับผู้โอนด้วย

ซึ่งการเปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุนสามารถพิจารณาโดยสังเขปได้ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.2 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
1. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562	ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ประกาศกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)	- ให้ระบุเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการ

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		<p>คัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))</p> <p>- ให้นำหน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศ คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>
<p>2. พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514</p>	<p>ผู้ขอสัมปทานต้องเป็นบริษัท และมีทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญ เพียงพอที่จะสำรวจ ผลิต ขาย และจำหน่ายปิโตรเลียม ส่วนในกรณีที่ผู้ขอสัมปทานไม่มีลักษณะดังกล่าวอย่างครบถ้วน ต้องมีบริษัทอื่นซึ่งรัฐบาลเชื่อถือและมีลักษณะตามที่ได้กล่าวไป และมีความสัมพันธ์ในด้านทุนหรือการจัดการกับผู้ขอสัมปทาน รับรองที่จะให้ทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญเพียงพอที่จะสำรวจ ผลิต ขาย และ</p>	<p>- ผู้รับสัมปทานมีสิทธิโอนสัมปทานทั้งหมด หรือเฉพาะที่เกี่ยวกับแปลงสำรวจแปลงใดแปลงหนึ่ง พื้นที่ผลิต หรือพื้นที่ที่สงวนไว้เขตใดเขตหนึ่งให้แก่บริษัทอื่น โดยไม่ต้องขอรับอนุญาต ในกรณีที่กฎหมายกำหนด (ตามมาตรา 48) โดยการโอนนี้ ผู้รับสัมปทานต้องแจ้งเป็นหนังสือให้รัฐมนตรีทราบพร้อมทั้งแสดงหลักฐานว่าการโอนดังกล่าวได้เป็นไปตามกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานได้มีการรับรองของ</p>

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
	<p>จำหน่ายปิโตรเลียม (ตามมาตรา 24)</p>	<p>บริษัทที่มีความสัมพันธ์ในด้านทุน หรือด้านการจัดการกับผู้รับสัมปทานเกี่ยวกับทุน เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์และผู้เชี่ยวชาญ ผู้รับสัมปทานต้องยื่นหลักฐาน แสดงการรับรองผู้รับโอนสัมปทานโดยบริษัทดังกล่าวให้แก่ รัฐมนตรีด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ รัฐมนตรีจะเห็นว่าผู้รับโอนสัมปทานเป็นผู้ที่ยื่นขอสัมปทานได้โดยไม่ต้องมีการรับรองหรือมีบริษัทอื่นที่รัฐบาลเชื่อถือเข้ารับรองผู้รับโอนสัมปทานแทนแล้ว การโอนสัมปทานนี้ จะมีผลต่อเมื่อผู้รับสัมปทานได้รับ หนังสือแจ้งจากอธิบดีว่าการ โอนได้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว โดยผู้โอนสัมปทานและผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในการปฏิบัติ ตามสัมปทานและตาม พระราชบัญญัตินี้ด้วย (ตามมาตรา 49)</p> <p>- การโอนสัมปทานตามมาตรา 48 ที่กล่าวข้างต้น ผู้รับสัมปทานอาจ โอนสัมปทานทั้งหมดหรือ</p>

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เฉพาะที่เกี่ยวกับแปลงสำรวจ แปลงใดแปลงหนึ่ง พื้นที่ผลิต หรือพื้นที่ที่สงวนไว้เขตใดเขต หนึ่งให้แก่บริษัทอื่นได้ต่อเมื่อ ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และ ผู้รับโอนสัมปทานดังกล่าวนี้ต้องมี ลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา 24 เช่นกัน (ตามมาตรา 50)
3. พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560	คุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอประทาน บัตรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดใน กฎกระทรวง (ตามมาตรา 52)	กรณีผู้ถือประทานบัตรประสงค์จะ โอนประทานบัตร ต้องได้รับ อนุญาตจากผู้ออกประทานบัตร โดยผู้รับโอนประทานบัตรต้องมี คุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ถือ ประทานบัตรและต้องรับโอนไป ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือ ประทานบัตรตามที่กำหนดใน พระราชบัญญัตินี้ และต้องปฏิบัติ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน ประทานบัตร นอกจากนี้ การ อนุญาตให้โอนประทานบัตรจะ กระทำได้ต่อเมื่อได้มีการชำระ หนี้สินที่ค้างชำระตาม พระราชบัญญัตินี้แก่เจ้าพนักงาน อุตสาหกรรมแร่ประจำท้องถิ่น ครบถ้วนแล้ว (ตามมาตรา 72)

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
<p>4. พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรร คลื่นความถี่และกำกับการ ประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562</p>	<p>ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อ ประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการ โทรคมนาคม ต้องได้รับ ใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยประกาศดังกล่าวต้องระบุ กิจการที่สามารถใช้คลื่นความถี่ที่ จะมีการอนุญาตนั้นประกอบ กิจการได้ตามแผนแม่บทการ บริหารคลื่นความถี่ (ตามมาตรา 41)</p>	<p>- ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่น ความถี่เพื่อประกอบกิจการ กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการโทรคมนาคมต้อง ประกอบกิจการด้วยตนเอง จะ มอบการบริหารจัดการทั้งหมด หรือบางส่วนหรือยินยอมให้ บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจประกอบ กิจการแทนมิได้ (ตามมาตรา 44/1) - ทั้งนี้ ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ เป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนแก่กัน มิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก กสทช. และเสียค่าธรรมเนียมการ โอน ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และ อัตราค่าธรรมเนียมใน การโอนใบอนุญาตให้ใช้คลื่น ความถี่ ให้เป็นไปตามที่ กสทช. ประกาศกำหนด โดยเมื่อ กสทช. อนุญาตให้มีการโอนใบอนุญาตให้ ใช้คลื่นความถี่ดังกล่าวแล้ว ให้ ใบอนุญาตประกอบกิจการกระจาย เสียง กิจการโทรทัศน์ หรือกิจการ โทรคมนาคมที่ใช้คลื่นความถี่นั้น ของผู้โอนสิ้นสุดลง และให้ กสทช. ออกใบอนุญาตประกอบกิจการ</p>

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
		กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือ กิจการโทรคมนาคม แล้วแต่กรณี ให้แก่ผู้รับโอนตามลักษณะ ประเภท และขอบเขตของ ใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือ กิจการโทรคมนาคมของผู้โอนดังกล่าว (ตามมาตรา 44/3)

2.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

จากการศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหาในกฎหมายทั้งสามฉบับตามตารางข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับแนวทางการตรากฎหมายที่ระบุกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญา และผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่ให้ชัดเจนในกฎหมาย เนื่องจาก การระบุคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาซึ่งถือเป็นสาระสำคัญที่จะกำหนดคุณภาพและผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของโครงการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำสาธารณูปโภค โครงสร้างพื้นฐาน หรือ การแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งหากกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ก็จะมีความแน่นอนในการบังคับใช้กับสัญญาต่าง ๆ เนื่องจากเป็นเนื้อหาสาระที่มีการประกาศเผยแพร่อย่างเป็นทางการมากกว่ากฎหมายลำดับรอง มีการบังคับใช้ที่ครอบคลุม มีบทกำหนดโทษ และมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ซึ่งจะช่วยแก้ไขปัญหาในกรณีที่เนื้อความในประกาศ กฎกระทรวง หรือข้อกำหนดท้องถิ่น อันเป็นกฎหมายลำดับรองจะมาขัดหรือแย้งกับเนื้อหาในพระราชบัญญัติไม่ได้ อีกทั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้นมีขั้นตอนมากกว่าการแก้ไขหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศ หรือกฎกระทรวงต่าง ๆ ทำให้การกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญามีประสิทธิภาพ และมีความแน่นอนในหลักเกณฑ์การบังคับใช้มากกว่า

สำหรับกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้ศึกษามีความเห็นว่ บทบัญญัติใน พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 และ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับ

การประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มีความเหมาะสม และเป็นหลักประกันชั้นดีที่จะรับประกันประสิทธิภาพในการปฏิบัติตามสัญญาหรือสัมปทาน และรับประกันว่าผู้ที่เข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สาธารณูปโภค หรือใช้ประโยชน์หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติซึ่งรัฐเป็นเจ้าของนั้น จะต้องมีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และสามารถรับผิดชอบหน้าที่ที่รัฐมอบหมายให้บรรลุผลได้เป็นอย่างดีและสมบูรณ์เช่นเดียวกันไปตลอดอายุสัญญาหรือสัมปทาน ทั้งนี้ ก็เพื่อตอบสนองต่อความต้องการโดยรวมของประชาชน หรือเป็นไปเพื่อการรักษาประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไข และคุณสมบัติของผู้รับ โอนสิทธิและหน้าที่ไว้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์จึงเป็นสิ่งที่พึงกระทำและบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในดับกฎหมาย ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการโอนสิทธิและหน้าที่ รวมถึงคุณสมบัติของผู้รับ โอนสิทธิและหน้าที่เอาไว้ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เช่นเดียวกับกฎหมายที่ได้ยกมาประกอบการศึกษาวิเคราะห์ในส่วนนี้ เช่น การโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนจะกระทำได้โดยการขออนุญาตจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเสียก่อน และผู้ที่รับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกัน หรือไม่ต่ำกว่าผู้โอน ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายร่วมลงทุน เป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ และโครงสร้างพื้นฐานเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการอำนวยความสะดวก และยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในส่วนรวม นอกจากนี้ ผู้ที่เป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนกับภาครัฐ ยังมีบทบาทหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดในการถ่ายทอดความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญและเทคโนโลยีที่มีไปสู่รัฐต่อไปในอนาคตด้วย จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะมีการกำหนดเงื่อนไขการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน รวมถึงคุณสมบัติของผู้รับโอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 อย่างชัดเจน เพื่อเป็นการรับประกันในคุณภาพและความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ และสร้างความมั่นใจให้แก่ภาครัฐ รวมถึงลดภาระของภาครัฐในการต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายหากโครงการร่วมลงทุนนั้นล้มเหลว อันเนื่องมาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โอนสิทธิและหน้าที่ไปให้กับผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติในการร่วมลงทุนในภายหลังนั่นเอง

3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

3.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากที่ได้ทำการศึกษาเบื้องต้นเกี่ยวกับความเหมือนและแตกต่างของการกำหนดคุณสมบัติคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงการ โอนสิทธิและหน้าที่ของเอกชนคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนในประเทศไทยตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กับกฎหมายร่วมลงทุนของต่างประเทศ พบว่าในกฎหมายต่างประเทศมีทั้งการกำหนดให้คุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาเป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายลำดับรอง ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศไทย และมีการกำหนดรายละเอียดในคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐสโลวีเนีย มีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในแบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศไทยที่จะมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนไว้ใน ร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน

กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในแผนแม่บท ซึ่งเป็นภาพที่กว้างกว่ากฎหมายร่วมลงทุนของไทยและสาธารณรัฐสโลวีเนีย

กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐกานา เป็นกฎหมายต่างประเทศที่มีการระบุรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายชัดเจนมากที่สุด เนื่องจากมีการระบุถึงสถานะคุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของผู้เข้าร่วมประมูลโครงการร่วมลงทุนเอาไว้อย่างชัดเจนในดับทกฎหมาย

ส่วนในเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวที่ได้ศึกษามาเบื้องต้น พบว่าไม่มีการกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่กฎหมายร่วมลงทุนของสาธารณรัฐสโลวีเนียได้มีการกำหนดให้ใส่ไว้ในส่วนที่เป็นรายละเอียดของร่างสัญญาร่วมลงทุนว่าต้องมีการระบุถึงความเป็นไปได้ในการเข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานรายใหม่แทนที่ผู้รับสัมปทานรายเดิม ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศไทย ที่ให้กำหนดเรื่องของการ โอนสิทธิและหน้าที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุนแทนที่จะกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมาย

ซึ่งการเปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศสามารถพิจารณาโดยสังเขปได้ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.3 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
<p>1. กฎหมายไทย: พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562</p>	<p>ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ประกาศกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)</p>	<p>- ร่างสัญญาร่วมลงทุน อย่างน้อยต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ คือ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))</p> <p>- ให้นำหน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>

ตารางที่ 4.3 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
2. กฎหมายสาธารณรัฐสโลวีเนีย: Public-Private Partnership Act (ZJZP)	คู่สัญญาจะต้องใช้แบบฟอร์ม มาตรฐาน (มาตรา 82 (1)) ตามที่ กำหนดในภาคผนวกที่ 4, 9, 12 และ 13 ของกฎระเบียบเรื่อง การ กำหนดแบบฟอร์มมาตรฐาน สำหรับการเผยแพร่ประกาศต่าง ๆ ในขอบเขตของกระบวนการจัดซื้อ จัดจ้างภาครัฐ ข้อที่ 1 ซึ่งในส่วน เพิ่มของภาคผนวกที่ 4 และ 12 หมวดที่ 3 จะมีการกำหนด คุณสมบัติของคู่สัญญาในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ ด้านการเงิน และด้านเทคนิคเอาไว้	ในสัญญาสัมปทานจะต้อง ประกอบไปด้วยสาระสำคัญใน เรื่องความเป็นไปได้สำหรับการ เข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานแทนที่ ผู้รับสัมปทานรายเดิมด้วย (ตาม มาตรา 90 (2))
3. กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี: Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure	มีการกำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับ คุณสมบัติของผู้รับสัมปทานไว้ใน แผนแม่บทสำหรับโครงการที่ เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน (ตาม มาตรา 11 (1) (7))	ผู้รับสัมปทานจะต้องได้รับอนุมัติ จากคู่สัญญาฝ่ายรัฐก่อนการแบ่ง การรวม หรือการ โอนสิทธิในการ จัดการและการปฏิบัติหน้าที่ (ตาม มาตรา 27 (2))
4. กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี: Public Private Partnership Act, 2020	ผู้เข้าร่วมประมูลสำหรับโครงการ ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นบริษัท ห้างหุ้นส่วน หรือ บุคคลธรรมดา จะต้องมียุทธศาสตร์ ตามที่กำหนดในมาตรา 40 (1)	ไม่มีการกำหนดกรณีเปลี่ยนตัว คู่สัญญา หรือการ โอนสิทธิและ หน้าที่ให้แก่เอกชนรายอื่น

3.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหาในกฎหมายร่วมลงทุนของไทยกับกฎหมายต่างประเทศตามตารางข้างต้น กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาไว้ในแผนแม่บท ซึ่งเป็นภาพที่กว้างกว่ากฎหมายร่วมลงทุนของไทยและสาธารณรัฐสโลวีเนีย เอกชนหรือผู้ที่สนใจจะทราบเกี่ยวกับคุณสมบัติเบื้องต้น ไม่สามารถทราบข้อมูลดังกล่าวได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของเอกชนในลักษณะนี้ไม่มีความแน่นอน ชัดเจน และต้องการสืบหาข้อมูลในแผนแม่บทต่อไป ซึ่งก็อาจนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า แผนแม่บทในที่นี่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น ก็อาจเกิดปัญหาในความไม่แน่นอนของคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญา และแผนแม่บทดังกล่าวมีลักษณะบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายหรือไม่ สามารถปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมหรือสถานการณ์ได้หรือไม่ เป็นต้น

ในกฎหมายร่วมลงทุนของสาธารณรัฐกานา ผู้ศึกษามีความเห็นว่า การระบุสถานะ คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน เนื่องจากเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน คู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เป็นอื่นมิได้ และเอกชนหรือประชาชนทั่วไปจะสามารถทราบรายละเอียดของสถานะ คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามในการเข้าร่วมลงทุนกับรัฐได้โดยตรง การระบุดังกล่าวมีมาตรฐานที่แน่ชัด ปรบใช้กับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้งยังเป็นการรับประกันในประสิทธิภาพของการจัดทำโครงการร่วมลงทุนว่าจะได้คู่สัญญาที่มีความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ สามารถดำเนินโครงการร่วมลงทุนกับรัฐให้เสร็จสมบูรณ์ได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรให้มีการนำเอาการกำหนดรายละเอียดเช่นว่านี้ มากำหนดไว้เบื้องต้นในกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศไทย เพื่อเป็นการกำหนดสถานะ คุณสมบัติ หรือลักษณะต้องห้ามให้เห็นในภาพรวม แต่อาจมีการเปิดช่องให้เอกชนคู่สัญญาแต่ละรายอาจมีคุณสมบัติแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับรายละเอียดของโครงการร่วมลงทุนที่ต่างกันไป

สำหรับกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวที่ได้ศึกษามาเบื้องต้น พบว่าไม่มีการกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่กฎหมายร่วมลงทุนของสาธารณรัฐสโลวีเนีย ได้มีการกำหนดให้ใส่ไว้ในส่วนที่เป็นรายละเอียดของร่างสัญญาว่าต้องมีกระบวนการถึงความเป็นไปได้ในการเข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานรายใหม่แทนที่ผู้รับสัมปทานรายเดิม ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศไทย ที่ให้กำหนดเรื่องของการ โอนสิทธิและหน้าที่ไว้ในร่างสัญญาว่าต้องมีกระบวนการถึงความเป็นไปได้ในการเข้ามาเป็นคู่สัญญาสัมปทานรายใหม่แทนที่ผู้รับสัมปทานรายเดิม

คุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญา เป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก และควรมีการกำหนดไว้ให้ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่าผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่จะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับเอกชนคู่สัญญาผู้โอน ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินโครงการร่วมลงทุนนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความพร้อมรอบด้าน มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ และเทคโนโลยีที่เหมาะสมเพียงพอต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนทั่วไป หากกำหนดคุณสมบัติไว้เพื่อใช้ในการคัดเลือกเอกชน แต่ภายหลังการทำสัญญาแล้วไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้รับ โอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญานั้น ก็ย่อมส่งผลให้โครงการร่วมลงทุนขาดประสิทธิภาพ กระบวนการคัดเลือกเอกชนที่สรรหากันมาตั้งแต่ต้นก็ย่อมเสียเปล่า และสุดท้ายโครงการร่วมลงทุนนั้นก็จะดำเนินอยู่บนความเสี่ยง และปราศจากการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพตามที่ควรจะเป็น

4. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4.1 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่ามีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐ โดยที่อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ปรากฏในคําทกกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม ทั้งในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่ได้มีกำหนดเกี่ยวกับกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ให้กับเอกชนรายอื่นไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่ตามประกาศของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนได้กำหนดให้ระบุให้กำหนดเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน

ซึ่งการเปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 สามารถพิจารณาโดยสังเขปได้ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.4 เปรียบเทียบการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
1. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562	ให้คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนเป็นผู้ประกาศกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของเอกชน (ตามมาตรา 35 วรรคห้า)	<p>- ให้ระบุเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง และการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุน สำหรับกรณีมีนิติบุคคลเข้าแทนที่ไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องรายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 6 (15))</p> <p>- ให้นายงานเจ้าของโครงการจัดทำเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วย (ตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ข้อ 3 (7))</p>

ตารางที่ 4.4 (ต่อ)

ชื่อกฎหมาย	การกำหนดคุณสมบัติ ของเอกชน	การกำหนดเงื่อนไขของการ เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน
2. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัด จ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560	- ผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอในการ จัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ อย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติและไม่มี ลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมาย กำหนด (ตามมาตรา 64) - ในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มี ลักษณะที่จะต้องคำนึงถึง เทคโนโลยีของพัสดุ หรือ คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือ กรณีอื่นที่ทำให้มีปัญหาในการ พิจารณาคัดเลือกข้อเสนอตาม มาตรา 65 วรรคหนึ่ง หน่วยงาน ของรัฐอาจกำหนดให้มีการยื่น ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนอ อื่นก่อนการพิจารณาคัดเลือก ข้อเสนอตามมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ก็ได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรี กำหนด (ตามมาตรา 65 วรรคหก)	ไม่มีการกำหนดกรณีโอนสิทธิ และหน้าที่ให้แก่เอกชนรายอื่น

4.2 วิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาใน
กฎหมายร่วมลงทุนกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

จากการศึกษาเปรียบเทียบเนื้อหาในกฎหมายทั้งสองฉบับตามตารางข้างต้น ผู้ศึกษามีความเห็น
ว่า การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานภาครัฐไว้ใน
กฎหมาย มีข้อดีคือ เป็นการกำหนดกรอบ หรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนของผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาก่อนติดสัมพันธกับ
ภาครัฐ ว่าต้องมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นการรับประกันขั้นต่ำว่าอย่างน้อยรัฐจะได้คู่สัญญาเป็นไปตามที่

กำหนดในกฎหมาย การคัดเลือกเอกชนมีความโปร่งใส และมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดินรวมไปถึงต้องการให้หน่วยงานของรัฐวางแผนและประเมินผล การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้กับทุกภาคส่วน ดังนั้น จึงอาจนำแนวคิดเช่นนี้มาปรับใช้กับพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ในส่วนของการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของเอกชนให้ชัดเจนไว้ในกฎหมาย เนื่องจากเหตุผลในการตรากฎหมายร่วมลงทุนนี้ขึ้น ส่วนหนึ่งก็เพื่อทำให้หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนมีความกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้ ดังนั้น เอกชนผู้มีความสนใจในการเข้าร่วมดำเนินโครงการร่วมลงทุนก็จะสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์ในส่วนของคุณสมบัติเบื้องต้นได้ว่ากฎหมายกำหนดไว้เช่นใด และตนเองต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมคุณสมบัติของตนเองอย่างไรให้มีความสามารถไม่ด้อยกว่าเอกชนรายอื่น ๆ ซึ่งอาจส่งผลดีในเชิงที่เป็นการยกระดับขีดความสามารถของภาคเอกชนให้สูงขึ้น ได้ในอีกทางหนึ่งด้วยเช่นกัน

ในกรณีของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้ศึกษามีความเห็นว่าจะมีข้อความให้กำหนดเกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุน แต่ก็มิได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องมีหลักการอย่างไรบ้าง ขอบเขตในการโอนสิทธิและหน้าที่ทำได้มากน้อยเพียงไร ต้องขออนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนหรือไม่ หรือคุณสมบัติของเอกชนผู้รับโอนต้องเป็นอย่างไร สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นความไม่แน่ชัดที่อาจมีกำหนดไว้ในร่างสัญญาร่วมลงทุนหรือไม่ก็ได้ในทางข้อเท็จจริง หรือหากมีการกำหนดไว้ก็อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ในภายหลัง เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงไม่อาจรับประกันถึงคุณสมบัติของเอกชนผู้รับโอนได้ว่าจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่ากับเอกชนผู้โอน ซึ่งผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติโดยคณะกรรมการที่แต่งตั้งตามกฎหมาย และตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติรับรอง ดังนั้น หากมีการกำหนดให้ชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ย่อมเป็นหลักการสำคัญที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม จะตกลงกันเป็นอันมิได้

อนึ่ง ผู้ศึกษามีความเห็นว่าจะโดยลักษณะพื้นฐานของสัญญาตามกฎหมายทั้งสองแบบดังกล่าวข้างต้นมีความแตกต่างกันพอสมควร เนื่องจากกฎหมายร่วมลงทุนเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์มหาชน และด้วยความสำคัญที่เป็นโครงการขนาดใหญ่ มีมูลค่ามหาศาล จึงสมควรที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ให้ครอบคลุม มีความรอบคอบในการจัดทำหรือดำเนินโครงการมากกว่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือบริหารพัสดุภาครัฐเป็นสัญญาขนาดเล็กกว่าเมื่อเทียบกับสัญญาร่วมลงทุน จึงอาจต้องอาศัยความยืดหยุ่น หรือการบริหารสัญญาที่คล่องตัวมากกว่าสัญญาร่วมลงทุน จึงอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือการโอนสิทธิและ

หน้าที่ไว้ชัดเจนในกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายร่วมลงทุน แต่อาจเปิดช่องให้ปรับใช้กฎหมายทั่วไป หรือเป็นดุลพินิจของคู่สัญญาในการบริหารสัญญาก็ได้

5. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายร่วมลงทุนกับหลักสัญญาทางปกครอง

เมื่อพิจารณาการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาในสัญญาร่วมลงทุน รวมถึงกรณีการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนให้แก่เอกชนรายอื่นตามกำหนดร่วมลงทุน เปรียบเทียบกับหลักสัญญาทางปกครองที่ได้ศึกษาไปในบทที่ 2 สามารถแยกพิจารณาได้สองส่วน คือ ในด้านของความหมายและขอบเขตของสัญญา อีกส่วนหนึ่งคือในด้านของลักษณะพิเศษของสัญญา

ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดว่า หน่วยงานเจ้าของโครงการที่จะจัดทำโครงการร่วมลงทุนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะดังต่อไปนี้ ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

- ถนน ทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน
- รถไฟ รถไฟฟ้า การขนส่งทางราง
- ท่าอากาศยาน การขนส่งทางอากาศ
- ท่าเรือ การขนส่งทางน้ำ
- การจัดการน้ำ การชลประทาน การประปา การบำบัดน้ำเสีย
- การพลังงาน
- การโทรคมนาคม การสื่อสาร
- โรงพยาบาล การสาธารณสุข
- โรงเรียน การศึกษา
- ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง ผู้สูงวัย

ผู้ค้าโอกาส หรือผู้พิการ

- ศูนย์นิทรรศการและศูนย์การประชุม
- กิจการอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

ซึ่งกิจการที่ได้ระบุนี้ ให้รวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวด้วย (ตามมาตรา 7) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโครงการร่วมลงทุนตามกฎหมายร่วมลงทุน

ระหว่างรัฐและเอกชนมีความเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง ตามคำนิยามในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 3) กล่าวคือ ทั้งสัญญาร่วมลงทุนและสัญญาทางปกครองทั่วไป คือสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และเป็นสัญญาที่มีขอบเขตในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐนั่นเอง

ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองนี้เอง ที่ถือเป็นลักษณะพิเศษที่มีความคล้ายคลึงกันและมีปรากฏอยู่ทั้งในสัญญาร่วมลงทุนและสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาทั้งสองประเภทล้วนเป็นสัญญาที่มีลักษณะแสดงถึงเอกสิทธิ์บางประการของรัฐ เช่น การใช้สิทธิในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แต่ต้องมีการเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างเหมาะสมด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ ได้มีตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ที่วางหลักให้การดำเนินการระหว่างภาครัฐและเอกชนต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และเป็นไปเพื่อให้สัญญาทางปกครองนั้นบรรลุผล ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ. 314/2554 วินิจฉัย ดังนี้ คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบล) ได้ทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดี ขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ชิเบิ้ล ต่อมา ได้รับแจ้งจากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจังหวัดให้ทำการย้ายเครื่องขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลออกจากพื้นที่เนื่องจากไม่ได้ยื่นขออนุญาตขุดเจาะจากกรมทรัพยากรน้ำบาดาล ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการขอใบอนุญาตให้ถูกต้อง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถแสดงใบอนุญาตให้ขุดเจาะน้ำบาดาลได้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือบอกเลิกสัญญา และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้างแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเสียค่าปรับ แต่ผู้ฟ้องคดีได้นำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาล และคืนหนังสือค้ำประกัน

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ชิเบิ้ลเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ฟ้องคดี ทำการขุดเจาะบ่อน้ำบาดาลและติดตั้งเครื่องสูบน้ำซัมเมอร์ชิเบิ้ล อันเป็นทรัพย์สินที่ผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือ โดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน ได้ใช้ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต จึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือ

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลายประการ โดยเอกชนคู่สัญญาต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง สำหรับการบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ก็เนื่องมาจากฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลัก และการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ แต่หากการบอกเลิกสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เพราะฉะนั้น การบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งจะทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่บรรลุวัตถุประสงค์จึงไม่อาจกระทำได้¹⁴

เมื่อการทำสัญญาร่วมลงทุนมีวัตถุประสงค์ ความหมายและขอบเขต รวมถึงลักษณะพิเศษของสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครอง คือ เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งตามแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ หน่วยงานภาครัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการย่อมมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลัก และการคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนจะอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ การกระทำใด ๆ ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งจะทำให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก หรือไม่บรรลุวัตถุประสงค์จึงไม่อาจกระทำได้ ซึ่งแนวคิดของหลักสัญญาทางปกครองดังกล่าว ก็สอดคล้องกับหลักในการจัดทำบริการสาธารณะที่ดีด้วยคือ หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และหลักความเสมอภาค โดยทั้งหมดถือเป็นหัวใจสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์มหาชน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ในกฎหมายร่วมลงทุน ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ชัดเจน รวมถึงควรมีการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนด้วย เพื่อเป็นการประกันว่าสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวจะสามารถบรรลุผลในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป ตามแนวคิดของหลักสัญญาทางปกครองในตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าว และเพื่อเป็นการตอบสนองต่อหลักการจัดทำบริการสาธารณะ ในการให้บริการแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเมื่อเอกชนคู่สัญญามีความสามารถหรือคุณสมบัติที่เหมาะสมตามที่กฎหมายกำหนด ก็จะสามารถดำเนินการบริหารจัดการโครงการร่วมลงทุนให้ดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงักลง สามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโครงการให้ทันต่อยุคสมัย หรือเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาได้ รวมถึงสามารถให้บริการประชาชนทุกคนได้อย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน

¹⁴ จาก ปารวี พิสิฐเสนากุล เรื่อง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกับการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

รัฐคือผู้มีบทบาทหน้าที่ และภารกิจหลักใน 2 ประการ ลำดับแรกคือ การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยกำหนดกฎเกณฑ์ แบบแผนความประพฤติของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของสังคม โดยเฉพาะในด้านความสัมพันธ์ระหว่างกัน เพื่อให้ทุกคนในสังคมสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข และภารกิจของรัฐลำดับที่สองก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะ หรือการจัดเตรียม จัดให้มีบริการ และทรัพย์สินต่าง ๆ เพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ หรือความต้องการโดยรวมของประชาชน อีกทั้งยังเป็นการอำนวยความสะดวก และยกระดับคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของทุกคนในสังคมให้ดียิ่งขึ้น

ในยุคปัจจุบัน รูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐได้มีการปรับปรุง เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐนั้น ไม่ได้ถูกจำกัดว่าต้องอยู่ในอำนาจหน้าที่ หรือเป็นการดำเนินการซึ่งรัฐจะต้องทำเองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่หน่วยงานภาครัฐสามารถเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยก็ได้ เช่น การให้สัมปทานแก่เอกชนในกิจการต่าง ๆ ซึ่งรัฐเป็นผู้ผูกขาด การอนุญาต อนุมัติ หรือให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐมีแก่เอกชน หรือการทำสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชน สาเหตุเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง รัฐอาจมีข้อจำกัดบางประการ เช่น ในด้านเงินทุนที่ต้องมีการลงทุนค่อนข้างสูง หรือในด้านเทคนิค การบริหารจัดการ โครงการ ซึ่งเอกชนจะมีความคล่องตัวและมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากกว่า ดังนั้น หากเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนได้เข้าร่วมบริหาร โครงการหรือช่วยจัดทำบริการสาธารณะ ก็จะสามารถลดต้นทุนและค่าใช้จ่ายของรัฐได้จำนวนมาก ประกอบกับการที่เอกชนมีความได้เปรียบทางด้านเทคโนโลยี มีความรู้ความสามารถ ตลอดจนเป็นผู้เชี่ยวชาญ และมีนวัตกรรมที่ล้ำสมัยในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน จะเป็นการส่งเสริมคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนผู้รับบริการให้ดียิ่งขึ้น

จากเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว รัฐจึงได้เปิด โอกาสให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะและโครงสร้างพื้นฐานได้โดยอยู่บนกฎกติกาของกฎหมาย ซึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุน หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตของโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และกิจการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงการยกระดับคุณภาพชีวิต

ของประชาชนที่รัฐประสงค์จะสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในการเข้ามาสู่กระบวนการตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเป็นการกำหนดนโยบายที่ชัดเจนและแน่นอนในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกในการแก้ไขปัญหา อุปสรรค หรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน และมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชน รวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนยังคงกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้

ซึ่งสัญญาร่วมลงทุนตามกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงมีแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการตอบสนองต่อหลักการจัดทำบริการสาธารณะ ในฐานะที่เป็นสัญญาทางปกครองชนิดหนึ่งด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามศัพท์คำว่าสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนั้น มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และอีกประการหนึ่งคือ สัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน มีลักษณะเป็นหนึ่งในรูปแบบของ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

ทั้งนี้ เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ปรากฏอยู่ในมาตรา 6 ซึ่งกำหนดให้การดำเนินการภายใต้กฎหมายนี้ต้องเป็นไปเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ดังต่อไปนี้

- 1) ความสอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุน
- 2) ความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งต้องมีการจัดสรรความเสี่ยงและผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่เอกชนอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินโครงการร่วมลงทุน
- 3) การรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ

4) การใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมของเอกชนในการให้บริการ สาธารณะของโครงการร่วมลงทุน และการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญไปยังหน่วยงาน และบุคลากรของภาครัฐ

5) ความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดทำและดำเนินโครงการร่วมลงทุน รวมถึง กระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง

6) สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการจากโครงการร่วมลงทุน

และเนื่องจากการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนนี้ เป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตของประชาชน โดยทั่วไป จึงต้องมีการกำหนดขั้นตอนการจัดทำโครงการเป็น พิเศษ ให้มีความรอบคอบ รัดกุม และรับประกันคุณภาพของบริการสาธารณะว่าจะสามารถดำเนินการแล้วเสร็จ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องมีการกำหนดให้ต้องวางแผน ศึกษา และวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการใน ด้านต่าง ๆ ซึ่งจะพบได้จากบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและ วิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนกำหนด ตาม มาตรา 22 เช่น ในด้านความเป็นมาของโครงการ สาระสำคัญของโครงการ ความพร้อมในการจัดทำและดำเนิน โครงการที่แสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการ ความเป็นไปได้ของโครงการในด้านต่าง ๆ หรือความเสี่ยงของโครงการ เป็นต้น

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่สามารถส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของโครงการร่วมลงทุน และคุณภาพของบริการสาธารณะได้ ก็คือ คุณสมบัติของคู่สัญญา ซึ่งตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่าง รัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าเอกชนคู่สัญญาจะต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นเป็นอย่างไร แต่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ เช่น ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐ และเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับกรคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. 2563 และประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง เงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2563 เป็นต้น

โดยในประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. 2563 ได้กำหนดว่า ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการ เห็นสมควรให้มีการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ของเอกชนผู้ยื่นข้อเสนอ และ คณะกรรมการคัดเลือกเห็นชอบด้วย ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกร่วมกันกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ให้ชัดเจน (ตามข้อ 6 (1)) และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการออกประกาศเป็นการทั่วไปให้ผู้สนใจยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติของตน

เพื่อขอเข้ารับการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น (Pre-qualification) ซึ่งอย่างน้อยต้องแสดงรายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอแสดงหลักฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติ เช่น คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสบการณ์และผลงานของผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ หรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกกำหนด (ตามข้อ 6 (2) (ค))

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นของเอกชนคู่สัญญาตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุน มีการกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองตามที่ได้กล่าวไปพอสังเขปแล้ว แต่เนื่องจากไม่มีการกำหนดรายละเอียดของคุณสมบัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เมื่อต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาดังกล่าว ส่งผลให้เป็นการพิจารณาและดำเนินการในเชิงกระบวนการ (process) โดยปราศจากความชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ว่าคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญาและหลักเกณฑ์การเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นต้องพิจารณาจากหลักการใดบ้างจึงจะเหมาะสม และทำให้ขาดหลักประกันในเบื้องต้นว่าโครงการร่วมลงทุนหรือการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกันระหว่างรัฐและเอกชนนั้นจะสามารถบรรลุผลได้ในท้ายที่สุด

นอกจากคุณสมบัติของคู่สัญญาร่วมลงทุนที่จะต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว ภายหลังจากที่ได้คู่สัญญาที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ยังต้องมีการคำนึงถึงหลักบริการสาธารณะ ซึ่งมีความสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ หรือความต้องการพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของทุกคนในสังคมให้เป็นอย่างมีประสิทธิภาพ นั่นคือ หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง กล่าวคือ บริการสาธารณะจะต้องมีการให้บริการแก่ประชาชนไปอย่างต่อเนื่อง ไม่ขาดช่วง หรือหยุดชะงักลง เพราะอาจส่งผลให้ประชาชนผู้ใช้บริการได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือกระทบต่อความปลอดภัย หรือสุขอนามัยของประชาชนได้ เช่น การให้บริการด้านไฟฟ้า และน้ำประปา รวมถึงหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ บริการสาธารณะที่ดี ต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับบริบทของสังคม หรือตามยุคสมัยนั้น ๆ ได้ เนื่องจากโลกของเราได้มีการวิวัฒนาการและพัฒนาอยู่ตลอดเวลา หากบริการสาธารณะไม่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ก็จะทำให้สังคมพัฒนาไปได้อย่างล่าช้าและยากลำบาก สุดท้ายคือหลักว่าด้วยความเสมอภาค หมายถึง การให้บริการสาธารณะ จะต้องเป็นไปด้วยความเท่าเทียม เสมอภาค ไม่มีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างกลุ่มบุคคลหนึ่งกับอีกกลุ่มบุคคลหนึ่ง เพื่อให้ประชาชนทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับบริการสาธารณะจากรัฐโดยทั่วถึงและเท่าเทียมกันนั่นเอง

หากพิจารณาถึงกฎหมายร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในต่างประเทศ จะพบว่าได้มีการปรับใช้แนวคิดและทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยเช่นกัน ดังเช่นในกฎหมายของสาธารณรัฐสโลวีเนีย ซึ่งสะท้อนถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของภาคเอกชนในโครงการของรัฐ และ/หรือการร่วมให้กู้ยืมเงินแก่โครงการเอกชนที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดย

ความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นระหว่างภาครัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อสร้าง บำรุงรักษา และการดำเนินงานของการให้บริการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ หรือโครงการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับการพาณิชย์และบริการสาธารณะอื่น ๆ หรือกิจกรรมอื่นที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะในเชิงพาณิชย์ หรือกิจกรรมอื่นใดที่มีการกำหนดว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการลงทุนอื่นใดของภาคเอกชน หรือการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในการก่อสร้าง โครงสร้างหรือสิ่งสาธารณูปโภคที่ถือเป็นประโยชน์สาธารณะบางส่วนหรือทั้งหมด

กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐเกาหลี มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวอย่างสร้างสรรค์และมีประสิทธิภาพ รวมถึงการดำเนินงานในโครงสร้างพื้นฐาน โดยส่งเสริมการลงทุนของภาคเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว

กฎหมายร่วมลงทุนในสาธารณรัฐกานา มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนา การทำให้เกิดผลและนำไปปฏิบัติได้จริง และกำหนดกฎเกณฑ์ต่างในการจัดการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและการให้บริการ รวมถึงเป็นการกำหนดหน่วยงานที่จะเข้ามาจัดการกฎเกณฑ์ในการร่วมลงทุน และเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน รวมถึงการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้เอกชนรายอื่นในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ยังมีบทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับกฎหมายร่วมลงทุน และกฎหมายที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายร่วมลงทุน แต่มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน เช่น พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ตามบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน คือ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดให้เอกชนผู้ที่จะยื่นคำขอรับสัมปทานต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งถือเป็นการกำหนดอ้อยคำเกี่ยวกับลักษณะของคุณสมบัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ว่าการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ไม่ใช่การกำหนดในเชิงกระบวนการดังเช่นพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

เมื่อพิจารณากฎหมายอื่นที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 พบว่าได้มีการกำหนดรายละเอียด

คุณสมบัติเบื้องต้นของฝ่ายเอกชน และกรณีการเปลี่ยนตัวฝ่ายเอกชนไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ที่มีลักษณะชัดเจนกว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ยังคงมีข้อบกพร่องในเชิงการกำหนดคุณสมบัติของเอกชน คู่สัญญาและหลักเกณฑ์การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่าต้องมีคุณสมบัติด้านใดบ้าง หรือการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ต้องคำนึงถึงข้อจำกัดใดบ้าง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในทางปฏิบัติจะมีการพิจารณาถึงคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาก็ดี หรือมีการพิจารณาความเหมาะสมในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาก็ดี และมีการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของคู่สัญญา และกรณีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในกฎหมายลำดับรอง แต่การดำเนินการดังกล่าวก็ยังคงเป็นเพียงการดำเนินการในเชิงกระบวนการ (process) ซึ่งไม่มีข้อความกำหนดชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ จึงอาจส่งผลให้การพิจารณาถึงความเหมาะสมของคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาหรือการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเกิดความไม่แน่ชัดขึ้น และขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในตัวบทกฎหมาย ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้เองอาจนำไปสู่ปัญหาการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนในภายหลังได้

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นสมควรให้มีการเพิ่มหลักการในการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของฝ่ายเอกชนในสัญญาร่วมลงทุนให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เพื่อรับประกันประสิทธิภาพในการคัดเลือกคู่สัญญาทั้งในทางปฏิบัติและในทางลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาให้สอดคล้องกับรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำตามมาตรา 22 เพื่อให้ได้คู่สัญญาที่มีคุณสมบัติสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแต่ละโครงการ เช่น คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน และประสบการณ์ และควรมีการกำหนดคำนิยามคำว่า “เอกชนคู่สัญญา” ให้หมายความรวมถึงเอกชนรายอื่นที่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนในภายหลังด้วย ทั้งนี้ เพื่อกำหนดว่าเอกชนคู่สัญญา รวมถึงผู้ที่ได้รับ โอนไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจะต้องมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันในฐานะของ “เอกชนคู่สัญญา”

2. ข้อเสนอแนะ

ผู้ศึกษาเห็นสมควรเสนอหลักการให้มีการระบุลักษณะคุณสมบัติเบื้องต้นของเอกชนคู่สัญญาให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และการกำหนดเงื่อนไขการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้เป็นแนวทางที่ชัดเจนในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ รวมถึงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดสำหรับการใช้ดุลพินิจพิจารณาในประเด็นคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนี้

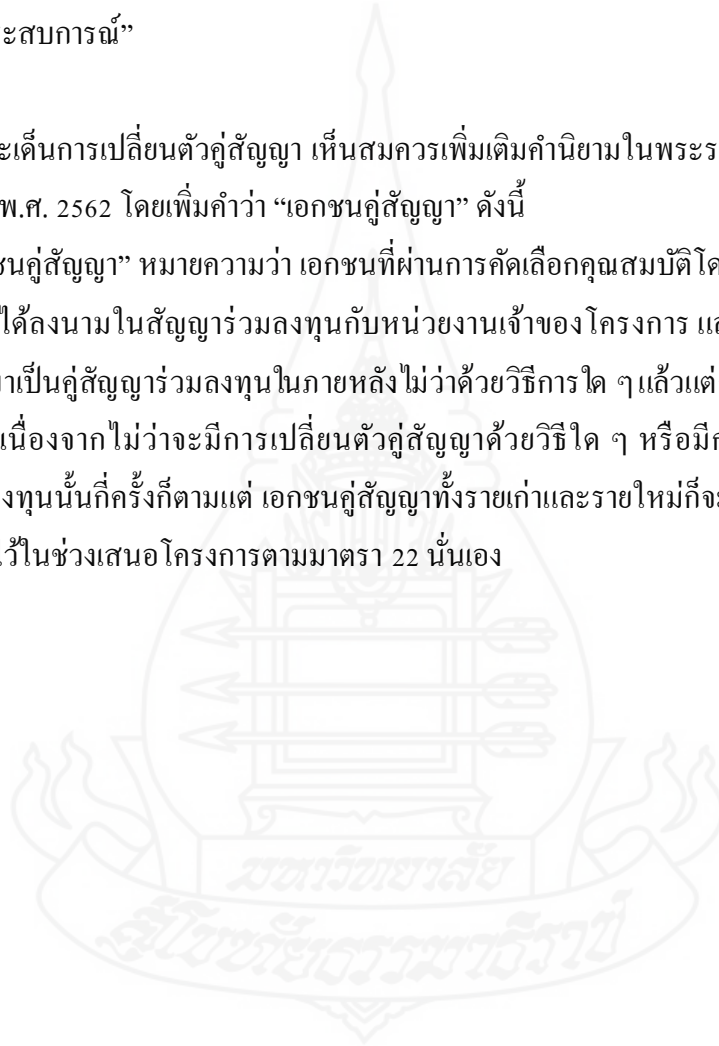
1. ประเด็นการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เห็นสมควรเพิ่มหลักการในส่วนของ การเสนอโครงการ (ตามมาตรา 22) ซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการศึกษาและวิเคราะห์ โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนประกาศกำหนด โดยให้ ประกอบด้วยเงื่อนไขเพิ่มเติม ดังนี้

“คุณสมบัติของเอกชนคู่สัญญาที่สอดคล้องกับความเป็นไปได้ของ โครงการนั้น ๆ รวมถึง คุณสมบัติอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของ โครงการและคณะกรรมการคัดเลือกกำหนด เช่น คุณสมบัติทางด้าน เทคนิค การเงิน และประสบการณ์”

2. ประเด็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา เห็นสมควรเพิ่มเติมคำนิยามในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 โดยเพิ่มคำว่า “เอกชนคู่สัญญา” ดังนี้

“เอกชนคู่สัญญา” หมายความว่า เอกชนที่ผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติโดยคณะรัฐมนตรีพิจารณา ให้ความเห็นชอบและได้ลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับหน่วยงานเจ้าของ โครงการ และให้หมายความรวมถึง เอกชนรายอื่นที่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนในภายหลังไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ แล้วแต่กรณี

ทั้งนี้ เนื่องจากไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาด้วยวิธีใด ๆ หรือมีการ โอนไปซึ่งสิทธิและ หน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนนั้นก็ครั้งก็ตามแต่ เอกชนคู่สัญญาทั้งรายเก่าและรายใหม่ก็จะต้องมีคุณสมบัติเป็นไป ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในช่วงเสนอโครงการตามมาตรา 22 นั้นเอง



บรรณานุกรม

- กณิศา วงศ์คม. (2558). พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กับ สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- กรพจน์ อัครวิจิตร. (2559). หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ. บทความประกอบการอบรม หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4. กรุงเทพมหานคร.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2562). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 28). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ทวีศักดิ์ มีญาณเยี่ยม. (2562). โครงการร่วมลงทุนภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562. สืบค้นจาก <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13732>
- นารี ตันตเสถียร. (2563). สำนักงานอัยการสูงสุดกับงานสัญญาของรัฐ. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 38(1), 1-13.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาองค์กรภาครัฐ (IRDPA). หลักสูตรการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รุ่นที่ 8 (Public – Private Partnerships for Executives Program: PEP). สืบค้นจาก http://www.irdp.org/2015/user_upload/PEP8_prop.pdf
- ศนันท์กรณ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2555). คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพมหานคร.
- สุนทร มณีสวัสดิ์. (2563). กฎหมายปกครองชั้นสูง. (พิมพ์ครั้งที่ 6). นนทบุรี: สุโขทัยธรรมมาธิราช.
- สำนักงานประมาณของรัฐสภา, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2559). การวิเคราะห์การร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (Public Private Partnership : PPP). (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
- อัญชญา ธนาโอพาร. (2559). กฎหมายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 : ศึกษาข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการพัฒนาที่ดินของรัฐ. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2563). กฎหมายปกครองชั้นสูง. (พิมพ์ครั้งที่ 6). นนทบุรี: สุโขทัยธรรมมาธิราช.
- Francois LICHERE. (2011). **Public-Private Partnership: Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law.** (พิมพ์ครั้งที่ 9). Bruxelles : BRUYLANT.

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายเตชิต นันยากรสกุล
วัน เดือน ปีเกิด	19 พฤษภาคม 2536
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	
พ.ศ. 2559	นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
พ.ศ. 2561	ประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่ง สภาทนายความ รุ่นที่ 48 พ.ศ. 2560
สถานที่ทำงาน	การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย อำเภอบางกรวย จังหวัดนนทบุรี
ตำแหน่ง	นิติกรระดับ 5

