



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมในการตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุน

จัดทำโดย นางพฤติพร เนติโพธิ์
รหัส ๖๒๐๗๒๗

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๗
วิทยาลัยสารัฐธรรมนุญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมในการตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุน (Public Private partnership (PPP.))

นางพศุภิพร เนติโพธิ์^๑

บทความทางวิชาการฉบับนี้เขียนขึ้นโดยใช้ข้อมูลจากข้อพิจารณาในการตรวจร่างสัญญาและข้อสังเกตที่สำนักงานอัยการสูงสุดแจ้งไปยังหน่วยงานรัฐที่ส่งร่างสัญญามาให้ตรวจพิจารณา รวมทั้งประสบการณ์ของผู้เขียนในการเป็นผู้ร่างสัญญาในชั้นเจรจาคัดเลือกเอกชนในหลายโครงการ อาทิ เช่นร่างสัญญาร่วมลงทุนโครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงเชื่อมสามสนามบิน ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบและก่อสร้างงานโยธา การจัดการระบบรถไฟฟ้า การให้บริการ การเดินรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุงรักษา โครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย – มีนบุรี ร่างสัญญาสัมปทานการลงทุนออกแบบและก่อสร้างงานโยธาการจัดการระบบรถไฟฟ้า การให้บริการ การเดินรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุงรักษา โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง ช่วงลาดพร้าว – สำโรง ฯลฯ โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินโครงการในการให้เอกชนร่วมลงทุนกับภาครัฐนั้น ประกอบด้วยหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการ เอกชนผู้ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือก และที่ปรึกษาในโครงการ รวมทั้งสำนักงานอัยการสูงสุดผู้ทำหน้าที่ตรวจพิจารณาร่างสัญญาก่อนลงนาม และในชั้นแก้ไขสัญญาและเหตุที่ได้เลือกนำหัวข้อนี้มาเป็นบทความทางวิชาการเนื่องมาจากปัจจุบันการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานมีความสำคัญมากขึ้น ในการดำเนินโครงการจึงต้องมีทั้งหลักประชาธิปไตยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการทำประชาพิจารณ์ตรวจสอบสัญญาที่ลงนามแล้ว ทั้งในส่วนของการตรวจร่างสัญญาก็ต้องใช้ทั้งหลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมในการตรวจ ร่างสัญญา

ภารกิจหลักประการหนึ่งของสำนักงานอัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๕๓ คือการตรวจพิจารณาร่างสัญญาของหน่วยงานภาครัฐซึ่งจะอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย โดยหน้าที่ในการตรวจร่างสัญญานั้นได้กำหนดไว้ตามระเบียบมติคณะรัฐมนตรีและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

๑. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๙๓^๒ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความ

^๑ ผู้เขียน : นางพศุภิพร เนติโพธิ์ อธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด

^๒ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๙๓

หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตาม วรคหนึ่ง โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

เห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด และในการทำสัญญารายได้ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาดังกล่าว โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ ก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน นอกจากนี้กรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่อาจทำสัญญาตามแบบสัญญาดังกล่าวได้และต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่เป็นการทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว รวมถึงกรณีหน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง

๒. มติคณะรัฐมนตรี^๓ (ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๕/ว ๑๓๘ ลงวันที่ ๙ กันยายน ๒๕๓๕) ใช้บังคับกับสัญญาของรัฐที่ไม่ใช่สัญญาเกี่ยวกับพัสดุ ได้วางหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนาม

๓. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๒๐^๔ พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งสัญญาประเภทนี้ต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนามโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ก็กำหนดไว้เช่นเดียวกัน

ในกรณีที่มิอาจทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้

ในกรณีจำเป็นต้องทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษและต้องจัดทำข้อสรุปสาระสำคัญแห่งสัญญาเป็นภาษาไทยตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่การทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศตามแบบสัญญาคณะกรรมการนโยบายกำหนด

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา ๙๗ วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา ๑๐๔ ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ

^๓ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๕/ว ๑๓๘ ลงวันที่ ๙ กันยายน ๒๕๓๕ เรื่อง การปรับปรุงแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา

^๔ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๒๐ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมงานหรือดำเนินการก่อนลงนาม

ลักษณะของสัญญาประเภทนี้ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. ๒๕๖๑ เป็นสัญญาในโครงการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งหมายถึงกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือเป็นกิจการที่ต้องใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นนั้น และโครงการนั้นมีวงเงินลงทุน หรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ส่วนใหญ่สัญญาที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะอยู่ในรูปการจัดทำบริการสาธารณะ โดยในการร่วมงานหรือดำเนินการนั้น ฝ่ายเอกชนจะต้องมีส่วนลงทุนในโครงการหรืออาจร่วมลงทุนกับภาครัฐ หรือลงทุนฝ่ายเดียวก็ได้

เนื้อหา

๑. การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน

การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หมายถึง การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public Private Partnership หรือ PPP) โดยการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนดำเนินกิจการของรัฐ ทั้งในกิจการเชิงพาณิชย์และสังคม ซึ่งกิจการของรัฐดังกล่าวต้องเป็นกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่น ของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือกิจการดังกล่าวจะต้องให้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น^๕

โดยทั้งนี้การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนมีวัตถุประสงค์และข้อดี ดังนี้

๑. เพื่อลดภาระการใช้จ่ายในด้านการลงทุนของภาครัฐและสร้างผลตอบแทนที่สูงสุดแก่ประเทศชาติทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม เพราะในบางโครงการที่เป็นลักษณะโครงการบริการสาธารณะหรือโครงการที่มีความจำเป็นต่อการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชน การบริหารงานอย่างมืออาชีพของเอกชนผู้มีความเชี่ยวชาญจะสามารถช่วยควบคุมต้นทุนของการบริหารงาน ซึ่งจะส่งผลทำให้การเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนทำได้ถูกต้อง ซึ่งจะทำให้ประชาชนผู้มีรายได้น้อยได้เข้าถึงโครงการต่าง ๆ ได้อย่างเท่าเทียมกัน

๒. เพื่อเพิ่มขีดจำกัดและศักยภาพในการลงทุนของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภคที่จำเป็นจะต้องใช้เงินลงทุนสูง และจำเป็นจะต้องดำเนินการพร้อมกันในหลากหลายพื้นที่ในเวลาเดียวกัน รูปแบบการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนจะสามารถเข้ามาจัดการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้

๓. เป็นการกระจายความเสี่ยงของหน่วยงานรัฐให้กับเอกชน ตั้งแต่กระบวนการออกแบบ การก่อสร้างและการบริหารจัดการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโครงการที่มีความสลับซับซ้อน

^๕ ที่มา : สำนักงานประมาณของรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

หน่วยงานภาครัฐที่ไม่มีความเชี่ยวชาญย่อมมีความเสี่ยงที่เกิดปัญหาข้อผิดพลาดอันนำไปสู่ความเสียหายของรัฐได้

๔. เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการได้อย่างเป็นมืออาชีพ

๕. เป็นช่องทางในการเรียนรู้และพัฒนาคุณภาพและรูปแบบการทำงานให้กับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นผลดีในระยะยาวที่หน่วยงานของรัฐจะสามารถพัฒนาตัวเองให้กลายเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญและบริหารโครงการต่าง ๆ ได้อย่างดียิ่งขึ้นในอนาคต

๖. เป็นช่องทางในการกระตุ้นเศรษฐกิจที่สำคัญอีกช่องทางหนึ่งของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานะที่เศรษฐกิจของประเทศเกิดการชะลอตัว การผลักดันให้มีโครงการของภาครัฐที่มีเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนย่อมเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการพยุงสถานะเศรษฐกิจของประเทศให้ผ่านพ้นวิกฤตไปได้

๗. ประชาชนทั่วไปจะได้รับการบริการที่ดีมีประสิทธิภาพจากโครงการของรัฐ เพราะเอกชนจะมีประสบการณ์ความรู้ความสามารถและผ่านข้อผิดพลาดต่าง ๆ จนสามารถที่จะสร้างมาตรฐานการบริการที่เทียบเท่ากับสากลได้ดีกว่า ซึ่งจะเป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตให้กับประชาชนอีกวิธีหนึ่งด้วย

แต่ทั้งนี้การร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนก็มีข้อจำกัดและข้อที่จะต้องพึงระวังถึงความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น ดังนี้

๑. การกำกับดูแลและควบคุมให้รูปแบบการดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ซึ่งโครงการส่วนใหญ่มีความสลับซับซ้อนและใช้ระยะเวลานาน ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องคอยควบคุมให้เอกชนผู้ได้สิทธิปฏิบัติตามสัญญาฯ ร่วมทุนที่ตั้งไว้อย่างเคร่งครัดเพื่อไม่ให้รัฐเสียโอกาสในการพัฒนาโครงการ

๒. ความโปร่งใสของขั้นตอนการดำเนินงานและการคัดเลือกเอกชนเพื่อมาลงทุนจะต้องเป็นไปอย่างถูกต้อง เพื่อไม่ให้เกิดภาพลักษณ์ของการเอื้อประโยชน์ต่อเอกชน ซึ่งอาจจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของประชาชนในโครงการลักษณะเดียวกันต่อไปในอนาคต ซึ่งจะส่งผลเสียต่อทั้งประชาชนเองและประเทศชาติ

๓. ความเสี่ยงของการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางการเมือง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อรูปแบบและความน่าเชื่อถือของภาคเอกชนในการเข้าร่วมลงทุน

๔. ความเสี่ยงในโครงการที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง เช่น โครงการระบบขนส่งที่จะต้องมีการเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชน หน่วยงานของรัฐและเอกชนผู้ร่วมลงทุนจะต้องชี้แจงรูปแบบโครงการและอัตราค่าบริการต่าง ๆ ทั้งปัจจุบันและอนาคต เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบถึงที่มาของการกำหนดราคา รวมถึงการจะขึ้นหรือลดอัตราค่าบริการ ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าอึดใจของความรู้สึกของประชาชน และภาครัฐจะต้องคอยควบคุมและคอยตรวจสอบราคาที่เหมาะสมที่กำหนดให้มีความสอดคล้องต่อสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจและสังคม ณ ช่วงเวลานั้น ๆ ไม่ให้

เกิดการเอาเปรียบประชาชน แต่ก็ต้องคำนึงถึงต้นทุนและผลประโยชน์ที่เหมาะสมของเอกชนที่ลงทุนด้วยเช่นกัน

๕. ความเสี่ยงต่อความขัดแย้งกันระหว่างรัฐกับเอกชน

รูปแบบของการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน

รูปแบบของการดำเนินการของการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนมีด้วยกันหลายวิธี ซึ่ง แต่ละวิธีนั้นก็จะมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไป ตามแต่ข้อจำกัดของการบริหารงานและศักยภาพของหน่วยงานของรัฐและเอกชนของประเทศนั้น ๆ ซึ่งโดยทั่วไปตามหลักสากลจะเน้นไปที่หน้าที่ดำเนินโครงการของคู่สัญญา โดยมีลักษณะของกิจกรรมที่เกิดขึ้น เช่น

- (D) – Design – การออกแบบ
- (B) – Build – การก่อสร้าง
- (F) – Finance – การหาแหล่งเงินทุนมาดำเนินโครงการ
- (O) – Own – การเป็นเจ้าของในช่วงระยะเวลา
- (O) – Operate – การประกอบการ
- (M) – Maintain – การเป็นผู้บำรุงรักษาโครงการ
- (T) – Transfer – การโอนกรรมสิทธิ์
- (L) – Lease – การที่รัฐจ่ายค่าเช่าทรัพย์สิน และค่าจ้างให้แก่เอกชนคู่สัญญา
- (R) – Rent – การเช่าทรัพย์สินหรือสินทรัพย์เพื่อการใช้งาน
- Gross Cost – การที่รัฐรับความเสี่ยงด้านจำนวนผู้ใช้บริการเอง
- Net Cost – การที่เอกชนเก็บค่าบริการเองโดยแบ่งรายได้ให้รัฐ

รูปแบบของการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนที่ใช้อยู่โดยสากล ดังนี้

(๑) Build – Transfer – Operate (BTO)

เป็นรูปแบบสัมปทานที่ความเป็นเจ้าของจะถูกโอนเป็นของรัฐเมื่อก่อสร้างแล้วเสร็จ โดยผู้รับสัมปทานจะได้รับสิทธิในการดำเนินงานตามเวลาที่กำหนด

ความเหมาะสมของรูปแบบการพัฒนา

เป็นโครงการที่เป็นลักษณะของโครงสร้างพื้นฐานที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนซึ่งไม่อาจปล่อยให้เอกชนเป็นเจ้าของสิ่งก่อสร้างนั้นได้ เพราะหากเอกชนเกิดปัญหาปิดสิ่งก่อสร้างหรือสินทรัพย์นั้น ๆ ก็ส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง รัฐจึงจำเป็นต้องเป็นเจ้าของสิ่งก่อสร้างหรือโครงการนั้น ๆ ในทันที โดยเอกชนผู้มาดำเนินการจะไม่มีกรรมสิทธิ์ใด ๆ บน

สิ่งก่อสร้างนั้น ๆ เพียงแต่เป็นผู้ดำเนินการให้บริการและเก็บค่าบริการ เช่น ถนน ทางด่วน ระบบสื่อสารและโทรคมนาคม ระบบดาวเทียม ระบบขนส่งทางราง สถานีขนส่งต่าง ๆ เป็นต้น

ตัวอย่างโครงการ BTO ในประเทศไทย

- **โครงการทางพิเศษสายศรีรัช – วงแหวนรอบนอก กรุงเทพมหานคร (การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) หน่วยงานเจ้าของโครงการ)** โดย กทพ. จะมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในการใช้ที่ดินในการก่อสร้างและการดำเนินงาน เพื่อให้เอกชนได้รับสิทธิและสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยค่าใช้จ่ายของ กทพ. บรรดางานก่อสร้างทั้งหมดที่เอกชนได้รับสิทธิและสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยค่าใช้จ่ายของ กทพ. บรรดางานก่อสร้างทั้งหมดที่เอกชนเป็นผู้ทำ รวมทั้งทางพิเศษ ถนนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องและสิ่งก่อสร้างถาวรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือใช้ประโยชน์ในทางพิเศษจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กทพ. ทั้งนี้ในวันเปิดดำเนินการโครงการหรือวันเปิดใช้ทางพิเศษ เอกชนมีสิทธิใช้งานและมีหน้าที่ดำเนินการบำรุงรักษาทางพิเศษระบบทางพิเศษ และสิ่งก่อสร้างถาวรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหรือใช้ประโยชน์ในทางพิเศษและระบบทางพิเศษตามแผนและมาตรการที่เสนอไว้

- **โครงการดำเนินกิจการดาวเทียมสื่อสาร ภายในประเทศ (สำนักงานปลัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร หน่วยงานเจ้าของโครงการ)** โดยเอกชนจะโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบดาวเทียมและอุปกรณ์สถานีควบคุมดาวเทียมให้ตกเป็นทรัพย์สินของกระทรวงฯ โดยกระทรวงฯ จะมอบทรัพย์สินให้บริษัทฯ ใช้ดำเนินกิจการตามข้อกำหนดและเงื่อนไขสัญญากระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารผู้ให้สัมปทานไม่ได้เป็นผู้บริหารดาวเทียม แต่เป็นเพียงผู้กำกับและเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อให้บริษัทฯ ใช้ดำเนินกิจการตามข้อกำหนดและเงื่อนไขสัญญาบริษัทฯ ผู้ได้รับสัมปทานจะเป็นผู้ดำเนินการบริหารการใช้งานดาวเทียมโดยไม่ขัดกับ เงื่อนไขสัญญาฯ รวมทั้งมีการเก็บค่าใช้จ่ายจรวดดาวเทียมจากผู้ใช้ ทั้งนี้ กระทรวงฯ จะเป็นผู้อำนวยความสะดวกและช่วยเหลือในการติดต่อของบริษัทฯ กับส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐที่เกี่ยวข้อง โดยบริษัทฯ รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมด

- **สัญญาร่วมดำเนินกิจการส่งโทรทัศน์สี (บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) หน่วยงานเจ้าของโครงการ)** โดยเอกชนจะต้องดำเนินการปรับปรุงเพิ่มเติมอุปกรณ์ต่าง ๆ ตามหลักวิชาสากลของการส่งโทรทัศน์สี โดยเอกชนจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายทั้งสิ้นบรรดาส่งก่อสร้างทุกอย่างที่ได้ก่อสร้างขึ้นบนที่ดิน อีกทั้งทรัพย์สินทุกอย่างยกเว้นเงินทุนที่บริษัทได้กระทำขึ้น หรือได้จัดหามาไว้สำหรับใช้สอยในการดำเนินการตามสัญญานี้ทุกอย่าง ไม่ว่าจะได้ตามสัญญาหรือได้กระทำขึ้นหรือได้จัดหามาในระหว่างการดำเนินการตามสัญญานี้ ให้ตกเป็นทรัพย์สินของ อ.ส.ม.ท. ทั้งสิ้น นับแต่วันที่ได้กระทำขึ้นหรือได้จัดหา

- **สัญญาการบริหารและการดำเนินการ ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ (กรมธนารักษ์ หน่วยงานเจ้าของโครงการ)** โดยบริษัทฯ บริหารและดำเนินการ และบริษัทฯ ตกงรับบริหารและดำเนินกิจการอาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหลายซึ่งตั้งอยู่บนที่ราชพัสดุ บริษัทฯ จะต้องดำเนินการก่อสร้างอาคารและสิ่งปลูกสร้างดังมีรายละเอียด เงื่อนไข แบบแปลน กำหนดเวลาและข้อกำหนดใน

การก่อสร้างด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัทฯ เอง และให้กรรมสิทธิ์ตกเป็นของกระทรวงการคลังทันทีที่ก่อสร้างเสร็จและรัฐได้รับมอบไว้โดยถูกต้องเรียบร้อยแล้ว

(๒) Build – Operate – Transfer (BOT)

เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานจะถือกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ตลอดระยะเวลาที่ให้บริการไปจนกระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทานแล้วจึงจะโอนกรรมสิทธิ์ทั้งหมดให้ตกเป็นของรัฐ

ความเหมาะสมของรูปแบบการพัฒนา

มีลักษณะใกล้เคียงกับ BTO แต่เนื่องจากมีความจำเป็นที่เอกชนจะต้องมีความเป็นเจ้าของเหนือสินทรัพย์นั้นก่อนตลอดระยะเวลาที่ทำการบริหาร เพื่อสะดวกในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุง โดยเมื่อสิ้นสุดสัญญาโครงการถึงจะโอนสินทรัพย์นั้นกลับไปหน่วยงานของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นสินทรัพย์ประเภทที่เป็นอสังหาริมทรัพย์รวมถึงระบบและเครื่องมือเครื่องใช้ในการดำเนินโครงการ

ตัวอย่างโครงการ BOT ในประเทศไทย

- สัญญาลงทุน ก่อสร้าง บริหาร และประกอบการท่าเทียบเรือต่าง ๆ (การทำเรือแห่งประเทศไทย หน่วยงานเจ้าของโครงการ) โดย กทท. จะมอบพื้นที่ท่าเทียบเรือทั้งหมดตามสัญญาให้กับเอกชน เพื่อใช้ประกอบการ เอกชนจะต้องจัดหาบรรดาเครื่องมืออุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ และโครงสร้างพื้นฐานเพิ่มเติมทั้งหมดเท่าที่จำเป็นสำหรับการประกอบกิจการ ท่าเทียบเรือ และเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในบรรดาทรัพย์สินที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานเพิ่มเติม สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ เครื่องมืออุปกรณ์ที่จัดหามาใช้งานในท่าเทียบเรือตลอดอายุสัญญา หลังจากสัญญาสิ้นสุดไม่ว่ากรณีใดให้บรรดาอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ ทั้งหมดต้องตกเป็นทรัพย์สินของ กทท. ทั้งนี้ ส่วนอสังหาริมทรัพย์ กทท. มีสิทธิที่จะพิจารณารับซื้อทั้งหมดหรือบางส่วนตามราคามูลค่าทางบัญชี ที่ได้หักค่าเสื่อมราคาสะสมตามระยะเวลาการใช้งานแล้วหรือต่ำกว่านั้น

- โครงการระบบรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล (องค์การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) หน่วยงานเจ้าของโครงการ) โดย รฟม. เป็นเจ้าของโครงการส่วนผู้ให้สัมปทานมีหน้าที่จัดสร้างโครงสร้างพื้นฐานและมอบสัมปทานการเดินรถให้แก่เอกชน และเอกชนเป็นผู้ให้บริการเดินรถ โดยเอกชนมีหน้าที่ ออกแบบ ผลิต จัดหา ติดตั้ง ทดสอบ และทดลองใช้งาน อุปกรณ์ งานระบบร่วมกับโครงสร้างพื้นฐานทางโยธาของ รฟม. และการให้บริการและบำรุงรักษา ระบบรถไฟฟ้าใต้ดิน เมื่อสิ้นสุดสัญญาจะต้องนำโครงสร้างพื้นฐานโยธาและงานระบบทั้งหมดที่เอกชนจัดหาคืนให้กับ รฟม. ประโยชน์ที่ได้รับ รฟม. ได้รับส่วนแบ่งรายได้จากเอกชน

ตัวอย่างโครงการที่ผสมระหว่าง BTO และ BOT ในประเทศไทย

- ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (กรุงเทพมหานคร (กทม.) หน่วยงานเจ้าของโครงการ) โดยเอกชนเป็นผู้ออกแบบก่อสร้าง ดำเนินงาน และบำรุงรักษาระบบ หลังจาก

ระบบรถไฟฟ้าเริ่มดำเนินงานเชิงพาณิชย์ ภายใต้เงื่อนไขของสัญญาเอกชนมีสิทธิได้รับรายได้จากกิจการที่เกี่ยวข้องกับระบบรถไฟฟ้า อันรวมถึงการโฆษณา การให้สิทธิ และการเก็บค่าโดยสารในระบบรถไฟฟ้า มีสิทธิที่จะกำหนดกฎระเบียบในการดำเนินงานได้ กทม. มีสิทธิกำหนดกฎระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมของระบบรถไฟฟ้า

ในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ แบ่งเป็น ๒ ส่วน คือ

๑) อสังหาริมทรัพย์ที่เกิดจากการก่อสร้างหรืองานโครงสร้างจะโอนในลักษณะ BTO (Build Transfer and Operate) โดยเอกชนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์เป็นของ กทม. เมื่อการก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์

๒) ระบบไฟฟ้าและเครื่องกล ซึ่งรวมถึงขบวนรถไฟฟ้าในปัจจุบันและที่จะซื้อเพิ่มในอนาคต จะโอนในลักษณะ BOT (Build Operate Transfer) โดยเอกชนจะโอนกรรมสิทธิ์เป็นของ กทม. เมื่อสัมปทานสิ้นสุดลง

(๓) Build – Own – Operate – Transfer (BOOT)

เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ภาครัฐให้สิทธิภาคเอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้างและดำเนินการให้บริการในช่วงระยะเวลาที่กำหนด โดยความเป็นเจ้าของสินทรัพย์จะโอนกลับไปสู่ภาครัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนด

ความเหมาะสมของรูปแบบการพัฒนา

ซึ่งจะมีส่วนคล้ายคลึงกับ BOT และ BOOT เอกชนจะมีสิทธิเหนือสินทรัพย์มากกว่า ซึ่งเอกชนมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบและราคาค่าบริการได้มากกว่า เพราะเอกชนจะต้องหาแหล่งเงินทุนเองให้ฐานะเจ้าของสินทรัพย์นั้น เมื่อรัฐให้สิทธิเอกชนในการจัดหาแหล่งเงินทุนเอง ซึ่งในแง่ของเอกชนจะสามารถกู้เงินโดยใช้สิ่งก่อสร้าง (ไม่รวมที่ดิน) เป็นหลักประกันในการกู้เงินจากสถาบันการเงินได้ ซึ่งจะมีความเสี่ยงค่อนข้างสูงในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาหรืออาจจะถูกยึดซึ่งจะทำให้รัฐไม่สามารถที่จะดำเนินการกับสิ่งก่อสร้างที่อยู่บนผืนดินของตนเองได้ อันจะทำให้เสียประโยชน์ในการพัฒนาที่ดินโดยใช่เหตุ ดังนั้นในวิธีการนี้ รัฐจะต้องดูแลและควบคุมหรือวางกฎเกณฑ์ที่ป้องกันเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ตัวอย่างโครงการ BOOT ในประเทศไทย

โครงการพัฒนาระบบสาธารณูปโภคพื้นฐานในที่ราชพัสดุบริเวณสถานีขนส่งหมอชิต (กระทรวงการคลัง หน่วยงานเจ้าของโครงการ) กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตกเป็นของกระทรวงการคลังเมื่อก่อสร้างเสร็จ ส่วนอุปกรณ์อื่น ๆ ตกเป็นกรรมสิทธิ์กระทรวงการคลังเมื่อครบอายุการบริหารโครงการหรือเมื่อสัญญาสิ้นสุด เอกชนต้องก่อสร้าง “อาคารและพื้นที่ตามโครงการ” โดยตามสัญญาแบ่งการก่อสร้าง เป็น ๒ ส่วน คือ ก่อสร้างอาคารและพื้นที่ชดเชยให้ทางราชการ และก่อสร้างอาคารและพื้นที่ยกกรรมสิทธิ์ โดยเอกชนจะได้รับสิทธิบริหารโครงการและจัดหาประโยชน์บริเวณพื้นที่ยกกรรมสิทธิ์โดยเอกชนจะต้องเป็นผู้ออกแบบแปลนเสนอให้กรมธนารักษ์ให้ความเห็นชอบแล้วจึงจะเริ่มดำเนินการก่อสร้างได้

- โครงการให้สิทธิดำเนินการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา (การประปาส่วนภูมิภาค หน่วยงานเจ้าของโครงการ) โดยเอกชนมีหน้าที่ดำเนินการผลิตน้ำประปาและจัดจำหน่ายให้แก่การประปาส่วนภูมิภาค โดยเอกชนดำเนินการออกแบบ และก่อสร้าง ระบบประปา ดำเนินการผลิตดูแลรักษาระบบผลิตและอินเทอร์เน็ตสินแก่ กปภ. เมื่อครบระยะเวลา สัญญาร่วมทุนผู้รับสิทธิจะจัดหาที่ดินและใช้สิทธิในการใช้ที่ดินที่จะใช้ในโครงการตามสภาพ ที่สอดคล้องกับแผนการดำเนินงาน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงที่ดินและสิทธิในการใช้ที่ดินที่จะจัดหาโดย การประปาหรือที่การประปาได้ให้ผู้รับสิทธิเช่า ณ วันเริ่มประกอบกิจการ ผู้รับสิทธิจะโอนกรรมสิทธิ์ ในระบบจ่ายน้ำประปาให้แก่ประชาชนให้เป็นของการประปา

(๔) Build – Own – Operate (BOO)

เป็นรูปแบบการให้สัมปทานที่ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งเงินทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการ และบำรุงรักษาสินทรัพย์ของโครงการโดยมีความเป็นเจ้าของสินทรัพย์ และดำเนินการให้บริการหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จ โดยเอกชนแบ่งรับความเสี่ยงจากผลประกอบการมีลักษณะเหมือนกับ BOOT แต่ไม่มีข้อกำหนดในการโอนย้ายสินทรัพย์กลับเป็นของภาครัฐภายหลังสิ้นสุดสัญญา โดยภาครัฐอาจกำหนดสิทธิพิเศษเพื่อจูงใจเอกชน เช่น สิทธิในการให้บริการ หรือสัญญาซื้อขายบริการเพื่อประกันรายได้เป็นต้น และอาจกำหนดให้เอกชนจ่ายค่าตอบแทนในรูปแบบต่าง ๆ

ความเหมาะสมของรูปแบบการพัฒนา

ส่วนใหญ่เป็นโครงการในรูปแบบการให้สัมปทานในการดำเนินการทำกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับระบบของรัฐ ซึ่งอาจจะไม่มีสินทรัพย์ที่จะต้องโอนกลับไปให้หน่วยงานของรัฐมากนัก

ตัวอย่างโครงการ BOO ในประเทศไทย

โครงการที่กรุงเทพมหานครมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการกำจัดขยะมูลฝอยซึ่งเป็นกิจการของรัฐแทนกรุงเทพมหานคร หรือการดำเนินการก่อสร้างโรงบำบัดน้ำเสียขององค์การจัดการน้ำเสีย โดยให้เอกชนเป็นผู้จัดซื้อที่ดิน ทำการออกแบบและก่อสร้าง ตลอดจนเดินระบบ และบำรุงรักษาตลอดช่วงอายุสัญญาด้วยค่าใช้จ่ายเอกชน แม้ในส่วนของโรงบำบัดน้ำเสียจะมอบให้เอกชนเป็นผู้ลงทุนจัดทำและดำเนินการ แต่เป็นส่วนหนึ่งของระบบที่รัฐจัดทำและรับผิดชอบจึงเป็นกรณีให้เอกชนร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐ

๒. ในการดำเนินโครงการว่าควรจะดำเนินการร่วมทุนในรูปแบบใดนั้น ต้องมีการวิเคราะห์ศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ ดังนี้

๒.๑ ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการ (Feasibility Study) ดังนี้

(๑) ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ด้านกายภาพ (Site Analysis)

(๒) ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ด้านกฎหมาย (Legal Analysis)

(๓) ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ด้านการตลาด (Market Feasibility)

(๔) ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ทางเทคนิคและรูปแบบเบื้องต้น

(๕) ศึกษาวิเคราะห์ต้นทุนการดำเนินโครงการที่เหมาะสม ทั้งนี้ ในกรณีที่เห็นว่าการดำเนินโครงการควรจะใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินร่วมด้วยให้แสดงงบประมาณแผ่นดินหรืองบประมาณแผ่นดินที่จำเป็นตลอดระยะเวลาของโครงการด้วย

(๖) ประเมินมูลค่าตลาดของที่ดินและอาคารสิ่งปลูกสร้าง

(๗) ศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ทางการเงินและการลงทุน (Financial Feasibility) โดยแสดงให้เห็นอัตราผลตอบแทนต่าง ๆ ดังนี้

๑. อัตราผลตอบแทนทางการเงิน

๒. อัตราผลตอบแทนทางเศรษฐศาสตร์

๓. อัตราผลตอบแทนทางสังคม

(๘) ศึกษาวิเคราะห์ความอ่อนไหวของโครงการ (Sensitivity Analysis)

(๙) ศึกษาวิเคราะห์ลักษณะการจัดสรรผลประโยชน์ตอบแทนของโครงการที่แสดงให้เห็นถึงอัตราผลตอบแทนที่กรมธนารักษ์ควรได้รับตามมูลค่าตลาดจากการจัดให้เอกชนเช่าที่ราชพัสดุเพื่อดำเนินกิจการสนามกอล์ฟ และศึกษาวิเคราะห์แนวทางการจัดสรรผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างกรมธนารักษ์และ ททท.

๒.๒ เปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินการระหว่างการใช้งบประมาณแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานของรัฐกับการให้เอกชนร่วมลงทุน

๒.๓ ศึกษาทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ อาทิ BOT, BTO, BOO รวมทั้งความสนใจและความพร้อมของเอกชนในแต่ละรูปแบบ (Market Sounding)

๒.๔ ศึกษาผลกระทบของโครงการซึ่งครอบคลุมทั้งผลกระทบโดยตรงและโดยอ้อมจากการจัดให้เอกชนร่วมลงทุน ตลอดจนวิธีการป้องกัน ลด หรือแก้ไขเยียวยาผลกระทบดังกล่าว เช่น

๒.๔.๑ ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและชุมชน ตลอดจนประชาชนผู้ใช้บริการ

๒.๔.๒ ผลกระทบด้านการเมืองและความมั่นคงของประเทศ

๒.๔.๓ ผลกระทบต่อการดำเนินงานของหน่วยงานเจ้าของโครงการในระยะยาว เช่น ฐานะทางการเงิน การบริหาร องค์กรและบุคลากร แผนการดำเนินงานระยะยาว

๒.๔.๔ การปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ

๒.๕ รับฟังความคิดเห็นพร้อมสรุปผลการรับฟังความคิดเห็น

๒.๖ ศึกษาความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องและแนวทางการบริหารความเสี่ยงของโครงการ

๒.๗ ศึกษาเงื่อนไขสำคัญที่จำเป็นในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการดังกล่าว พร้อมจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖

๒.๘ ศึกษารายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการ เช่น การให้การส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน การจัดหาที่ดินเพื่อดำเนินโครงการการให้รัฐเข้าร่วมทุน และการให้ความคุ้มครองจากรัฐ

๓. การพิจารณาตรวจร่างสัญญาร่วมลงทุน สำคัญในสัญญาร่วมลงทุน จะต้องประกอบด้วย

(๑) ระยะเวลาของโครงการ

(๒) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ

(๓) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

(๔) การลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชน รวมทั้งแหล่งเงินทุนของเอกชน

(๕) สินทรัพย์ซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ของโครงการ และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการหากมีการใช้ทรัพย์สินของรัฐในการดำเนินการ โดยจะต้องระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์และการบำรุงรักษาทรัพย์สินดังกล่าวด้วย

(๖) การบูรณะพัฒนาสินทรัพย์ของโครงการ

(๗) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ ผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งให้รวมถึงผลประโยชน์ตอบแทนในส่วนที่ผันแปรตามผลประกอบการ และสิทธิในการหักค่าใช้จ่ายหรือภาษีและค่าธรรมเนียมจากรายได้ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ให้ระบุถึงการตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนในรายได้ที่เกิดขึ้นด้วย

(๘) การให้การสนับสนุนของภาครัฐเพื่อการดำเนินการตามสัญญาของฝ่ายผู้ร่วมลงทุนเอกชน

(๙) การเปลี่ยนแปลงการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาผู้รับเหมาผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง

(๑๐) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

(๑๑) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญานอกเหนือจากกรณีการสิ้นสุดของสัญญาตามระยะเวลา โดยรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการเพื่อให้บริการต่อไปหากมีการระงับของโครงการ และการชำระค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา

(๑๒) หลักประกันสัญญา การค้ำประกัน ทั้งนี้ ให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันสัญญาด้วย

(๑๓) การประกันภัย และการชดใช้ค่าเสียหาย

(๑๔) การระงับข้อพิพาท ซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นเนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภทนั้น ๆ หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

(๑๕) กฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งจะต้องกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซึ่งรวมถึงการดำเนินโครงการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายไทย

(๑๖) สิทธิของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการเข้าดำเนินโครงการ

(๑๗) ทรัพย์สินทางปัญญา

(๑๘) ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม

(๑๙) เรื่องอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางปฏิบัติของสำนักงานคู่สัญญาอาจกำหนดรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดมาตรฐานข้อใดข้อหนึ่งไว้ในสัญญาหลักหรือเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุนก็ได้ โดยในกรณีที่มีการกำหนดไว้ในเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุน ให้คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญาหลักกว่าเอกสารแนบท้ายดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุน

ทั้งนี้ ในการตรวจพิจารณาสัญญาร่วมลงทุนต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้มีการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา

(๒) ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปรับหรือเปลี่ยนเงื่อนไขการดำเนินงานตามโครงการฝ่ายเดียวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการใช้บริการสาธารณะหรือผลประโยชน์ของรัฐ

ในการตรวจร่างสัญญานั้น ในเบื้องต้นสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องพิจารณา คู่สัญญาเสียก่อนว่า มีขอบอำนาจหรือขอบวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินการตามสัญญาได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติ ถ้าพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหน่วยงานเหล่านี้ให้อำนาจ “ร่วมทุน” หรือ “ร่วมกิจการ” กับบุคคลอื่น ก็พอจะถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐนั้นสามารถทำสัญญาให้เอกชนลงทุนจัดทำบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้นได้

ในสัญญาบางเรื่อง นอกจากจะต้องพิจารณาขอบวัตถุประสงค์และพิจารณาว่าจะเข้าเกณฑ์การทำสัญญาร่วมทุนหรือไม่แล้ว ขั้นตอนการปฏิบัติตามกฎหมายก็เป็นประเด็นสำคัญที่จะตรวจพิจารณา หากไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอน สำนักงานอัยการสูงสุดจึงไม่อาจตรวจร่าง

สัญญาดังกล่าวได้ โดยแจ้งข้อสังเกตให้หน่วยงานรัฐไปดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายดังกล่าว แล้วจึงค่อยส่งร่างสัญญาไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อตรวจพิจารณาต่อไป

ขั้นตอนประการสำคัญอีกประการหนึ่งคือ ในกรณีที่ร่างสัญญานั้น เป็นร่างสัญญาที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในกรณีนี้สำนักงานอัยการสูงสุดแม้จะพิจารณาตรวจสัญญาให้แต่ก็แจ้งเป็นข้อสังเกตให้หน่วยงานไปพิจารณาดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องให้ครบถ้วนก่อนลงนามในสัญญา

การตรวจสอบขั้นตอนการดำเนินการ

ร่างสัญญาที่ส่งมาให้ตรวจพิจารณานั้นจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด โดยมีขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการคือ (๑) ขั้นตอนการเสนอโครงการซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องศึกษาวิเคราะห์ทั้งความเป็นไปได้และความเหมาะสมที่จะให้ออกชนดำเนินการ และหากเป็นโครงการที่มีวงเงินลงทุนตั้งแต่ห้าพันล้านบาทก็ต้องมีที่ปรึกษา และทำรายงานการวิเคราะห์โครงการแยกเป็นอีกส่วนหนึ่ง แล้วต้องเสนอให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้ความเห็นชอบ (โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว) แต่หากเป็นโครงการใหม่ก็ต้องเสนอให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบ หลังจากนั้นก็ต้องเข้าสู่กระบวนการขั้นตอนการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมงาน โดยโครงการนั้นเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้ทำโครงการได้ หน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดไว้ เพื่อดำเนินการให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนและข้อกำหนดของโครงการ (Term of Reference) ซึ่งจะต้องจัดทำขึ้นตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎกระทรวง และออกประกาศเชิญชวนเอกชนให้ยื่นข้อเสนอเข้าร่วมงานในโครงการ หลังจากนั้นจะพิจารณาคัดเลือกเอกชนรายที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุด และเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ เงื่อนไขสัญญา และส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจร่างสัญญาเสร็จและส่งคืนกลับมาแล้ว หากมีการแก้ไขหรือตั้งข้อสังเกต คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องนำประเด็นที่มีการแก้ไขหรือมีข้อสังเกตมาเจรจาต่อรองกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ได้ข้อยุติร่วมกัน หลังจากนั้นจะนำผลการพิจารณาคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาและเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาภายใน ๙๐ วัน นับจากวันที่คณะกรรมการตัดสิน มิฉะนั้นแล้วหากการดำเนินการไปไม่ถูกต้อง ก็จะทำให้เกิดประเด็นให้วินิจฉัยว่าการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเข้าใจว่าโครงการที่ไม่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ออกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ จนมีการทำสัญญาและลงมือทำงานในโครงการไปแล้ว ต่อมาพบว่าโครงการนั้นต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ออกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ย่อมมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ผลบังคับของโครงการที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้ออกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่มีได้ทำ ซึ่งเดิมคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยว่า สัญญาที่ลงนามไปแล้วถือว่าเป็นการดำเนินการที่มีชอบ สัญญาไม่มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐ (คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๕๗๐/๒๕๔๒ และ ๓๙๙/๒๕๔๔) ซึ่งต่อมาศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๐๓/๒๕๔๒ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๗๔/๒๕๕๐ ก็ได้วินิจฉัยทำนองเดียวกัน ซึ่งแนวทางการวินิจฉัย

ดังกล่าวมิได้วินิจฉัยต่อไปว่าสัญญาที่ไม่มีผลผูกพันดังกล่าวนั้นจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ต่อมา คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีคำวินิจฉัยเรื่องเสร็จที่ ๒๙๓ - ๒๙๔/๒๕๕๐ ได้เปลี่ยนแนวการวินิจฉัย ปัญหาในข้อหาหรือสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูล่า Digital PCN ๑๘๐๐ ระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทย (ปัจจุบัน บมจ. กสท. โทรคมนาคม) กับบริษัท ทรูมูฟ จำกัด และ ระหว่างการสื่อสารแห่งประเทศไทยกับบริษัท ดิจิตอลโฟน จำกัด โดยวินิจฉัยว่า แม้สัญญาให้ ดำเนินการระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคมกับแต่ละบริษัทที่สร้างขึ้นใหม่ มิได้ดำเนินการหรือปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่ สัญญาที่สร้างขึ้นยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลด้วยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น ดังนั้น ในแต่ละบริษัทจึงยังต้องมีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่จะต้องตั้งคณะกรรมการซึ่งมี องค์ประกอบตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน กิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อพิจารณาข้อเสนอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต่อเรื่องผลประโยชน์ ของรัฐ และเงื่อนไขสัญญา แล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาเหตุแห่งการเพิกถอนสัญญา ผลกระทบและความเหมาะสมโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐ และประโยชน์สาธารณะ^๖

สรุป

จะเห็นได้ว่าในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนนั้นจะต้องประสานทั้งหลักนิติ ธรรมและประชาธิปไตย โดยต้องมีการตรวจสอบป้องกัน (Prevent) จัดทำสัญญาให้รัดกุมเพื่อไม่ให้รัฐ เสียเปรียบ และการเคารพสิทธิมนุษยชนประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม มีทั้งการปกป้องคุ้มครอง สิทธิ (Protect) ประโยชน์ของรัฐและประโยชน์สาธารณะ มีทั้งการเยียวยา (Provide) และเข้าถึง กระบวนการยุติธรรม กรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น มีทั้งการ Promotion การส่งเสริมการถ่ายทอด เทคโนโลยีให้พนักงานของหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินโครงการต่อเนื่องได้ และท้ายที่สุดมีทั้งการ มีส่วนร่วม (Participation) ของประชาชนในการตรวจสอบโครงการให้เป็นอย่างโปร่งใส เป็นธรรม และเพื่อประโยชน์สาธารณะ

^๖ สรุปสาระสำคัญ (บางส่วน) จากหนังสือสัญญาของรัฐ โดยศาสตราจารย์พิเศษ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ อัยการสูงสุด และจากบทความเรื่อง ปัญหาการจัดทำสัญญาในโครงการให้เอกชนลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานหรือบริการ สาธารณะ โดยศาสตราจารย์พิเศษ เข็มชัย ชุตินวงศ์ อัยการสูงสุด