



การอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติ
ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ในกรณีโครงการ
ร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน

โดย

นางสาวตฤา รุ่งกระจ่าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติ
ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ในกรณีโครงการ
ร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน

โดย

นางสาวตติยา รุ่งกระจ่าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558


ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE UNCAC IMPLEMENTATION BY THAILAND WITH REGARD
TO ARTICLE 9 IN CASE OF PUBLIC – PRIVATE
– PARTNERSHIPS (PPPS)

BY

MISS TATHA RUNGKRAJANG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวตติญา รุ่งกระจ่าง

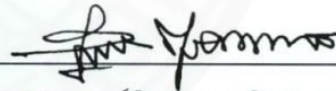
เรื่อง

การอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้าน
การทุจริต ค.ศ. 2003 ในกรณีโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

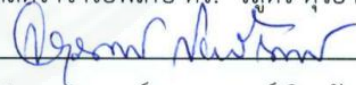
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วิสูตร ตูยานนท์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



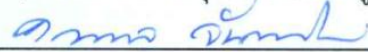
(ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธีระวัฒน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. จารุวรรณ เสงตระกูล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ในกรณีโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน
ชื่อผู้เขียน	นางสาวตติยา รุ่งกระจ่าง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธีระวัฒน์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

การศึกษาเรื่องการอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption (UNCAC)) ในกรณีโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Public – Private – Partnerships ((PPPs) เป็นการศึกษาพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC และศึกษาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ในกรณีโครงการ PPPs เนื่องจากการทุจริตในโครงการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสาธารณชนอย่างกว้างขวาง ตามที่ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญา UNCAC ตั้งแต่วันที่ 9 ธันวาคม 2548 และได้ให้สัตยาบันและเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC โดยมีผลเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2554 ประเทศไทยจึงต้องดำเนินการอนุวัติการกฎหมายภายในให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC แม้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ(Implementing legislation) พันธกรณีข้อ 9 แต่ก็มีกฎหมายรองรับ (enabling legislation) ให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้บางส่วน โดยประเทศไทยตระหนักถึงปัญหาการทุจริตว่ามีความสำคัญต่อประเทศชาติ และประชาคมโลกซึ่งมีแนวโน้มของการป้องกันการทุจริตในระดับระหว่างประเทศมีความเข้มข้นมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยจึงมีความพยายามในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

จากการศึกษาพันธกรณีข้อ 9 และศึกษาการปรับใช้พันธกรณีของประเทศอินเดีย Directive ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และแนวปฏิบัติที่ดี (best practice) พบว่าบทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศไทยในปัจจุบัน และแนวโน้มของการออกกฎหมายใหม่ด้านการจัดซื้อจัดจ้างจะสามารถช่วยทำให้การอนุวัติการพันธกรณีของอนุสัญญาเหมาะสมยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดีในการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ยังพบปัญหาความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายไทยในส่วนการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน การเยียวยาความเสียหาย และการจัดการความเสี่ยง ปัญหาเรื่องขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณีในส่วนการประกาศและบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความขัดกันของผลประโยชน์ รวมทั้งการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ตลอดจนพบปัญหา ความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีในส่วนของการมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง และการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการตัดสินใจ

จากผลการศึกษาจึงเสนอแนะให้ บทบัญญัติของกฎหมายไทยมีช่องทางการเผยแพร่รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการเพิ่มมากขึ้นและเพิ่มการเผยแพร่ทางเว็บไซต์ อาจมีการพิจารณาใช้ประโยชน์มาตรฐาน แม่แบบมาตรฐาน หรือรายการตรวจสอบ เพื่อเพิ่มเติมให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อให้เกิดกระบวนการทบทวนภายในและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนเป็นไปอย่างเป็นระบบ เพิ่มเติมมาตรการการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ PPPs การเพิ่มเติมข้อกำหนดให้มีแบบฟอร์มสำหรับการบันทึกข้อมูลด้านผลประโยชน์ทับซ้อน และควรมีแนวทางในการลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เพื่อให้ประเทศไทยสามารถอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาได้อย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศต่อไป

คำสำคัญ: โครงการ PPPs, พันธกรณีข้อ 9, การอนุวัติการ

Thesis Title	THE UNCAC IMPLEMENTATION BY THAILAND WITH REGARD TO ARTICLE 9 IN CASE OF PUBLIC – PRIVATE – PARTNERSHIPS (PPPS)
Author	Miss Tatha Rungkrajang
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	International Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Jaturon Thirawat, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

The study of the UNCAC implementation by Thailand with regard to article 9 in case of Public – Private – Partnerships (PPPs) aims to study the substance of the obligations in article 9 of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC, 2003) and the implementation of the obligations of article 9 in case of PPPs projects because the corruption in these projects has broad impact to the public. The UNCAC, 2003 was signed on 9 December 2003 then ratified and has been entered into force since 31 March 2011. Although implementing legislation of article 9 in accordance with the principle of the Convention did not exist in Thai national law, there is enabling legislation for partial implementation of obligations. Thai government has realized that corruption is national and global issue. Due to the intensity of International Anti-corruption measures, Thailand has developed laws for public procurement and public finance management.

The analysis of article 9 in this regard of UNCAC, 2003, together with guideline and best practices in India and European Union, reveals that most of Thai current laws and trend of new Public procurement law could be sufficient for implementation of obligations. Nonetheless, internal legislations are not completely

consistent with the obligations in term of forms and procedure in public relations, remedy and risk management. Moreover, the limitation of Thai laws is incomplete regarding declaration and data recording of conflict of interests, problems about training requirements for PPPs projects personnel and they are incompletable with article 9 in terms of neutral criteria or condition and subjective discretion of officers.

Thai regulations should therefore pay attention to channels of public distribution. The use of standard clauses, standard templates or checklists should be added for transparency about concession contract. Moreover, a special committee should be set to be ensured that the government has an effective internal system for complaint management, including training for officers in PPPs projects. Furthermore, additional conditions should be organized the declaration of interests. The guideline and criteria for discretion of officers should be clear and correct, in order to improve and complete the implementation of obligations of subject 9 in accordance with international standard and practices.

Keywords: PPPs Projects, article 9, Implementation

กิตติกรรมประกาศ

ลำดับแรกผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. จตุรนต์ ธีระวัฒน์ เป็นอย่างสูง ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่ผู้เขียน โดยท่านเป็นผู้จุดประกายความรู้ และความชอบด้านกฎหมายระหว่างประเทศของผู้เขียน จากการศึกษาที่ได้ อ่านตำราของท่านขณะที่ศึกษาชั้นปริญญาตรี ซึ่งท่านได้กรุณาให้ความรู้ คำแนะนำและคำปรึกษาที่ดี ตลอดจนการทำวิทยานิพนธ์จนกระทั่งสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วิสูตร ตูยานนท์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร. จารุวรรณ เสงตระกุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ อีกทั้งกรุณาให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ซึ่งทำให้ผู้เขียนรู้สึกประทับใจในความเอาใจใส่ และความทุ่มเทของทุกท่านเป็นอย่างมาก

ขอกราบขอบพระคุณ Prof. Henning Glaser ผู้สอนรายวิชา German Public Law principles ซึ่งท่านได้ให้แนวคิดและมุมมองด้านกฎหมายเปรียบเทียบ และความรู้เกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในต่างประเทศ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่าน ที่ให้ความรู้และคำปรึกษาอย่างดีมาโดยตลอด ซึ่งมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านภูมิศักดิ์ อรัญญาเกษมสุข ผู้อำนวยการกองพัฒนารัฐวิสาหกิจ 1 รักษาการในตำแหน่งที่ปรึกษาด้านการประเมินผลรัฐวิสาหกิจ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ผู้บังคับบัญชาของผู้เขียน สำหรับการสนับสนุนให้ได้มีโอกาสศึกษาหาความรู้เพิ่มเติมด้านกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นความสุขอย่างยิ่งของผู้เขียน และท่านเป็นบุคคลสำคัญที่มอบโอกาสในการทำงาน มุมมองใหม่ และสิ่งดีๆ ให้กับผู้เขียนตลอดมา ทำให้มีโอกาสฝึกฝน และได้รับประสบการณ์ เกี่ยวกับการดำเนินโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ พี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ที่ “สคร.” และ “สาขากฎหมายระหว่างประเทศ” สำหรับกำลังใจที่ให้มาอย่างดีเสมอมา และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ช่วยเหลือด้านการอำนวยความสะดวกเป็นอย่างดีตลอดการทำวิทยานิพนธ์

ขอขอบพระคุณ “สคร.” ภายไต้รั้ว “กระทรวงการคลัง” ซึ่งเปรียบเสมือนบ้านหลังที่สองของผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนมีโอกาสพบเจอบุคคลดีๆ ได้มีโอกาสได้รับความรู้และประสบการณ์มากมายอย่างประเมินค่ามิได้ ที่สำคัญที่สุดคือทำให้ได้พบและรู้จักกับ “กฎหมายร่วมทุน” อันเป็นจุดเริ่มต้นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณ นางเสริมศรี รุ่งกระจ่าง มารดาของผู้เขียน และทุกคนในครอบครัว “รุ่งกระจ่าง” ที่เป็นกำลังใจสำคัญ และคอยให้การสนับสนุนอย่างดีเสมอมา ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นางสาวตลา รุ่งกระจ่าง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญภาพ	(13)
บทนำ	1
1. ความเป็นมา	1
2. ความสำคัญของปัญหา	4
3. วัตถุประสงค์ในการศึกษา	5
4. เค้าโครงการศึกษา	6
5. ขอบเขตการศึกษา	7
6. วิธีการศึกษา	7
7. สมมุติฐาน	7
8. ผลที่คาดว่าจะได้รับ	8
วรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	9

ส่วนที่ 1

พันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

บทที่ 1	อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003	16
1.1	ความเป็นมาของอนุสัญญา	16
1.2	สาระสำคัญของอนุสัญญา	19
1.2.1	หมวดการป้องกันการทุจริต	19
1.2.2	หมวดการกำหนดความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย	19
1.2.3	หมวดความร่วมมือระหว่างประเทศ	20
1.2.4	หมวดการติดตามสินทรัพย์คืน	20
1.3	การกำหนดพันธกรณีตามอนุสัญญา	20
1.3.1	ระดับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา	21
1.3.1.1	พันธกรณีที่ต้องทำ	21
1.3.1.2	พันธกรณีที่ควรพิจารณา	21
1.3.1.3	พันธกรณีที่เป็นทางเลือก	22
1.4	กลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญาผ่านที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคี	22
บทที่ 2	การปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญากับโครงการ PPPs	25
2.1	พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา	28
2.1.1	พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน	30
2.1.2	พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม	31
2.1.2.1	การทบทวนภายใน	31
2.1.2.2	การบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม	33
2.1.3	พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์	33
2.1.4	พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม	34

2.2. การปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาในบริบทของกฎหมายภายใน	36
2.2.1 รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป	43
2.2.1.1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม	45
2.2.1.2 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณสุข	47
2.2.1.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทาน	49
2.2.1.4 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาความเสียหาย	49
2.2.2 ประเทศอินเดีย	50
2.2.2.1 กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุน ในลักษณะ PPPs	51
2.2.2.2 กลุ่มที่ 2 กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง	53
2.2.3 ประเทศไทย	55
2.2.3.1 กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	56
2.2.3.2 กลุ่มที่ 2 การบริหารการคลังของรัฐ	61
2.2.3.3 กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง	62

ส่วนที่ 2

ปัญหาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต
ค.ศ. 2003 ในกรณี PPPs

บทที่ 3 ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไทย	66
3.1 กำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน	67
3.1.1 ช่องทางการเข้าถึงข้อมูล	68
3.1.1.1 สภาพปัญหาเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล	68
3.1.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล	69
3.1.2 คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ	70

3.1.2.1	สภาพปัญหาเรื่องคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ	70
3.1.2.2	แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร ของทางราชการ	71
3.1.3	การเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน	73
3.1.3.1	สภาพปัญหาเรื่องการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน	73
3.1.3.2	แนวทางการแก้ไขปัญหาการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน	74
3.1.4	การเสนอโครงการ	76
3.1.4.1	สภาพปัญหาในขั้นตอนการเสนอโครงการ	76
3.1.4.2	แนวทางการแก้ไขปัญหาในขั้นตอนการเสนอโครงการ	80
3.1.5	ดำเนินโครงการ	82
3.1.5.1	สภาพปัญหาในขั้นตอนการดำเนินโครงการ	82
3.1.5.2	แนวทางการแก้ไขปัญหาในขั้นตอนการดำเนินโครงการ	86
3.1.6	การกำกับดูแลและติดตามผล	88
3.1.6.1	สภาพปัญหาในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล	88
3.1.6.2	แนวทางการแก้ไขปัญหาในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล	92
3.2	การมีระบบการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม	95
3.2.1	การทบทวนภายใน และการเยียวยาความเสียหาย	95
3.2.1.1	สภาพปัญหาการทบทวนภายใน และการเยียวยาความเสียหาย	96
3.2.1.2	แนวทางการแก้ไขการทบทวนภายใน และการเยียวยาความเสียหาย	101
3.2.2	การจัดการความเสี่ยง	103
3.2.2.1	สภาพปัญหาการวางแผนภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (Contingent Liabilities)	104
3.2.2.1	แนวทางการแก้ไขปัญหาการวางแผนภาระผูกพันที่ อาจเกิดขึ้นในอนาคต (Contingent Liabilities)	107

บทที่ 4 ปัญหาเรื่องขอบเขตและการขัดกันของบทบัญญัติของกฎหมายไทย	109
4.1 ขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี	109
4.1.1 การป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์	110
4.1.1.1 สภาพปัญหาการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์	110
4.1.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์	115
4.1.2 การไม่มีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง	116
4.1.2.1 สภาพปัญหาการไม่มีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง	116
4.1.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเรื่องการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง	118
4.2 ปัญหาความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา	118
4.2.1 การปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม	118
4.2.1.1 สภาพปัญหาการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม	119
4.2.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม	123
4.2.2 การมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง	125
4.2.2.1 สภาพปัญหาการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไป	125
4.2.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไป	127
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	129
5.1 บทสรุป	129
5.1.1 ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายไทย	129
5.1.2 ขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี	131

	(12)
5.1.3 ความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC	132
5.2 ข้อเสนอแนะ	133
5.2.1 พันธกรณีในกลุ่มที่ 1 และ 2	133
5.2.2 พันธกรณีในกลุ่มที่ 3	134
5.2.3 พันธกรณีในกลุ่มที่ 4	135
บรรณานุกรม	136
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก Article 9 of the United Nations Convention Against Corruption 2003	154
ภาคผนวก ข พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	156
ภาคผนวก ค ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558	176
ภาคผนวก ง ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนด มาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558	183
ประวัติผู้เขียน	186

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 ขั้นตอนการดำเนินโครงการ PPPs	41
3.1 หลักเกณฑ์การนำเสนอและอนุมัติโครงการ	77
3.2 แนวทางการเปิดเผยข้อมูลสำหรับโครงการ PPPs	93



บทนำ

1. ความเป็นมา

ภาวะเศรษฐกิจไทยในปัจจุบัน การลงทุนภาครัฐมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง สอดคล้องกับการใช้จ่ายและการลงทุนของภาคเอกชนที่ปรับตัวดีขึ้นตามลำดับ ซึ่งตามรายงานการจัดอันดับขีดความสามารถและศักยภาพในการแข่งขันของประเทศต่างๆ ประจำปี 2557-2558 ของสภาเศรษฐกิจโลก (World Economic Forum (WEF)) ได้จัดอันดับขีดความสามารถในการแข่งขันของไทยอยู่ในอันดับที่ 31 ของโลก โดยปรับขึ้นจากอันดับที่ 37 ในปี พ.ศ. 2556-2557 และลำดับที่ 38 ในปี พ.ศ. 2555 - 2556 รายงานดังกล่าวพบว่า ประเทศไทยยังมีสภาพแวดล้อมที่ดีในระดับเศรษฐกิจมหภาค แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยยังประสบปัญหาในเรื่องการคอร์รัปชัน (corruption) ความไม่มีประสิทธิภาพของภาครัฐราชการ (Inefficient government bureaucracy) และความไม่แน่นอนทางการเมืองและนโยบาย (Policy instability)¹

การคอร์รัปชันเปรียบเสมือนโรคเรื้อรังกีดกั้นการพัฒนาประเทศมาโดยตลอด สำหรับสถานการณ์การคอร์รัปชันของประเทศไทยนั้น พบว่า จากการจัดอันดับขององค์การเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International (TI)) ประจำปี 2557 ประเทศไทยได้คะแนน 38 คะแนนจากคะแนนเต็ม 100 คะแนน อยู่อันดับที่ 85 จากการจัดอันดับทั้งหมด 175 ประเทศทั่วโลก และเป็นอันดับที่ 12 จาก 28 ประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ในขณะที่หากพิจารณาเฉพาะกลุ่มประเทศอาเซียน มีเพียงประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียเท่านั้นที่มีระดับคะแนนเกิน 50 คะแนน โดยประเทศไทยจัดอยู่ในอันดับที่ 3 จาก 9 ประเทศ ในกลุ่มอาเซียน สำหรับตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการคอร์รัปชันมาโดยตลอด เช่น โครงการตีไฟประดับซุ้มอุโมงค์ไฟ LED 5 ล้านดวง ของกรุงเทพมหานคร² การจัดซื้อเครื่องจีที 200-สนิฟเฟ็กซ์-อัลฟา 6³ ซึ่งเป็นเครื่อง

¹ Klaus Schwab, “The Global Competitiveness Report 2014–2015”, (accessed January 24, 2016), http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf

² ไอเอ็นเอ็น, “กทม.ปิดสุ่มพันธุฮั่วไฟ39ล.จ่อฟ้องม.157ผู้ว่าสตง.”, สนุก! ออนไลน์, (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559), <http://news.sanook.com/1989990>

³ เจษฎา เต็นดวงบริพันธ์, “จีที 200-สนิฟเฟ็กซ์-อัลฟา 6 เครื่องตรวจหมัดจรรยา หรือ ไม้ล้างปาซ่า กายสิทธิ์”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559), <http://mrtiddin.blogspot.com/2010/01/gt200.html>

ที่สามารถชี้เป้าไปที่เกิดเหตุได้ในทิศทางที่สงสัยว่าจะมีสิ่งของนั้นได้อย่างน่าอัศจรรย์ แม้ว่าจะมีอยู่ปริมาณน้อยนิดเป็นพิโคแกรม หรืออยู่ห่างไกลไปหลายร้อยเมตร โดยอ้างว่าเป็นผลจากแรงแม่เหล็กดูด/ผลัก (dia/para magnetic) ซึ่งในขณะที่บริษัทผู้ขายมาสาธิต การใช้เครื่องให้ดูนั้น ตัวเครื่องสามารถใช้งานได้แต่เมื่อนำมาใช้จริงกลับไม่อาจใช้งานได้ นอกจากนี้ยังมีคดีจัดซื้อรถดับเพลิงคันเล็ก ของกทม. ว่ามีความคุ้มค่ากับเงินที่ใช้จัดซื้อไปหรือไม่⁴ และคดีทุจริตโครงการจำนำข้าว⁵ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังพบว่ารูปแบบของการคอร์รัปชันในประเทศไทยมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นจากเดิมที่เป็นการคอร์รัปชันในลักษณะแบบ “เงินทอน” (kickback corruption) ที่ข้าราชการและนักการเมืองจะได้รับเงินทอนหลังจากงานเสร็จ ค่อยๆพัฒนาเป็นการทุจริตในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ หรือโครงการลงทุนด้านโครงสร้างพื้นฐาน อันมีรูปแบบของการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน Public - Private - Partnerships (PPPs) เป็นตัวอย่างหนึ่งของรูปแบบในการดำเนินโครงการ

สำหรับอนุสัญญา UNCAC มีพันธกรณีที่สำคัญอย่างยิ่งคือมาตรการป้องกันในส่วนข้อ 9 อนุสัญญา UNCAC เนื่องจาก หากรัฐมีมาตรการป้องกันที่มีประสิทธิภาพแล้ว ย่อมทำให้การคอร์รัปชันเกิดขึ้นได้ยาก ส่งผลให้เกิดประโยชน์ต่อการปราบปราม ประกอบกับอนุสัญญา UNCAC เห็นว่า การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐ ถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบธรรมาภิบาล หากมีการป้องกันการคอร์รัปชันอย่างมีประสิทธิภาพในเรื่องดังกล่าวจะช่วยให้การใช้จ่ายเงินงบประมาณภาครัฐถูกใช้ไปอย่างมีประสิทธิภาพ เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมในกลไกตลาด และมีสินค้าและบริการที่มีคุณภาพ สร้างคุณภาพชีวิตที่ดีให้กับประชาชน ซึ่งที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCA ได้เห็นความสำคัญในเรื่องดังกล่าวจึงเกิดความร่วมมือระหว่าง สำนักงานป้องกันยาเสพติดและปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)) กลุ่มบริษัท Siemens และสถาบันป้องกันและปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ (International Anti-Corruption Academy (IACA)) ได้ออกเอกสารเพื่อเป็น practices guide สำหรับการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 แนะนำแนวทางปฏิบัติของรัฐเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน อันจะนำไปสู่การอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐที่มีประสิทธิภาพต่อไป

⁴ กระปุก, “แฉ กทม. จัดซื้อรถดับเพลิงคันเล็ก คันละ 8 ล้าน เพื่อดึงถามคัมราคาหรือไม่”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559), <http://highlight.kapook.com/view/139352>

⁵ ผู้จัดการออนไลน์, “อสน.สั่งฟันอาญา “ปู” คดีทุจริตโครงการจำนำข้าว”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559), <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9580000008829>

สำหรับประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญา UNCAC ตั้งแต่วันที่ 9 ธันวาคม 2548 และได้ให้สัตยาบันและเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC แล้ว โดยมีผลเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2554 แม้ว่าขณะนั้นประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการในส่วนของพันธกรณีข้อ 9 โดยตรง แต่มีกฎหมายภายในรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวอยู่แล้วบางส่วน ประกอบกับประเทศไทยตระหนักถึงปัญหาการทุจริตว่ามีความสำคัญต่อประเทศชาติ และประชาคมโลกมากเพียงใด จึงมีความพยายามในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงปัจจุบัน แต่เมื่อสภาพสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป การทุจริตคอร์รัปชันก็ทวีความซับซ้อน ส่งผลให้แนวทางของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC มีการพัฒนากฎเกณฑ์และปรับปรุงแนวปฏิบัติเพื่อให้สามารถป้องกันการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้น ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC มีความจำเป็นต้องทำการศึกษาเนื้อหาของพันธกรณี และศึกษาการอนุวัติการของประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับแนวทางอนุวัติการของรัฐอื่นที่ได้รับการยอมรับจากที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีว่ากฎหมายภายในของรัฐนั้น มีความสอดคล้องกับพันธกรณี ได้แก่ ประเทศอินเดีย ตลอดจนศึกษาจาก Guidebook ที่รวบรวมแนวทางปฏิบัติที่ดี และ Directive ของสหภาพยุโรปอันเป็นกฎเกณฑ์ที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง เพื่อใช้สำหรับเป็นแนวทางในศึกษาการอนุวัติการของประเทศไทย ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด อันจะนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของไทยในปัจจุบันให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC มากยิ่งขึ้นต่อไปในอนาคต

อนึ่ง พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC นี้ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศว่าเป็นองค์ประกอบพื้นฐานอย่างหนึ่ง ที่รัฐต้องนำมาพิจารณาร่วมด้วยเพื่อป้องกันการทุจริตในการดำเนินโครงการภาครัฐ ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวมีความสอดคล้องกับ UNCITRAL Model Law , World Trade Organization (WTO) Government Procurement Agreement (GPA) และ the European Union (EU) Public Procurement Directives (EU Directives)⁶

⁶ An appropriate system of public procurement, as required under article 9 (1) of UNCAC, is considered to be a core component of any government programme. In particular, the volume of public funds spent on public procurement and the multiple negative effects of corruption in public procurement are reasons why, besides UNODC, several other international organizations promote the implementation of appropriate systems of public procurement. In this regard, the UNCITRAL Model Law, the World Trade Organization (WTO) Government Procurement Agreement (GPA) and the European Union (EU) Public Procurement Directives (EU Directives) are most important from a legislative perspective, as they are the models most often examined

2. ความสำคัญของปัญหา

อนุสัญญา UNCAC มีเจตนารมณ์ให้รัฐภาคีมีมาตรการป้องกันการทุจริตในทุกรูปแบบ ทั้งในส่วนของภาครัฐและภาคเอกชน อนุสัญญาจึงได้กำหนดให้มีกลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC เพื่อปรับปรุงขีดความสามารถและการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา และส่งเสริมการทบทวนการปฏิบัติตามอนุสัญญาของรัฐภาคีอย่างสม่ำเสมอ เนื่องจากการแก้ปัญหาการทุจริตไม่อาจประสบความสำเร็จได้โดยการปราบปรามเท่านั้น สังคมจะต้องสร้างมาตรการป้องกันที่เข้มแข็งและต่อเนื่องเพื่อทำให้การป้องกันการทุจริตมีประสิทธิภาพด้วย จะเห็นได้จากการประชุมใหญ่รัฐภาคีทั้งหกครั้งที่ผ่านได้มีการให้ความสำคัญและติดตามการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC เรื่อง การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประชุมครั้งที่ 7 ในปี พ.ศ. 2559 นี้ ประเทศไทยจะครบกำหนดการตรวจประเมินการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC⁷

สำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 เป็นต้นมา โดยที่กฎหมายภายในของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 นั้น เป็นกฎหมายรองรับ (enabling legislation) การปฏิบัติตามพันธกรณีในบางส่วน ทำให้รัฐบาลไทยมีความพยายามในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงปัจจุบัน และตระหนักถึงปัญหาการทุจริตว่ามีความสำคัญต่อประเทศชาติ และประชาคมโลก อย่างไรก็ตาม พฤติการณ์การทุจริตคอร์รัปชันมีความซับซ้อนขึ้นตามลำดับจากความเจริญของสภาพเศรษฐกิจและสังคม มาตรฐานของแนวปฏิบัติที่ดีในระดับระหว่างประเทศมีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สามารถป้องกันการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็น

when drafting procurement legislation. A comparison of these international texts shows that while the comprehensiveness of the rules framing an efficient procurement system varies significantly, the same principles underpin the rules set out in all the texts. All the texts are designed to promote procurement systems based on the cornerstone principles of transparency, competition and objectivity, as required under article 9 (1) of UNCAC.

⁷กิตติยา คัมภีร์, ผัสสร นภารธรรม, และ กฤตวิทย์ จันทร์แจ่มใส, แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : บริษัทวิชชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, 2558), น. 26.

อย่างยิ่งที่ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ควรมีการศึกษาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 เพื่อเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ว่าสามารถป้องกันการทุจริตที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพพอหรือไม่ อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับกรณีโครงการลงทุนขนาดใหญ่ ซึ่งมีจำนวนค่อนข้างมาก เนื่องจากเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาและต้องสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยการให้เอกชนเข้ามาลงทุน ซึ่งมีรูปแบบการลงทุนที่หลากหลาย ตัวอย่างเช่น รูปแบบของ PPPs

3. วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาทบทวนข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 และการปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC กับโครงการ PPPs ในประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคสำคัญในการอนุวัติการกฎหมายไทยให้เป็นไปตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณีของโครงการ PPPs โดยวิเคราะห์ผ่านกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณี ข้อ 9 จากการเริ่มต้นที่วิเคราะห์กฎหมายทั่วไปที่มีข้อกำหนดของพันธกรณีในส่วนนั้นๆ อันเป็นกฎหมายกลางที่ใช้อยู่ทั่วไป จากนั้นจะวิเคราะห์ในส่วนที่เฉพาะเจาะจงมากขึ้น คือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม และท้ายสุดจะมาวิเคราะห์กฎหมายเฉพาะที่ใช้กับโครงการ PPPs คือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจากศึกษาวิเคราะห์เป็นลำดับขั้นดังกล่าว จะทำให้เห็นช่องโหว่ของกฎหมายที่ทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ไม่สมบูรณ์ ไม่ครอบคลุมหรือมีบทบัญญัติของกฎหมายภายในของไทยที่ขัดกับพันธกรณีในประเด็นใดบ้าง โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในส่วนกฎหมายอินเดีย ซึ่งเป็นประเทศที่มีการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานจำนวนมากเช่นเดียวกับประเทศไทย และมีปัญหาการคอร์รัปชันสูง แต่มีการปรับปรุงกฎหมายภายในในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs โดยตรงคือ The Public Procurement Bill 2012 และ Draft PPP rules 2011 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายภายในที่ได้รับการยอมรับว่ามีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC และแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศตาม Guidebook ของ UNODC นอกจากนี้ จะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป เพื่อนำบทเรียนที่ได้มาเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพต่อไป

4. เค้าโครงการศึกษา

ได้แบ่งการศึกษาออกเป็นสองส่วน

ส่วนที่ 1 จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC สหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 โดยแบ่งออกเป็น 2 บท คือ

บทที่ 1 ศึกษาถึงความจำเป็นมา สาระสำคัญ ระดับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC และกลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ผ่านที่ประชุมใหญ่รัฐภาคี ซึ่งจะเห็นถึงการให้ความสำคัญกับมาตรการการป้องกันการทุจริตของรัฐภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC

บทที่ 2 ศึกษาการปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC กับโครงการ PPPs โดยจะแบ่งการศึกษาพันธกรณีออกเป็น 4 กลุ่ม ตามลักษณะของพันธกรณี คือ กลุ่มที่ 1 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน กลุ่มที่ 2 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม กลุ่มที่ 3 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ และกลุ่มที่ 4 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม โดยศึกษารายละเอียดผ่าน Guidebook ของ UNODC ร่วมกับ (International Anti-Corruption Academy: IACA) ซึ่งมีส่วนช่วยขยายความหลักการของพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา เมื่อได้ทราบหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของพันธกรณีแล้วจึงจะไปพิจารณาปัญหาการอนุวัติการพันธกรณี ข้อ 9 ของไทย และศึกษาเปรียบเทียบเพื่อให้แนวทางปฏิบัติที่ดีในส่วนที่ 2 ต่อไป

ส่วนที่ 2 ปัญหาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณี PPPs ซึ่งจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 บท คือ

บทที่ 3 ศึกษาปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไทย จะแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือเป็นการปัญหาของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีในกลุ่มที่ 1 คือ พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งจะพบปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไทยในขั้นตอนต่างๆของโครงการ PPPs และส่วนที่สองปัญหาการอนุวัติการตามพันธกรณีก่อนที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนภายในและการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม

บทที่ 4 ศึกษาปัญหาเรื่องขอบเขตและการขัดกันของบทบัญญัติของกฎหมายไทย จะแบ่งเป็นสองส่วน โดยในส่วนแรกจะเป็นปัญหาเรื่องขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ ทั้งส่วนคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งมาตรการเพิ่มพูนความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง และในส่วนที่สอง เป็นปัญหาการขัดกันของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ต้องอนุวัติการตามพันธกรณี

ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม โดยจะเป็นการศึกษากฎหมายไทย เปรียบเทียบกับประเทศอินเดีย และกฎเกณฑ์ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งจะทำให้ได้รับแนวทางการปรับใช้อันเป็นแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา UNCAC ที่สามารถนำมาพัฒนาปรับปรุงกฎหมายไทยเพื่อให้การอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นต่อไป

5. ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีขอบเขตการศึกษาพันธกรณีตาม ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐ โดยศึกษาการปรับใช้พันธกรณีกับโครงการ PPPs ของประเทศไทย ศึกษาเปรียบเทียบกับ การอนุวัติการพันธกรณี UNCAC ของกฎหมายภายในของประเทศอินเดีย ซึ่งเป็นประเทศกลุ่มเอเชียเช่นเดียวกับไทยที่มีสัดส่วนการลงทุนลักษณะโครงการ PPPs ใกล้เคียงกับประเทศไทย และแนวปฏิบัติที่ดี (Best practice) รวมทั้ง Directive ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เพื่อนำบทเรียนที่ได้จากการอนุวัติการดังกล่าว มาเทียบเคียงกับกฎหมายไทย อันจะนำไปสู่แนวทางการการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs ให้สามารถป้องกันการทุจริตอย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์อนุสัญญาต่อไป

6. วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร โดยศึกษาภายใต้ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 รวมไปถึงกฎหมายภายในของไทย ตำรา บทความ วารสาร เอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ และข้อมูลจากฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาประกอบการวิเคราะห์เพื่อนำไปสู่ข้อสรุป และข้อเสนอแนะต่อไป

7. สมมุติฐาน

แม้ว่าขณะนี้ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC และประเทศไทยมีกฎหมายภายในรองรับการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ในบางส่วน โดยรัฐบาลไทยได้พยายามปรับปรุงพัฒนา กฎหมายภายในให้สามารถป้องกันการทุจริตให้มีประสิทธิภาพตลอดมา แต่เนื่องจากสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้การทุจริตยิ่งทวีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ทำให้แนวโน้มของการป้องกันการทุจริต ในทางระหว่างประเทศมีความเข้มข้นขึ้นตามลำดับ ในขณะที่ ประเทศไทยยังไม่เคยมีการศึกษาเนื้อหา

พันธกรณีข้อ 9 อย่างละเอียด และการศึกษาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณีโครงการ PPPs ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทยมีการดำเนินการที่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9 อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการป้องกันการทุจริตในโครงการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องมีการทบทวนกฎหมายภายในในปัจจุบันว่ายังสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างเพียงพอหรือไม่ และมีปัญหาในการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาในส่วนใด

8. ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงเนื้อหาของกฎหมายข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003
2. ได้ทราบการอนุวัติการและปัญหาการอนุวัติการกฎหมายภายในของไทย ว่าส่วนใดมีความสอดคล้อง ส่วนใดมีความความไม่สมบูรณ์ ส่วนใดที่ยังมีสภาพปัญหาเรื่องขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี หรือส่วนใดมีสภาพปัญหาความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาโดยศึกษาเปรียบเทียบการปรับใช้กฎหมายภายในในต่างประเทศ และแนวทางปฏิบัติที่ดี (best practice) สำหรับการอนุวัติการพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญามากยิ่งขึ้น นำไปสู่แนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ต่อไป
3. เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สามารถอนุวัติการพันธกรณีตามข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ได้ครบถ้วนและครอบคลุมพันธกรณี

วรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา UNCAC

ในส่วนของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา UNCAC ซึ่งเคยมีผู้ศึกษาอยู่ 3 ประเด็นด้วยกันคือ 1. ประเด็นเรื่องการศึกษากฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทย ในกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 2. ประเด็นพัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญา UNCAC 3. ประเด็นการริบทรัพย์โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญาในการติดตามทรัพย์สินคืนตามอนุสัญญา UNCAC

1.1 ประเด็นเรื่องการศึกษากฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทย ในกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

เป็นการศึกษาตามโครงการศึกษาวิจัยกฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทย ในกรณีที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC ตามมติคณะรัฐมนตรีที่ได้มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมและสำนักงานอัยการสูงสุดโดยเป็นลักษณะการสำรวจข้อมูลความต้องการเบื้องต้นจากหน่วยงานทั้งภาครัฐในระดับกระทรวงหรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง โดยนำเนื้อหาของอนุสัญญาทั้ง 71 ข้อมา ศึกษา สังเคราะห์ และวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายภายในประเทศไทยว่าสัมพันธ์และเกี่ยวข้องสอดรับกันอย่างไร อย่างไรก็ตาม งานวิจัยชิ้นนี้เป็นการศึกษาในภาพรวมของอนุสัญญา และมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 ดังนี้¹

พันธกรณีข้อ 9 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐ เป็นบทบัญญัติของอนุสัญญา UNCAC ที่รัฐภาคีมีพันธะผูกพันต้องดำเนินการ (Mandatory requirements/Obligation to legislate) โดยกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา UNCAC ข้อ 9 เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติ

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, สีหนาท ประยูรรัตน์ และ คณะ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง การศึกษากฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทยในกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (นนทบุรี: กระทรวงยุติธรรม, 2548), น. 190-247.

ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2504 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี การศึกษาในครั้งนี้เป็นการรวบรวมความเห็นของหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่และไม่ได้ลงรายละเอียดเฉพาะพันธกรณีเป็นรายข้อ ประกอบกับปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว จึงยังไม่มีการศึกษาในส่วนของ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ในรูปแบบของ PPPs และยังไม่มีการศึกษาเจตนารมณ์และเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC อย่างละเอียด

1.2 ประเด็นพัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญา UNCAC

เป็นการศึกษาแนวคิด พัฒนาการ และความหมายของคำว่า “ทุจริต” ซึ่งยังไม่มี การนิยามความหมายที่เฉพาะเจาะจงและเป็นสากลแต่อย่างใด มีเพียงการให้ความหมายอย่างกว้าง ตามการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ สังคม และภูมิภาค ศึกษาถึงปัญหาทั่วไปและปัญหาในทางปฏิบัติ เกี่ยวกับพันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC ซึ่งได้มีการกล่าวถึงมาตรการป้องกันตามอนุสัญญาดังกล่าว และสำหรับประเทศไทย มีหน่วยงานที่รับผิดชอบดูแล เช่น ปปช. ปปง. และ ปปท. แต่ยังไม่ครอบคลุมและมีความเป็นเอกภาพอย่างเพียงพอ ซึ่งไทยต้องหามาตรการหรือกำหนดหน่วยงานให้ มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพต่อไป อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีการศึกษาในประเด็นของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC และการทุจริตในโครงการร่วมลงทุนขนาดใหญ่ของภาครัฐ ในรูปแบบของ PPPs²

² ปิยะดา ศิลปอาชา, “พัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 102-104.

1.3 ประเด็นการริบทรัพย์โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญาในการติดตามทรัพย์สินคืนตามอนุสัญญา UNCAC

เป็นการศึกษาแนวคิดและความหมายของการริบทรัพย์โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญา ตามข้อ 54 และข้อ 55 ของอนุสัญญา UNCAC และศึกษาวิธีการและหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่นำมาใช้ ตลอดจนปัญหาอุปสรรคจากการปรับใช้กฎหมายภายในโดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ซึ่งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องคือ ประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะมาตรา 32, 33, 34 และ 35 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะมาตรา 32, 33, 34 และ 35 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2554 หมวด 7³

แต่สำหรับกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐ ตามอนุสัญญา UNCAC ข้อ 9 พบว่ายังไม่มีการศึกษาในประเด็นรายละเอียดของพันธกรณีและกฎหมายภายในของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีแต่อย่างใด

2.วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (PPPs)

ในส่วนของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (PPPs) ซึ่งมีผู้ศึกษา 3 ประเด็นด้วยกันคือ 1. ประเด็นการศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย 2. ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาคที่ปรากฏในประเทศไทย 3. ประเด็นด้านนิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชน

2.1 ประเด็นการศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC นั้นมีความเกี่ยวข้อง

³ ัญญาภรณ์ จันทร์สว่าง, “การริบทรัพย์โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญาในการติดตามทรัพย์สินคืนตามอนุสัญญาสหประชาชาติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 16-19.

กับการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นการใช้เงินงบประมาณของภาครัฐ จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและรัฐมีหน้าที่สำคัญป้องกันมิให้เกิดการทุจริตขึ้นในกระบวนการดังกล่าวขึ้น ซึ่งเป็นการศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การค้าโลกของประเทศไทย ซึ่งหากประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC มีความจำเป็นที่ไทยต้องปรับระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้สอดคล้องกับความตกลง GPA ด้วยเนื่องจากหลักการของอนุสัญญา UNCAC และ GPA นั้นมีหลักการพื้นฐานที่มีความคล้ายคลึงกัน แต่อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ของอนุสัญญา UNCAC และ GPA นั้นมีความแตกต่างกัน เนื่องจากความตกลง GPA เป็นเครื่องมือในการเพิ่มการแข่งขันในตลาด ซึ่งจะนำมาสู่ความโปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ แต่ผลกระทบด้านราคาขึ้นกับโครงสร้างตลาด และลักษณะการเชื่อมโยงและระบบอุปถัมภ์ระหว่างผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย ในขณะที่อนุสัญญา UNCAC นั้นเป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาครอบคลุมมาตรฐาน มาตรการและกฎเกณฑ์การต่อต้านการทุจริตอย่างเป็นระบบ เพื่อป้องกันการทุจริต แต่อย่างไรก็ดี การศึกษาดังกล่าวมิได้ศึกษาครอบคลุมไปถึงโครงการในลักษณะ PPPs และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556⁴

2.2 ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาคที่ปรากฏในประเทศไทย

สำหรับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในบริบทของสากลนั้นมีความเกี่ยวข้องกับโครงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน หรือ PPPs ด้วย เนื่องจากส่วนหนึ่งของโครงการมีขั้นตอนของการจัดหาสินค้าหรือบริการ ซึ่งการศึกษาดังกล่าวได้มีการศึกษาปัญหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการสร้างกระบวนการเข้าร่วมงาน (ก่อนปี พ.ศ. 2556) ซึ่งในทางปฏิบัติเกิดปัญหาการบังคับใช้หลายประการ จำแนกได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 ปัญหาความคลุมเครือในการตีความมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเงื่อนไขของโครงการที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมาย

2.2.2 ปัญหาของการไม่สร้างมาตรการทางกฎหมายให้ครอบคลุมในทุกกระบวนการเข้าร่วมงาน และการไม่กำหนดผลของการฝ่าฝืนกฎหมาย

⁴ สิริลักษณ์ คอมันตร์ และ คณะ, การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การค้าโลกของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 113-115.

2.2.3 ปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการสร้างระบบตรวจสอบในขั้นตอนการเข้าร่วมงาน โดยเฉพาะประสิทธิภาพของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปโดยผลของกฎหมายใหม่ และปัจจุบันในส่วนของการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs นั้นอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และมีกฎหมายลำดับรองจำนวนมาก ซึ่งยังไม่เคยมีการศึกษาในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁵

2.3 ประเด็นด้านนิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชน

การศึกษาดังกล่าว เป็นการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยเน้นการวิเคราะห์ในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์เป็นหลัก และไม่มี การนำเอาบทบัญญัติกฎหมายลำดับรองมาศึกษา อย่างไรก็ตาม ได้มีการวิเคราะห์ปัญหาของ คณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35 และคณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 ไว้ดังนี้คือ⁶

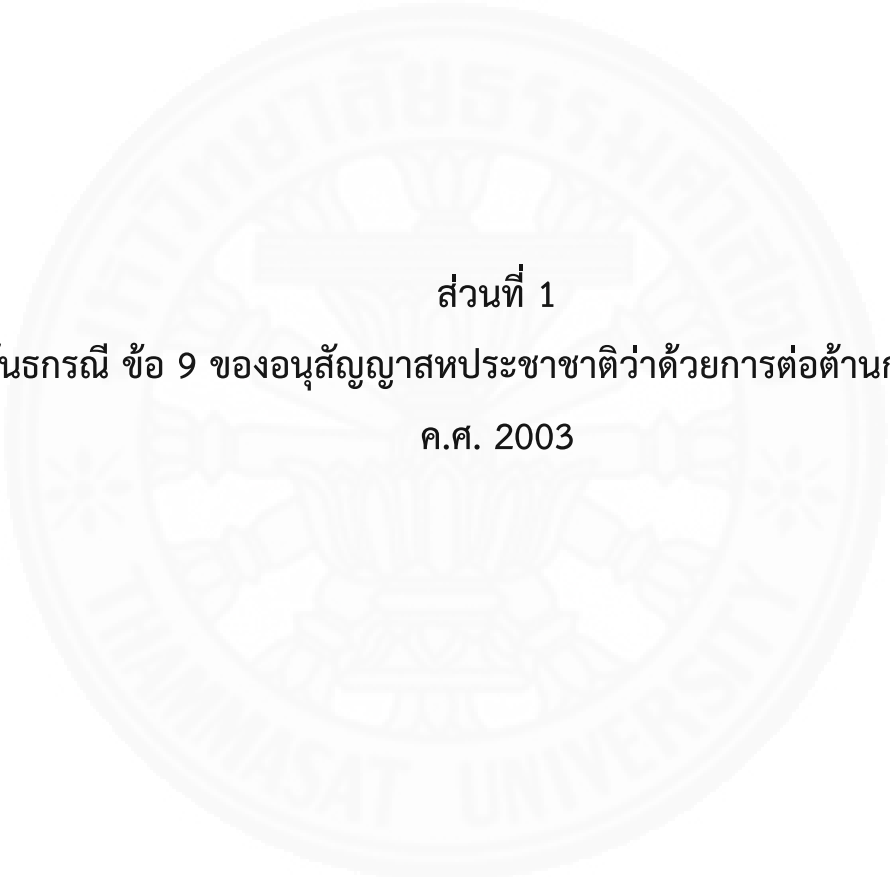
ในส่วนของคณะกรรมการคัดเลือกเอกชนตามมาตรา 35 พบว่า กลไกการไม่ใช้วิธี ประมูลตามกฎหมายก่อสร้างความชัดเจนมากกว่า เนื่องจากทำให้เอกชนทราบว่า หากเกิดกรณีที่มี ความเห็นขัดแย้งกัน จึงจะใช้วิธีการประมูล แต่กฎหมายปัจจุบันนั้น ต้องขึ้นกับการตัดสินใจของ คณะกรรมการ ซึ่งอาจเกิดความไม่แน่นอน หรือสร้างความคลุมเครือแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ อาจก่อให้เกิดพฤติกรรมแสวงหาโอกาส (opportunistic) ของคณะกรรมการ หรืออาจนำไปสู่ การทุจริตคอร์รัปชันได้ ถือเป็นความเสี่ยงทางด้านกฎหมาย (legal risk) ประการหนึ่งเช่นเดียวกัน

⁵ กฤษณพงศ์ ขาววิรวงศ์, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน ในรูปแบบของหุ้นส่วนวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 1.

⁶ พนาทิพย์ เลิศประเสริฐกุล, “นิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชน : เปรียบเทียบพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กับ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์และ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 113- 116.

ในส่วนของการกำกับดูแลสัญญาของคณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 พบว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐตกลงที่จะรับประกันความเสี่ยงทางการเงิน หรือด้านอื่นๆ โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงดังกล่าว ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินโครงการอย่างขาดความระมัดระวังตามสมควรทำให้เกิดความเสียหายตามมา หรือมีแนวโน้มที่จะแสดงพฤติกรรมบางอย่างที่ทำให้ยากต่อการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเข้าไปตรวจสอบได้ และเป็นปัญหาที่ภาคเอกชนจะมุ่งแสวงหากำไรสูงสุดหรือประโยชน์ส่วนตัว (public interest) จากการดำเนินโครงการมากเกินไป โดยมีได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ (public interest) เท่าที่ควร ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนผู้ใช้บริการได้ นอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยอาศัยมุมมองทางเศรษฐศาสตร์พบว่า กฎหมาย PPPs ของประเทศไทย ที่อาศัยกลไกของบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้นยังไม่มีควมดึงดูดให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนมากเท่าที่ควร

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การศึกษาการอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณีของโครงการ PPPs ในครั้งนี้ มิได้มีความซ้ำซ้อนกับการศึกษาที่ผ่านมา แต่เป็นการศึกษาที่เฉพาะเจาะจงในเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC อย่างละเอียด มีการจำแนกศึกษาและเปรียบเทียบเป็นกลุ่มพันธกรณีเพื่อให้สามารถทำความเข้าใจได้โดยง่าย และเป็นการศึกษาเพื่อทบทวนและตรวจสอบว่ากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังสามารถทำให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีได้เหมาะสมอยู่หรือไม่เพียงใด โดยมีศึกษาการเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดีย ซึ่งมีสภาพปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันที่รุนแรงกว่าไทย ในช่วงก่อนการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC แต่ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมายภายใน จนสามารถจัดการกับปัญหาคอร์รัปชันได้ดียิ่งขึ้น เป็นที่ยอมรับของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC และเป็นมาตรฐานของแนวทางปฏิบัติที่ดี อันจะทำให้ประเทศอื่นสามารถนำไปเป็นตัวอย่างในการปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา และปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ การศึกษาในครั้งนี้เป็นการศึกษาเปรียบเทียบมุมมองของกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งได้มีการปรับปรุง Directive จำนวน 3 ฉบับ ในปี พ.ศ.2557 ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้าง บริการสาธารณูปโภค และสัญญาสัมปทาน ส่งผลให้การศึกษาเปรียบเทียบในลักษณะดังกล่าวนี้ จะเป็นการศึกษาการอนุวัติการของประเทศไทย และปัญหาการอนุวัติการ ตลอดจนความเหมาะสมของกฎหมายภายในที่บังคับใช้ในปัจจุบันของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบ PPPs ในภาพรวม อันจะนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในอนาคตต่อไป



ส่วนที่ 1

พันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต

ค.ศ. 2003

บทที่ 1

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003

1.1 ความเป็นมาของอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 เป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาครอบคลุมมาตรการและกฎเกณฑ์การต่อต้านการทุจริตอย่างเป็นระบบ เน้นการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วน ทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม สื่อมวลชน ซึ่งมีลักษณะต่างจากความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งมีการให้ความสำคัญเฉพาะบางเรื่อง อนุสัญญานี้จึงมีหลักการสำคัญที่จะให้รัฐภาคีออกกฎหมายภายในของตน เพื่อป้องกันการทุจริตทางตรงและทางอ้อม และเพื่อให้การอนุวัติการอนุสัญญา UNCAC เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น อนุสัญญาจึงได้มีการจัดระดับพันธกรณีในการร่วมมือระหว่างกันและสร้างกลไกในการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณี¹ โดยประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ลงนามร่วมกัน ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ครั้งแรกเมื่อวันที่ 9-11 ธันวาคม 2556 ณ ประเทศเม็กซิโก โดยเป็นกฎหมายต่อต้านการทุจริตฉบับแรกในระดับนานาชาติ ปัจจุบันมีประเทศร่วมเป็นภาคี จำนวน 177 ประเทศ²

สำหรับประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญา UNCAC ดังกล่าวเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2548³ โดยยังมีได้ให้สัตยาบัน แต่ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2550 ตามที่กระทรวงการต่างประเทศเสนอ โดยได้เห็นชอบให้นำอนุสัญญานี้เสนอขอรับความเห็นชอบต่อ

¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, https://www.nacc.go.th/images/reseach_sawean/Exclusive.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2559).

² United Nations Office on Drugs and Crime, “United Nations Convention against Corruption” <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (accessed August 10, 2015).

³ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003. (กรุงเทพฯ : ดุลพาห, 2555), น. 43-45.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) และต่อมาที่ประชุม สนช. ได้ให้ความเห็นชอบตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอ เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2550 โดยที่ประชุมได้มีการอภิปรายถึงร่างพระราชบัญญัติ จำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา พ.ศ. 2535 และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พ.ศ. ซึ่งในขณะนั้น การที่ประเทศไทยออกกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาทั้ง 3 ฉบับ ก็มีความพร้อมที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีหลักๆ ในอนุสัญญา UNCAC แล้ว เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มีเนื้อหาและหลักการที่ยืดหยุ่น (flexibility) กล่าวคือ มีความพร้อมในการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC ในส่วนของบทที่ 3 การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย (Chapter 3 Criminalization and law enforcement) บทที่ 4 ความร่วมมือระหว่างประเทศ (Chapter 4 International Cooperation) และในส่วนของบทที่ 5 การติดตามสินทรัพย์คืน (Chapter 5 Asset Recovery)⁴

แต่อย่างไรก็ดี ในขณะนั้นยังมิได้มีการออกกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาในส่วนของมาตรการป้องกัน (Chapter 2 Preventive Measures) ให้เป็นไปตามพันธกรณี เนื่องจากการแก้ไขปัญหาการทุจริตของไทยที่ผ่านมาเน้นการปราบปรามมากกว่าการป้องกันการทุจริต ประกอบกับการไม่ให้ความสำคัญกับบทบาทของภาคประชาสังคม ในการมีส่วนร่วมติดตามตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐ อันเป็นปัจจัยความสำเร็จของต่างประเทศในการจัดการกับปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน⁵ สำหรับการอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญานั้น นอกจากจะเป็นพันธกรณีที่รัฐจะต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใดๆ ตามที่อนุสัญญากำหนดแล้ว รัฐยังมีหน้าที่ต้องอนุวัติการหรือดำเนินการต่างๆ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดในอนุสัญญานั้น⁶

⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, (สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2559), https://www.nacc.go.th/images/research_saweang/Exclusive.pdf

⁵ เฟิงอ้วง, น. 5.

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), น. 196.

ปัจจุบันประเทศไทยได้ให้สัตยาบันและเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC แล้ว โดยมีผลเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2554⁷ ทั้งนี้ที่ยังไม่มีกฎหมายอนุวัติการ (Implementing legislation) ซึ่งยังอยู่ในขั้นตอนที่จะออกใช้บังคับเป็นกฎหมายรวมทั้งสิ้น 4 ฉบับ แต่จนปัจจุบันก็ยังไม่ได้ และถึงจะออกใช้บังคับแล้วทั้ง 4 ฉบับ ก็ครอบคลุมไม่ถึงทุกเรื่อง ทำให้มีปัญหาในการอนุวัติการตามพันธกรณีในอนุสัญญา UNCAC ซึ่งมีปัญหากฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น กฎหมายไทยยังไม่มี ความผิดฐานติดสินบนข้ามชาติ (trans - bribery) นอกจากนั้น ในขั้นตอนของการติดตามเอาทรัพย์สินคืน ก็ยังติดปัญหาที่การยึดทรัพย์สินในกฎหมายไทย ใช้ระบบ property - based confiscation แต่ใน UNCAC ใช้ระบบ Value -based confiscation เป็นต้น ฯลฯ แต่ก็ไม่มีประเทศใดคัดค้านการให้สัตยาบันของไทย เพราะไทยมีกฎหมายรองรับ (Enabling legislation) สำหรับพันธกรณีหลักๆ หมดแล้ว และประเทศไทยก็มีนโยบายที่ชัดเจนที่จะออกกฎหมายอนุวัติการพันธกรณีตามอนุสัญญาและมีนโยบายที่จะปราบปรามการทุจริตอย่างจริงจังด้วย ดังจะเห็นได้จากพฤติกรรมของรัฐบาลปัจจุบันและมาตรการที่ได้ใช้ไปแล้ว มีนโยบายที่เน้นความมั่นคงและปราบปรามการทุจริต ตัวอย่างเช่น คดีหญิงไก่ (นางวันทนี หยกวิริยะกุล)⁸ และโครงการระดับไฟตงแดงที่ลานคนเมือง 5 ล้านดวง⁹ เป็นต้น และนอกจากนั้น UNCAC ก็ต้องการให้มีภาคีมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพราะการป้องกันและปราบปรามการทุจริตต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศให้กว้างขวางที่สุด ประกอบกับประเทศไทยก็สามารถอนุวัติการพันธกรณีหลักๆ ส่วนใหญ่ได้ทั้งหมดแล้ว แต่ถึงจะอนุวัติการได้ไม่หมดทุกเรื่อง ก็ยังดีกว่าประเทศไทยจะไม่เป็นภาคีเลย และยิ่งไปกว่านั้น การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีใน UNCAC ในทุกเรื่องไม่มีสภาพบังคับ (sanction) จริงๆ มีแต่การประจานในที่ประชุมเท่านั้น โดยให้ประเทศภาคีแต่ละประเทศผลัดกันตรวจสอบการปฏิบัติตามอนุสัญญานี้ในการประชุมใหญ่แต่ละครั้ง แล้วรายงานให้ที่ประชุมทราบว่า มีประเทศใดบ้างที่ยังไม่อนุวัติการ ในทุกเรื่องและมีเรื่องใดบ้างที่ยังไม่ได้อนุวัติการ ดังนั้น ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC จึงมีความจำเป็นต้องตรวจสอบการอนุวัติการพันธกรณีอย่างสม่ำเสมอให้เป็นไปตามหลักการ

⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (New York : Oxford Press, 2003), p. 580 - 598.

⁸ รายละเอียดเพิ่มเติมจากข่าวเดลินิวส์, อาชญากรรม, *คดีหญิงไก่แบ็คดี ลั่นไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย*, (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559), <http://www.dailynews.co.th /crime/508290>

⁹ รายละเอียดเพิ่มเติมจาก โลกวันนี้ , *“ประยุทธ์” ซึ่สอบไฟ ททท. 39.5 ล้านมีการเมืองแอบข้างหลัง*, (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559), <http://www.lokwanee.com/web2013/?p=195629> (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559).

และเหตุผลของอนุสัญญา UNCAC ที่มุ่งเน้นการสร้างค่านิยมในการยึดมั่นหลักสุจริตธรรม (Integrity) และเป็นไปตามหลักนิติธรรม (the Rule of Law) ตลอดจนการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ เพื่อมิให้เกิดการละเมิดพันธกรณีขึ้น¹⁰

1.2 สารสำคัญของอนุสัญญา UNCAC

อนุสัญญา UNCAC นั้นเริ่มจากการเจรจาระหว่าง 129 ประเทศ โดยที่อนุสัญญาได้ตระหนักถึงความแพร่หลายและความซับซ้อนของปัญหาการทุจริตที่มีความแตกต่างกันตามพื้นฐานระบบกฎหมาย สภาพแวดล้อม แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวเป็นอนุสัญญาในระดับสากล ที่มีความกว้างขวาง และเป็นข้อกำหนดที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่แต่ละรัฐจะสามารถนำไปปรับใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมทั้งการทุจริตข้ามชาติด้วย ซึ่งอนุสัญญาได้มีการจำแนกตัวบทออกเป็น 4 หมวด ดังนี้คือ¹¹

1.2.1 หมวดการป้องกันการทุจริต

เนื้อหาของหมวดนี้จะประกอบไปด้วย มาตรการป้องกันในส่วนของภาครัฐและเอกชน เช่น การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ มาตรการความโปร่งใสในการสนับสนุนทางการเงินของพรรคการเมือง มาตรการประกันความเป็นอิสระและส่งเสริมคุณธรรมจริยธรรมของฝ่ายตุลาการและอัยการ การสนับสนุนความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชน เป็นต้น¹²

1.2.2 หมวดการกำหนดความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย

บทบัญญัติในหมวดนี้ มีมาตรการสำคัญคือ รัฐภาคีต้องกำหนดความผิดอาญาในเรื่องการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาลทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงการเรียกหรือรับผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็น

¹⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 452.

¹¹ ปิยะดา ศิลปอาชา, “พัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551). น. 23.

¹² *เพ็งอ้าว*, น. 45.

ความผิดทางอาญา การยกยอก เบียดบัง หรือยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเจตนา และกำหนดให้การให้สินบนแก่บุคคลในหน่วยงานเอกชนเป็นความผิดทางอาญา¹³

1.2.3 หมวดความร่วมมือระหว่างประเทศ

สำหรับสาระสำคัญในหมวดนี้คือ ต้องการให้รัฐภาคีจะต้องให้ความช่วยเหลือกันทางกฎหมายตั้งแต่การสืบสวนสอบสวน กระบวนการทางแพ่ง ทางอาญาและทางปกครองในคดีทุจริต การส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องยกเว้นมิต้องใช้หลัก Double criminality และยังมีมาตรการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในทางกฎหมาย ในการสืบสวนสอบสวน และฟ้องคดีอีกด้วย

1.2.4 หมวดการติดตามสินทรัพย์คืน

อนุสัญญา UNCAC นี้กำหนดให้รัฐภาคีดำเนินการให้ความร่วมมือการช่วยเหลือในเรื่องการติดตามสินทรัพย์คืนตามหลักมูลค่า โดยมาตรการสำคัญคือความร่วมมือระหว่างรัฐภาคีในการติดตามทรัพย์สินคืนที่มีการโอนย้ายทรัพย์สินระหว่างรัฐภาคี การอายัดหรือยึดทรัพย์สินตามคำร้องขอของรัฐภาคีอื่น โดยอนุสัญญา UNCAC กำหนดให้มีการพิจารณามาตรการที่จำเป็นในการริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้โดยใช้มาตรการทางแพ่ง โดยไม่ต้องฟ้องร้องคดีอาญา¹⁴

1.3 การกำหนดพันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแต่ละหมวดของอนุสัญญา UNCAC แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่าการที่รัฐภาคีจะเลือกนำพันธกรณีแต่ละข้อไปปรับใช้ในแต่ละรัฐนั้น อนุสัญญาได้มีการกำหนดระดับของพันธกรณีไว้อย่างไร ซึ่งจะได้พิจารณาได้ลำดับต่อไป

¹³ เฟ็งอ้วง, น. 45-46.

¹⁴ เฟ็งอ้วง, น. 46.

1.3.1 ระดับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา UNCAC

โดยทั่วไปบทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญา UNCAC มีระดับของการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน โดยสามารถจำแนก ระดับพันธกรณีได้เป็น 3 ประเภท คือ พันธกรณีที่ต้องทำ พันธกรณีที่ควรพิจารณา และพันธกรณีที่เป็นทางเลือก เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการนำไปปฏิบัติของรัฐภาคี¹⁵ ดังนี้

1.3.1.1 พันธกรณีที่ต้องทำ

ลักษณะของพันธกรณีที่ต้องทำนี้ เป็นลักษณะของเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้รัฐดำเนินการ และรัฐจะต้องทำให้เป็นกฎหมาย เป็นมาตรการที่รัฐภาคีจะต้องพิจารณานำมาปฏิบัติ โดยอาจตราเป็นกฎหมาย ในลักษณะของการมีกฎหมายรองรับพันธกรณี หรือการออกกฎหมายอนุวัติการ และหากรัฐภาคีไม่ดำเนินการตามพันธกรณีที่ต้องทำ รัฐภาคีถือว่าละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC เช่น พันธกรณีตามข้อ 9 ตามที่ได้ศึกษาในครั้ง¹⁶ ดังนั้น พันธกรณีข้อ 9 จึงมีความสำคัญอย่างมาก ในการที่จะศึกษาเนื้อหาของพันธกรณี เนื่องจากการที่ประเทศไทย อนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีมากที่สุด ก็จะทำให้ประโยชน์กับการป้องกันการทุจริต

1.3.1.2 พันธกรณีที่ควรพิจารณา

เรื่องที่รัฐจะต้องพิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบและจริงจังเป็นอย่างยิ่ง รัฐภาคีจะมีพันธกรณีเพียงพิจารณารับมาตรการนั้น หรือดำเนินการใดๆ อันเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยเนื้อหาของพันธกรณีอาจใช้คำว่า “shall consider adopting” บทบัญญัติใช้คำว่า “shall consider adopting” อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไปว่าอนุสัญญา UNCAC นั้นเป็นอนุสัญญาที่มีความยืดหยุ่น ดังนั้น จึงมีลักษณะของข้อกำหนดที่มีความยืดหยุ่น เช่นพันธกรณีในกลุ่มนี้ จึงมิใช่สิ่งที่บังคับให้รัฐภาคีต้องนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายแต่อย่างใด แต่การที่รัฐภาคีมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองแล้ว หากรัฐภาคีได้พิจารณาอย่างรอบคอบและเห็นว่าพันธกรณีในเรื่องดังกล่าว นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด เห็นควรให้มีการพิจารณานำมาปรับใช้เป็นกฎหมายภายในที่บังคับในประเทศก็สามารถทำได้ แต่หากรัฐไม่ต้องการนำมาปรับใช้ในประเทศ อนุสัญญาดังกล่าวก็มีได้บังคับให้รัฐนั้นต้องออกกฎหมายภายในเพื่อให้มีผลผูกพันแต่อย่างใด

¹⁵ United Nations, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, 2nd ed., (Austria: United Nations publication, 2012), p .1.

¹⁶ เฟื่องอ้าง, น. 109.

1.3.1.3 พันธกรณีที่เป็นทางเลือก

ถือเป็นทางเลือกสำหรับรัฐภาคีอย่างแท้จริง รัฐสามารถตัดสินใจได้ว่า จะนำมาดำเนินการหรือไม่ก็ได้ โดยอาจใช้คำว่า “may adopt” ในบทบัญญัตินั้น

1.4 กลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ผ่านที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคี

การดำเนินการเพื่อให้แน่ใจว่ารัฐภาคีจะปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณี ตลอดจนปรับปรุงศักยภาพและความร่วมมือระหว่างรัฐภาคี เพื่อส่งเสริมและทบทวนการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC และนำไปสู่การป้องกันและต่อต้านการทุจริตอย่างยั่งยืนต่อไป อนุสัญญา UNCAC จึงได้กำหนดกลไกการปฏิบัติตามอนุสัญญา UNCAC ไว้ใน ข้อ 63 ผ่านการประชุมใหญ่ของรัฐภาคี โดยให้เลขาธิการสหประชาชาติจัดให้มีการประชุมของรัฐภาคีภายในหนึ่งปีหลังจากที่อนุสัญญา UNCAC มีผลใช้บังคับ และหลังจากนั้นให้จัดประชุมตามข้อบังคับการประชุมที่ได้รับการยอมรับจากที่ประชุม¹⁷ ซึ่งการประชุมครั้งแรกเริ่มในปี พ.ศ. 2549 ที่กรุงอัมมัน ประเทศจอร์แดน รัฐภาคีได้มีการพิจารณา ร่วมกันว่า รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในระดับระหว่างประเทศที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา โดยได้มีการทบทวนกลไกที่ใช้อยู่ของอนุสัญญาอื่นๆ เพื่อให้การประชุมใหญ่ของรัฐภาคีจะมีกลไกที่เหมาะสมต่อไป¹⁸ รวมทั้งรัฐภาคีได้มีการลงมติ (resolution) เรื่องแนวทางปฏิบัติในการต่อต้านการคอร์รัปชัน (Best practices in the fight against corruption)¹⁹

สำหรับการประชุมครั้งที่สอง ในปี พ.ศ. 2551 ณ กรุงนูซา ดูอา ประเทศบาฮาลี โดยในขณะนั้นประเทศไทย และประเทศอินเดียได้ลงนาม (signature) ในอนุสัญญา UNCAC และเข้าร่วมประชุมดังกล่าวด้วย ซึ่งที่ประชุมมีการพิจารณาว่า เพื่อให้มีความมั่นใจว่ารัฐภาคีจะมีการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างต่อเนื่องในส่วนของของกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น จึงยอมรับให้รัฐภาคีดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติที่เสนอโดย United Nations Commission on International

¹⁷ Article 63 of the United Nations Convention against Corruption

¹⁸ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 1st sess., 2006, p. 2.

¹⁹ *Ibid.*, p. 9.

Trade Law²⁰ เป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์มากในการช่วยรับรองว่า ระบบการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐภาคี อยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใส การแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ²¹

ในส่วนของการประชุมครั้งที่สี่ รัฐภาคีได้มีการยอมรับ Resolution 4/3 Marrakech declaration on the prevention of corruption ได้มีการเรียกร้องให้รัฐภาคีสันับสนุนสมาคม ธุรกิจที่เข้าผูกพันในการป้องกันการทุจริต และประกาศความร่วมมือระหว่างเลขาธิการสหประชาชาติ United Nations Commission on International Trade Law ในเรื่องการจัดตั้งจ้าง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือรัฐภาคีในการอนุวัติการพันธกรณีตามข้อ 9 ของอนุสัญญา²²

ต่อมาในการประชุมครั้งที่ห้า ในปี พ.ศ. 2557 ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ที่ประชุมได้เรียกร้องให้รัฐภาคีวางกระบวนการที่มีประสิทธิภาพในการสนับสนุนหลักการของข้อ 9 ใน อนุสัญญา UNCAC และให้ความสำคัญกับข้อเสนอแนะของ United Nations Commission on International Trade Law โดยมีโครงการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในประเทศอินเดีย²³ เพื่อหาแนวทางปฏิบัติที่ดี และช่องว่างในการปฏิบัติตามพันธกรณี ดังกล่าว²⁴ สำหรับการประชุมครั้งที่หก ในปี พ.ศ. 2558 ณ กรุงเซนต์ปีเตอส์เบิร์ก ประเทศรัสเซีย ที่ประชุมได้มีการติดตามการปฏิบัติตามพันธกรณีและการวางระบบที่มีประสิทธิภาพในการส่งเสริม ความโปร่งใส การแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจในระบบการจัดซื้อจัดจ้าง ตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา²⁵ รวมทั้ง ปฏิบัติตามคำแนะนำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้าน

²⁰Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2nd sess., 2008, p. 11.

²¹Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, *supra* note 18, p. 9.

²²Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 4th sess., 2011, p. 1-17.

²³ Vikas Dhoot, "PPP Infrastructure and power projects most prone to corruption: UN Body." The Economic Times, http://articles.economictimes.indiatimes.com/2013-06-03/news/39714786_1_public-procurement-bill-corruption-private-partners (accessed November 17, 2015).

²⁴ UNODC, India: Probity in Public Procurement (Austria: United Nation Publication, 2013), p. 14.

²⁵ The Conference called upon States parties to put in place effective processes to promote transparency, competition and objective decision-making in public procurement systems,

การทุจริต ตาม Model Law on Public Procurement of the United Nations Commission on International Trade Law รวมทั้งได้มีให้ความสำคัญกับโครงการ “ความซื่อตรงในการจัดซื้อจัดจ้าง” (Probity in Public Procurement) ที่ได้รับการสนับสนุนจากบริษัท Siemens เป็นการสร้างองค์ความรู้และทำให้เห็นช่องโหว่ในการอนุวัติการข้อ 9 ของอนุสัญญาฯ ประกอบกับผลลัพธ์จากการสอบถามและการ focus group discussion จากตัวแทนภาครัฐและเอกชน ทำให้ได้แนวทางปฏิบัติที่ดีสามารถใช้เป็น International legal framework และ good international practices ต่อไป²⁶ ประกอบกับรัฐภาคีได้มี Resolution 6/1 ร่วมกัน เพื่อให้รัฐภาคีระบุและเผยแพร่ good anti-corruption practices และสนับสนุนหลักการของอนุสัญญาข้อ 9 ในระบบการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ²⁷

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในส่วนของการป้องกันการทุจริตในระบบของการจัดซื้อจัดจ้าง เลขาธิการสหประชาชาติ และรัฐภาคีของอนุสัญญา UNCAC ได้มีการติดตาม และดำเนินการตาม กฎเกณฑ์ของอนุสัญญาอย่างสม่ำเสมอ โดยมีการอำนวยความสะดวกในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ระหว่างรัฐภาคีเกี่ยวกับรูปแบบ และแนวโน้มในการทุจริต รวมทั้ง มีการวางแนวทางปฏิบัติที่ดี ที่ประสบความสำเร็จในการป้องกันและต่อต้านการทุจริต ตลอดจนมีการจัดพิมพ์เผยแพร่แนวทาง ปฏิบัติที่ดี²⁸ ตลอดจน การให้ความร่วมมือกับองค์การและกลไกระหว่างประเทศ และองค์กรเอกชนที่ เกี่ยวข้อง ซึ่งนับว่าเป็นพัฒนาการและกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศที่จะสามารถป้องกันการ ทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

in line with article 9 of the Convention, and to take into consideration the anti-corruption-related recommendations contained in the Model Law on Public Procurement of the United Nations Commission on International Trade Law. (Para 28)

²⁶ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 6th sess., 2015, p. 1-73.

²⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁸ Article 63 of the United Nations Convention against Corruption

บทที่ 2

การปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC กับโครงการ PPPs

จากการพิจารณาเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC จะเห็นได้ว่าพันธกรณีดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่มุ่งเน้นการป้องกันการทุจริตในระบบการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Public procurement) แม้ว่าจะมิได้มีการระบุมูลค่าไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นจำนวนเท่าใด แต่เมื่อพิจารณาหลักการของอนุสัญญา UNCAC ที่มีความสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการรวบรวมกฎเกณฑ์ในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างที่มีมาตรฐานในระดับสากล และมักนำมาใช้ในการวางโครงสร้างของกฎหมาย และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐให้เป็นมาตรฐานอยู่เสมอเช่น Government Procurement Agreement (GPA) และ Public Procurement Directive (EU Directives)¹ ดังนั้น จึงอาจสามารถสรุปได้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างในความหมายพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC นั้น ครอบคลุมไปถึงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (State and private undertakings) ในรูปแบบ PPPs เช่น Build- operate-transfer (BOT)² อันเป็นการอนุญาตให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างและดำเนินการบริการสาธารณูปโภค โดยมีกำหนดระยะเวลาหนึ่งด้วย เนื่องจากถือว่ามีองค์ประกอบของการจัดหา (procurement) บริการสาธารณูปโภคเพื่อการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐบาล ตัวอย่างเช่น กิจการทำเรือ (port) ซึ่งเอกชนผู้รับสัมปทานจะดำเนินการก่อสร้างและดำเนินการพัฒนาท่าเทียบเรือ³

¹United Nations, Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, (New York: United Nations Publication, 2013) p. 13.

²Markus Krajewski, Services of General Interest beyond the Single Market - External and International Law Dimensions - Legal Issues of Services of General Interest, (The Netherlands: T.M.C. asser press, 2015), p. 71.

³Specific agreements between a government or port authority and the special purpose company (SPC) established by the concessionaire to carry out construction and operation of a port development Project

สำหรับประเทศอินเดีย พบว่ามีการให้สัมปทานลักษณะนี้ ในจังหวัด Gujarat และ Nhava Sheva⁴ เช่นเดียวกันกับประเทศไทยก็พบว่ามี การให้สัมปทานในลักษณะดังกล่าวที่ทำเรือแหลมฉบัง⁵

เมื่อพิจารณาปัญหาการคอร์รัปชันในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป พบว่า มีดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน (Corruption Perception Index (CPI)) อยู่ในระดับที่ดี⁶ เนื่องจากบางประเทศมีค่านิยมของประชาชนที่ต่อต้านการทุจริตอยู่แล้วในระดับหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี การที่ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมส่งผลให้กลไกตลาดเข้ามามีความสำคัญ และอาชญากรรมการทุจริตข้ามชาติกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปในภาพรวม⁷ ดังนั้น Directive จึงให้ความสำคัญกับการมีระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่บนพื้นฐานของ การแข่งขันที่เป็นธรรม และความโปร่งใส อันเป็นพื้นฐานที่สอดคล้องกับอนุสัญญา UNCAC โดยการปรับใช้ในบริบทของสหภาพยุโรปนั้น ความหมายของ “การจัดซื้อจัดจ้าง”⁸ รวมถึงการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs⁹ ดังนั้น แม้ว่าที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ได้วางหลักเกณฑ์และขอบเขตการปรับใช้ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC โดยมีได้มีการกำหนดมูลค่าก็ตาม ย่อมมีความครอบคลุมในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม (traditional procurement) ไปจนถึงการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในลักษณะ PPPs เนื่องจากเป็น

⁴The World Bank. *Port Reform Toolkit*, 2nd.edition, (USA: World Bank Publications, 2007, p.118, http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit_/Toolkit/pdf/modules/03_TOOLKIT_Module3.pdf (accessed November 17, 2015).

⁵กทท. ตกลงให้ UNITHAI เข้าพื้นที่บริเวณแหลมฉบังจำนวนเนื้อที่บนดินประมาณ 312 ไร่ 1 งาน 45 ตารางวา ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นตามโครงการตามสัญญานี้ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์และส่วนควบ หรือเครื่องอุปกรณ์ของอสังหาริมทรัพย์ เช่น โรงงาน อาคารที่ทำการ อุ้แห่ง ประตูอุ้แห่ง บั้มสูบน้ำใหญ่ วาล์ว ราง สาสี เป็นต้น ต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์ของ กทท. ทั้งสิ้นเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาเช่าหรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่า 30 ปี, สัญญาเช่าพื้นที่เพื่อดำเนินการโครงการอุ้เรือบริเวณแหลมฉบัง

⁶ สามารถดูดัชนีชี้วัดภาพลักษณ์คอร์รัปชัน (Corruption Perception Index (CPI)) เพิ่มเติมได้จากเว็บไซต์ <http://www.transparency.org/cpi2015>

⁷ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Henning Glaser, “คำบรรยายรายวิชา น. 637 หลักกฎหมายมหาชนเยอรมัน (German Public Law)” ณ ห้อง 414 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 23 กันยายน 2558)

⁸ สัญญาระหว่างภาครัฐและเอกชนนั้นมีรูปแบบที่หลากหลาย โดยอาจเป็นสัญญาระยะสั้นหรือยาวก็ได้ ตลอดจนสัญญาสัมปทาน (concession contracts) และการให้สิทธิในการดำเนินการ (operate) หรือการลงทุนในบริการสาธารณะ (public utilities) ในช่วงระยะเวลาใดระยะหนึ่ง ในลักษณะที่มีภาครัฐและเอกชนมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันอย่างมาก ที่เรียกว่า PPPs นั้น ก็อยู่ในขอบเขตดังกล่าวเช่นกัน

⁹ Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: extent of the phenomenon and overview of practices

กิจกรรมการจัดการของรัฐที่อาจเกิดการคอร์รัปชันขึ้นระหว่างกระบวนการดำเนินงานได้ทั้งหมด และ การใช้เงินงบประมาณของรัฐในโครงการขนาดใหญ่ large – scale projects ที่อาศัยระยะเวลานาน ตั้งแต่เริ่มต้น (kick-off) จนกระทั่งถึงสิ้นสุดโครงการ ทำให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับโครงการ มีโอกาสใช้ดุลพินิจในการดำเนินการของทุกระยะในโครงการ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีโอกาสอย่างมาก ในการเรียกรับประโยชน์ทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากผู้รับเหมาโดยการกำจัดการแข่งขัน หรือ ผ่านการแยกสัญญาโดยไม่จำเป็น (splitting contracts which should be aggregated) กำหนด หลักเกณฑ์ในการประมูลโดยเอื้อเอกราชรายใดรายหนึ่ง ตลอดจนการฝ่าฝืน กฎหมายป้องกันการ ผูกขาด (Anti-Trust Laws) การยอมรับข้อเสนอราคาที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ตลอดจนการเลือก ปฏิบัติในกระบวนการเข้าร่วมเจรจาสัญญา (contract negotiations) ซึ่งในมุมมองของภาคเอกชนที่ ต้องการจะลดขั้นตอน หรือ เลี่ยงกฎหมาย

อนึ่ง ที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC มีความเห็นว่า การคอร์รัปชันใน โครงการ PPPs หากเป็นโครงสร้างที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภค หรือ โครงสร้างพื้นฐานของประเทศ จะส่งผลกระทบต่อสาธารณชนได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้น ที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC จึงได้มีโครงการการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายภายในของประเทศอินเดียกับพันธกรณี ตามข้อ 9 ของอนุสัญญา ตามโครงการ India: Probity in Public Procurement โดยการสนับสนุน จากกลุ่มบริษัท Siemens และเพื่อเป็นการสร้างแนวทางปฏิบัติที่ดีอันสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ให้รัฐภาคีสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ภายในให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญามากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าประเทศไทยได้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC อย่างครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ สำหรับกรณีโครงการ PPPs ของประเทศไทย มีความจำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบของพันธกรณีตามข้อ 9 ก่อนเป็นลำดับแรก เพื่อนำไปสู่การค้นหา เจตนารมณ์การป้องกันการทุจริตในระบบการจัดซื้อจัดจ้างของอนุสัญญา UNCAC และสามารถปรับ ใช้กับกฎหมายภายในให้สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาต่อไป

2.1 พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC

สาระสำคัญของอนุสัญญา UNCAC ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 นั้น เป็นเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐ อันเป็นมาตรการตามอนุสัญญาที่เป็นลักษณะของมาตรการบังคับ โดยมีบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาเป็นดังนี้¹⁰

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินขั้นตอนที่จำเป็นในการจัดทำระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสมที่มีประสิทธิผล โดยนอกจากประการอื่นแล้ว ได้แก่การป้องกันการทุจริต บนพื้นฐานของความโปร่งใสการแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ ทั้งนี้โดยเป็นไปตามหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายของตนระบบเช่นว่า ซึ่งอาจคำนึงถึงวงเงิน ในการบังคับใช้ที่เหมาะสมด้วย นอกจากประการอื่นแล้ว ต้องระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับวิธีการและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างรวมทั้งข้อมูลข่าวสารในการเชิญใ้เข้าร่วมเสนอราคาและข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ โดยตรงเกี่ยวกับการได้รับเลือกให้ทำสัญญา ทั้งนี้โดยให้ผู้เสนอราคาที่อยู่ในเกณฑ์มีเวลาเพียงพอในการเตรียมและยื่นเสนอราคาของตน

(ข) การจัดทำเงื่อนไขในการเข้าร่วมเสนอราคาไว้วางหน้า ซึ่งรวมทั้งการคัดเลือกและการได้รับเลือกให้ทำสัญญาและกฎเกณฑ์ในการเสนอราคาและการประกาศให้ทราบทั่วกันถึงเงื่อนไขดังกล่าว

(ค) การใช้หลักเกณฑ์ที่เปนนกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าสำหรับการตัดสินใจจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ เพื่ออำนวยความสะดวกในการพิสูจน์ ตรวจสอบความถูกต้องในการใช้บังคับกฎเกณฑ์และกระบวนการดังกล่าวในภายหลัง

(ง) ระบบการทบทวนภายในที่มีประสิทธิผล รวมถึงระบบการอุทธรณ์ ที่มีประสิทธิผลเพื่อประกันการไต่เบี่ยและการเยียวยาความเสียหายในทางกฎหมายในกรณีที่ไม่มี การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือกระบวนการที่จัดทำตามวรรคนี้

(จ) ในกรณีที่เหมาะสม มาตรการในการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง อาทิเช่น การเปิดเผยเกี่ยวกับส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ กระบวนการคัดเลือกและข้อกำหนดการฝึกอบรมอื่นๆ

¹⁰ คำแปลภาษาไทย โดยศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดการการคลังของรัฐ โดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของตน มาตรการเช่นว่า นอกจากประการอื่นแล้วต้องรวมเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (ก) กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน
- (ข) การรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควร
- (ค) ระบบมาตรฐานด้านบัญชีและการสอบบัญชีและการควบคุมดูแลที่เกี่ยวข้องของ
- (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ และ

(จ) ในกรณีที่เหมาะสม การปรับปรุงแก้ไข ในกรณีไม่สามารถดำเนินการตามข้อกำหนดซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคนี้

3. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการทางแพ่งและทางปกครองเท่าที่อาจจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของสมุดบัญชีบันทึกการงานการเงิน หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับของรัฐและเพื่อป้องกันการปลอมแปลงเอกสารดังกล่าว ทั้งนี้โดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายของตน¹¹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC¹² ประกอบด้วยสาระสำคัญสองส่วน คือ เรื่องของระบบการจัดซื้อจัดจ้าง และเรื่องการบริหารการคลังของรัฐ โดยคำนึงถึงหลักการพื้นฐานที่จำเป็นคือ ความโปร่งใส (Transparency) การแข่งขัน (Competition) และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ (Objective criteria in decision-making)¹³ อนุสัญญา UNCAC จึงได้มีการวางหลักเกณฑ์เพื่อให้รัฐภาคีนำไปปฏิบัติได้ เช่น การเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน

¹¹ คณะกรรมการพิจารณาพันธกรณีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, คำแปล อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, น. 8-9, <http://www.fio.co.th/UserFiles/09-UNCAC-TH.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2559).

¹² อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ฉบับภาษาอังกฤษ สามารถอ่านเพิ่มเติมจากภาคผนวก ก

¹³ UNODC, Integrity in public procurement processes and transparency and accountability in the management of public finances Articles 9 and 10, under “Three Fundamental Principles of UNCAC: Article 9”, (accessed July 23, 2016), https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Presentations/UNODC_-_Constantine_Palicansky.pdf

การเปิดเผยเงื่อนไขการเสนอราคาไว้ล่วงหน้า การใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง และสามารถวัดได้ในการตัดสินใจ ระบบการทบทวนภายในที่มีประสิทธิภาพ ตลอดจนมาตรการที่ควบคุมกำกับดูแลบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง¹⁴ ตามที่กำหนดไว้ในเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9

อย่างไรก็ดี จากการเปรียบเทียบบทบัญญัติของ UNCITRAL Model Law, WTO, GPA และ EU Directives พบว่า ขั้นตอนนี้อาจเกิดการคอร์รัปชันได้โดยง่ายที่สุด คือขั้นตอนของการประมูล ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ภาครัฐต้องมีการควบคุมดูแลอย่างเข้มงวด ตั้งแต่ขั้นตอนการยื่นข้อเสนอและตลอดจนขั้นตอนหลังจากมีการยื่นข้อเสนอเสร็จสิ้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี พบว่า ขั้นตอนของลงนามสัญญา ก็อาจมีการคอร์รัปชันได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในโครงการจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน ทำถนน สนามบิน และสนามบิน เป็นต้น อันนำไปสู่การได้ผู้รับเหมา หรือผู้รับสัมปทานที่มีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนด ทำให้เกิดความล้มเหลวในการปฏิบัติตามสัญญา และผิดสัญญาต่อไปในอนาคตได้¹⁵

สำหรับการศึกษาในครั้งนี้ เพื่อทำให้เกิดความสะดวกในการศึกษาพันธกรณี ผู้เขียนจึงจำแนกกลุ่มของพันธกรณีเป็น 4 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน กลุ่มที่ 2 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม กลุ่มที่ 3 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ และกลุ่มที่ 4 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

2.1.1 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

พันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ระบุอยู่ในข้อ 9.1 (ก) เป็นเรื่องของการกำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน¹⁶ โดยมีเจตนารมณ์ให้เกิดการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง¹⁷ และต้องให้ผู้เสนอราคา

¹⁴ United Nations, *supra note 1*, p. 10.

¹⁵ United Nations, *supra note 1*, p. 6.

¹⁶ UNODC, Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption, (accessed November 17, 2015), https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/09-84395_Ebook.pdf, p. 31.

¹⁷ As regards the requirement for public distribution of procurement-related information in paragraph 1 (a) of article 9

มีเวลาเพียงพอในการเตรียมและยื่นเสนอราคา¹⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้พันธกรณีข้อนี้ไม่ต้องการให้บริษัทใดมีโอกาสได้รับการคัดเลือกโดยตรงในลักษณะของการเป็น favored company โดยปราศจากการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ส่งผลให้ บทบัญญัติของกฎหมายภายในต้องมีการระบุระยะเวลาขั้นต่ำของระยะเวลายื่นข้อเสนอ และเงื่อนไขอื่นๆที่เหมาะสม¹⁹ สำหรับชนิดของข้อมูลที่ต้องมีการเผยแพร่ คือ ข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีความเกี่ยวข้องอยู่ตลอดทุกขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง ตั้งแต่กระบวนการเชื้อเชิญ (Invitation) และเงื่อนไขในการเข้าร่วม (conditions of participation) ร่างขอบเขตงาน (Term of reference (TOR)) ข้อกำหนดต่างๆ ในการได้รับเลือกเข้าทำสัญญา การประกาศว่าชนะการประมูล นอกจากนี้ หลักการในเรื่องของการเผยแพร่ต่อสาธารณชนนี้ รวมไปถึงถึงการเผยแพร่ข้อมูลในขั้นตอนของกระบวนการเข้าทำสัญญาด้วย ดังนั้น การประกาศผู้ได้รับคัดเลือกเข้าทำสัญญาต้องได้รับการเผยแพร่²⁰ โดยรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องจัดเตรียมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ซึ่งวิธีการเข้าถึงทางอินเทอร์เน็ตก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่สอดคล้องกับพันธกรณีและมีประสิทธิภาพ²¹

2.1.2 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่

เหมาะสม

2.1.2.1 การทบทวนภายใน

การทบทวนภายใน (internal review) ในเรื่องของการทบทวนภายใน มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องคือพันธกรณีตามข้อ 9.1 (ง) และ 9.2 (ข) 9.2 (ค) และข้อ 9.3 ของอนุสัญญา โดยในส่วนของการทบทวนภายในและระบบอุทธรณ์นั้น เพื่อประกันสิทธิในการไต่เบี่ยงและการเยียวยาความเสียหายในทางกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือกระบวนการที่จัดทำขึ้น โดยอนุสัญญาได้กำหนดองค์ประกอบพื้นฐานของระบบที่มีประสิทธิภาพ ได้แก่

¹⁸United Nations Office on Drugs and Crime, “United Nations Convention against Corruption” <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (accessed August 10, 2015), p. 12.

¹⁹Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2nd sess., 2008, p. 11.

²⁰United Nations, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, (New York: United Nations Publications, 2006), p. 29.

²¹United Nations, *Supra note 1*, p. 10.

(1) การกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน และเฉพาะเจาะจง รวมถึงข้อกำหนด เรื่องการห้ามกีดกันเอกชนรายใดรายหนึ่งอย่างมิชอบ

(2) การกำหนดกลุ่มบุคคล ผู้ที่ได้รับการเยียวยาไม่ได้จำกัดแค่ผู้ที่เข้าร่วม เสนอราคาเท่านั้น แต่อาจรวมไปถึงผู้ที่อาจมีศักยภาพในการเข้าเสนอราคาด้วย (such as any potential participant or any actual participant)

(3) การกำหนดประเภทของการชดเชยเยียวยา ต้องมีรายละเอียดการ ทบทวนของแต่ละขั้นตอนของวงจรของการจัดซื้อจัดจ้าง (procurement cycle) ตั้งแต่เริ่มต้น ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้าง และจนกระทั่งการทบทวนภายในนั้นสิ้นสุดลง

(4) การกำหนดโครงสร้าง (structure) และความเป็นอิสระ (independence) ขององค์กรที่ทำหน้าที่ทบทวนภายใน (the review body)²²

ทั้งนี้ ระบบที่มีความเหมาะสม (appropriate system) ต้องคำนึงถึง การบังคับใช้ที่มีประสิทธิผล มีกลไกในการติดตามการดำเนินงานต่างๆอย่างเพียงพอ²³ แม้ว่า ตาม อนุสัญญา UNCAC จะไม่ได้กำหนดแนวทางอื่นใดที่จะสามารถนำมาพิจารณาความมีประสิทธิภาพของ ระบบการเยียวยาตามระบบกฎหมายภายในของแต่ละรัฐได้เป็นการเฉพาะเจาะจงก็ตาม อย่างไรก็ตาม องค์กรที่มีประสิทธิภาพ หมายถึง ความมีอยู่ของสิทธิของคู่กรณี และสามารถใช้อิทธิพลของ อย่างเป็นทางการได้ (formal appeal) ในโอกาสแรก²⁴

นอกจากนี้ การรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควรตามข้อ 9.2 (ข) อนุสัญญา UNCAC เห็นว่า เนื่องจากการจัดการรายได้และงบประมาณเป็นบริเวณที่มีการคอร์รัปชัน ได้มากที่สุด เนื่องจากการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของเงินในแต่ละขั้นตอน และการคอร์รัปชันเป็นการ กัดกร่อนงบประมาณที่ได้มีการตั้งไว้²⁵ ซึ่งพันธกรณีในกลุ่มนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามี ความเกี่ยวข้องกับ พันธกรณีข้อ 9.3 ของอนุสัญญาในส่วนของการที่รัฐภาคีจะต้องดำเนินการทางแพ่งและทางปกครอง เท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนของข้อมูล เช่น รายงานทางการเงินเพื่อป้องกันการปลอมแปลงเอกสารดังกล่าวด้วย

²²Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, *supra* note 19, p. 14.

²³United Nations, *supra* note 1, p. 11.

²⁴*Ibid.*, p. 11.

²⁵*Ibid.*, p. 31.

2.1.2.2 การบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม

ในเรื่องของการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องคือ พันธกรณีตามอนุสัญญา UNCAC ข้อ 9.2 (ก) และข้อ 9.2 (ง) กล่าวคือ กระบวนการในการรับเอางบประมาณแผ่นดิน เนื่องจากโครงการร่วมลงทุนในลักษณะของ PPPs มักมีความเสี่ยงในเรื่องของการรับเองงบประมาณ เนื่องจากในการร่วมลงทุนในลักษณะ PPPs นั้น ต้องมีการลงทุนทั้งในฝ่ายของภาครัฐ และภาคเอกชน ซึ่งในบางโครงการ รัฐต้องมีการลงทุนเงินงบประมาณ เข้าไปเพื่อก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานบางประการ นอกเหนือจากส่วนที่เอกชนลงทุน เช่น ค่างานก่อสร้างงานโยธาของโครงการ เป็นต้น โดยพันธกรณีข้อนี้ มีการเรียกร้องให้กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกระบวนการต้องมีการสร้างการจตุสรอำนาจและความรับผิดชอบที่เหมาะสมระหว่างด้านนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เนื่องจากฝ่ายบริหารเป็นผู้มีหน้าที่ในการเตรียมงบประมาณเบื้องต้น โดยระหว่างกระบวนการนั้น เจ้าหน้าที่อาจไขว่คว้าไปจากผลประโยชน์บางประการเพื่อประโยชน์ในการชนะการเลือกตั้ง หรือเพื่อการคอร์รัปชันในอนาคตได้ ดังนั้น รัฐภาคจึงต้องมีกลไกการถ่วงดุลเพื่อป้องกันการทุจริตดังกล่าว

2.1.3 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์

ในเรื่องของการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องคือพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) ในส่วนของการปรับปรุงแก้ไขกรณีไม่สามารถดำเนินการได้ตามข้อกำหนดด้วย โดยพันธกรณีของข้อ 9.1 (จ) นี้เรียกร้องให้รัฐดำเนินการให้บุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างในทุกขั้นตอน เปิดเผยและมีการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับความทับซ้อนของผลประโยชน์ส่วนตน และผลประโยชน์ส่วนรวม อันเนื่องมาจากความเกี่ยวข้องกับโครงการ โดยที่ต้องบังคับให้มีการเปิดเผยชี้แจงและบันทึกการได้รับผลประโยชน์ในทุกรูปแบบ เช่น สินทรัพย์ (assets) การรับรอง (hospitality) และของขวัญ (gifts) นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในเรื่องการฝึกรูปแบบของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับการขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างด้วย โดยกฎเกณฑ์ข้อนี้ มีความเกี่ยวข้องกับ ข้อ 8 เรื่องจรรยาบรรณของเจ้าหน้าที่รัฐ (Codes of Conduct for Public Officials) ซึ่งเรียกร้องให้รัฐภาคีสันับสนุนเรื่องความซื่อสัตย์ (Integrity) ความสุจริต (honesty) และความรับผิดชอบ (responsibility) ของเจ้าหน้าที่รัฐ (public officials) โดยมีความพยายามที่จะใช้ประมวลจริยธรรม (codes) หรือ มาตรฐานทางจริยธรรม (standard of conduct) มากำกับการปฏิบัติหน้าที่ ตลอดจนการมีคู่เทียบด้านการให้บริการ (benchmarking performance) หรือ การหมุนเวียนของ

เจ้าหน้าที่ (rotation of staff) เพื่อป้องกันความเสี่ยงต่างๆ ที่จะเกิดจากสิ่งจูงใจอันเนื่องมาจากการอยู่ในตำแหน่งเดิมเป็นระยะเวลานานเกินไป²⁶ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามอนุสัญญา UNCAC หมายความว่าถึง เจ้าหน้าที่รัฐ สามประเภท กล่าวคือ ประเภทที่หนึ่ง บุคคลใดๆ ที่ดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง ไม่ว่าจะถาวรหรือเป็นการชั่วคราว และไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ประเภทที่สอง คือ บุคคลอื่นใด ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือการให้บริการสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคนั้น และประเภทที่สาม คือ บุคคลอื่นใด ซึ่งกฎหมายภายในของรัฐภาคนั้นกำหนดให้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ²⁷

อนึ่ง การควบคุมจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐและบุคลากรของภาครัฐนั้นต้องมุ่งเน้นที่จะทำให้เกิดจริยธรรม (ethical) ความเป็นธรรม (fair) และความยุติธรรม (impartial) ของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (applicable legislation) และ กฎเกณฑ์ของการประกวดราคา (tendering rules) รวมทั้งเจ้าหน้าที่รัฐควรสนับสนุนและทำให้เกิดมาตรฐานในเรื่องของความซื่อสัตย์ในการดำเนินการอย่างใดๆ ก็ตาม²⁸ และรัฐภาคีควรมีกระบวนการริเริ่มในการคัดกรอง (screening) เจ้าหน้าที่ของรัฐ (public officials) หลังจากนั้นจะเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับ 9.2 (จ) ในเรื่องของมาตรการหากไม่สามารถดำเนินการได้ตามที่กำหนด

2.1.4 พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

ในเรื่องของการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องคือ พันธกรณีตามข้อ 9.1 (ข) และ 9.1 (ค) ของอนุสัญญา UNCAC โดยเรียกร้องให้รัฐภาคีให้มีการจัดทำเงื่อนไขในการเข้าร่วมเสนอราคาไว้ล่วงหน้า และมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง สำหรับการมีเงื่อนไขในการเข้าร่วมเสนอราคาไว้ล่วงหน้า นั้น ต้องตลอดทั้งกระบวนการคัดเลือกและการได้รับเลือกให้ทำสัญญาและ

²⁶ State parties on United Nations Convention against Corruption, *United Nations Convention against Corruption : Implementing procurement – related aspects*, p. 14.

²⁷ (a) “Public official” shall mean: (i) any person holding a legislative, executive, administrative or judicial office of a State Party, whether appointed or elected, whether permanent or temporary, whether paid or unpaid, irrespective of that person’s seniority; (ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party

²⁸ United Nations, *supra note 1*, p. 11.

กฎเกณฑ์ในการเสนอราคา และการประกาศให้ทราบทั่วกันถึงเงื่อนไขดังกล่าว โดยเงื่อนไขดังกล่าวต้องประกอบไปด้วยข้อกำหนดที่ชี้เฉพาะเจาะจง (specification) และมีการประเมินผลที่ชัดเจน ในการนี้ รัฐบาลต้องมีการจัดเตรียมข้อมูลที่จำเป็นในการประกาศเชิญชวนเข้าเสนอราคาในครั้งแรก คือ ต้องมีข้อกำหนดที่ชัดเจนเรื่องของการยื่นข้อเสนอ (tendering rules โดยต้องประกาศเผยแพร่ (published) ไว้เป็นการล่วงหน้า โดยต้องทำให้แน่ใจว่า เอกชนที่เข้าร่วมเสนอราคาทุกรายจะได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับเงื่อนไขในการเข้าร่วมที่ครบถ้วน ตลอดจนต้องทำให้แน่ใจด้วยว่าบริษัทที่เข้าร่วมประมูลจะเข้าร่วมประมูลบนเงื่อนไขที่ดีที่สุด (which best match)

สำหรับหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง และเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าสำหรับการตัดสินใจจัดซื้อจัดจ้างของรัฐโดยต้องอยู่บนพื้นฐานที่สามารถยอมรับได้ (must be based on established) ดังนั้น หลักเกณฑ์ต่างๆในการให้เอกชนเข้าร่วมเสนอราคา ต้องสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า (pre-determinate) หลักเกณฑ์ควรมีสภาพที่คงที่ ไม่เปลี่ยนแปลงโดยง่าย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกโดยทั่วไป มักมีการกำหนด ข้อกำหนดด้านเทคนิค (Technical specifications) เพราะต้องการความเป็นกลางบนพื้นฐานของลักษณะทางเทคนิค และลักษณะเฉพาะที่มีคุณภาพ (quality characteristics) แต่อย่างไรก็ดี ในระบบของหลายประเทศก็มีการให้ความสำคัญประโยชน์สาธารณะของข้อกำหนดต่างๆ โดยแสดงออกมาในบริบทของผลกำไร (monetary terms) ก็จะทำให้สามารถมีความโปร่งใสมากขึ้น และง่ายต่อการกำกับติดตามมากกว่าการอาศัยข้อกำหนดทางด้านเทคนิคเพียงอย่างเดียว

อนึ่ง ความเป็นกลางในบริบทของอนุสัญญา หมายถึง การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่ทำหน้าที่หลักในการจัดซื้อจัดจ้างต้องเป็นไปอย่างจำกัด และปราศจากอคติส่วนตัว ดังนั้น เมื่อหลักเกณฑ์สำหรับการประกาศผู้ที่ได้รับเลือกในการทำสัญญากับภาครัฐนั้น มีความชัดเจนแล้ว ผู้เข้าร่วมประมูล หรือผู้เสนอราคา ย่อมสามารถประเมินโอกาสของการชนะประมูลในมุมมองของตนเองได้อย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ ข้อจำกัดในการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการเข้าทำสัญญาอย่างมีนัยสำคัญต้องถูกเปิดเผย และควรหลีกเลี่ยงการปฏิบัติที่ดีเป็นพิเศษกับบริษัทใดบริษัทหนึ่ง²⁹

²⁹ *Ibid.*, p. 10.

2.2 การปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาในบริบทของกฎหมายภายใน

PPPs ในความหมายทั่วไปนั้น เป็นคำที่มีความหมายอย่างกว้าง แต่มักหมายถึงความตกลงระหว่างรัฐและเอกชนประเภทหนึ่งซึ่งมักเป็นสัญญาระยะยาว ในการจัดหาบริการสาธารณูปโภคที่เอกชนต้องรับความเสี่ยงและมีความรับผิดชอบในการบริหารจัดการ³⁰ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความร่วมมือรูปแบบหนึ่งเพื่อเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจเพื่อกระจายความเสี่ยง (allocation of risks) ในการลงทุนด้านงบประมาณ และเป็นการเปิดโอกาสในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากภาคเอกชน โดยบทบาทของภาคเอกชนนั้น ต้องมีการลงเงินลงทุนของตนเองและออกแบบสิ่งก่อสร้าง เมื่อก่อสร้างเสร็จสิ้น ภาคเอกชนมีหน้าที่ในการบริหารสิ่งก่อสร้างนั้น สำหรับกรณีที่มีโครงการจะตกเป็นของรัฐหรือภาคเอกชนจะต้องมีการพิจารณาในรูปแบบของโครงการว่าจะเป็นการร่วมลงทุนในลักษณะใด³¹

อนึ่ง การร่วมลงทุนลักษณะดังกล่าว เริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 20 ซึ่งภาครัฐเริ่มมีบทบาทสำคัญในการจัดหาบริการสาธารณะและการจัดหาบริการสาธารณูปโภค เนื่องจากภัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ภาครัฐเป็นฝ่ายเข้ามามีบทบาทสำคัญในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน แต่โครงสร้างทางองค์กรของภาครัฐมีความแตกต่างจากภาคเอกชน ภาครัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยความคล่องตัวในการดำเนินการ ทำให้เป็นจุดสำคัญในการเริ่มต้นการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ (state enterprise) ขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณูปโภคให้กับประชาชน แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากระบบโครงสร้างองค์กรของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับภาคราชการ และยังมีกฎระเบียบจำนวนมากที่บังคับใช้กับรัฐวิสาหกิจ ประกอบกับ ปัญหาด้านการขาดแคลนเงินทุนของรัฐวิสาหกิจ ทำให้ต่อมามีแนวคิดที่จะปรับปรุงโครงสร้างรัฐวิสาหกิจ ให้มีความคล่องตัวในการดำเนินการมากยิ่งขึ้น และให้คล้ายคลึงกับการทำงานของภาคเอกชน จึงเกิดแนวคิดเรื่องของการแปรรูปองค์กร (privatization) สำหรับประเทศไทย พบปัญหาการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในบางกิจการจะมีกลุ่มประชาชนคัดค้านเป็นจำนวนมาก เช่น กิจการที่เกี่ยวข้องกับเขื่อนเก็บน้ำ โรงผลิตไฟฟ้า แทนชุดเจาะน้ำมัน เป็นต้น

³⁰World bank., A World Bank Resource for PPPs in Infrastructure, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership> (accessed October 10,2015).

³¹ กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 53.

ซึ่งบางแนวคิดเห็นว่า เป็นสิ่งที่อาศัยเงินภาษีของประชาชนในการก่อสร้าง ดังนั้น การขายกิจการดังกล่าวเป็นของเอกชนเป็นการขายกิจการของชาติ ประกอบกับสภาพของกิจการเป็นการผูกขาด การที่ขายกิจการดังกล่าว หรือแปรรูปองค์กรไปอาจทำให้เป็นการส่งเสริมให้ภาคเอกชนขึ้นค่าบริการ และทำให้ประชาชนต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นอันเนื่องจากการใช้บริการสาธารณะดังกล่าว ทำให้เริ่มมีแนวคิดการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนในการร่วมการงานของภาครัฐ โดยอาศัยจุดเด่นเรื่องการบริหารงานของเอกชน แต่ไม่ให้เกิดการผูกขาดในการถือครองกรรมสิทธิ์ และเรียกการร่วมมือในรูปแบบนี้ว่า การร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs³² อย่างไรก็ตาม การเลือกที่จะให้รูปแบบของโครงการร่วมลงทุนเป็นลักษณะของ PPPs หรือไม่ ส่วนใหญ่จะอยู่กับนโยบายของรัฐ เช่น ประเทศเยอรมนี รัฐบาลกำหนดให้กิจการแทบทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ หรือบริการสาธารณูปโภคนั้น เป็นกิจการที่สงวนไว้เป็นกิจการของรัฐโดยแท้ เนื่องจากต้องการที่จะคุ้มครองและรักษามาตรฐานการให้บริการ เพื่อที่เป็นสิ่งที่สามารถรับรองสิทธิพื้นฐานของประชาชนในรัฐได้ว่า จะได้รับบริการสาธารณูปโภคที่ดีมีคุณภาพจากรัฐ³³

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในความแตกต่างระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบของ PPPs ผู้เขียนจึงเห็นว่า หลักการสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาในขั้นตอนแรกเริ่ม คือ โครงการ PPPs เป็นการให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการ ซึ่งในการแบ่งหน้าที่ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนก็ขึ้นกับลักษณะหรือประเภทของกิจการด้วย เช่น กิจการทำเรือ (port) มักเป็นลักษณะของสัญญาแบบ BOT คือรัฐส่งมอบที่ดินให้เอกชนเข้ามาดำเนินการสร้าง จัดหาสิ่งอำนวยความสะดวก และดำเนินการท่าเทียบเรือ ในช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้วจึงจะโอนกรรมสิทธิ์ของที่ดิน สิ่งอำนวยความสะดวก และอสังหาริมทรัพย์ ให้รัฐหลังจากสัญญาสิ้นสุดลง ตัวอย่างที่พบในต่างประเทศ เช่น การบริหารจัดการท่าเรือในจังหวัด Gujarat ประเทศอินเดีย ท่าเทียบเรือตู้สินค้าที่ Nhava Sheva ประเทศอินเดีย ท่าเทียบเรือ Chittagong ที่บังคลาเทศ เมือง Tangier ที่ประเทศโมร็อกโก เป็นต้น³⁴ ในขณะที่ประเทศไทยกิจการท่าเรือแหลมฉบังมักมีลักษณะ BOT เช่น สัญญาเช่าพื้นที่เพื่อดำเนินการโครงการอู่เรือบริเวณแหลมฉบัง โครงการลงทุนก่อสร้าง บริหาร และประกอบการท่าเทียบเรือตู้สินค้า ปี.5 และโครงการลงทุน บริหารและ

³² เติ้งอ๋าง, น. 39.

³³ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Henning Glaser, “คำบรรยายรายวิชา น. 637 หลักกฎหมายมหาชนเยอรมัน (German Public Law)” ณ ห้อง 414 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์, 23 กันยายน 2558.

³⁴ The World Bank, *supra note 4*, p. 118.

ประกอบการทำเทียบเรือตู้สินค้า ซี.3 ณ ท่าเรือแหลมฉบัง เป็นต้น³⁵ โดยที่สัญญาสัมปทาน ทั้งโครงการนี้จะตกอยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

สำหรับกิจการรถไฟฟ้า (Mass Rapid Transit Model) นั้น ลักษณะของโครงการจะ มีความหลากหลายและซับซ้อนมากกว่ากิจการประเภทอื่นๆ เนื่องจากความเฉพาะเจาะจงของกิจการ แต่อย่างไรก็ดี Model การดำเนินกิจการที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในหลายประเทศ มี 4 รูปแบบ คือ รูปแบบที่ 1 Management รูปแบบที่ 2 Gross- cost contract รูปแบบที่ 3 Net cost contract หรือ lease และรูปแบบที่ 4 Concession ในลักษณะ BOT ซึ่งทั้งสามรูปแบบนี้จะมีความ แตกต่างกันในเรื่องของการรับความเสี่ยงด้านราคา อัตราค่าโดยสาร และเงินลงทุน³⁶ ซึ่งพบว่าในเมือง กัวลาลัมเปอร์ ประเทศมาเลเซียนั้น โครงการรถไฟฟ้าส่วนใหญ่ เช่น KL STAR KL PUTRA และ KL Monorail ดำเนินการในรูปแบบ BOT ในขณะที่ในมะนิลา ประเทศฟิลิปปินส์นั้น MRT3 ดำเนินการ ในรูปแบบ Build – lease - transfer concession³⁷

ในส่วนของประเทศไทย การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) รัฐวิสาหกิจ ในสังกัดกระทรวงคมนาคม เป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการให้สัมปทานการดำเนินกิจการโครงการ รถไฟฟ้า โดยโครงการรถไฟฟ้าสายแรก คือโครงการรถไฟฟ้ามหานครสายเฉลิมรัชมงคล เป็นสัญญา สัมปทานในรูปแบบ BOT³⁸ โดย รฟม. ลงทุนก่อสร้างงานโยธา และให้เอกชนลงทุนงานระบบรถไฟฟ้า ดังนั้น กรณีดังกล่าวนี้ การที่รัฐดำเนินการก่อสร้างในส่วนงานโยธาจะเป็นการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง แบบดั้งเดิมซึ่งอาจใช้ระเบียบจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจเอง ซึ่งเนื้อหาของกฎเกณฑ์มีความสอดคล้องกับ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม³⁹ หรือดำเนินการภายใต้

³⁵ ข้อมูลจากกองส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการนโยบาย รัฐวิสาหกิจ

³⁶ Mandri-Perrott Cledan and Menzies Iain, Private sector participation in Light Rail- Light Metro Transit Initiatives, (USA: The World Bank publisher, 2010), p. 77.

³⁷ Asian Development Bank, Connecting East Asia: A New Framework for Infrastructure, (accessed October 3, 2014), <http://siteresources.worldbank.org/INTEASTASIAPACIFIC/Resources/Connecting-East-Asia.pdf> p.110.

³⁸ *Ibid.*, p.109

³⁹ เนื่องจากระเบียบดังกล่าวบังคับใช้กับส่วนราชการ ซึ่งหมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะ เป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549⁴⁰ ในขณะที่การคัดเลือกเอกชนลงทุนในส่วนของงานระบบรถไฟฟ้าและบริหารกิจการ (งานระบบรถไฟฟ้า) จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กฎหมายร่วมทุนฉบับเดิม)⁴¹

ในขณะที่โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง ช่วงลาดพร้าว - สำโรง และโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย - มีนบุรี ภาครัฐลงทุนในส่วนค่าจัดกรรมสิทธิ์ที่ดิน ส่วนภาคเอกชนลงทุนในค่าก่อสร้างงานโยธา ค่างานระบบรถไฟฟ้าและเครื่องกล ค่าขบวนรถไฟฟ้า และค่าใช้จ่ายในการให้บริการเดินรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุง รูปแบบ PPP Net Cost ซึ่งเอกชนเป็นผู้รับผลประโยชน์จากค่าโดยสารเป็นค่าตอบแทนจากการลงทุน และสามารถเสนอส่วนแบ่งรายได้ให้แก่รัฐ⁴² ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว จึงมิได้มีการแบ่งแยกส่วนของงานโยธาให้เป็นหน้าที่ของภาครัฐ ส่งผลให้การดำเนินโครงการที่เอกชนเข้ามาร่วมงานก่อสร้างโยธา และงานระบบรถไฟฟ้าจึงตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจัดหาสินค้า บริการ และการจัดให้มีบริการสาธารณูปโภค หรือโครงสร้างพื้นฐาน รูปแบบ PPPs ในประเทศไทยนั้นค่อนข้างมีความซับซ้อน แต่อาจสามารถแบ่งประเภทของโครงการได้ ดังนี้

ประเภทที่ 1 โครงการที่ไม่เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

ประเภทที่ 2 โครงการลักษณะการร่วมลงทุนโดยมีการแบ่งหน้าที่ระหว่างภาครัฐและเอกชนเป็นหลายสัญญา โดยในส่วนของสัญญาที่รัฐรับผู้ดำเนินการ (เช่น รัฐรับงานก่อสร้างงานโยธา) มีการใช้เงินงบประมาณ อาจต้องพิจารณาว่ามีลักษณะของการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม ที่ต้องปฏิบัติ

⁴⁰ เนื่องจากระเบียบดังกล่าวกำหนดให้การใช้บังคับให้การจัดหาพัสดุของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในสังกัด การบังคับบัญชา หรือการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

⁴¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “ประมวลข้อมูลมติคณะรัฐมนตรี โครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายหัวลำโพง - ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ - บางซื่อ หัวลำโพง - บางแค และบางซื่อ - ท่าพระ”, ภายใต้อำนาจ “สำนักบริหารงานสารสนเทศ”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2558), https://www.soc.go.th/acrobat/blue_line_1.pdf

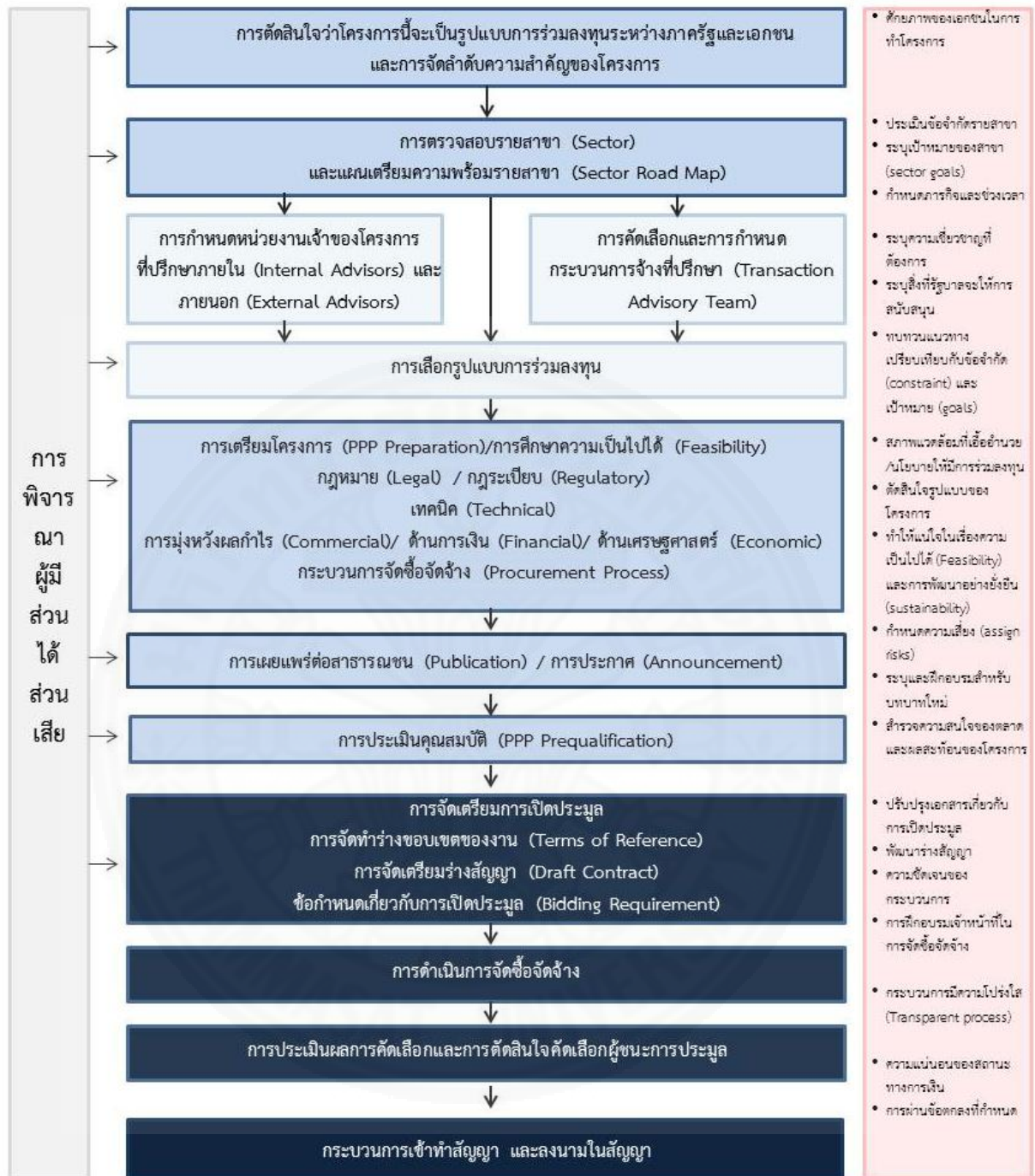
⁴² กระทรวงคมนาคม, เอกสารประกอบการทดสอบความสนใจของนักลงทุน (Market Sounding) โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง ช่วงลาดพร้าว - สำโรง และโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย - มีนบุรี และโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน ช่วงหัวลำโพง - บางแค และช่วงบางซื่อ - ท่าพระ, พฤศจิกายน 2558, น. 1.

ตามหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หรือไม่ ส่วนงานที่รัฐเห็นว่าจะให้เป็นหน้าที่ของเอกชนเข้ามาร่วมลงทุนนั้น ต้องปฏิบัติพิจารณาต่อไปว่าจะเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือไม่

ประเภทที่ 3 โครงการที่มีการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนทั้งหมดของโครงการ (เช่น สำหรับโครงการรถไฟฟ้า อาจมีการมอบหน้าที่ให้ภาคเอกชนดำเนินการทั้งงานก่อสร้างงานโยธาและงานจัดหาระบบ และงานซ่อมบำรุง) ก็พิจารณาโครงการนั้นทั้งโครงการว่า เป็นตามหลักเกณฑ์เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือไม่

อนึ่ง ในส่วนของการดำเนินโครงการ PPPs ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ถือว่ามีความสอดคล้องกับการดำเนินโครงการ PPPs ในต่างประเทศ ตามที่ Asian Development Bank (ADB) ได้มีการระบุไว้ โดยประกอบไปด้วย ขั้นตอนของ การเลือกโครงการ การจัดเตรียมโครงการ และจัดทำประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน ร่างสัญญา และการเปิดประมูล และได้ผู้ชนะการประมูลจนถึงลงนามในสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ADB ได้มีการพิจารณาปัจจัยอื่นๆที่จะทำให้โครงการ PPPs จะประสบความสำเร็จ และได้เอกชนที่สามารถดำเนินโครงการได้อย่างมีประสิทธิภาพตลอดอายุสัญญานั้น จำเป็นต้องอาศัยขั้นตอนการดำเนินการที่ดี ชัดเจน คำนึงถึงผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพด้วย ซึ่งจะสามารถพิจารณาได้จากแผนภาพนี้⁴³

⁴³ Asian Development Bank, Public-Private Partnership Handbook, (Philippines: Asian Development Bank Publications) p. 13.



ภาพที่ 2.1 ขั้นตอนการดำเนินโครงการ PPPs. จาก *Public-Private Partnership Handbook* (น. 13), โดย Asian Development Bank, (Philippines: Asian Development Bank Publications).

แต่อย่างไรก็ดี หากจะพิจารณาในมุมมองของระบบกฎหมายที่มีผลต่อกฎหมายภายในของแต่ละรัฐแล้ว เป็นที่แน่นอนว่าแต่ละประเทศทั่วโลกย่อมมีกรอบของกฎหมายและระเบียบปฏิบัติในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐที่แตกต่างกัน โดยประเทศในระบบกฎหมาย Common law จะอาศัย

เอกสารด้านนโยบาย (policy documents) และคำแนะนำในเชิงบริหาร (administrative guidance material) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายดังกล่าว มักไม่นิยมการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบสัญญาสัมปทาน แต่จะเป็นการให้เอกชนลงทุนในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสิ้นเชิง (investor-owned) โดยอยู่ภายใต้กฎระเบียบของภาครัฐเท่านั้น ในขณะที่ประเทศในระบบกฎหมาย civil law มักจะมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบของ PPPs ขึ้นเป็นการเฉพาะ และจะมีเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่ระบุขั้นตอนอย่างละเอียด พร้อมทั้งมีเรื่องของมาตรการการบังคับใช้กฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย civil law นี้จะใช้สัญญาสัมปทาน หรือข้อตกลงที่คล้ายคลึงกันกำหนดการดำเนินงานของเอกชนสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐ⁴⁴

ในขณะที่เมื่อพิจารณาในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ อนุสัญญา UNCAC อันจัดเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดหน้าที่หรือผลในทางกฎหมายขึ้นระหว่างรัฐภาคี⁴⁵ ตามหลัก *Pacta sunt servanda*⁴⁶ ของข้อ 26 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁴⁷ โดยประเทศไทยไม่สามารถที่จะนำสนธิสัญญาดังกล่าวมาใช้ให้มีผลบังคับได้โดยตรงได้⁴⁸ เนื่องจากความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นระบบทวินิยม (Dualism) ดังนั้น สนธิสัญญาย่อมมีอาจเป็นกฎหมายที่คู่ความหรือศาลจะหยิบยกขึ้นมาใช้เป็นกฎหมายแก่กรณีได้ จะต้องมีการแปลงสภาพ (transformation) กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในด้วยการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียก่อน⁴⁹

อนุสัญญา UNCAC ได้วางกฎเกณฑ์ในเรื่องของการป้องกันการคอร์รัปชันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างไว้ในข้อ 9 ของอนุสัญญา และให้รัฐภาคีดำเนินการตามความจำเป็นภายใต้หลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายแต่ละประเทศ ในการกำหนดให้ระบบการจัดซื้อจัดจ้างมี

⁴⁴ APM Group Ltd., *About the PPP Certification Program Guide*, (accessed December 3, 2014), <https://ppp.apmg-international.com/ppp-certification-guide/about-ppp-guide>

⁴⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, สนธิสัญญา*, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), น. 193.

⁴⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (New York : Oxford Press , 2003). p. 591.

⁴⁷ Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

⁴⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48*, น. 52.

⁴⁹ *เรื่องเดียวกัน*, น. 54.

ความโปร่งใส มีการแข่งขัน และมีการตัดสินใจที่ชัดเจน ซึ่งจะนำไปสู่ประสิทธิภาพในการจัดซื้อจัดจ้าง และสุดท้ายแล้วนำไปสู่ป้องกันการคอร์รัปชันที่มีประสิทธิภาพ⁵⁰ ดังนั้น ในส่วนของประเทศไทยจึงต้อง อนุวัติการหรือดำเนินการใดๆ ให้เป็นไปตามข้อกำหนดในสนธิสัญญาในระดับภายในรัฐด้วย กล่าวคือ รัฐจะต้องเป็นผู้พิจารณาว่าจะบัญญัติกฎหมายภายในอย่างไร⁵¹ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว

ดังนั้น เพื่อให้การอนุวัติการกฎหมาย PPPs ของไทยเป็นไปตามพันธกรณีและ สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษา เปรียบเทียบกับ Directive ของสหภาพยุโรปที่เพิ่งประกาศใช้ในปี 2554 เนื่องจากเป็นพัฒนาการของ กฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างในระดับระหว่างประเทศที่มีความเคร่งครัด และได้รับการยอมรับใน ระดับสากลว่าเป็นแนวทางปฏิบัติที่ดี ที่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมี ประสิทธิภาพ และเปรียบเทียบกฎหมายภายในของรัฐที่มีสภาพการลงทุนโครงสร้าง PPPs ใกล้เคียง กับไทย ได้แก่ ประเทศอินเดีย ซึ่งตาม practices guide ของ UNODC ก็ได้ยืนยันว่า โครงสร้าง กฎหมายของประเทศอินเดียนั้น ค่อนข้างมีรายละเอียดที่สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาอัน ส่งผลให้เกิดการป้องกันการคอร์รัปชันที่มีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา ดังนั้น หาก ประเทศไทยได้มีการศึกษาบทเรียนจากการอนุวัติการทั้งในส่วนของกฎหมายอินเดียและประเทศกลุ่ม สหภาพยุโรปแล้ว จะช่วยทำให้การพัฒนากฎหมาย PPPs ของไทย สามารถป้องกันการทุจริตได้อย่าง มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญามากยิ่งขึ้นต่อไป

2.2.1 รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ภายหลังจากการบังคับใช้ของอนุสัญญา UNCAC ได้สร้างความตื่นตัวในเรื่องของการต่อต้านการคอร์รัปชันในหลายประเทศทั่วโลก รวมทั้งในกลุ่ม ประเทศสหภาพยุโรปด้วย⁵² ซึ่งปัญหาการคอร์รัปชันนี้จะมีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ

⁵⁰ กิตติยา คัมภีร์, ผัสสพร นภาวรรณ, และ กฤตวิทย์ จันทรแจ่มใส. แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : บริษัทวิชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, 2558), น. 26.

⁵¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้าวแล้ว เชิงธรรมที่ 48*, น. 197.

⁵² ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2493 มีประเทศสมาชิกในทวีปยุโรป 27 ประเทศ เป็นการรวมกลุ่มระดับภูมิภาคที่ใหญ่ที่สุด ก้าวหน้า มีบทบาทสำคัญต่อทิศทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมระดับโลก โดยสนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon)

สภาพสังคม การพัฒนาเศรษฐกิจ สถานการณ์ทางการเมือง และวัฒนธรรมของประเทศนั้นๆ โดยในปี 2003 ประชาคมยุโรปได้มีนโยบายในการต่อต้านการคอร์รัปชัน (EU policy against corruption) และได้มีการให้คำจำกัดความว่า การคอร์รัปชันเป็นการละเมิดของอำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตน (an abuse of power for private gain) ซึ่งมีตั้งแต่การคอร์รัปชันเชิงนโยบาย (grand/political corruption) ส่งผลกระทบต่อกระบวนการตรากฎหมาย หรือการกำหนดนโยบายของรัฐ ไปจนถึงการคอร์รัปชันเล็กน้อยมาก (petty/administrative corruption) เช่น การคอร์รัปชันของข้าราชการ และบุคคลธรรมดาทั่วไป นอกจากนี้ยังมีการคอร์รัปชันทางเศรษฐกิจ (Economic corruption) ซึ่งเป็นการคอร์รัปชันที่ทำให้เกิดความเสียหายมากที่สุด และส่งผลต่อสถานะการลงทุน⁵³

รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปมีกฎเกณฑ์ที่ใช้ร่วมกัน ซึ่งรัฐสมาชิกต้องมีการถ่ายโอนอำนาจบางอย่างมาที่ประชาคมยุโรป (supranational) ซึ่งบางครั้งเป็นการจำกัดและกระทบต่ออำนาจอธิปไตย⁵⁴ โดย Directive หรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง มีหลักการพื้นฐานสำคัญคือการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) หลักความเท่าเทียมกัน (equal treatment) การแข่งขัน (competition) และความโปร่งใส (transparency) สอดคล้องกับหลักการพันธกรณีข้อ 9 ของ UNCAC⁵⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างของสหภาพยุโรปจะไม่มี Directive บังคับใช้กับโครงการในลักษณะ PPPs อย่างเฉพาะเจาะจงเช่นเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับโครงการ PPPs ในประเทศไทย หรือประเทศอินเดีย แต่ก็มีการพัฒนาจาก Court of Justice of the European Union⁵⁶ ส่งผลให้ EU

⁵³ Velina Lilyanova, “Corruption – still a major problem in several Western Balkan countries”, (accessed January 10, 2015), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557025/EPRS_BRI\(2015\)557025_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557025/EPRS_BRI(2015)557025_EN.pdf) p. 2.

⁵⁴ The source of Community competence is the Constitutive Treaties which decide the aims and objectives of the Communities and the procedures to be followed. The Member States have permanently transferred some of their powers to the Community, thereby limiting their sovereignty.

⁵⁵ EU funded project, “International Legal Tools And Anti-Corruption Efforts Regarding Public Procurement”, (accessed January 18, 2016), <http://eupublicprocurement.org.ua/international-legal-tools-and-anti-corruption-efforts-regarding-public-procurement.html>

⁵⁶ *Ibid.*, 1.

Directive สามารถปรับใช้กับโครงการ PPPs ด้วย เนื่องจากโครงการ PPPs แสดงให้เห็นถึงขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง (public procurement) เช่น วิธีการแบบเจรจาแข่งขัน⁵⁷

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาหลักการและสาระสำคัญของ Directive ที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่จะสามารถนำไปเปรียบเทียบกับกรอบการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ของประเทศไทย ในส่วนที่ 2 ของการศึกษาในครั้งต่อไป และเพื่อให้มีความสะดวกในการทำควมเข้าใจจึงจำแนกกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรป ออกเป็น 4 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม กลุ่มที่ 2 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณูปโภค กลุ่มที่ 3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทาน และกลุ่มที่ 4 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาความเสียหาย ดังนี้

2.2.1.1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม

สำหรับกฎเกณฑ์ในกลุ่มนี้จะประกอบไปด้วย (1) Classic Directive และ (2) the Defence Directive (Directive 2009/81/EC)

(1) Classic Directive (Directive 2004/18/EC and Directive 2014/24/EU)

กฎเกณฑ์แบบดั้งเดิมคือ Directive 2004/18/EC มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้มแข็งให้แก่ระบบตลาดร่วมของยุโรป โดยป้องกันไม่ให้งานของรัฐบาลของประเทศสมาชิก EU เลือกระบอบติตระหว่างบริษัทของคนชาติตน กับบริษัทของคนชาติอื่นในอียู โดยให้มีการเปิดประมูลอย่างโปร่งใส ใช้ระบบ e-procurement⁵⁸ ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างและบริการโดยทั่วไปของภาครัฐ ซึ่งรวมถึง รัฐบาลกลาง รัฐบาลท้องถิ่น หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย สมาคมที่จัดตั้งขึ้นจากการรวมตัวกันของหน่วยงานหลายหน่วยงาน โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้บังคับใช้กับสัญญาบริการอาหาร เครื่องดื่ม งานก่อสร้าง และระบบโทรคมนาคม แต่ไม่รวมการจัดซื้อจัดจ้างบริการที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงระหว่างประเทศ การจัดซื้อจัดจ้างและกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ เรื่องของความร่วมมือ ข้อตกลงที่ไม่ใช่สัญญา โดยสัญญาที่อยู่ภายใต้

⁵⁷ วิธีการแบบเจรจาแข่งขัน (competitive dialogue procedure) ผู้สนใจเข้าร่วมประกวดราคา อาจเป็นฝ่ายเสนอตัวขอมีส่วนร่วมในโครงการจัดซื้อจัดจ้าง โดยหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างจะเปิดเจรจากับ ผู้สนใจดังกล่าวในเรื่องเทคนิคที่โครงการต้องการ รวมถึงข้อกำหนด (requirements) ที่สำคัญอื่นๆ

⁵⁸ คณะผู้แทนไทยประจำประชาคมยุโรป, “กฎหมายอียูและเบลเยียมเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ,” (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2558), <http://www.thaieurope.net>

กฎเกณฑ์นี้จะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำ (threshold)⁵⁹ (ยังไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) มากกว่าหรือเท่ากับ EUR 162000 แต่สำหรับในกรณีของการจัดซื้อสินค้าและสัญญาจัดหารบริการ ของหน่วยงานราชการ ส่วนกลาง และในกรณีที่เป็นสัญญาจัดซื้อสินค้าและสัญญาจัดหารบริการที่ทำโดยหน่วยงานเจ้าของ สัญญาที่ไม่ใช่หน่วยงานราชการส่วนกลาง ต้องมีมูลค่าขั้นต่ำมากกว่าหรือเท่ากับ EUR 249000 ในกรณีของสัญญาก่อสร้างมากกว่าหรือเท่ากับ EUR 6242000⁶⁰ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดให้คณะกรรมการยุโรปมีหน้าที่ในการพิจารณาทบทวนมูลค่าของสัญญาที่กำหนด ทุกๆ สองปี โดยคำนึงถึงสภาวการณ์ สภาพทางเศรษฐกิจและสังคม สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างที่มูลค่าของ สัญญาไม่ถึงที่กำหนดไว้ตามมูลค่าที่กำหนด (threshold) ให้ตกอยู่ภายใต้กฎระเบียบ หรือกฎหมาย ภายในของรัฐนั้นๆ อย่างไรก็ดี Directive นี้ไม่รวมสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ภายใต้สาขาพิเศษ (special sectors) เช่นสาขาโทรคมนาคม (telecomination) เนื่องจากสัญญาเหล่านี้ต้องมีการ เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรืออาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐสมาชิกได้ หรือสัญญาจาก ความตกลงระหว่างประเทศ⁶¹

อนึ่ง Directive ได้กำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง 4 วิธี ได้แก่ วิธีการแบบเปิด open procedures การคัดเลือกจากผู้ผ่านคุณสมบัติ (restricted procedure) การต่อรองราคา (negotiated procedure) การเจรจาแข่งขัน (competitive dialogue procedure) โดยการคัดเลือก ผู้ชนะการประกวดราคา จะใช้หลัก Most Economically Advantageous Tender (MEAT) เป็นการพิจารณาผู้ประกวดราคาโดยคำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่รัฐสูงสุด เช่น ราคา เทคโนโลยี หรือลักษณะเฉพาะอื่นๆ เช่น ความสวยงาม ต้นทุน นอกจากนี้ Directive ยังมีข้อกำหนดคุณสมบัติ ต้องห้ามสำหรับผู้ประกวดราคา เกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคา การคัดค้าน การประกวดราคา และการเยียวยา และ การจัดซื้อจัดจ้างอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งในเวลาต่อมาสหภาพ ยุโรปได้มีการปรับปรุง Directive ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดย Directive 2014/24/EU มีผล เป็นการยกเลิก Directive 2004/18/EC เพื่อให้เกิดความทันสมัยและมีความสะดวกในการทำงานมาก

⁵⁹ Article 7 Directive 2004/18/EC

⁶⁰ Article 16 Directive 2004/18/EC

⁶¹ Blomeyer and San, European initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources and budget, (Brussels: European Union, 2013) p. 20.

ยิ่งขึ้น และช่วยสร้างความชัดเจนในบางประเด็น ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในส่วนของการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในของไทย⁶²

(2) Defence procurement (Directive 2009/81/EC)

ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างสินค้าประเภทสินค้าอ่อนไหว จำพวกเครื่องป้องกัน (defence and sensitive security) เช่น อาวุธ (arms) อาวุธยุทธโศปกรณ์ (munitions) เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน (for defence purpose) ที่มีมูลค่าตั้งนี้ สำหรับงานโยธาเกินกว่า 5 225 000 ยูโร และสำหรับงานจัดหารบริการเกินกว่า EUR 418 000⁶³ โดยมีวัตถุประสงค์ในการทำให้มีกฎเกณฑ์ที่ โปร่งใส (transparency) และเปิดตลาดเสรี (openness) ระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป⁶⁴

2.2.1.2 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณูปโภค

Directive ที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวคือ the Utilities Directive (Directive 2004/17/EC และ Directive 2014/25/EU) ซึ่ง Directive 2004/17/EC มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 30 เมษายน 2004 ใช้กับการจัดซื้อจัดจ้างสินค้าและบริการของหน่วยงานรัฐ รวมถึงสัญญาก่อสร้างในสาขาพิเศษ ประเภทการจัดทำบริการสาธารณูปโภคที่กำหนดใน Directive เช่น การประปา พลังงาน ขนส่ง และบริการไปรษณีย์ โดยระเบียบนี้บังคับใช้กับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น รวมถึงหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย และสมาคมที่จัดตั้งขึ้นจากการรวมตัวของหน่วยงานหลายๆหน่วยงานที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล เช่นเดียวกับ Classic Directives⁶⁵ แต่ไม่ใช้กับการขายต่อ (resale) และการให้เช่า (lease)⁶⁶

⁶² Directive 2014/24/EU

⁶³ European Commission, “Defense procurement”, (accessed February 1, 2015), http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index_en.htm.

⁶⁴ European Commission, “Legal rules and implementation”, (accessed February 1, 2015), http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index_en.htm

⁶⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “โครงการศึกษาแนวทางเจรจา และผลกระทบของการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทยกับสหภาพยุโรป”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2559). <http://www.dtn.go.th/files/FTA/Thai-EU/study/eu-study.pdf>, p. 63.

⁶⁶ This Directive shall not apply to contracts awarded for purposes of resale or lease to third parties, provided that the contracting entity enjoys no special or exclusive right to

โดยสัญญาที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้จะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำ (threshold) สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง⁶⁷ และสัญญาจัดหาบริการ ต้องมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า EUR 499 000 สำหรับสัญญาก่อสร้าง ต้องมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า EUR 6 242 000 ซึ่งคณะกรรมการยุโรป จะพิจารณาบททวนมูลค่าของสัญญาที่กำหนด ทุกๆ สองปี ตามสภาวการณ์สภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น⁶⁸ และ Directive นี้ได้กำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง 3 วิธี คือ วิธีการแบบเปิด (open procedure) วิธีการคัดเลือกจากผู้ผ่านคุณสมบัติ (restricted procedure) และวิธีการต่อรองเจรจา (negotiated procedure) นอกจากนี้ยังมีการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้ประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคา การคัดค้านการประกวดราคา และการเยียวยา และการจัดซื้อจัดจ้างอิเล็กทรอนิกส์ ต่อมาสหภาพยุโรปได้มีการปรับปรุง Directive ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดย Directive 2014/25/EU หรือที่เรียกว่า Utilities directive บังคับใช้แทนที่ Directive 2004/17/EC ซึ่งจะมีการเพิ่มเติมให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องคำนึงถึงหลักการของความโปร่งใส (transparency) และการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (equal treatment)⁶⁹ โดยยกเลิกความแตกต่างของบริการ Part A และ Part B เนื่องจากปัจจุบันประเภทบริการที่ระบุอยู่ในภาคผนวก Part B ได้รับการยกเว้นอย่างแน่นอนใน Directive ดังกล่าว และนำไปรวมกันเป็นบริการพิเศษ (specialist services) ซึ่งรวมถึงบริการด้านกฎหมาย สังคม และด้านการศึกษา ดังนั้น หน่วยงานจำพวก London Underground, Network Rail, BAA บริษัทกำจัดน้ำเสียและสิ่งปฏิกูล ผู้จัดจำหน่ายสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ภูมิภาค (regional electricity distributors) ก็ต้องดำเนินการตาม Directive 2014/25/EU

sell or lease the subject of such contracts, and other entities are free to sell or lease it under the same conditions as the contracting entity.

⁶⁷ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างสินค้าและบริการ หมายถึง สัญญาเพื่อประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน (pecuniary) โดยทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่า ตามที่อ้างถึงใน ข้อ 2(2) และ contractors, supplier และผู้จัดหาบริการ (service provide)

⁶⁸ มูลค่าขั้นต่ำที่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 1 มกราคม 2008 สำหรับสัญญาจัดซื้อสินค้า และสัญญาจัดหาบริการ ต้องมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า EUR 400 000 สำหรับสัญญาก่อสร้าง ต้องมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า EUR 5 000 000

⁶⁹ Rita Beuter, "The Scope of Directive 2014/24/EU on Public Procurement, European Institute of Public Administration", (accessed May, 1, 2016), http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20141120085834_EIPASCOPE_2014_RBE.pdf, p. 40.

2.2.1.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทาน

Directive ที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว คือ the Concessions Directive (Directive 2014/23/EU) สำหรับการปรับปรุง directive ใหม่ในปี 2014 มีการเพิ่มเติม Directive สำหรับการตัดสินผู้ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาสัมปทาน ซึ่งเป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับสัมปทานได้รับสิทธิในการหาประโยชน์ที่เป็นตัวเงินในการจัดหาสินค้าหรือบริการ เช่น สะพานเก็บค่าผ่านทาง (toll bridge) หรือทางหลวง (Toll road) นอกจากนี้ EU treaty มุ่งเน้นที่จะทำให้มีการอนุญาตหรือฟื้นฟูสัมปทานข้ามพรมแดน (cross-border)⁷⁰ ดังนั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงปรับใช้กับสัญญาสัมปทานงานโยธา และงานบริการโดยภาครัฐ หรือเพื่อสาธารณะ โดยมีมูลค่าประมาณเกินกว่า EUR 5,000,000⁷¹

2.2.1.4 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเยียวยาความเสียหาย

Directive ที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว คือ the Remedies Directives (Directive 92/13/EEC) (Directive 89/665/EEC) เนื่องจากการเยียวยาความเสียหาย เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทบทวนภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่จะช่วยให้แน่ใจว่า มีการเยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพกับรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทั้งหมด หากผู้ที่เข้าร่วมการประมูลได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเยียวยาผลจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (EU law) มากกว่าการปกป้องสิทธิของปัจเจกบุคคล (individual rights) โดยแบ่งประเภทของ directive เป็นสองประเภท คือ การเยียวยาสำหรับสาขาสาธารณูปโภค (utilities sector) และการเยียวยาสำหรับภาครัฐ (public sector) แต่อย่างไรก็ดี ในปี 2007 มีการยกเลิก directive ทั้งสองและประกาศใช้เป็น Directive เดียว คือ Directive 2007/66/EC โดยมีสาระสำคัญที่เพิ่มเติมในเรื่อง “standstill period” ให้มีช่วงเวลาอย่างน้อย 10 วันหลังการตัดสินว่าผู้เข้าร่วมประมูลรายใดรายหนึ่งชนะการประมูล และได้รับคัดเลือกให้ลงนามในสัญญาภาครัฐ โดยก่อนลงนามในสัญญาต้องเปิดโอกาสให้ผู้เข้าร่วมประมูลรายอื่นตรวจสอบ และทบทวนกระบวนการภายในระยะเวลาที่กำหนด⁷² ตลอดจนปรับปรุงข้อเสนอเพื่อยื่นต่อหน่วยงานรัฐใหม่อีกครั้งหนึ่งได้ และได้มีการปรับปรุงอีกครั้งเมื่อ

⁷⁰ Stephen Wisking, Kim Dietzel, Craig Pouncey and Molly Herron, “Competition, regulation and trade e-bulletin”, (accessed May,1, 2016), <http://hsfnotes.com/litigation/wp-content/uploads/sites/7/2012/05/Competition-bulletin.pdf>.

⁷¹ EUR 5 186 000

⁷² Remedies Directives, Review of the Directives in 2007

2008 เพื่อเร่งระยะเวลาการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างฯ ให้เร็วขึ้นในภาวะวิกฤติเศรษฐกิจจาก 87 วัน เป็น 30 วัน ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ใน ช่วง 2009-2010 ในโครงการของรัฐขนาดใหญ่⁷³

2.2.2 ประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียเป็นประเทศที่มีนโยบายด้านการพัฒนาการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานค่อนข้างมาก โดยในปี 2013 ประเทศอินเดียมีการลงทุนในรูปแบบของโครงการ PPPs จำนวน 881 โครงการ มูลค่ารวมเกินกว่า INR5.4 trillion (ประมาณ 2.8 ล้านล้านบาท) และส่วนใหญ่เป็นโครงการก่อสร้างถนน คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 52 ของโครงการทั้งหมด⁷⁴ ทั้งนี้ ประเทศอินเดียมีการปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ของ UNCAC โดยการปรับปรุงกฎหมายภายในหลายฉบับ ซึ่งเป็นแนวทางการปรับใช้ที่ประชุมใหญ่รัฐภาคี UNCAC ให้การยอมรับว่าเป็นการปรับใช้ที่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC⁷⁵ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่การศึกษาในครั้งนี้ ต้องพิจารณาหลักการและสาระสำคัญของกฎหมายอินเดียที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง และโครงการร่วมลงทุนในลักษณะ PPPs เพื่อที่จะสามารถนำไปเปรียบเทียบการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ของประเทศไทย ในส่วนที่ 2 ของการศึกษาในครั้งนี้ต่อไป และเพื่อให้มีความสะดวกในการทำความเข้าใจจึงจำแนกกฎหมายออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุนในลักษณะ PPPs และกลุ่มที่ 2 กฎเกณฑ์อื่นๆที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.2.2.1 กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุนในลักษณะ PPPs

(1) Public Procurement Bill 2012

การจัดหาสินค้าและบริการในประเทศอินเดียเดิมมีเพียง The General Financial Rules (GFR) พัฒนาขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ตามบทที่ 6 ว่าด้วยเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างสินค้าและบริการ ในขณะที่บทที่ 8 ในเรื่องของการบริหารสัญญา

⁷³ คณะผู้แทนไทยประจำประชาคมยุโรป, *กฎหมายอียูและเบลเยียมเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ*, (สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2559), <http://news.thaieurope.net/content/view/3210/227/>

⁷⁴ Ernst & Young LLP and The Federation of Indian Chambers of Commerce and Industry, *Public Private Partnership The next continuum*, (India : Ernst & Young LLP Publisher, 2013.), p. 4.

⁷⁵ UNODC, *India: Probity in Public Procurement* (Austria: United Nation Publication, 2013), p. 26.

ซึ่งรัฐบาลทุกรัฐบาลจะยอมรับ และยึดมั่นหลักการที่กำหนดไว้ใน GFRs⁷⁶ แต่อย่างไรก็ดี GFRs นั้น เป็นกฎหมายในระดับ sub – national level จึงยังขาดบทบัญญัติที่ครอบคลุมในเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐบาลกลาง นอกจากนี้มีกระทรวงที่ใช้กฎเกณฑ์เฉพาะแตกต่างกันถึง 35 กระทรวง ประกอบกับ ประเทศอินเดียนั้นเป็นสหพันธรัฐ มลรัฐ 26 รัฐในประเทศอินเดียและหน่วยงานกลาง ภาครัฐมีกฎเกณฑ์ด้านการคลังทั่วไปของตัวเอง แต่อยู่บนพื้นฐานของ GFR โดยบางรัฐมีกฎหมาย สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างของตนเองแล้วเช่น รัฐ Tamil รัฐ Nadu และรัฐ Karnataka

เนื่องจากการที่ GFRs ไม่มีสถานะทางกฎหมาย และไม่ได้บัญญัติ บทลงโทษไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นกรอบกฎเกณฑ์ที่ทำให้เกิดความเสี่ยงของการคอร์รัปชัน การสมรู้ร่วมคิด การยกย่ายถ่ายเทพริพย์สิน ดังนั้น หลังจากทีอินเดียได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC จึงมีความ จำเป็นที่ต้องมีกรอบแนวปฏิบัติที่เข้มแข็งเพื่อทำให้สถานการณ์การคอร์รัปชันลดน้อยลง รัฐบาล อินเดียจึงปรับปรุงให้กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁷⁷ เริ่มต้นจากการที่ กระทรวงการคลังได้กำหนดให้มีการร่าง Public Procurement Bill 2012 เพื่อใช้บังคับกับกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้างสำหรับรัฐบาลกลางและการลงทุนในภาครัฐ (Public Sector undertaking (PSUs))⁷⁸ การลงทุนในบริษัทที่รัฐเป็นเจ้าของเกินร้อยละ 50⁷⁹ แต่ไม่บังคับใช้กับการจัดซื้อของมลรัฐ (States) และ รัฐบาลท้องถิ่น (local government) ต่อมารัฐบาลกลางได้มีการร่าง The Public Procurement Bill 2012 ซึ่งได้รวบรวมกฎเกณฑ์จาก Draft Rules for PPP 2011 เพื่อบังคับใช้กับการ จัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐบาลกลาง (central government) และไม่ได้ใช้กับรัฐ (the states) เนื่องจาก ผู้มีส่วนได้เสียหลายภาคส่วนในสังคมประเทศอินเดียต้องการที่จะเห็นระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่มี

⁷⁶ The Library of Congress, “Government Procurement Law and Policy: India”, <https://www.loc.gov/law/help/govt-procurement-law/india.php>, (access May,1,2016).

⁷⁷ UNODC, *supra note 75*, p. 11.

⁷⁸ Jaijit Bhattacharya and Arijit Sen, “Issues in Public Procurement The Public Procurement Bill 2012”, (accessed May 12, 2016), <http://egov.eletsonline.com/2012/10/issues-in-public-procurement-the-public-procurement-bill-2012>

⁷⁹ Mukul G. Ashertarun Sharma Shahana Sheikh, “Revamping public procurement”, (accessed March,12,2016), <http://www.thehindu.com/opinion/op-ed/revamping-public-procurement/article7130910.ece>

ประสิทธิผล⁸⁰ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้เกิดการจัดซื้อจัดจ้างที่มีประสิทธิภาพ และเกิดความโปร่งใส (transparency) และ เกิดความคุ้มค่า (value for money)

กฎหมายการร่วมทุนของอินเดีย มีการแบ่งระยะของโครงการเป็น 4 ระยะ คือ การระบุโครงการ การพัฒนาโครงการ การจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารสัญญา การปฏิบัติ ตามสัญญาและการกำกับดูแลสัญญาร่วมทุน ซึ่งในมุมมองของประเทศอินเดีย เห็นว่า การร่วมลงทุน ในรูปแบบ PPPs นี้เป็นรูปแบบหนึ่งของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (public procurement) ดังนั้น ประเทศอินเดียจึงมีการยอมรับพันธกรณีข้อ 9 เรื่องการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังภาครัฐ มาปรับใช้กับทั้งการจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา และการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs⁸¹ ซึ่งต่อมา แม้ว่าร่าง กฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้รับการเห็นชอบจากสภาและตราเป็นพระราชบัญญัติ เนื่องจาก ความไม่ มั่นคงทางการเมืองในประเทศอินเดียก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีปี พ.ศ. 2557 รัฐบาลอินเดียมีความพยายาม ที่จะนำ the Public Procurement Bill 2012 มาปรับปรุงและเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาอีกครั้ง⁸² เนื่องจาก เห็นว่ากฎหมายได้ถูกตรวจสอบความสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่าง ประเทศ และได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC⁸³

(2) Draft PPP rules 2011

ในปี 2014 (พ.ศ. 2557)⁸⁴ รัฐบาลกลางของอินเดียได้มีการ ประกาศนโยบายใน Budget Speech เน้นการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานขนาดใหญ่ เช่น ทางด่วน (highways) ท่าเรือ (port) และท่าอากาศยาน (airports) ในรูปแบบ PPPs โดยเน้นการพัฒนา เศรษฐกิจ และดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนต่างประเทศ จึงได้มีการจัดทำ green paper "National Public Private Partnership Policy (2011)" และ กฎเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง (Draft PPP rules 2011) สำหรับโครงการ PPPs ขึ้น โดยมีโครงสร้างของกฎเกณฑ์เป็น 4 ขั้นตอน ได้แก่

⁸⁰ CUTS International, "Comments on The Public Procurement Bill 2012", (accessed March,12,2016), http://www.cuts-international.org/pdf/CUTS-Comments_on_The_Public_Procurement_Bill_2012.pdf

⁸¹ UNODC, *supra note* 75, p. 20-23.

⁸² Mukul G. Asher, Tarun Sharma and Shahana Sheikh, *supra note* 79, p. 5.

⁸³ India's 2012 Bill with some of the established international best practices in the field of public procurement. These best practices are based on the UNCITRAL's Model Law 2011

⁸⁴ ASTV ผู้จัดการออนไลน์, "อินเดียโหว! ลงทุนโครงสร้างพื้นฐานจะช่วย "ติดปีก" เศรษฐกิจแดนภารตะ," (สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2559), <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9580000024280>.

Phase 1: Identification เป็นการกำหนดโครงการ เป็นการวางแผน พิจารณาความคุ้มค่าทางการเงิน

Phase 2: Development การพัฒนาโครงการ เป็นการพิจารณาผลตอบแทนและความเสี่ยงต่างๆ อันการเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ

Phase 3: Procurement พิจารณาการจัดทำเอกสารยื่นข้อเสนอ และเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เพื่อให้ได้ผู้รับสัมปทาน โดยอยู่บนพื้นฐาน ความโปร่งใส ความรับผิดชอบ ไม่เลือกปฏิบัติ การแข่งขันที่เป็นธรรม เป็นต้น

Phase 4: การบริหารสัญญาและกำกับดูแล (Contract management and monitoring) โดยกำกับติดตามตลอดอายุสัญญา⁸⁵

แต่อย่างไรก็ดี ร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้รับการเห็นชอบจากสภา เช่นเดียวกับ Public Procurement Bill 2012 เนื่องจาก ความไม่มั่นคงทางการเมือง แต่อย่างไรก็ดี หลักการของ Draft PPP rules 2011 นี้ได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ว่าสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศ และสอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อ 9 ของ UNCAC⁸⁶ และสามารถเป็นแนวทางในการอนุวัติการกฎหมายภายในของรัฐ ให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐบาลอินเดียจึงนำหลักการจากร่างกฎหมายทั้งสองฉบับ มาบรรจุใน Guideline และเผยแพร่ในเว็บไซต์ให้สาธารณชนได้รับทราบและปฏิบัติ อันส่งผลให้ประเทศอินเดีย ซึ่งมีอันดับของ TI ในปี พ.ศ. 2554 อยู่ในอันดับที่ 87 เป็นอันดับที่ 76 ในปี พ.ศ. 2558⁸⁷

2.2.2.2 กลุ่มที่ 2 กฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

สำหรับในประเทศอินเดียนั้น การอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาในเรื่องของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐนั้น นอกจากจะมีการร่างกฎหมายขึ้นสองฉบับดังที่ได้กล่าวไปในกลุ่มที่ 1 แล้ว ยังประกอบไปด้วยกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง อันเป็นมาตรการที่สำคัญในการทำให้การอนุวัติการพันธกรณีดังกล่าว เป็นไปอย่างครบถ้วนอีกด้วย ประกอบไปด้วย กฎหมายสำคัญจำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ Annual Financial Acts , Delegation of

⁸⁵ Blake Dawson, *Infrastructure briefing Indian Government publishes green paper on draft national PPP policy 2011: Part 1 – overview*, Ashurst LLP, 2011 https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=6506 (access March,12,2016).

⁸⁶ UNODC, *India: Probity in Public Procurement* , p.26.

⁸⁷ Transparency International, CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX

Financial Power Rules, 1978, Prevention of Corruption Act, 1988 และ Prevention of Money Laundering Act, 2002 ดังนั้น ลำดับต่อไปจะพิจารณาสาระสำคัญของกฎหมายแต่ละฉบับ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ Annual Financial Acts

พระราชบัญญัตินี้จะมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการจัดเก็บรายได้ของรัฐ ทั้งในส่วนของภาษีทางตรง เช่น อัตราภาษีเงินได้ ข้อกำหนดพิเศษเรื่องการจัดเก็บรายได้จากกองทุน investment fund หรือ กองทุนอื่นๆ และภาษีทางอ้อม เช่น ภาษีศุลกากร ภาษีบริการ เรื่องกองทุนสวัสดิการผู้สูงอายุ (Senior Citizens' Welfare Fund) ตลอดจนมีส่วนของการบัญชีและการตรวจสอบบัญชี ให้ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของ Comptroller and Auditor-General of India⁸⁸

(2) กฎเกณฑ์การมอบอำนาจด้านงบประมาณ (Delegation of Financial Power Rules, 1978)

เป็นกฎเกณฑ์ (rules) ที่ใช้กับรัฐบาลกลาง โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดการมอบอำนาจของ (1) Departments of the Central Government (2) administrators of Union Territories (3) Head of Departments และ (4) Head of Offices⁸⁹

(3) Prevention of Corruption Act, 1988

เป็นกฎหมายที่กำหนดในเรื่องของความผิดและบทลงโทษ เจ้าหน้าที่รัฐตามที่ได้กำหนดไว้ในบทนิยาม การสืบสวนสอบสวนคดีตามพระราชบัญญัตินี้⁹⁰ โดยในปี 2013 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบางส่วนเพื่อให้กฎหมายนี้สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายต่อต้านการทุจริตในประเทศ (domestic anti corruption law) ได้ดียิ่งขึ้น และทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยมีการเพิ่มโทษต่ำสุดจาก 6 เดือนเป็น 3 เดือน และจากโทษสูงสุด 5 ปี เป็น 7 ปี ซึ่งคณะรัฐมนตรีของอินเดียได้มีมติเห็นชอบหลักการของพระราชบัญญัติดังกล่าวในปี พ.ศ. 2558⁹¹

⁸⁸ The Finance act, 2015.

⁸⁹ Delegation of financial power rules, 1978

⁹⁰ The prevention of corruption act, 1988

⁹¹ Jatin Gandhi, "Cabinet clears stronger anti-corruption Act", (accessed March 5, 2016) <http://www.thehindu.com/news/national/cabinet-clears-amendments-to-anticorruption-act/article7154111.ece>

(4) Prevention of Money Laundering Act, 2002

พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกัน การฟอกเงิน และเพื่อนำไปสู่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยจะมีบทนิยามของความผิดฐานฟอกเงิน และบทลงโทษ ตลอดจนคำพิพากษาและขั้นตอนของการยึดทรัพย์ รวมถึงมีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของธนาคาร และสถาบันการเงิน⁹²

2.2.3 ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น รัฐบาลได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการทุจริต โดยเห็นว่าเป็นวาระแห่งชาติมาโดยตลอด ซึ่งภายหลังจากที่ได้ลงนามในอนุสัญญา UNCAC เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2546 และประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาโดยมีผลเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2554 ก็ได้มีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอย่างต่อเนื่อง ตามข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC ที่เห็นว่า ประเทศไทยมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องดำเนินการในส่วนของมาตรการป้องกันให้เกิดเป็นรูปธรรม เนื่องจากการแก้ปัญหาการทุจริตไม่อาจประสบความสำเร็จได้ โดยการปราบปรามเท่านั้น ซึ่งสังคมที่ขาดมาตรการป้องกันที่เข้มแข็งและต่อเนื่อง เป็นสาเหตุหลักประการหนึ่งของความล้มเหลวกับการจัดการกับปัญหาการทุจริตในสังคมไทย⁹³

การศึกษาการอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณีของโครงการ PPPs ในครั้งนี้ จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณี ข้อ 9 ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับพันธกรณีอย่างไร และสามารถรองรับหรืออนุวัติการพันธกรณีของอนุสัญญาได้มากน้อยเพียงใด อันจะนำไปสู่การพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมและสามารถป้องกันการทุจริตของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพในปัจจุบันหรือไม่ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศ เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอในส่วนที่ 2 ของการศึกษาในครั้งนี้ต่อไป และเพื่อให้มีความสะดวกในการทำความเข้าใจเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนจึงจำแนกกฎเกณฑ์ออกเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ กลุ่มที่ 2 การบริหารการคลังของรัฐ และกลุ่มที่ 3 กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

⁹² Prevention of Money Laundering Act, 2002

⁹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, (สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2559), https://www.nacc.go.th/images/research_sawean/Exclusive.pdf, น. 14.

2.2.3.1 กลุ่มที่ 1 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา UNCAC ในส่วนของข้อ 9 ประกอบกับการปรับใช้พันธกรณีจากคู่มือ India: Probity in Public Procurement แล้วพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทย ได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจ ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น มีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำระบบจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสม มีประสิทธิผล ตามพันธกรณีข้อ 9.1(ก) – (จ) และมาตรการที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดการการคลังของรัฐ ตามพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) – (จ) ซึ่งการจะพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวได้มีการรองรับพันธกรณีมากน้อยเพียงใด มีความจำเป็นต้องศึกษาในส่วนของสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายก่อน ดังนี้

(1) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ นับเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารพัสดุภาครัฐ (public commodity management) เริ่มจากในปี 2475 รัฐบาลมีการก่อตั้ง “กรมพัสดุแห่งชาติ” โดยยึดหลักการการจัดหาพัสดุแบบรวมทำการ (centralized procurement) เป็นการจัดหาสินค้ารวมระดับประเทศ ซึ่งต่อมารัฐบาลได้ยุบกรมพัสดุแห่งชาติและกำหนดให้หน่วยงานราชการต่างๆ แยกกันจัดหาพัสดุโดยกำหนดให้ดำเนินการภายใต้ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 และ “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498” ต่อมามีการรวมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีทั้งสองเข้าด้วยกัน ในปี พ.ศ. 2521 ซึ่งนอกจากจะเป็นการรวบรวมระเบียบว่าด้วยการพัสดุและการจ้างไว้ด้วยกัน สำนักนายกรัฐมนตรีในฐานะผู้รักษาการระเบียบยังได้ประมวลแนวทางที่ปรากฏในมติคณะรัฐมนตรีและหนังสือเวียนต่างๆ ในอดีตรวมเข้าไว้ด้วยกันในระเบียบพัสดุนับนี้ด้วย มีวิธีการจัดหา 5 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ และวิธีกรณีพิเศษ⁹⁴

⁹⁴ กิตติยา คัมภีร์ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 50*, น. 48.

ระเบียบดังกล่าวใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหมด 6 ครั้ง จำนวน 7 ฉบับ โดยฉบับที่ใช้ล่าสุดคือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2545 ต่อมาเพิ่มการจัดหาอีกหนึ่งวิธีคือ วิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด หรือที่รู้จักกันในชื่อ e-Auction ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐในปัจจุบันสามารถกระทำได้ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ และวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์

(2) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทาง

อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

ในปี 2549 ได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เพื่อรองรับวิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์โดยกำหนดให้เริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 ซึ่ง ในระเบียบดังกล่าวได้มีการนิยามคำว่า “การพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า การจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการซื้อหรือการจ้างแต่ไม่รวมถึงการจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษที่สามารถทำได้ตามระเบียบอื่น โดยกำหนดให้ผู้เสนอราคาได้เสนอราคาแข่งขันกันเองด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ภายในระยะเวลา และ ณ สถานที่ที่กำหนดโดยไม่เปิดเผยตัวเลขที่มีการเสนอราคา (Sealed Bid Auction) และระเบียบดังกล่าวใช้บังคับกับการจัดซื้อพัสดุของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ และใช้กับการจัดหาพัสดุมูลค่าตั้งแต่ 2 ล้านบาทขึ้นไป เว้นแต่จะได้รับอนุญาต จาก กว.พ.อ. ให้จัดหาด้วยวิธีอื่น

(3) ระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจ

การที่รัฐวิสาหกิจทุกแห่งยังคงต้องให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน เป็นผู้สอบบัญชี ตามพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 และระเบียบว่าด้วยการบัญชี และการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2520 ดังนั้น แม้รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง จะมีการร่างระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นของตนเอง แต่โดยส่วนใหญ่จะอาศัยอ้างอิงหลักการตามที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้างต้น โดยอาจมีการปรับปรุง แก้ไขเปลี่ยนแปลงในบางข้อ เพื่อให้มีความคล่องตัวในทางปฏิบัติมากยิ่งขึ้น⁹⁵

⁹⁵ กรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ, “การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโครงการศึกษาผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าเสรีภายใต้กรอบอาเซียน+3 และอาเซียน+6และแนวทางการเจรจาที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2559), <http://www.dtn.go.th/files/94/Vijai/2/12.pdf> น. 2.

(4) ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

ภาครัฐ พ.ศ.

ร่างกฎหมายฉบับนี้เป็นการเพิ่มความคล่องตัวและยกระดับกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยให้มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติ จากเดิมที่มีสถานะเป็นเพียงระเบียบและข้อบังคับ⁹⁶ ซึ่งรายละเอียดของกฎหมายนี้ได้ถูกออกแบบให้มีความสอดคล้องกับกรอบแนวคิดของกฎหมายต่างประเทศ คือ UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services with Guide to Enactment⁹⁷ โดยมีขอบเขตการใช้บังคับในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณ และใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐที่หมายรวมถึง ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรกิจของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁹⁸ แต่อย่างไรก็ดีการจัดซื้อจัดจ้างตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มิได้มีความหมายครอบคลุมไปถึงการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แต่อย่างใด โดยในขณะที่ทำการศึกษาครั้งนี้ (ณ เดือนสิงหาคม) สถานะล่าสุดของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐแล้ว และอยู่ระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังนั้น ร่างกฎหมายฉบับนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการพัฒนาระบบจัดซื้อจัดจ้างในประเทศไทย ซึ่งอาจทำให้สามารถอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ได้เหมาะสมมากยิ่งขึ้นในอนาคต

⁹⁶ สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, กรมบัญชีกลาง, “เอกสารประกอบการฝึกอบรม เรื่อง ความรู้เกี่ยวกับการบริหารงานพัสดุภาครัฐและความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่” ณ โรงแรม ดิ เอ็มเมอร์อัลด์ ถนนรัชดาภิเษก, 16-17 มิถุนายน 2559).

⁹⁷ ชาวประชาสัมพันธ์จากกลุ่มสารนิเทศการคลัง สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง, (สืบค้นเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2559), <http://www.thaigov.go.th/index.php/th/news-ministry/2012-08-15-09-16-10/item/105096>

⁹⁸ ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ฉบับเสนอต่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ วันที่ 7 กรกฎาคม 2559

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

การให้สัมปทานแก่ภาคเอกชนของประเทศไทยนั้น เริ่มต้นตั้งแต่ สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานให้บริษัทเดนมาร์กสร้างทางรถไฟสายกรุงเทพ – สมุทรปราการ โดยมีกฎหมายที่ใช้ควบคุมการดำเนินการของภาคเอกชน ฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 ต่อมาในปี พ.ศ. 2515 รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดสามารถอนุมัติการให้สัมปทานแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการสาธารณูปโภคได้อย่างง่ายดาย เกิดปัญหาการทุจริตอย่างมาก⁹⁹ ต่อมาช่วงรัฐบาลของนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี จึงเกิดแนวคิดในการวางกรอบการให้เอกชนร่วมการงานที่เกิดความโปร่งใส จึงมีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535¹⁰⁰ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานในลักษณะของ PPPs เท่านั้น และป้องกันการทุจริตในการได้รับสัมปทานในโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ¹⁰¹ ทำให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวประกอบไปด้วยบทบัญญัติเพียง 5 หมวด ได้แก่ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 การเสนอโครงการ หมวด 3 การดำเนินโครงการ หมวด 4 การกำกับดูแลและติดตามผล และหมวดที่ 5 บทเฉพาะกาล

พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการในการเริ่มวิเคราะห์โครงการภาครัฐและคัดเลือกบุคคลเข้ามาร่วมดำเนินการในโครงการต่างๆของรัฐ ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบริหารโครงการ การติดตามโครงการ โดยมีการกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการเข้าร่วมงาน ซึ่งจากการศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 โดยท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส มีความเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดให้คณะกรรมการคัดเลือกนำผลการคัดเลือกพร้อมเหตุผล ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญา และเอกสารทั้งหมดเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรี

⁹⁹ สุภัญญา นาชัยเวียง, “การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ.” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, ตอน 1, (เมษายน 2542):, น. 7-8

¹⁰⁰ กลุขณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) น. 120-123.

¹⁰¹ The law’s intention is to prevent corruption in granting rights or concessions

พิจารณานั้น ถือว่าเป็นกระบวนการที่กำหนดให้มีความโปร่งใส และเป็นหลักเกณฑ์ที่ดีกว่าการให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดมีอำนาจเพียงผู้เดียวในการอนุมัติโครงการ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าว จะได้มีการกำหนดขั้นตอนกระบวนการพิจารณาจัดทำโครงการของรัฐ โดยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการศึกษาวิเคราะห์โครงการก็ตาม แต่ยังมีประเด็นปัญหาว่า การเริ่มต้นโครงการของรัฐในลักษณะของ PPPs นี้ยังขาดสภาพบังคับในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการทำประชาพิจารณ์อย่างจริงจัง และการที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วม หรือมีส่วนร่วมน้อยในการดำเนินโครงการต่างๆของรัฐ ก็ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการคอร์รัปชันในโครงการได้โดยง่าย นอกจากนี้ ยังพบประเด็นปัญหาการคำนวณมูลค่าของโครงการที่จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ว่าจะมีลักษณะเป็น “โครงการ” ตามคำนิยามที่ระบุไว้หรือไม่ และต้องนำทรัพย์สินหรือมูลค่าส่วนใดบ้างมาคำนวณ ซึ่งปัญหาการคำนวณมูลค่าของโครงการนี้ต้องเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐพึงระมัดระวังเพื่อมิให้เกิดปัญหาข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนหรือเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงต่างๆ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยพฤติการณ์ที่ส่อไปในในทางที่จะไม่ให้โครงการของรัฐดำเนินการไปตามกระบวนการของกฎหมาย เช่น การแบ่งส่วนโครงการย่อยลงไปมิให้วงเงินจำนวนถึง 1,000 ล้านบาท หรือเป็นลักษณะของการปรับปรุงโครงการเป็นระยะ โดยระยะเวลาเริ่มต้นนั้นวงเงินไม่ถึง 1,000 ล้านบาท แต่ในระยะต่อมาปรับเพิ่มวงเงินเป็นช่วงๆ โดยถือว่าแต่ละช่วงที่ปรับมีวงเงินลงทุนไม่ถึง 1,000 ล้านบาท ก็อาจถือว่าเป็นวิธีการหรือพฤติการณ์ที่ส่อไปในทางไม่สุจริตได้¹⁰²

(6) พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556

ต่อมาได้มีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 โดยมีการเพิ่มเติมหลักการของการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs ต้องคำนึงถึง ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ การยึดถือวินัยการเงินการคลัง ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง การจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสมของโครงการระหว่างรัฐกับเอกชน สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้ให้บริการ และการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน

¹⁰² แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ คณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, น. 251 – 259.

2.2.3.2 กลุ่มที่ 2 การบริหารการคลังของรัฐ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา UNCAC ในส่วนของข้อ 9 ประกอบกับการปรับใช้พันธกรณีจากคู่มือ India: Probity in Public Procurement แล้วพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502¹⁰³ ระบุว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. 2548 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่า ด้วยวินัยการงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 มาตรการที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดการการคลังของรัฐ ตามพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) – (จ) ซึ่งการจะพิจารณาว่า กฎหมายดังกล่าวได้มีการรองรับพันธกรณีอย่างน้อยเพียงใด มีความจำเป็นต้องศึกษาในส่วนของสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายบทหลักที่ควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณอย่างรัดกุม รอบคอบ ความเป็นมาของกฎหมายฉบับนี้ เกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายฉบับเดิมเกี่ยวกับวิธีการงบประมาณและบัญชีการเงินแผ่นดินยังไม่เหมาะสม จึงต้องมีกฎหมายที่กำหนดแผนการเงินประจำปี และให้มีการประมวลบัญชีและรายงานเกี่ยวกับรายรับรายจ่ายทั้งสิ้นของแผ่นดิน โดยตามกฎหมายนี้ ได้มีการให้ความหมายของคำว่า งบประมาณรายจ่ายประจำปี ปีงบประมาณ และความหมายของคำว่า รัฐวิสาหกิจ มีการกำหนดว่าค่าของงบประมาณประจำปีนั้น ต้องประกอบไปด้วยอะไรบ้าง และขั้นตอนของการเสนอของบประมาณนั้นมีกระบวนการอย่างไร¹⁰⁴ ซึ่งในความเห็นผู้เขียน กฎหมายดังกล่าวค่อนข้างใช้มาเป็นระยะเวลานาน

(2) ระบุว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. 2548

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญานั้น ให้ความสำคัญกับความคุ้มค่าของการใช้จ่ายเงินงบประมาณ ดังนั้น ในบริบทของประเทศไทยจึงต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 อันเป็นบทบัญญัติที่ควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณประจำปี จึงได้มีการออกระเบียบอันเป็นกฎหมายลำดับรองเพื่อทำให้การบริหารจัดการงบประมาณ สอดคล้องกับกฎหมายบทหลักมากยิ่งขึ้น พร้อมทั้งทำให้การจัดสรรงบประมาณให้กับส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ อันเป็นหน่วยงานของรัฐ เกิดประโยชน์สูงสุดและมีความคุ้มค่า โดยจะมีการคำนึงถึงเป้าหมายระดับชาติ และการใช้เงินงบประมาณให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ของประเทศ

¹⁰³ เฟิงอ้วง, น. 252.

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502.....

ซึ่งหลักการยังคงคำนึงถึงการใช้จ่ายตามเอกสารงบประมาณประกอบพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือเพิ่มเติมแล้ว¹⁰⁵

(3) ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัย

การงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยการงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 เพื่อช่วยควบคุมวินัยการงบประมาณและการคลังโดยกำหนดโทษปรับทางปกครองเพื่อเป็นเครื่องมือในการลงโทษ¹⁰⁶

2.2.3.3 กลุ่มที่ 3 กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา UNCAC ในส่วนของข้อ 9 ประกอบกับการปรับใช้พันธกรณีจากคู่มือ India: Probity in Public Procurement แล้วพบว่า การอนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีข้อ 9 อย่างสมบูรณ์นั้น นอกจากจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารการคลังของรัฐโดยตรงแล้ว ยังมีกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับในรัฐภาคีอันมีผลเป็นการรองรับพันธกรณีดังกล่าวด้วย ดังนั้น การจะพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวได้มีการรองรับพันธกรณีมากน้อยเพียงใด มีความจำเป็นต้องศึกษาในส่วนของสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาในข้อ 9.1 (ก) นั้น มีเจตนารมณ์ให้รัฐภาคีจัดทำระบบจัดซื้อจัดจ้างที่มีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใส โดยต้องมีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับวิธีการและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์โดยตรงเกี่ยวกับการได้รับเลือกให้ทำสัญญา ดังนั้น เมื่อพิจารณาในบริบทการปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เกี่ยวข้องกับพันธกรณีดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีบทบัญญัติของข้อยกเว้นบางกรณีที่ไม่ต้องเปิดเผยที่แจ้งชัด ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงมุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ประชาชนต้องรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ควบคู่ไปกับการรับรู้สิทธิหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่ อันจะทำให้ระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย มีความยั่งยืนต่อไป ซึ่งเนื้อหาของพระราชบัญญัติ

¹⁰⁵ ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. 2548

¹⁰⁶ สิริลักษณ์ คอมันตร์ และคณะ, การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 61.

ดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วย 7 หมวด ได้แก่ หมวด 1 การเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร หมวด 2 ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ต้องเปิดเผย หมวด 3 ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมวด 4 เอกสารประวัติศาสตร์ หมวด 5 คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ หมวด 6 คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร หมวด 7 บทกำหนดโทษ และบทเฉพาะกาล และบทเฉพาะกาลอีก 1 หมวด¹⁰⁷ อันสอดคล้องกับหลักการปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงให้ความสำคัญกับคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐ มีหน้าที่ให้โอกาสประชาชนอย่างกว้างขวางในการรับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ ว่ารัฐมีการดำเนินการอย่างไร เพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้โดยถูกต้องกับความเป็นจริง

(2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาในข้อ 9.1 (จ) นั้น มีเจตนารมณ์ให้รัฐภาคีมีมาตรการในกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น การเปิดเผยเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาในบริบทการปรับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณี พบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เกี่ยวข้องกับพันธกรณีดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เป็นจุดเริ่มต้นของการมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ การตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สิน การแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การถอดถอนจากตำแหน่ง และที่สำคัญคือ ความขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ที่ระบุไว้ตามมาตรา 100 และมาตรา 103 ซึ่งจะได้พิจารณาในรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาต่อไปในส่วนที่ 2 ของการศึกษาครั้งนี้¹⁰⁸

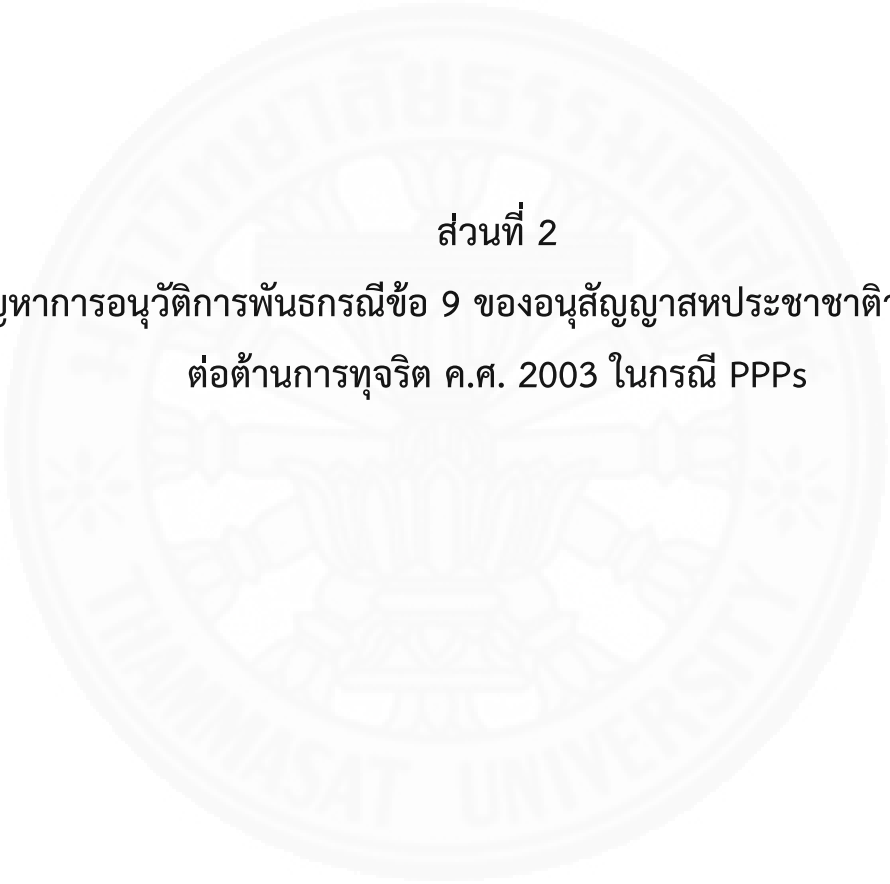
¹⁰⁷ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

(3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของ
เจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544

บทบัญญัติแห่งอนุสัญญาในข้อ 9.1 (จ) นั้น มีเจตนารมณ์ให้รัฐภาคี
มีมาตรการในกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น การ
เปิดเผยเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาในบริบทการปรับใช้กฎหมาย
ภายในของประเทศไทยเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณี พบว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า
ด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544 เกี่ยวข้องกับพันธกรณีดังกล่าว เนื่องจาก
กฎหมายนี้เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกตาม พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.
2534 โดยมุ่งเน้นเสริมสร้างค่านิยมให้เกิดการประหยัดขึ้นในสังคมไทย แก่ข้าราชการที่ไม่ถูกต้องจาก
การให้ของขวัญราคาแพงอันเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันขึ้นในวงราชการ ที่อาจ
แข่งขันกันในการได้รับของกำนัลได้ โดยมีการให้ค่านิยมของคำว่าของขวัญ และนิยามของคำว่าปกติ
ประเพณีนิยม¹⁰⁹

¹⁰⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544



ส่วนที่ 2

ปัญหาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการ
ต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 ในกรณี PPPs

บทที่ 3

ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไทย

จากที่ได้พิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญาในส่วนของพันธกรณีข้อ 9 แล้ว จะเห็นได้ว่า เนื้อหาของพันธกรณีมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกฎหมายภายในของไทยหลายฉบับ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นกฎหมายรองรับ (enabling legislation) อันเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC ซึ่งรัฐบาลไทยได้ตระหนักถึงปัญหาการทุจริตว่ามีความสำคัญต่อประเทศชาติ และประชาคมโลก จึงมีความพยายามในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPPs) โดยการออกพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งได้มีการกำหนดว่าการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการ เรื่องความมีประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ การยึดถือวินัยการเงินการคลัง ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง และการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน อันเป็นการรองรับหลักการสำคัญของพันธกรณีในส่วนของมาตรการป้องกันตามอนุสัญญา UNCAC

อย่างไรก็ดี เนื่องจากกฎหมายภายในของไทยดังกล่าว เป็นกฎหมายรองรับ (enabling legislation) พันธกรณีแต่มีได้ออกมาเพื่ออนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 โดยตรง ดังนั้น เมื่อสภาพสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป และการทุจริตคอร์รัปชันก็มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่อาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันการทุจริต สอดคล้องกับแนวทางของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ก็มีการพัฒนาการปรับใช้กฎเกณฑ์และปรับปรุงแนวปฏิบัติที่ดีเพื่อให้สามารถป้องกันการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นด้วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ควรมีการทบทวนและตรวจสอบกฎหมายภายในที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันว่ายังสามารถทำให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างเหมาะสมอยู่ และป้องกันการทุจริตที่เกิดขึ้นในโครงการ PPPs ได้อย่างมีประสิทธิภาพอยู่หรือไม่ อย่างไร และมีสภาพปัญหาเกิดขึ้นในส่วนใดบ้าง ดังนั้น การศึกษาปัญหาการอนุวัติการของประเทศไทยตามพันธกรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ในกรณีของโครงการ PPPs ในครั้งนี้จะแบ่งออกเป็นสองบท กล่าวคือ บทแรกจะเป็น ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไทย และในบทที่สองจะเป็น ปัญหาเรื่องขอบเขตและการขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทย

อนึ่ง เนื่องจากปัจจุบันได้มีการยกระดับการจัดซื้อจัดจ้างของไทยให้เป็นมาตรฐานสากล โดยได้มีการยกพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการทำให้เกิดความโปร่งใส การแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ อันเป็นหลักการพื้นฐานอนุสัญญา UNCAC แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากขอบเขตการบังคับใช้ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมไปถึงการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังนั้น ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงยังไม่สามารถอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างครบถ้วนทั้งหมด แต่เป็นลักษณะของการอนุวัติการบางส่วน (partial implementing legislation) มีได้อนุวัติการพันธกรณีตามข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ทั้งหมด ทำให้สถานะทางกฎหมายของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงอาจเป็นเพียงกฎหมายรองรับ (enabling legislation) อีกฉบับหนึ่งในอนาคตอันใกล้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากร่างกฎหมายดังกล่าว จะแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของพัฒนาการของกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 อันจะทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของประเทศไทย มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยสถานะล่าสุด ร่างกฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาในชั้นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐแล้ว และอยู่ระหว่างการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ผู้เขียนจึงนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับเพื่อให้เกิดประโยชน์ในการศึกษาการอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของประเทศไทย

3.1 ปัญหาเรื่องข้อกำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

สำหรับกฎหมายภายในของไทย แม้ว่าจะมีการให้ความสำคัญกับการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชนมาโดยตลอด แต่อย่างไรก็ดี ยังพบปัญหาในเรื่องของการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน ได้แก่ ช่องทางการเข้าถึงข้อมูล คณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร การเผยแพร่เรื่องราวร้องเรียน และในส่วนของเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแลโครงการ PPPs ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป

3.1.1 ช่องทางการเข้าถึงข้อมูล

ในส่วนนี้จะพิจารณาสภาพปัญหาเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งเป็นส่วนที่พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ให้มีความสำคัญ ซึ่งจะนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

3.1.1.1 สภาพปัญหาเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล

เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ ต้องการให้ประชาชนรับรู้ข้อมูลข่าวสารอันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งซึ่งพึงได้รับการคุ้มครองในการปกครองระบบประชาธิปไตย กฎหมายจึงได้กำหนดประเภทของข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยในราชกิจจานุเบกษา ได้แก่ โครงสร้างการจัดองค์กรในการดำเนินงาน กฎระเบียบ และข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน¹ ซึ่งจากการจัดอันดับความสมบูรณ์ของกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารสาธารณะ (Global Right to information Rating (RTI))² โดยศูนย์เพื่อกฎหมายและประชาธิปไตย (Center for Law and Democracy)³ พบว่า การกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลในราชกิจจานุเบกษานั้น เป็นสิ่งที่มีความน่าสนใจอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบการเปิดเผยข้อมูลโดยทางอื่น เนื่องจากเป็นวิธีที่ส่งผลให้ประชาชนสามารถรับรู้ได้อย่างกว้างขวาง⁴

นอกจากนี้ ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างแบบทั่วไป มีบทบัญญัติของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารบางประเภทที่ต้องเปิดเผยให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจดูได้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนด ซึ่งปัจจุบัน ได้มีประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชนตรวจดูได้ตามมาตรา 9 (8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 โดยหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ทำสรุปผลการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นรายเดือน มีรายละเอียดของงานที่จะจัดซื้อหรือจัดจ้าง วงเงิน ราคากลาง ผู้ได้รับการคัดเลือก ตลอดจนเหตุผลที่คัดเลือกโดยสรุป เพื่อให้ประชาชนตรวจดูได้ และสำหรับเดือนใดที่ไม่มีการจัดซื้อ

¹ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

² สามารถดูข้อมูลเพิ่มเติมของอันดับ RTI ของทุกประเทศทั่วโลกได้จาก <http://www.rti-rating.org/country-data>

³ คำแปลภาษาไทยของชื่องค์กรจาก <http://thaipublica.org>

⁴ The Thai law has an interesting dual publication scheme, whereby certain information must be published in the Government Gazette while other information must be made available for inspection

หรือจัดจ้าง หรือมีการยกเลิกโครงการหรือสัญญา ก็ให้มีการรายงานไว้ด้วยเช่นกัน⁵ ดังนั้น ในส่วนของประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารดังกล่าว ถือเป็นข้อมูลส่วนหนึ่งที่ระบุไว้ในพันธกรณีตามข้อ 9.1(ก) ของอนุสัญญา UNCAC ที่เรียกร้องให้รัฐภาคีมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับวิธีการและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้ง ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์โดยตรงกับการได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา

ในขณะที่ข้อมูลด้านสัญญาสัมปทาน พบว่า แม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบดูสัญญาสัมปทานได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงสำหรับการเผยแพร่สัญญาสัมปทาน ประกอบกับในปี 2557 พบว่า การเปิดเผยข้อมูลจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาสัมปทานผ่านเว็บไซต์ของรัฐวิสาหกิจของ ในช่วงเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 มีรัฐวิสาหกิจ 13 แห่งจากทั้งหมด 59 แห่ง ไม่เปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างอย่างครบถ้วน และรัฐวิสาหกิจ 7 แห่ง จากทั้งหมด 11 แห่ง ไม่เปิดเผยข้อมูลสัญญาสัมปทานทางเว็บไซต์ โดยในจำนวนนั้นมี 4 แห่งที่ต้องให้ประชาชนขอข้อมูลไปยังหน่วยงาน ในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในปี 2555 พบว่า ไม่ได้มีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างให้ประชาชนทราบผ่านทางเว็บไซต์⁶

3.1.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล

แม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะมีการประกันสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนโดยการอาศัยกลไกของการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดเตรียมข้อมูลเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบดูได้ โดยอาศัยขั้นตอนตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารกำหนดก็ตาม ซึ่งในขณะที่กฎหมายเริ่มบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2540 นับว่าเป็นวิธีที่อาจมีความเหมาะสม แต่เนื่องจากสังคมมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ประกอบกับเทคโนโลยีได้เข้ามามีส่วนสำคัญอย่างมาก ในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของรัฐให้สาธารณชนได้รับรู้รับทราบ นอกจากนี้ในปี พ.ศ. 2551 ที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ครั้งที่ 2 ณ เมือง Dusa Dua ประเทศอินโดนีเซีย ได้มีการวางแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณชนตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) โดย

⁵ ประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เรื่อง กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชนตรวจสอบดูได้ตามมาตรา 9(8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

⁶ สำนักข่าวอิศรา รายงาน “งานวิจัยที่ดีอาร์ไอซ่าและ “พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารฯ” ยักษ์ไม่มีกระบอง”, (สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2559), <http://tdri.or.th/tdri-insight/isranews-2015-01-05>

มีการเรียกร้องให้รัฐภาคีจัดเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นลายลักษณ์อักษร ให้สามารถเข้าถึงได้โดยพลัน และเป็นช่องทางที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ซึ่งการใช้อินเทอร์เน็ตเข้ามาช่วยเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเป็นวิธีที่ประหยัดและมีประสิทธิภาพ (This requirement means that legislation should provide for all procurement – related texts to be made promptly and publicly accessible to the public (using the Internet is recognized as a cost – effective way of so doing in many States))⁷

ดังนั้น ในส่วนของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า การที่ประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชนตรวจดูได้ตามมาตรา 9 (8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ไม่ครอบคลุมไปถึง เนื้อหาของสัญญาสัมปทาน และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน อันเป็นข้อมูลข่าวสารที่ข้อ 9.1 (ก) เรียกร้องให้รัฐภาคีมีการเผยแพร่ ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการประกาศหลักเกณฑ์ หรือเพิ่มเติมช่องทางการเผยแพร่สัญญาสัมปทาน และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทานให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

3.1.2 คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ

คณะกรรมการที่มีบทบาทสำคัญต่อการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร ในส่วนของกฎหมายไทยคือ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาสภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศต่อไป

3.1.2.1 สภาพปัญหาเรื่องคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 นั้นต้องการให้ประชาชนมีโอกาสรับรู้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่างๆ ของรัฐ เพื่อให้สามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้โดยถูกต้องกับความเป็นจริง อันจะเป็นประโยชน์ในการส่งเสริมให้รัฐบาลเป็นรัฐบาลของประชาชนมากยิ่งขึ้น⁸ ทำให้กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เพื่อสอดส่องดูแล ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ตามที่ได้รับคำขอ

⁷ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2nd sess., 2008, p. 11.

⁸ สำนักงาน ก.พ, “เอกสารประกอบการศึกษาออนไลน์ของ โดย ดร. นคร เสรีรักษ์” (สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2559, <http://ocsc.chulaonline.net/> น. 11.

พิจารณาและให้ความเห็นเรื่องร้องเรียน และจัดทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ เสนอ คณะรัฐมนตรีเป็นครั้งคราว แต่อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง⁹ แต่อย่างไรก็ดี จากการที่องค์ประกอบของ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารนั้น มีองค์ประกอบของข้าราชการที่ค่อนข้างมาก¹⁰ จึงอาจทำให้เกิดความไม่ เป็นอิสระของคณะกรรมการขึ้นได้¹¹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาการจัดอันดับความสมบูรณ์ของกฎหมายว่า ด้วยข้อมูลข่าวสารสาธารณะ (Global Right-to information Rating: RTI) ในปี 2558 ประกอบด้วย พบว่า ประเทศไทยอยู่ในลำดับที่ 65 (76 คะแนนจาก 150 คะแนน) ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับ ประเทศอินเดีย ได้ 128 คะแนนหรือจัดเป็นอันดับ 3 ของโลกรองจากประเทศ เซอร์เบีย และ สโลเวเนีย¹² ดังนั้น มีความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติเปรียบเทียบกับ ต่างประเทศเพื่อช่วยปรับปรุงการปฏิบัติตามพันธกรณีให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

3.1.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทาง ราชการ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Right to Information Act) ของประเทศอินเดียเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนมีโอกาสเข้าถึง ข้อมูลข่าวสารเช่นเดียวกับประเทศไทย ควบคู่ไปกับการมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้การคุ้มครอง ผู้แจ้งเบาะแสความไม่ชอบมาพากลในลักษณะของ whistleblowers เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพ ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารควบคู่ไปด้วยอีกทางหนึ่ง¹³ และในส่วนขององค์ประกอบ

⁹ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

¹⁰ Toby Mendel, *Freedom of Information : A Comparative Legal Survey* , (Paris : United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 2008), p. 106.

¹¹ The Law provides for the establishment of an Official Information Commission consisting of a number of Permanent Secretaries, for example for defence, agriculture and commerce, and a Minister appointed by the Prime Minister as chair, as well as 9 other members appointed by the Council of Ministers from the public and private sectors (section 27). Members hold office for 3 years, which may be renewed, and maybe removed for, among other things, being incompetent, acting improperly or having been imprisoned (sections 29 and 30). This system fails to ensure the independence of the Commission, which largely consists of public officials and is chaired by a minister

¹² The RTI Rating analyses the quality of the world's access to information laws.

¹³ Suchi Pande, "U4 Brief January 2015 No. 3 Dying for Information : Right to Information and Whistleblower Protection in India", (accessed March 18, 2016) , <http://www.u4.>

Central Information Commission ของประเทศอินเดีย มีการระบุว่าผู้ที่เป็นการกระทำต้องเป็นผู้ได้รับการยอมรับในสังคมว่ามีความเชี่ยวชาญในทางด้านใดด้านหนึ่ง และต้องไม่มีผลประโยชน์ที่สัมพันธ์กันกับพรรคการเมือง

โดยในส่วนของระยะเวลาการรายงานของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารต่อคณะรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งนั้น ระบุไว้เช่นเดียวกันกับในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม ข้อแนะนำจากการตรวจสอบความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาตามคู่มือ India: Probity in Public Procurement เห็นว่า ประเทศอินเดียควรเพิ่มเติมขอบเขตของนิยาม คำว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้รวมไปถึงเจ้าหน้าที่ภาคเอกชน และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างหรือโครงการ PPPs¹⁴ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติอนุสัญญา UNCAC ข้อ 2(ก)(2) คือบุคคลอื่นใด ซึ่งปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ราชการ รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่สำหรับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือให้บริการสาธารณะ เนื่องจากเจตนารมณ์ของอนุสัญญาเห็นว่าควรมีมาตรการพิเศษสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจหมายรวมไปถึงบุคคลใดก็ตาม (any person) ที่แสดงออกถึงอำนาจรัฐ (who performs a public function) หรือการจัดให้มีบริการสาธารณะ โดยตัวแทนของภาคเอกชนเหล่านี้จึงต้องมีความรับผิดชอบที่มากกว่าปกติธรรมดา ต้องมีความโปร่งใส และต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างใด ๆ เพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประเทศอินเดียนั้นมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น (obligations to be fulfilled under the Right to Information Act 2005) รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลผลประโยชน์ทับซ้อน¹⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 อันเป็นกฎหมายกลาง ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม และการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs เป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ในบางส่วน แต่อย่างไรก็ดี หากประเทศไทยมีการปรับปรุงคุณสมบัติของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารให้กรรมการต้องเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับในสังคมว่ามีความเชี่ยวชาญในทางด้านใดด้านหนึ่ง และต้องไม่มีผลประโยชน์ที่สัมพันธ์กันกับพรรคการเมืองด้วย จะช่วยทำให้การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540

no/publications/dying-for-information-right-to-information-and-whistleblower-protection-in-india/downloadasset/3778

¹⁴ UNODC, India: Probity in Public Procurement, (Austria: United Nations Publication, 2013) p. 64.

¹⁵ *Ibid.*, p. 64.

มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งในลำดับต่อไปจะพิจารณาในส่วนของกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม และโครงการ PPPs

3.1.3 การเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน

พันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ได้มีการให้ความสำคัญกับการร้องเรียน ดังนั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาสภาพปัญหาเรื่องของการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน และศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่แนวทางการแก้ไขต่อไป

3.1.3.1 สภาพปัญหาเรื่องการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน

เนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญาที่กำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายภายในของรัฐภาคีควรมีข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างที่พร้อมต่อการเข้าถึงจากสาธารณชนอยู่ตลอดเวลา เมื่อพิจารณาในส่วนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พบว่า มีการกำหนดให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในแต่ละขั้นตอนของการจัดหาต้องดำเนินการอย่างเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม¹⁶ และมีการระบุข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างตามข้อ 9.1 (ก) ก่อนข้างครบถ้วนในส่วนข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการประกาศเชิญชวน โดยในการประกาศครั้งแรก ให้กำหนดสถานที่ วัน เวลา รับข้อเสนอ ปิดการรับข้อเสนอ และเปิดซองข้อเสนอ พร้อมทั้งประกาศโฆษณาและแจ้งลักษณะโดยย่อของพัสดุที่ต้องการซื้อหรืองานที่ต้องการจ้างและกำหนดเวลาให้พอเพียงเพื่อเปิดโอกาสให้แก่ผู้ที่สนใจจัดเตรียมข้อเสนอ ทั้งนี้ จะต้องกระทำก่อนวันรับซองข้อเสนอไม่น้อยกว่า 30 วัน โดยประกาศทางวิทยุกระจายเสียงและลงประกาศในหนังสือพิมพ์ หากเห็นสมควรจะส่งประกาศเชิญชวนไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรงหรือโฆษณาด้วยวิธีอื่นอีกก็ได้กรณี การประกวดราคานานาชาติ ให้ประกาศโฆษณาก่อนวันรับซองข้อเสนอไม่น้อยกว่า 60 วัน¹⁷

นอกจากนี้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้ในการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคา ให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ มีหน้าที่รับผิดชอบปิดประกาศประกวดราคาโดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น การปิดประกาศดังกล่าว ให้กระทำในตู้ปิดประกาศที่มีกุญแจปิดตลอดเวลา ประกาศทางวิทยุกระจายเสียง และ/หรือประกาศในหนังสือพิมพ์ ส่งให้กรมประชาสัมพันธ์ และองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เพื่อเผยแพร่ ส่งไปเผยแพร่ที่ศูนย์รวมข่าวประกวดราคาของทางราชการ โดยให้ส่งเอกสารประกวด

¹⁶ ข้อ 15 ทวิ แห่งระเบียบพัสดุระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

¹⁷ ข้อ 31 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ราคาไปพร้อมกันด้วย หรือส่งให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค แล้วแต่กรณี นอกจากนี้ยังสามารถส่งทาง ไปรษณีย์ด่วนพิเศษ (EMS) ได้¹⁸

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่ารัฐบาลไทยได้เห็นความสำคัญในส่วนของความโปร่งใสของการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเอกสารในการจัดซื้อจัดจ้างอยู่ตลอดเวลา ยิ่งไปกว่านั้น ต่อมามีการนำระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Government Procurement : e-GP) มาใช้ ส่งผลให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และหน่วยงานของรัฐทุกแห่งต้องลงประกาศจัดซื้อจัดจ้างสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีสอบราคาประกวดราคา และประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่เว็บไซต์ศูนย์ข้อมูลจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (www.gprocurement.go.th) และเว็บไซต์ของหน่วยงาน รวมทั้งปฏิบัติงานในระบบ e-GP ระยะที่ 1 ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2553 เป็นต้นไป และสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินตั้งแต่ 50,000 บาทขึ้นไป ต้องมีการเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามและการทุจริตแห่งชาติ เป็นรายเดือนผ่านทาง www.nacc.go.th¹⁹

แต่อย่างไรก็ดี จากรายงานการศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย ที่มีหลักการในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนเช่นเดียวกับอนุสัญญา UNCAC พบว่า การเปิดเผยข้อมูลในส่วนของผลการพิจารณาข้อร้องเรียนเป็นส่วนที่รัฐต้องจัดให้มีด้วย²⁰ ซึ่งในส่วนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังไม่ได้มีการกำหนดให้เผยแพร่ข้อมูลในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการแก้ไขปัญหาในส่วนนี้ ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. อาจเข้ามาช่วยรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) นี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

3.1.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน

สำหรับร่างกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่ของไทย เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. พบว่า มีการมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ

¹⁸ ข้อ 45 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

¹⁹ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 เมษายน 2553

²⁰ สิริลักษณ์ คอมนตร์ และคณะ, การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการวิชาการ เศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 83.

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบ ประกอบกับมาตรการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย และเมื่อพิจารณาต่อไปถึง บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าว ในหมวดที่ 2 ของพระราชบัญญัตินี้ จึงกำหนดให้ประชาชน และผู้ประกอบการเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันการทุจริต โดยหน่วยงานของรัฐอาจจัดให้ ภาคประชาชนเข้าร่วมสังเกตการณ์ขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างก็ได้²¹ นอกจากนี้ยัง เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้เกิดความโปร่งใส โดยให้มีการ จัดทำข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact) ซึ่งเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของ โครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอด้วย²² ยิ่งไปกว่านั้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้มีการให้ ความสำคัญกับเรื่องข้อร้องเรียน โดยมีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาและวินิจฉัยข้อ ร้องเรียนให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่ได้รับเอกสารครบถ้วน และกำหนดให้ผลการวินิจฉัยข้อ ร้องเรียนตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของหน่วยงานของรัฐ และให้ ส่งไปประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางด้วย²³ ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียน ร่างพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. เป็นพัฒนาการสำคัญในการ ยกระดับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย และเข้ามาช่วยทำให้การอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ที่สำคัญคือการทำให้มาตรการ Integrity Pact มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป

แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากขอบเขตการใช้บังคับของร่างกฎหมายดังกล่าว มิได้ครอบคลุมไปถึงโครงการร่วมลงทุนในรูปแบบของ PPPs ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้อง พิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 เพื่อ พิจารณาปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1(ก) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ต่อไป²⁴

²¹ มาตรา 15 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

²² มาตรา 16 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

²³ มาตรา 113 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

²⁴ ข้อ 6 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

3.1.4 การเสนอโครงการ

ในส่วนนี้จะพิจารณาสภาพปัญหาในขั้นตอนของการเสนอโครงการและแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศ

3.1.4.1 สภาพปัญหาในขั้นตอนการเสนอโครงการ

ความโปร่งใสในโครงการ PPPs เป็นสิ่งที่มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นสิ่งที่สามารถสะท้อนต้นทุน (costs) ที่แท้จริงในการจัดทำบริการสาธารณะ และบริการสาธารณูปโภคของรัฐ²⁵ ดังนั้น หลักการของการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 จึงกำหนดให้คำนึงถึงความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง²⁶

เมื่อหน่วยงานของรัฐตัดสินใจที่จะให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการ PPPs²⁷ หรือเป็นนโยบายของรัฐที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์²⁸ แล้วแต่กรณี ซึ่งโดยหลักการทั่วไป โครงการ PPPs ที่เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้²⁹ พิจารณาจากองค์ประกอบ ต่อไปนี้

1. เป็น“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการนั้นต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 4 กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นกิจการของราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่ต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง

2. “เป็นการร่วมลงทุน” ตามที่กำหนดในนิยามมาตรา 4 กล่าวคือ เป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

3. มูลค่าโครงการเป็นไปตามที่มาตรา 23 กำหนดไว้ กล่าวคือ มีมูลค่าโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดเพิ่มมูลค่าของโครงการที่จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม

²⁵ E. R. Yescombe, *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*, (United Kingdom : Butterworth-Heinemann, 2007), p. 123.

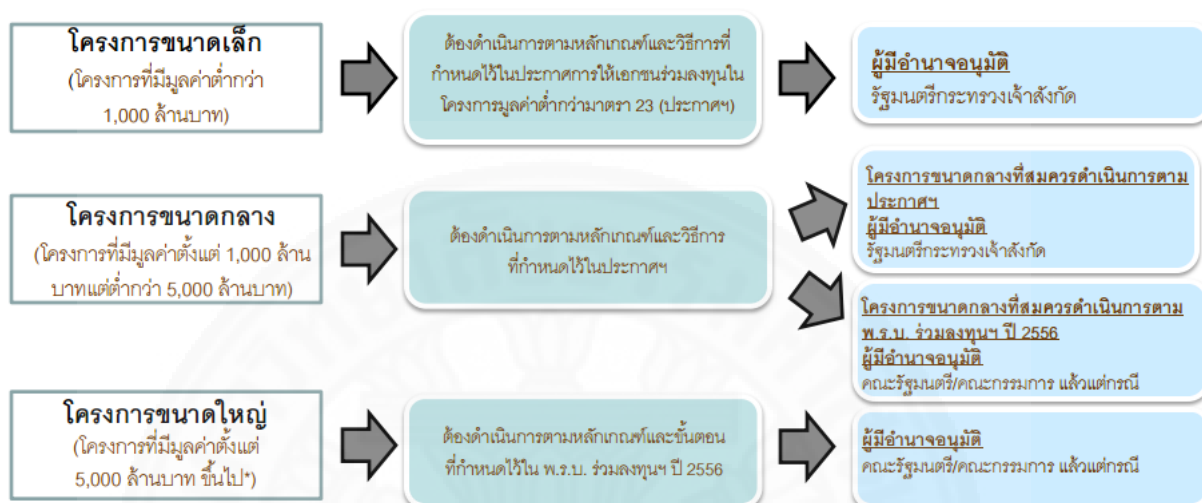
²⁶ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

²⁷ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

²⁸ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

²⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ลงทุนในกิจการของรัฐ จากโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเป็นโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไป ดังนั้น หลักเกณฑ์การนำเสนอและอนุมัติโครงการ ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จึงแบ่งเป็น 3 ประเภท ดังนี้



ภาพที่ 3.1 หลักเกณฑ์การนำเสนอและอนุมัติโครงการ. จาก การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรอง) (น. 10), โดย บริษัท วีระวงส์ ซินิวัฒน์และเพียงพนอ จำกัด ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, 2559, กรุงเทพฯ ม.ป.ท.

จากภาพ สามารถอธิบายได้ว่า สำหรับโครงการที่มีมูลค่า 5,000 ล้านบาทขึ้นไปต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ส่วนโครงการที่มีมูลค่าระหว่าง 1,000 – 5,000 ล้านบาท ให้มีการแบ่งกระบวนการในการพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ ซึ่งจะมีคณะกรรมการพิจารณาถ่วงดุลโครงการขึ้นมาพิจารณาว่าโครงการใดที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และสำหรับโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท ให้ดำเนินการประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุน

³⁰ บริษัท วีระวงส์ ซินิวัฒน์และเพียงพนอ จำกัด ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, “การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรอง),” ณ อาคารจัสมินอินเตอร์เนชั่นแนล ทาวเวอร์, 22 มิถุนายน พ.ศ. 2559).

ในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2559 โดยขั้นตอนของการเสนอโครงการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการซึ่งมีรายละเอียดตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด เช่น เหตุผลความจำเป็น ต้นทุนต่อการดำเนินการ ผลกระทบของโครงการ เป็นต้น มายังสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ซึ่ง สคร. จะเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการ และเสนอให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

เมื่อพิจารณาพันธกรณีตามข้อ 9.1 (ก) มีเจตนารมณ์สำคัญในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในส่วนของข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน เพื่อให้ผู้ที่ต้องการยื่นข้อเสนอ หรือเข้าร่วมประมูลมีระยะเวลาที่เพียงพอในการจัดเตรียมข้อเสนอเพื่อให้เกิดความโปร่งใสตลอดกระบวนการของการร่วมลงทุน ในขณะที่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะพบว่า มีสภาพปัญหาความไม่สมบูรณ์ของหลักเกณฑ์ในการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการเสนอโครงการในประเด็นต่างๆ เช่น

1. โครงการที่เข้าข่ายต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ เนื่องจากหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเป็นผู้พิจารณาในเบื้องต้น และเป็นผู้คำนวณมูลค่าโครงการด้วยตนเองตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งบางครั้งอาจเกิดความซ้ำซ้อนและเกิดความสับสนกับแนวทางที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีคำวินิจฉัยไว้ในประเด็นของมูลค่าโครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่ได้มีการวางหลักการคำนวณว่าจะต้องพิจารณาทรัพย์สินประเภทใดบ้างในกรณีของการคำนวณทุนทรัพย์สินการจัดบริการขนส่งบนทางรถไฟ กำหนดให้ การคิดวงเงินลงทุนต้องคิดจากการลงทุนทั้งในส่วนของเอกชน เช่น มูลค่าของรถจักร เป็นต้น รวมกับมูลค่าของทรัพย์สินของรัฐที่เอกชนใช้ในโครงการด้วย เช่น ที่ดิน รางรถไฟ อาณัติสัญญาณ และสถานีรถไฟ ตามสัดส่วนการใช้³¹ ส่วนกรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุในลักษณะให้เช่าที่ดิน ไม่ควรนำมูลค่าที่ดินทั้งจำนวนไปคิดรวมกับมูลค่าการลงทุนโครงการ ควรนำเฉพาะค่าเช่า ค่าธรรมเนียม และค่าชดเชยตลอดอายุสัญญาเช่า ตามระเบียบกระทรวงการคลังที่คิดเป็นมูลค่าปัจจุบันไปรวมกับวงเงินลงทุนของเอกชนเท่านั้น³²

³¹ เรื่องเสรีที่ 785/2541

³² เรื่องเสรีที่ 244/2552

ในขณะที่ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ซึ่งออกตามความในมาตรา 23 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้เงินลงทุนและทรัพย์สินของภาครัฐและเอกชนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำมาคำนวณมูลค่าของโครงการตามวรรคหนึ่ง ประกอบไปด้วยเงินลงทุนและทรัพย์สิน ที่ประกอบด้วย (1) เงินลงทุน (Capital Investment)³³ และ (2) ทรัพย์สินของภาครัฐ ในกรณีที่โครงการได้มีการใช้ทรัพย์สินของภาครัฐในการดำเนินงานตามโครงการ³⁴ ซึ่งในปัจจุบันพบว่า ปัญหาการคำนวณมูลค่าโครงการยังคงดำเนินอยู่ต่อไป อันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนของการคำนวณ³⁵ และข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีข้อหาหรือของรัฐวิสาหกิจในประเด็นดังกล่าวค่อนข้างมาก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเตรียมการของเอกชนที่ต้องการเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการ PPPs³⁶

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีส่วนช่วยปรับปรุงให้กระบวนการร่วมลงทุนของประเทศไทย มีความเป็นมาตรฐานมากยิ่งขึ้นโดยเน้นประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ และประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้เอกชนที่เตรียมจะเข้า

³³ ให้นักลงทุนเจ้าของโครงการประมาณการเงินลงทุนเริ่มต้น (Initial Capital Investment) และเงินลงทุนในอนาคต (Future Capital Expenditure) ที่ทำให้มีการดำเนินงานตามโครงการได้ โดยให้คำนวณเงินลงทุนเฉพาะส่วนที่ก่อให้เกิดสินทรัพย์ถาวรของภาครัฐและเอกชน ในส่วนที่นอกเหนือจากทรัพย์สินของภาครัฐตามที่กำหนดไว้ในข้อ 6 (2)

³⁴ ให้นักลงทุนเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินของภาครัฐ ดังต่อไปนี้

- (ก) ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง (Land and Property)
- (ข) เครื่องจักรและอุปกรณ์ (Machine and Equipment)
- (ค) ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) เช่น เครื่องหมายการค้า (Trademark) สิทธิบัตร (Patent) หรือลิขสิทธิ์ (Copyright)
- (ง) การอนุญาต การให้สัมปทาน การให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการของรัฐ
- (จ) ทรัพย์สินอื่นที่จำเป็นในการดำเนินโครงการ

³⁵ เนื่องจากหากเป็นโครงการที่มูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 หน่วยงานเจ้าของโครงการก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเฉพาะที่กำหนดไว้

³⁶ Sutapa Amornvivat, “Thai transport mega-projects pave way for countless business opportunities, Economic Intelligence Center (EIC),” (accessed October 10, 2015), <https://www.scbeic.com/en/detail/product/1741>, p.14.

ร่วมประมูลในโครงการมีระยะเวลาในการเตรียมพร้อมที่เหมาะสม จึงควรเพิ่มช่องทางการเผยแพร่ข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ผ่านเว็บไซต์ การดำเนินการจัดทำ Guideline ในส่วนของการคำนวณมูลค่าโครงการ และแนวทางการดำเนินโครงการอันเนื่องมาจากการปรับปรุงมูลค่าโครงการดังกล่าว เพื่อให้สามารถอนุวัติการตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น³⁷

2. การพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการของ สคร. ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าจะพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบโครงการดังกล่าวอย่างไร เนื่องจากโครงการการร่วมลงทุนในลักษณะ PPPs นี้มีมูลค่าโครงการสูง และเป็นโครงการที่มีความเกี่ยวข้องกับ การใช้เงินงบประมาณของรัฐ ดังนั้น สาธารณชนจึงควรมีบทบาทในการร่วมตรวจสอบ ขั้นตอนการพิจารณาโครงการดังกล่าวได้เช่นกัน ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบการปรับใช้พันธกรณีในต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของประเทศไทย ให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ได้อย่างดียิ่งขึ้นต่อไป

3.1.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาขั้นตอนการเสนอโครงการ

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอินเดียจะมีการกำหนดขอบเขตการใช้บังคับกับโครงการต่างๆ อย่างชัดเจน กล่าวคือในมีการกำหนดว่า กฎเกณฑ์นี้มีการบังคับใช้กับทั้ง โครงการ Type 1 และ Type 2 ทั้งหมด แต่ขอบเขตการใช้บังคับไม่รวมไปถึงโครงการของกระทรวงกลาโหม (the Ministry of Defence) กรมพลังงานอะตอม (the Department of Atomic Energy) และ กรมอวกาศ (the Department of Space) กรมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (Department of Science and Technology) ของรัฐบาลอินเดีย³⁸ โดยที่ Type 1 PPP projects หมายถึง โครงการทุกชนิดที่รัฐบาลอินเดียหรือ ตัวแทนของรัฐบาล หรือหน่วยงานภายใต้รัฐบาลเป็นผู้ให้การสนับสนุนการลงทุนในส่วนตัวส่วนหนึ่ง (under their administrative control) และ Type 2 PPP projects จะหมายถึงโครงการที่ไม่อยู่ภายใต้การสนับสนุนของรัฐบาลอินเดีย โดยส่วนใหญ่จะไม่ใช่โครงการที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์ และมักเป็นโครงการที่ได้รับการสนับสนุนจากเงินทุนช่วยเหลือให้เติบโต (Viability Gap Funding³⁹) จากกรมกิจการเศรษฐกิจ กระทรวงการคลัง รัฐบาลกลาง

³⁷ Many businesspersons would dislike this sort of law, even with the amended regulations, as they feel it is not enough to encourage their participation in the state's projects. This is because there are just a few projects that are valued at Bt5 billion.

³⁸ Rule 2 Draft PPP rules

³⁹ Viability Gap Funding (VGF) ซึ่งเป็นกองทุนที่รัฐบาลใช้ในการสนับสนุนด้านการเงินแก่โครงการประเภท PPPs ที่ไม่คุ้มต่อการลงทุนในเชิงพาณิชย์ โดยรัฐบาลจะให้ความช่วยเหลือไม่เกินร้อยละ 20

อินเดีย⁴⁰ โดย Draft PPP rules 2011 จะมีข้อกำหนดพื้นฐานที่ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการปฏิบัติ ตามเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล เช่น รูปแบบของการสื่อสาร ภาษาที่ใช้สื่อสาร การเผยแพร่ประกาศ ต่างๆ เป็นต้น⁴¹ และมีข้อกำหนดที่ชัดเจนในเรื่องรูปแบบของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ยื่นข้อเสนอ กับหน่วยงานเจ้าของโครงการ รวมทั้งภาษาที่ใช้ในการเผยแพร่เอกสารประกวดราคา ตลอดจนการ กำหนดให้มีการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทางอินเทอร์เน็ตไว้อย่างชัดเจนด้วยทางเว็บไซต์ www.tenders.gov.in ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนของ Directive 2002/98/EU และ Directive 2014/25 จะมีข้อกำหนดอย่างชัดเจนในเรื่องของการเผยแพร่ต่อ สาธารณชนและความโปร่งใส โดยเป็นหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการให้มีการเปิดเผยต่อราช กิจจานุเบกษา (Publications Office of the European Union) ซึ่งและระยะเวลาในการเปิดเผย ข้อมูลเป็นช่วงๆ ที่แน่นอน และมีรูปแบบที่เป็นมาตรฐานตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก⁴²

โดยสรุป ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนใน การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในส่วนของขั้นตอนการเสนอโครงการ PPPs นั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติ ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 จะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลในส่วน เนื้อหาของสัญญาสัมปทาน แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างแน่นอนในการเปิดเผยข้อมูล และยังไม่ได้มีการระบุข้อมูลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสัมปทาน เมื่อพิจารณาในส่วนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ยังขาด การเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารในส่วนของราคาคำนวณมูลค่าโครงการ และการพิจารณาของ สคร. ในการ เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบโครงการ ซึ่งมีผลต่อการที่โครงการนั้นจะเข้าข่ายต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่ กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือไม่ ส่งผลให้ เอกชนอาจไม่สามารถเตรียมพร้อมในการเข้าเสนอราคาได้ ตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญา UNCAC ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อ สาธารณชนได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น อาจมีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน

ของยอดลงทุนรวมของโครงการ ตลอดจนได้ตั้งหน่วยงาน Infrastructure Debt Fund (IDF) เพื่อเป็นกลไกในการ ระดมทุนระยะยาวต้นทุนต่ำให้แก่โครงการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานและสนับสนุนผู้รับเหมาท้องถิ่นให้สามารถ เข้าถึงแหล่งเงินทุนได้จากหลายแหล่งยิ่งขึ้น อาทิ ทรูสทีวี่ บริษัทประกันภัย sovereign/pension funds ทั้ง จากในอินเดียและต่างประเทศ <http://www.thaiembassy.org/chennai/th/news/>

⁴⁰ Rule 4 Draft PPP rules 2011

⁴¹ UNODC, *supra note 14*, p. 24.

⁴² Article 67-68 Directive 2014/25/Eu

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ให้การกำหนดประเภทของโครงการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายร่วมลงทุนอย่างชัดเจนมากกว่าที่เป็นอยู่ โดยพิจารณาถึงความพร้อมของหน่วยงานเจ้าของโครงการ ลักษณะของกิจการที่ส่งเสริมให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน และคำนึงถึงสภาพการแข่งขันในแต่ละประเภทธุรกิจประกอบด้วย นอกจากนี้ อาจพิจารณาเพิ่มเติมในส่วนนิยามของคำว่า “โครงการ” ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อลดปัญหาการตีความ ตลอดจน ควรมีการจัดทำคู่มือ หรือการรวมรวมการตอบข้อหารือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณมูลค่าโครงการ และแนวทางที่ใช้พิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบโครงการใด ให้อยู่ในฐานข้อมูลที่เปิดเผย พร้อมให้สาธารณชนเข้าถึงได้

3.1.5 การดำเนินโครงการ

ในส่วนของการดำเนินโครงการเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญต่อความสำเร็จของโครงการ PPPs ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาสภาพปัญหาในขั้นตอนการดำเนินโครงการ และแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศ

3.1.5.1 สภาพปัญหาในขั้นตอนการดำเนินโครงการ

เมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเห็นชอบในหลักการของโครงการแล้ว หากเป็นโครงการที่มีการใช้เงินงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานเจ้าของโครงการ จะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบต่อไป⁴³ และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการใดแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดอย่างน้อยที่ระบุในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ⁴⁴ จากนั้นจะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35 ซึ่งจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุน⁴⁵

ในการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุนนั้น ประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ อย่างน้อยต้องประกอบด้วย สรุปสาระสำคัญของขอบเขตของโครงการ (Term of Reference (TOR)) ที่จะประกอบด้วย ความเป็นมาของโครงการ วัตถุประสงค์ ขอบข่ายของงาน และระยะเวลาที่ผู้เข้าร่วมลงทุนมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามโครงการ

⁴³ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁴⁴ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวนเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558

⁴⁵ มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

รวมถึงคุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสิทธิภาพ ผลงานของผู้ยื่นข้อเสนอ ค่าธรรมเนียมการ ขยายเอกสาร สถานที่ วัน เวลา ซึ่งมีการเปิดขายเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนและ ปิดการรับซอง รวมทั้ง การเปิดซองเอกสารข้อเสนอโดยให้คณะกรรมการรับซองซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกแต่งตั้งเป็น ผู้รับซอง หลักประกันซอง โดยให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันซองด้วย และหลักเกณฑ์ใน การพิจารณาคัดเลือก ซึ่งกำหนดให้ระบุวิธีการและหลักเกณฑ์ในการตัดสินใจให้ชัดเจนเป็นคะแนน 3 ด้าน ได้แก่ ความสอดคล้องของข้อเสนอเมื่อเปรียบเทียบกับประกาศเชิญชวน ความน่าเชื่อถือของ รายการที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสิทธิภาพ และผลงาน ตลอดจนข้อเสนอ ในแง่ของผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ ทั้งในรูปตัวเงินและประโยชน์อื่นๆ นอกจากนี้ ยังต้องกำหนดเรื่อง ของการสงวนสิทธิที่จะยกเลิกประกาศเชิญชวนโดยไม่พิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอรายใดเลย หรือไม่คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่เสนอผลตอบแทนสูงสุดก็ได้ และค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอ

นอกจากนี้ ประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้หน่วยงานเจ้าของ โครงการประกาศเชิญชวนอย่างเปิดเผยไม่น้อยกว่า 60 วันก่อนวันเปิดการรับซองข้อเสนอด้วยการ ปฏิบัติตามวิธีการอย่างน้อย 3 วิธี คือ ประกาศ ณ ที่ทำการของหน่วยงานเจ้าของโครงการ ประกาศ ทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ และประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันภาษาไทยที่มีการจำหน่าย แพร่หลายทั่วไปในประเทศอย่างน้อยหนึ่งฉบับติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน โดยในกรณีให้เห็นสมควร ให้มีการคัดเลือกผู้เข้าร่วมลงทุนซึ่งเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลต่างประเทศให้หน่วยงานเจ้าของ โครงการประกาศเชิญชวนโดยแจ้งไปยังสถานทูตที่เกี่ยวข้องและจะโฆษณาโดยวิธีอื่นด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ต้องดำเนินการดังกล่าวตามระยะเวลา 60 วัน ทั้งนี้ เมื่อพ้นกำหนดเวลารับซองเอกสารข้อเสนอแล้ว ห้ามไม่ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกรับซองเอกสารข้อเสนอหรือเอกสาร หลักฐานต่างๆ จากผู้ยื่นข้อเสนอหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งอีก

ในส่วนของกรยื่นข้อเสนอ ประกาศฉบับดังกล่าวก็ได้กำหนดว่า เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนนั้น อย่างน้อยต้องแสดงรายการเกี่ยวกับ เรื่องรายละเอียดการ ดำเนินการตามขอบเขตของโครงการ รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ยื่นข้อเสนอ รายละเอียดเกี่ยวกับฐานะ ทางการเงิน บุคลากรหลักที่ต้องดำเนินโครงการ หลังจากนั้น คณะกรรมการคัดเลือกดำเนินการ คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอโดยเปิดซองเอกสารข้อเสนอโดยเปิดเผยต่อหน้าผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้แทนของผู้ยื่น ข้อเสนอซึ่งอยู่ในเวลาเปิดซองเอกสารข้อเสนอ ตรวจสอบหลักประกันซอง ตรวจสอบคุณสมบัติของ ผู้ยื่นข้อเสนอและเอกสารต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในข้อเสนอ และพิจารณาประเมินข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ที่ กำหนดไว้ และเจรจาต่อรองกับผู้ยื่นข้อเสนอที่ผ่านการประเมินตามข้อในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ของ

รัฐและเป็นประโยชน์ต่อโครงการ⁴⁶ สำหรับเรื่องร่างสัญญานั้น ต้องประกอบไปด้วยข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558⁴⁷ และแนวทางปฏิบัติที่ สคร. กำหนด⁴⁸ นอกจากนี้ ข้อสัญญาร่วมลงทุนต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะที่มีการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา หรือให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปรับหรือเปลี่ยนเงื่อนไขการดำเนินงานตามโครงการฝ่ายเดียวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อทำให้บริการสาธารณะหรือผลประโยชน์ของรัฐ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ประโยชน์ในการปฏิบัติตามประกาศนี้ ให้สำนักงานมีอำนาจประกาศกำหนด แนวทางปฏิบัติในการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานและของสัญญาร่วมลงทุนตามประกาศนี้ แต่ปัจจุบัน ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการจัดทำแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมของการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานและของสัญญาร่วมลงทุน

จากการพิจารณาฎีกาเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับร่างประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน และวิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35 แล้วจะเห็นได้ว่าเนื้อหาของประกาศดังกล่าวนี้ มีความคล้ายคลึงกับกฎกระทรวง (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

⁴⁶ ข้อ 15 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา

⁴⁷ ข้อ 4 ข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้ โดยจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฉบับนี้และแนวทางปฏิบัติที่สำนักงานกำหนดตามข้อ 7

- (1) ระยะเวลาของโครงการ
- (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ...

...

- (19) เรื่องอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางปฏิบัติของสำนักงาน

คู่สัญญาอาจกำหนดรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดมาตรฐานข้อใดข้อหนึ่งไว้ในสัญญาหลักหรือเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุนก็ได้ โดยในกรณีที่มีการกำหนดไว้ในเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุน ให้คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญาหลักกว่าเอกสารแนบท้ายดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุน

⁴⁸ มาตรา 34 ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ รายการที่ต้องระบุไว้ใน ประกาศเชิญชวน ระยะเวลาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการประกาศเชิญชวนอย่างเปิดเผยไม่น้อยกว่า 60 วัน ผ่านวิธีการอย่างน้อยทาง 3 ช่องทาง ได้แก่ ณ ที่ทำการของหน่วยงานเจ้าของโครงการ ประกาศทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ และหนังสือพิมพ์ภาษาไทย และในส่วนที่มีการเพิ่มเติมจากประกาศฉบับเดิม ในส่วนของค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุน และการให้มี ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล ซึ่งหมายถึง ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารข้อเสนอการ ร่วมลงทุน (Request for Proposal : RFP) ซึ่งค่าธรรมเนียมดังกล่าว จะเป็นส่วนหนึ่งที่หน่วยงาน เจ้าของโครงการ ต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2557⁴⁹ ซึ่งเป็นกองทุนที่สนับสนุนการจัดทำแผนยุทธศาสตร์และสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการเสนอ โครงการที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ การจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ และการจ้าง ที่ปรึกษา

นอกจากนี้ มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกเอกชน เข้าร่วมลงทุนในโครงการ ซึ่งนอกจากต้องมีความสอดคล้องของเสนอเมื่อเปรียบเทียบกับประกาศเชิญ ชวน ความน่าเชื่อถือของรายละเอียดคุณสมบัติด้านเทคนิค การเงิน ประสบการณ์ และข้อเสนอในแง่ ของผลประโยชน์ที่ภาครัฐจะได้รับ ทั้งรูปตัวเงินและผลประโยชน์อื่นๆ แล้ว ยังต้องมีรายละเอียดของ ข้อเสนอการดำเนินงานโครงการในภาพรวมซึ่งรวมถึงศักยภาพและความสามารถของผู้ยื่นข้อเสนอใน การดำเนินโครงการให้ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของโครงการอีกด้วย ซึ่งในความเห็นของ ผู้เขียน เห็นว่าเป็นส่วนที่เข้ามาช่วยลดปัญหาเรื่องของการขอแก้ไขสัญญาของเอกชนที่เข้ารับสัมปทาน ได้ในระดับหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการ คัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 และประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วม ลงทุน พ.ศ. 2558 ทั้งสองฉบับดังกล่าวของ สคร. จะมีเนื้อหาของหลักเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดการ เผยแพร่เรื่องของเอกสารที่เกี่ยวกับการเตรียมยื่นข้อเสนอ ตามที่พันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ของอนุสัญญาฯ กำหนดไว้บางส่วน แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การระบุให้มีช่องทางการเผยแพร่ประกาศเชิญ ชวนที่มีเพียง 3 ช่องทางนั้น อาจทำให้การสื่อสารไม่รวดเร็วสอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบันซึ่งมี

⁴⁹ มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เทคโนโลยีการสื่อสารที่ก้าวหน้ามาก ประกอบกับภาครัฐก็ต้องการส่งเสริมการลงทุนจากนักลงทุนต่างประเทศ จึงควรมีการเพิ่มเติมช่องทางการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตด้วยอีกช่องทางหนึ่ง โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศต่อไป

3.1.5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาในขั้นตอนของการดำเนินโครงการ

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอินเดียตามคู่มือ India: Probity in Public Procurement พบว่า ในขั้นตอนของการวางแผนโครงการ ประเทศอินเดียจะมีคณะกรรมการชุดหนึ่งที่ทำหน้าที่คัดเลือกเอกชนคล้ายกับประเทศไทย เรียกว่า คณะกรรมการประเมินผลข้อเสนอ (Tender Evaluation Committee)⁵⁰ และมีผู้กำกับดูแลอิสระ (Independent Monitor) ที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้แต่งตั้ง โดยคณะกรรมการชุดนี้ จะมีหน้าที่สำคัญในการกำกับ (oversee) และทำให้แน่ใจ (ensure) ว่ามีความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือก และกระบวนการจัดสรรงบประมาณของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้อง ซึ่งผู้กำกับดูแลอิสระนี้จะได้รับข้อมูลและเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs อย่างครบถ้วนสมบูรณ์จากหน่วยงานเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องดำเนินการจัดเตรียมไว้ให้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้กำกับดูแลมีประสิทธิภาพ⁵¹ ทั้งนี้ ผู้กำกับดูแลอิสระ มีหน้าที่กำกับและติดตามการมีส่วนร่วมหรือกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้าง และการทำสัญญา ทำหน้าที่ทบทวนเอกสารทั้งหมด และเข้าร่วมการประชุมทั้งภายในและภายนอก แต่ทั้งนี้ ผู้กำกับดูแลอิสระไม่ได้มีหน้าที่รับรองการตัดสินใจใดๆ หรือรับรองเอกสารใดๆ มีหน้าที่เพียงรับรองว่ามีการดำเนินการกระบวนการจัดสรร และการเตรียมโครงการ PPPs นั้นมีความสอดคล้องกับกฎระเบียบเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้กำกับดูแลอิสระมีหน้าที่

⁵⁰ ซึ่งพบข้อแตกต่าง ดังนี้

1. องค์ประกอบของคณะกรรมการ ตามกฎหมายของประเทศอินเดียจะประกอบไปด้วยหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัด หัวหน้าหน่วย PPPs ของกระทรวงเจ้าสังกัด และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

2. การกำหนดให้กรรมการทุกคนชี้แจงว่าไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนในโครงการ โดยกรณีที่พบว่ากรรมการคนใดมีผลประโยชน์ทับซ้อน จะต้องเปิดเผยรายละเอียดตามที่ปรากฏไว้ใน Appendix A.9 โดยพลัน⁵⁰

⁵¹ The Contracting Authority shall

(a) provide complete information, documentation and other information related to the PPP Project to the Independent Monitor in a timely and transparent manner.

(b) extend co-operation and necessary support as may be required by the Independent Monitor for discharging its role under the Rules

รายงานโดยตรงต่อผู้มีอำนาจอนุมัติ (Approving Authority) ตลอดจนเสนอรายงานที่เป็นอิสระ (independent report)

สำหรับขั้นตอนของการคัดเลือกเอกชน กฎหมายจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดการโครงการ (The project Officer) ในการกำหนดแผนงาน และระยะเวลาในการคัดเลือกเอกชนลงทุน และหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องดำเนินการให้เป็นไปตามแผนงานนั้น โดยที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องประกาศแผนงานดังกล่าวทางเว็บไซต์ พร้อมเอกสารที่จำเป็นในขณะที่ยื่นอนุมัติโครงการ⁵² ซึ่งในส่วนนี้ ตามคู่มือ India: Probity in Public Procurement นั้น UNODC เห็นว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 ของอนุสัญญา UNCAC ในขณะที่เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยยังมิได้มีการกำหนดให้มีการเผยแพร่แผนงานในการจัดหาหรือคัดเลือกเอกชนทางเว็บไซต์ แม้ว่าแผนงานดังกล่าวอาจจะมีการนำเสนอที่ประชุมคณะกรรมการคัดเลือกเอกชนเพื่อพิจารณาแผนงานดังกล่าวก็ตาม ซึ่งแนวทางปฏิบัติดังกล่าว ก็สอดคล้องกับ Directive ของสหภาพยุโรป ที่มีข้อกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องดำเนินการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องในแบบฟอร์ม Annex V⁵³ หรือ Annex IV ซึ่งจะคล้ายคลึงกับที่ระบุในกฎหมายไทย และประเทศอินเดีย นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังมีการให้ความสำคัญกับ ช่องทางการสื่อสาร⁵⁴ ระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการอีกด้วย โดยกำหนดช่องทางการสื่อสารที่ได้รับการยอมรับ คือ ช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ ไปรษณีย์หรือโทรสาร การติดต่อสื่อสารทางวาจา รวมถึงการโทรศัพท์ และการรับ-ส่งโดยทางการส่งด้วยมือ รวมทั้งข้อกำหนดเรื่อง Form and manner of publication of

⁵² Rule 33 PPP draft rules 2011

⁵³ 1. Name, identification number (where provided for in national legislation), address, including NUTS code, telephone, fax number, e-mail and internet address of the contracting authority or entity and, where different, of the service from which additional information may be obtained.

2. Type of contracting authority or entity and main activity exercised.

...

16. For works concessions, indication as to whether the concession is covered by the GPA.

⁵⁴ Rules applicable to communication

notices ซึ่งจะทำให้ความสำคัญของระยะเวลาการประกาศยื่นเข้าร่วมสัมปทาน หรือ การชนะประมูล ต้องไม่ถูกประกาศในระดับประเทศ⁵⁵ ก่อนที่จะมีการประกาศในระดับของ European Union เป็นต้น⁵⁶

โดยสรุป สำหรับในส่วนของขั้นตอนการดำเนินโครงการผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้การดำเนินการสามารถเผยแพร่ไปยังสาธารณชน รวมถึงเอกชนที่เตรียมจะยื่นข้อเสนออันเป็นเจตนารมณ์ของพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) นี้ ควรมีข้อกำหนดเพิ่มเติมในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 และประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ให้มีการเผยแพร่รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการเพิ่มมากขึ้น เช่น แผนงาน การดำเนินโครงการทางเว็บไซต์ เพื่อเป็นการทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการดำเนินโครงการของภาครัฐมากยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ เนื่องจากข้อ 9.1 ของอนุสัญญา UNCAC ได้มีการวางหลักการที่สำคัญให้รัฐภาคีจัดเตรียมข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษรต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ตลอดเวลา และการใช้อินเทอร์เน็ตก็เป็นช่องทางที่มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับในหลายประเทศ⁵⁷

3.1.6 การกำกับดูแลและติดตามผล

หลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ก็เป็นขั้นตอนของการกำกับดูแลและติดตามผล ซึ่งจะได้พิจารณาสภาพปัญหา และแนวทางแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

3.1.6.1 สภาพปัญหาในขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล

ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้เมื่อมีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้น ซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนหน่วยงานกลางและผู้ทรงคุณวุฒิ โดย

⁵⁵ Concession award notices shall not be published at national level before publication by the Publications Office of the European Union unless publication at Union level does not take place 48 hours after the Publications Office of the European Union confirms receipt by the contracting

⁵⁶ Article 29 Directive 2014/23/EU

⁵⁷ Resolutions and decisions adopted by the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 4th session.

คณะกรรมการชุดนี้มีหน้าที่หลักในการติดตามกำกับดูแลการดำเนินการตามสัญญา และรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบและส่งสำเนารายงานมาที่ สคร. ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 44 ตลอดจนพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามที่กำหนดไว้ในหมวด 7 ด้วย

หลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว เรื่องของการกำกับดูแลสัญญาจะเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของคณะกรรมการกำกับดูแล⁵⁸ โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการในกฎหมายนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้มีการเพิ่มความโปร่งใสให้กับคณะกรรมการกำกับดูแลมากยิ่งขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากมิให้ผู้แทนเอกชนเข้าร่วมเป็นกรรมการ เป็นการทำให้การตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ของโครงการ PPPs มีความเป็นอิสระมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้มีการเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล ซึ่งจากเดิมมีเพียงการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินงาน ให้มีอำนาจพิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหา เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง และที่สำคัญคือ พิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน แต่อย่างไรก็ดี เพื่อการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายภายในที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับมาตรฐานการปรับใช้พันธกรณีข้อ 9 ในทางระหว่างประเทศ จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อ 9.1 (ก) ในส่วนของการเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่อย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเด็นพิจารณาดังต่อไปนี้

1. เนื่องจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้มีการกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลให้มาจากตัวแทนในภาคราชการ และในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินสี่คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวนั้นจะถูกคัดเลือกมาจากบัญชีรายชื่อที่ สคร. จัดทำขึ้น โดยมีการกำหนดให้ผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนมีการ

⁵⁸ เดิมคือ คณะกรรมการประสานงาน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการมีการเปลี่ยนแปลงไป เมื่อเทียบกับกฎหมายใหม่ กล่าวคือ กฎหมายนี้จะกำหนดให้มีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติผู้แทน ฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน และไม่มีผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด

กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ทรงคุณวุฒิแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ได้มีการทำให้สามารถแน่ใจได้ว่าการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์เฉพาะเจาะจงกับโครงการ ทำให้อาจมีกำหนดให้มีการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากกลุ่มเดียวกัน หรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับบริษัทที่เป็นผู้รับสัมปทาน ทำให้อาจส่งผลให้ต่อการใช้ดุลพินิจในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารในขั้นตอนของการกำกับดูแลได้

2. ในส่วนของการเผยแพร่สัญญาสัมปทานพบว่า ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยมีหน้าที่ศึกษา วิจัย พัฒนาและจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และรายงานปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มบทบาทให้กับ สคร. เข้ามาเป็นหน่วยงานที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับโครงการ PPPs ในลักษณะของ PPP unit เช่นเดียวกับในหลายประเทศ โดยการมีหน่วยงานทำให้เกิดประโยชน์ในการรวบรวมและพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับ PPPs ในประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการทำให้การจัดเก็บรวบรวมข้อมูลสัญญาร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs มีความทันสมัย และพร้อมต่อการนำไปใช้อยู่เสมอ อาจมีความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องศึกษาแนวทางการเปิดเผยข้อมูลโครงการร่วมลงทุนเปรียบเทียบกับในต่างประเทศเพื่อช่วยทำให้การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC ต่อไป นอกจากนี้ ในส่วนของการเก็บรวบรวมปัญหาที่ได้จากการกำกับดูแลสัญญาโครงการ PPPs เพื่อส่งต่อให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้น จะทำให้เกิดความเชื่อมโยงการรายงานความผิดปกติที่เกิดขึ้นในโครงการให้กับคณะกรรมการเชิงนโยบายและส่งต่อไปยังสาธารณชนได้รับรู้รับทราบ ซึ่งจะเป็นเป็นการเพิ่มความโปร่งใสในการดำเนินการที่สอดคล้องเจตนารมณ์ของพันธกรณีข้อ 9.1 (ก)

3. สำหรับมาตรการอื่นที่ประเทศไทยนำมาเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC คือการริเริ่มการนำตกลงคุณธรรม⁵⁹ (Integrity pacts)⁶⁰ มาใช้กับโครงการนำร่องจำนวน 2 โครงการ ได้แก่ โครงการจัดซื้อรถโดยสารก๊าซธรรมชาติ จำนวน 489 คัน ขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ และ รถไฟฟ้าสายสีน้ำเงินส่วนต่อขยาย ของ รฟม.⁶¹ โดยข้อตกลงคุณธรรมนี้ได้รับการยอมรับจากนานาชาติ ประเทศอินเดีย⁶² ประเทศเกาหลีใต้⁶³ และประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนำมาเป็นเครื่องมือป้องกันการคอร์รัปชันใน EU Funds⁶⁴ ซึ่งลักษณะของข้อตกลงคุณธรรม จะเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่ทำการจัดซื้อจัดจ้าง (procuring entity) และ ผู้เข้าร่วมประกวดราคา (all bidders) เป็นลายลักษณ์อักษรอย่าง เฉพาะเจาะจงว่าจะละเว้น (refrain) จากคอร์รัปชัน ซึ่งการฝ่าฝืนความตกลงดังกล่าวจะทำให้เกิดการลงโทษ

⁵⁹ IP was designed and launched by Transparency International in the 1990s with the primary objective of safeguarding public procurement from corruption by building transparency into the procurement system

Although the first documented use appears to be in 1999 in local/district offices in South Korea.²⁹ Over a period of time, they have been adopted in various formats in Argentina, Columbia, Germany, Chile, Italy,³⁰ Poland, Latvia,³¹ Mexico (since 2002),³² Peru,³³ Ecuador,³⁴ Pakistan, and in Nepal.³⁵ The introduction of IPs in the defence sector in India began with the promulgation of Defence Procurement Procedure, 2006

⁶⁰ ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2558 ที่รับทราบมติคณะกรรมการต่อต้านการทุจริตแห่งชาติเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2558 ให้นำหลักเกณฑ์ วิธีการ และแนวทางในการใช้ระบบข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact) มาบังคับใช้เป็นโครงการนำร่อง (Pilot Project)

⁶¹ การใช้ระบบข้อตกลงคุณธรรม (Integrity Pact) ในการป้องกันการทุจริตเป็นโครงการนำร่อง มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2558

⁶² Pierre Landell-Mills, Citizens Against Corruption: Report from the Front Line, (United Kingdom: Matador Publishing, 2013), p. 143-158.

⁶³ ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific and the Anti-Corruption, “Commission of Timor-Leste, Compilation of Written Reports of Steering and Advisory Group Members and Observer Countries on UNCAC Implementation and Other Specific Topics in the Anti-Corruption Field”, (access May 12, 2016) .https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/18thSteeringGroupMeeting_CountryReporting_Compilation.pdf, p. 64.

⁶⁴ Transparency International EU Office, “Conference on Integrity Pacts Safeguarding EU funds” (paper presented at the meeting on, Belgium, 2015).

เช่น การจ่ายค่าปรับ (penalty payments) การตัดสิทธิที่จะให้เข้าร่วมเสนอราคาในอนาคต เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีผู้ติดตามอิสระ (an independent monitor) กำกับการดำเนินการตามข้อตกลงคุณธรรมดังกล่าว⁶⁵ แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื่องจากประเทศไทยยังไม่คุ้นเคยกับวัฒนธรรมการเปิดเผยข้อมูลที่ได้เป็นลักษณะของการกำหนดชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทำให้หน่วยงานของรัฐที่เป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการยังมีความลังเลที่จะเปิดเผยข้อมูล ดังนั้น ประเทศไทยอาจพิจารณาแนวทางปฏิบัติที่ดีของประเทศอื่นๆ เพื่อนำมาเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) ของอนุสัญญา UNCAC ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

3.1.6.2 แนวทางการแก้ไขปัญหามุ่งเน้นขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล

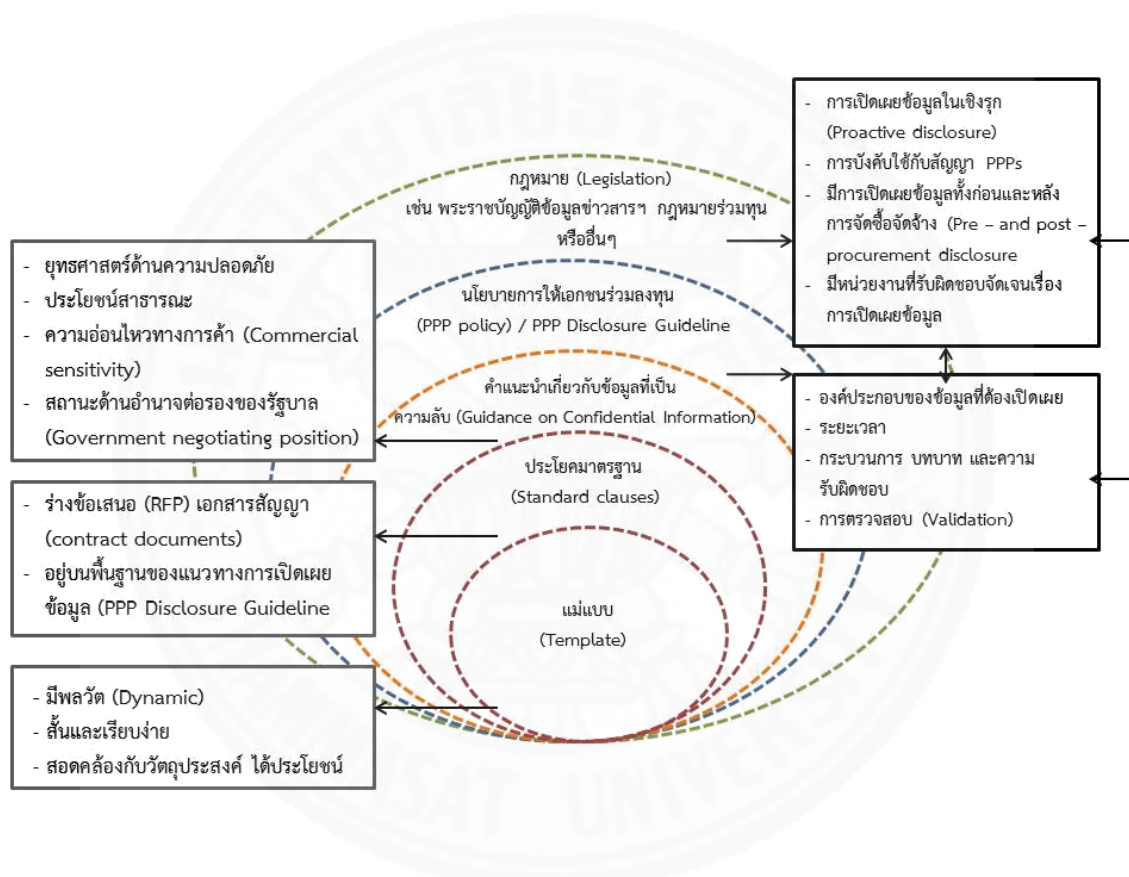
สำหรับในส่วนแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศนั้น ปัจจุบันได้มีความร่วมมือระหว่างธนาคารโลก (World Bank Group) องค์กร Construction Sector Transparency Initiative (CoST) และ The Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) ได้ร่วมกันจัดทำคู่มือ A Framework for disclosure in Public – Private Partnerships⁶⁶ เพื่อเผยแพร่แนวทางปฏิบัติที่ดีในการเปิดเผยข้อมูลสำหรับโครงการ PPPs โดยคณะผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศอินเดียและประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนั้น อาศัยการเพิ่มบทบาทของสาธารณชนเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยเพิ่มความโปร่งใสในโครงการ PPPs โดยผ่านกลไกของกฎหมายด้านการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร⁶⁷ ทั้งนี้ พบว่าแนวทางการเปิดเผยข้อมูลในส่วนของการเผยแพร่เอกสารประกวดราคาของประเทศอินเดียนั้นมีข้อกำหนดในกฎหมายร่วมลงทุนที่มีความเหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของกฎหมายประเทศอังกฤษ มีการใช้ประโยคมาตรฐาน (standard clauses) เข้ามาช่วยเพิ่มความโปร่งใสให้กับโครงการ PPPs ด้วย โดยกำหนดไว้ใน PF2 Standard Contract เช่น การมีข้อกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องจัดเตรียมสาระสำคัญของสัญญาภายใน 20 วันหลังจากมีการลงนามในสัญญา (Provide a contract summary within 20 days of the signature of the contract) และจัดเตรียมการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับโครงการที่ได้รับการร้องขอ (Provide access to all

⁶⁵United Nations, Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, (New York: United Nations Publication, 2013), p. 26.

⁶⁶The World Bank, “A Framework for disclosure in Public – Private Partnerships,” (accessed July, 26, 2016), <http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf>, p. 1

⁶⁷*Ibid.*, p. 15 – 17.

requested project data) และนอกจากนี้ยังมีการใช้แม่แบบมาตรฐาน (Standard templates) สำหรับการเปิดเผยข้อมูล โดยแม่แบบมาตรฐานจะกำหนดอยู่ในคู่มือที่เรียกว่า Publication of New Central Government Contracts อันประกอบไปด้วยรายการตรวจสอบ (Checklists) เพื่อให้สัญญา PPPs มีข้อกำหนดที่พิจารณาถึงความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น⁶⁸ นำไปสู่ข้อสรุปของการออกแบบแนวทางการเปิดเผยข้อมูลในโครงการ PPPs ว่าควรมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังแผนภาพนี้



ภาพที่ 3.2 แนวทางการเปิดเผยข้อมูลสำหรับโครงการ PPPs จาก A Framework for disclosure in Public – Private Partnerships (น. 25) โดย The World Bank⁶⁹

⁶⁸ Ibid., p. 48.

⁶⁹ Ibid., p. 25.

เมื่อพิจารณารายละเอียดของกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศอินเดีย มีการกำหนดขั้นตอนหลังจากการลงนามในสัญญาจะมีผู้ตรวจสอบ (An audit) ของหน่วยงานเจ้าของโครงการที่มีหน้าที่คล้ายคลึงกับคณะกรรมการกำกับดูแลของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าคู่สัญญามีการดำเนินการตามข้อกำหนดในสัญญา หรือไม่ โดยที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องมีการเตรียมข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยเหลือการ ตรวจสอบด้วย⁷⁰ เช่น เอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีรายละเอียดแต่ละขั้นตอนของโครงการ ค่อนข้างมาก ได้แก่ รายงานการประชุม เป็นต้น นอกจากนี้ยังกำหนดให้ไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (A soft copy or electronic copy) ของข้อมูล สามารถเข้าถึงได้ในเว็บไซต์ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือรัฐบาล⁷¹ นอกจากนี้ มีการใช้ Public Jury โดยให้สื่อ Social media มีบทบาทสำคัญเพื่อเพิ่ม การเฝ้าระวังและความโปร่งใส โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการใช้ Citizen Panelists เป็นตัวแทนที่ได้รับการ สุ่มตัวอย่างจาก ผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบ (affected stakeholders) ซึ่งจะเป็นผู้ช่วย สนับสนุนข้อดีและข้อเสีย ซึ่งเป็นผู้สังเกตการณ์ที่เป็นกลางและมีมุมมองที่หลากหลายเกี่ยวกับ โครงการมากยิ่งขึ้น สอดคล้องกับกฎหมายสมาชิกสหภาพยุโรป ที่มีข้อกำหนดในการตรวจสอบ ติดตามและรายงาน เพื่อให้แน่ใจว่า ไม่มีการคอร์รัปชัน หรือกรณีของผลประโยชน์ทับซ้อนเกิดขึ้น โดยกำหนดให้ผลของการติดตามตรวจสอบ เผยแพร่ต่อสาธารณชนในวิธีที่เหมาะสม และกำหนดให้รัฐ สมาชิกการรายงานต่อคณะกรรมการยุโรปทุกๆ 3 ปี⁷²

โดยสรุป สำหรับในส่วนสภาพปัญหาความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติ ของกฎหมายไทยของขั้นตอนการกำกับดูแลโครงการ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยได้มีความพยายามใน การเผยแพร่ข้อมูลในเรื่องของผลการติดตามกำกับดูแลการดำเนินโครงการ PPPs ให้มีความ สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) มาโดยตลอด ซึ่งจะเห็นได้จากการเพิ่มขอบเขตอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการกำกับดูแล เพิ่มความเป็นอิสระของคณะกรรมการโดยมิให้เอกชนผู้เป็นคู่สัญญาเข้าร่วม เป็นกรรมการ การเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ทำให้ สคร. มีหน้าที่เป็นหน่วยงานที่รวบรวมองค์ความรู้ เกี่ยวกับสัญญาสัมปทาน ปัญหาอุปสรรคต่างๆ จากการดำเนินโครงการ การริเริ่มนำข้อตกลงคุณธรรม มาปรับใช้กับโครงการ PPPs แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยยังคงต้องมีการส่งเสริมวัฒนธรรมการเปิดเผย ข้อมูล ควบคู่ไปกับการพัฒนาระบบรักษาความปลอดภัยของข้อมูล เพื่อให้การดำเนินการตาม ข้อตกลงคุณธรรมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ประเทศไทยอาจพิจารณาแนวทางปฏิบัติของ

⁷⁰ Chapter XI: Audit of The PPP Project

⁷¹ Rule 107: Responsibility of Information Dissemination

⁷² Article 45 Monitoring and reporting

ต่างประเทศในปัจจุบันจากคู่มือ A Framework for disclosure in Public – Private Partnerships เพื่อเข้ามาช่วยยกระดับและพัฒนาความโปร่งใสในการเปิดเผยข้อมูลโครงการ PPPs ให้มากยิ่งขึ้นไปอีก อันจะทำให้เกิดความเชื่อมั่นต่อนักลงทุนต่างประเทศในการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในระยะยาวต่อไป

3.2 การมีระบบการทบทวนภายใน และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม

สำหรับในส่วนนี้จะแบ่งการพิจารณาเป็นสองหัวข้อกล่าวคือ การมีระบบการทบทวนภายในและการเยียวยาความเสียหาย และการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม ซึ่งจะได้ศึกษาในลำดับต่อไป

3.2.1 การทบทวนภายใน และการเยียวยาความเสียหาย

สำหรับการมีระบบการทบทวนภายในตามที่ระบุในอนุสัญญา UNCAC นี้มุ่งกลไกที่มีการเก็บเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง⁷³ เพื่อสามารถประเมินติดตามการดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้นั้น เมื่อได้พิจารณาแนวทางการปรับใช้จากคู่มือ India: Probity in Public Procurement พบว่าพันธกรณีมีความมุ่งหมายให้รัฐภาคีมีรักษาไว้ซึ่งระบบของการบันทึกอุปสรรคหรือปัญหาใดๆเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (There should be a system of maintenance of full procurement records)⁷⁴ โดยการรักษาไว้ซึ่งการบันทึกข้อมูลที่จำเป็นสำหรับการตรวจสอบติดตาม (maintenance of a record for each procurement, setting out the information to be included, which would constitute the basic information necessary for audit)⁷⁵

ดังนั้น ทำให้พันธกรณีที่จะนำมาศึกษาในกลุ่มนี้ ประกอบไปด้วยพันธกรณีตามข้อ 9.1 (ง) ที่กำหนดให้ระบบการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลรวมถึงการมีระบบการอุทธรณ์ที่มีประสิทธิผล เพื่อประกันการไล่เบี่ยและเยียวยาความเสียหาย (domestic review, including an effective system of appeal, to ensure legal recourse and remedies) พันธกรณีตามข้อ 9.2(ข) ในเรื่องของการรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควร พันธกรณีตามข้อ 9.2(ค) ระบบมาตรฐานทางด้านบัญชีและการสอบบัญชีและการควบคุมดูแลที่เกี่ยวข้อง และพันธกรณีตามข้อ 9.3

⁷³ An internal review is generally away of something or someone being assessed, where employees in an organization play a role in collecting evidence

⁷⁴ UNODC, *supra* note 14, p. 26.

⁷⁵ UNODC, *supra* note 14, p. 27.

รัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการทางแพ่งและทางปกครองเท่าที่อาจจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของสมุดบัญชี บันทึก รายงานการเงิน หรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับของรัฐ

3.2.1.1 สภาพปัญหาการทบทวนภายในและการเยียวยาความเสียหาย

สำหรับเรื่องของการตรวจสอบเงินแผ่นดินนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 โดยตรวจสอบตรวจสอบการรับจ่าย การเก็บรักษา และการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่นของหน่วยรับตรวจ ตรวจสอบบัญชีและรายงานการรับจ่ายเงินประจำปีงบประมาณ และงบแสดงฐานะการเงินแผ่นดินประจำปีงบประมาณ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมายและตามความเป็นจริงหรือไม่⁷⁶ ซึ่งนิยามของหน่วยรับตรวจตามกฎหมายฉบับนี้ได้ครอบคลุมไปถึง หน่วยงานภาครัฐ และรัฐวิสาหกิจ⁷⁷ นอกจากนี้ สำหรับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ยังมีระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548 นี้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจมีระบบบัญชีที่เหมาะสมตามหลักการบัญชีที่รับรองโดยทั่วไป เพื่อใช้บันทึกรายการทางการเงิน อันจะแสดงผลการดำเนินงานและฐานะการเงินของรัฐวิสาหกิจตามจริง และจัดให้มีการควบคุมภายในที่ดี⁷⁸ รวมทั้ง ยังกำหนดให้รายงานฐานะทางการเงินรายไตรมาสต้องได้รับการสอบทานโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน หรือผู้สอบบัญชีรับอนุญาตตามที่กระทรวงการคลังกำหนด โดยที่ ให้คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจดูแลและติดตามให้รัฐวิสาหกิจดำเนินการอย่างเคร่งครัด⁷⁹ ดังนั้น ในส่วนของกฎหมายกลางนั้น ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการรองรับพันธกรณีข้อ

⁷⁶ มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

⁷⁷ “หน่วยรับตรวจ” หมายความว่า

- (1) กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็น กระทรวง ทบวง หรือกรม
 - (2) หน่วยงานของราชการส่วนภูมิภาค
 - (3) หน่วยงานของราชการส่วนท้องถิ่น
 - (4) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือตามกฎหมายอื่น
 - (5) หน่วยงานอื่นของรัฐ
 - (6) หน่วยงานที่ได้รับเงินอุดหนุนหรือกิจการที่ได้รับเงินหรือทรัพย์สินลงทุนจากหน่วยรับตรวจ
- ตาม (1) (2) (3) (4) หรือ (5)
- (7) หน่วยงานอื่นใดหรือกิจการที่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐที่มีกฎหมายกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ตรวจสอบ

⁷⁸ ข้อ 6 แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548

⁷⁹ ข้อ 11 แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548

9.2(ข) ในเรื่องของการรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควร และพันธกรณีข้อ 9.2(ค) ระบบมาตรฐานทางด้านบัญชีและการสอบบัญชีและการควบคุมดูแลที่เกี่ยวข้อง และข้อ 9.3 การรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของสมุดบัญชี รายงานการเงิน บันทึกราย หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับของรัฐแล้ว แต่สำหรับในส่วนการเยียวยาความเสียหาย จะพิจารณาต่อไปในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างดั้งเดิมและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

สำหรับการเยียวยาความเสียหายตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) นั้น มีเจตนารมณ์ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถมองหาการเยียวยาในขั้นตอนของกระบวนการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น (the provisions should set out the parties that can seek redress through the review procedures) โดยองค์กรที่มีหน้าที่ทบทวนต้องมีโครงสร้างที่เป็นอิสระ (the provisions should address include the structure and independence of the review body)⁸⁰ เมื่อพิจารณาในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดกลไกในเรื่องของการเยียวยาความเสียหายจากการร้องเรียนของผู้เข้าร่วมประมูล หากผู้เข้าร่วมประมูลเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมในกระบวนการที่สามารถที่ยื่นเรื่องได้โดยตรงต่อหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพพ.)⁸¹ หรือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เรียกโดยย่อว่า “กพพ.อ.”⁸² ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดของกระทรวงการคลัง แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากผลการพิจารณาของ กพพ. หรือ กพพ.อ. นี้จะถูกส่งให้กับหัวหน้าหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในรูปแบบของข้อเสนอแนะ ประกอบกับกระบวนการเยียวยาความเสียหายจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งอาจมีกระบวนการพิจารณาค่อนข้างนาน โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าการร้องเรียนการประมูลงานภาครัฐ พบว่า มีการร้องเรียนค่อนข้างน้อย⁸³ เมื่อเปรียบเทียบกับปริมาณการร้องเรียนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในต่างประเทศ⁸⁴ สอดคล้องกับผลการสำรวจ

⁸⁰ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2nd sess., 2008, p. 11.

⁸¹ ข้อ 12 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

⁸² ข้อ 7 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

⁸³ มีจำนวนเพียง 36 เรื่องในปี พ.ศ. 2556

⁸⁴ กิตติยา คัมภีร์, ผัสสพร นภาพรรณ, และ กฤตวิทย์ จันทร์แจ่มใส, แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : บริษัทวิชชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, 2558), น. 79.

ของคณะทำงานโครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งของศูนย์ปฏิบัติการต่อต้านการทุจริต : โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme (UNDP))⁸⁵ พบว่า กลุ่มของผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งประกอบด้วย หน่วยงานราชการและรัฐวิสาหกิจ จะมีความเห็นเชิงบวกต่อระบบร้องเรียน ในขณะที่ภาคเอกชนนั้นมีความลังเลในการใช้กลไกการร้องเรียน เนื่องจากระยะเวลาที่ค่อนข้างนานและไม่แน่นอนต่อการบังคับใช้ผลการพิจารณา รวมถึงผลกระทบต่อความสัมพันธ์ที่อาจส่งผลต่อการดำเนินธุรกิจต่อไปในอนาคตกับภาครัฐ ดังนั้น ข้อเสนอแนะจากคณะผู้ศึกษา เห็นว่า เอกชนต้องการให้ภาครัฐเร่งรัดปรับปรุงกระบวนการรับเรื่องร้องเรียนให้มีระยะเวลาที่แน่นอนแต่ไม่นานเกินไป⁸⁶ ดังนั้น เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณี ข้อ 9.1 (ง) ได้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการซื้อร้องเรียน

สำหรับร่างกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่ของไทย เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. พบว่า ต้องการสร้างความเชื่อมั่นให้กับสาธารณชนและก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ดังนั้น จึงกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาอุทธรณ์และซื้อร้องเรียน เรียกว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ โดยมีปลัดกระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการ และกรรมการประกอบด้วย ผู้แทนของหน่วยงานกลางเช่น อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น โดยคณะกรรมการดังกล่าวยังคงมีอำนาจคล้ายคลึงกับ กวพ. และกวพ.อ. แต่มีการเพิ่มเติมขอบเขตของอำนาจหน้าที่ให้มากกว่าเดิมใน ส่วนของการพิจารณาซื้อร้องเรียนกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง และระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้⁸⁷ นอกจากนี้

⁸⁵ ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) ภายใต้ความร่วมมือจากสำนักงานมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง องค์กรต่อต้านคอร์รัปชัน และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.)

⁸⁶ กิตติยา คัมภีร์ และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 84*, น. 95.

⁸⁷ มาตรา 41 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

ให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และซื้อร้องเรียน ประกอบด้วย

(1) ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ

ยังสามารถเรียกให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลอื่นใดมาชี้แจงหรือให้ถ้อยคำ และจัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนเสนอคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง โดยผลการดำเนินการให้ประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง⁸⁸ นอกจากนี้ร่างกฎหมายดังกล่าว ยังให้ความสำคัญการดำรงไว้ซึ่งระบบของการบันทึกรายงานส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการบันทึกรายงานรายละเอียดวิธีการและขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างและจัดเก็บไว้อย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบข้อมูลเมื่อมีการร้องขอ⁸⁹ ประกอบกับกลไกในการส่งผ่านข้อร้องเรียนอาจมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ และผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคน ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งจากสภาวิศวกร สภาสถาปนิก สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยและสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย อย่างน้อยแห่งละหนึ่งคน ในส่วนที่เหลือให้แต่งตั้งจาก

ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ด้านวิศวกรรม สถาปัตยกรรม การเงิน การคลัง การบริหารจัดการ เทคโนโลยีสารสนเทศ หรือด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

ให้อธิบดีกรมบัญชีกลางมอบหมายข้าราชการของกรมบัญชีกลางคนหนึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการ และอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

⁸⁸ มาตรา 43 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 117

...

ในกรณีที่พิจารณาข้อร้องเรียนตาม (2) แล้วรับฟังได้ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้ เว้นแต่จะได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว...”

⁸⁹ มาตรา 12 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีการบันทึกรายงานรายละเอียดวิธีการ และขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างและจัดเก็บไว้อย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบข้อมูล เมื่อมีการร้องขอ

...

เนื่องจากการกำหนดให้ ปลัดกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นประธานของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เป็นกรรมการคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐด้วย ซึ่งจะมีส่วนช่วยทำให้ปลัดกระทรวงการคลังมีส่วนสำคัญในการเสนอแนะ หรือนำเสนอปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องของกับข้อร้องเรียน ไปยังคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ที่ปลัดกระทรวงการคลังร่วมเป็นกรรมการได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งเป็นการสร้างความเชื่อมั่นว่า การทบทวนภายใน และการจัดการข้อร้องเรียนนั้น จะสามารถถูกส่งผ่านไปยังคณะกรรมการที่กำกับดูแลกำกับด้านนโยบายอย่างแน่นอนและทันท่วงที ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการทำให้กระบวนการจัดการกับข้อร้องเรียนมีประสิทธิภาพ และเป็นมาตรฐานสากล และทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) ของประเทศไทยสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC มากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี สำหรับส่วนที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังต้องพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีต่อไป

ในส่วนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้มีคณะกรรมการที่พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายขึ้นชุดหนึ่ง คือ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นรองประธานกรรมการมีหน่วยงานกลาง และมีผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินเจ็ดคน เป็นกรรมการ ซึ่งให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี ให้ความเห็นชอบหลักการโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ รวมไปถึงมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นคณะกรรมการที่มีหน้าที่ดูแลระดับนโยบายที่คล้ายคลึงกับคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนของ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ครอบคลุมไปถึงการพิจารณามาตรการเยียวยาความเสียหายใดๆ อันเกิดจากการดำเนินโครงการ PPPs และยังไม่มี การกำหนดให้มีคณะกรรมการชุดใดที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องของข้อร้องเรียนเป็นการเฉพาะ กรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง และระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน

การจัดทำบันทึกรายงานรายละเอียดวิธีการและขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างและการร้องขอเพื่อตรวจดูบันทึกรายงานดังกล่าว ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้มีการให้ความสำคัญกับแก้ไข้ปัญหาที่การเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินโครงการ อันเป็นลักษณะของแผนการบริหารสัญญา (Contract Management Plan) ในวัฏจักรของโครงการลงทุน (Project life cycle)⁹⁰ ที่จะทำให้การพัฒนาโครงการขนาดใหญ่ของรัฐประสบความสำเร็จ โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ติดตามกำกับดูแลโครงการให้เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญา แผนการจัดการปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ และพิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไข้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ นอกจากนี้ หากมีกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาร่วมลงทุน ให้คณะกรรมการกำกับดูแลทำรายงานเสนอกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อสั่งการ และในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่ดำเนินการตาม คณะกรรมการกำกับดูแลก็มีอำนาจรายงานต่อ สคร. เพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาต่อไป⁹¹ แต่อย่างไรก็ดี ในข้อเท็จจริง พบว่าประธานคณะกรรมการกำกับดูแลนั้นเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด และมักเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเดียวกับหน่วยงานเจ้าของโครงการ ทำให้กลไกการรายงานปัญหาการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาร่วมลงทุน หรือการเยียวยาความเสียหาย ยังไม่มีความสมบูรณ์ ประกอบกับยังไม่มีข้อกำหนดให้หน่วยงานใดบันทึกรายละเอียดวิธีการขั้นตอนไว้อย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบข้อมูลเมื่อมีการร้องขอ ดังนั้น การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนนี้อาจยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ได้รับการยอมรับจาก UNODC เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนนี้ให้ดียิ่งขึ้น

3.2.1.2 แนวทางการแก้ไข้ปัญหาการทบทวนภายในและการเยียวยาความเสียหายในโครงการ PPPs

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอินเดีย มีการกำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (Comptroller Auditor General (CAG)) ตรวจสอบระบบมาตรฐานทางด้านบัญชีเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ในขณะเดียวกันบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับจัดซื้อจัดจ้างและร่วมลงทุน กำหนดให้มีระบบการรักษาไว้ซึ่งข้อมูลในการอุทธรณ์อย่างมีประสิทธิภาพ (a system of

⁹⁰ ประวิช สุขุม และธานิสสร ตูจันตา , “สรุปการประชุมวิชาการประจำปี 2550 ของธนาคารโลก (World Bank Institute) เรื่อง โครงการลงทุนร่วมภาครัฐ ภาคเอกชน (Public – Private Partnerships in Infrastructure : PPPI).” วารสารการงบประมาณ ปีที่ 4 ฉบับที่ 12 (มิถุนายน 2550) , น. 30.

⁹¹ มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

maintenance of full procurement records in order for any challenge, including appeal)⁹² มีการกำหนดคณะกรรมการในการเยียวยาความเสียหาย (Procurement Redressal Committee) และพิจารณาเรื่องร้องทุกข์⁹³ และปัจจุบัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาสองชุดคือ Infrastructure PPP Project Review Committee (IPRC) และ the Infrastructure PPP Adjudication Tribunal (IPAT)⁹⁴ เพื่อเร่งสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน สำหรับกฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนของ Directive 2014/23/EU มีหลักเกณฑ์สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา มีหลักเกณฑ์รายงานและการกำกับดูแล องค์กรที่กำกับดูแลก็จะสามารถติดตามการละเมิดข้อสัญญา การคอร์รัปชัน การมีผลประโยชน์ทับซ้อน มีอำนาจที่ส่งปัญหานั้นให้กับองค์กรตรวจสอบอื่นได้ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน ศาล รัฐสภา และในส่วนของ Directive 89/665/EEC ได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องของ standstill period โดยการมีการลงนามในสัญญาต้องเปิดโอกาสให้มีผู้เข้าร่วมประมูลรายอื่นตรวจสอบ และทบทวนกระบวนการภายในระยะเวลาที่กำหนด

โดยสรุป สำหรับพันธกรณีในกลุ่มของการทบทวนภายในและการเยียวยาความเสียหายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548 สามารถรองรับพันธกรณีข้อ 9.2(ข) ในเรื่องของการรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควร พันธกรณีข้อ 9.2(ค) ระบบมาตรฐานทางด้านบัญชีและการสอบบัญชีและการควบคุมดูแลที่เกี่ยวข้อง และพันธกรณีข้อ 9.3 การรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของสมุดบัญชี รายงานการเงิน บันทึกรหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับของรัฐแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในประเด็นของกลไกการเยียวยาความเสียหาย และกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามข้อ 9.1 (ง) นั้น สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จะได้จัดให้มีคณะกรรมการและกลไกในเรื่องการจัดการกับข้อร้องเรียน และการเยียวยาความเสียหายแล้ว แต่อาจไม่เพียงพอหากพิจารณาจากสภาพสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น ประเทศไทยก็มิได้มีการนิ่งนอนใจกับปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.ที่มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และมีบทบัญญัติ

⁹² UNODC, *supra* note 14, p. 26.

⁹³ Article 40 The Public Procurement Bill, 2012

⁹⁴ Asit Ranjan Mishra , “Govt looks to strengthen dispute resolution mechanism for PPPs,” (access March,22,2016), <http://www.livemint.com/Politics/b19mWFzPc0Y7bhtxP8Nv7K/Govt-looks-to-strengthen-dispute-resolution-mechanism-for-PP.html>

เรื่องการจัดให้มีระบบการบันทึกรายงานส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง อันอาจส่งผลให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมของประเทศไทยสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีการให้ความสำคัญกับแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างดำเนินโครงการ แต่ยังไม่ปรากฏกลไกการรายงานปัญหาการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาร่วมลงทุน หรือการเยียวยาความเสียหายอย่างชัดเจน ตลอดจนข้อกำหนดให้หน่วยงานใดบันทึกรายละเอียดวิธีการ ขั้นตอนไว้อย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบข้อมูลเมื่อมีการร้องขอ ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนของพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับแนวทางที่ได้รับการยอมรับจาก UNODC ประเทศไทยอาจพิจารณาจัดตั้งคณะกรรมการ เฉพาะกิจ หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้เกิดกระบวนการทบทวนภายในและการพิจารณาเรื่อง ร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนเป็นไปอย่างเป็นระบบ และการส่งผ่านไปยังคณะกรรมการระดับ นโยบายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนในอนาคตต่อไป

3.2.2 การจัดการความเสี่ยง

ในส่วนของการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม ประกอบไปด้วยพันธกรณีตามข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน โดยเรียกร้องให้กระบวนการรับเอา งบประมาณแผ่นดินของรัฐภาคีมีความโปร่งใส (UNCAC calls for procedures for the adoption of the national budget) มีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจบริหารและนิติบัญญัติ และมีการ ปรับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยนำไประบุไว้ใน Annual Financial Acts เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถ อาศัยงบประมาณรายจ่ายประจำปี ทำให้เกิดความรับผิดชอบต่อการใช้จ่ายเงินของรัฐบาล ส่วน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ PPPs หากมีกระบวนการจัดเตรียมงบประมาณที่เหมาะสมก็ได้รับการยอมรับ ว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพันธกรณี⁹⁵ และพันธกรณีข้อ 9.2 (จ) ในเรื่องกรณีที่ไม่สามารถ ดำเนินการตามข้อกำหนดซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคนี้ให้มีการปรับปรุงแก้ไขที่เหมาะสม

⁹⁵ There are clearly established procedures for the adoption of the budget. Parliamentary democracy uses the Annual Budget as one of its fundamental strengths to bring accountability in government expenditure.

3.2.2.1 สภาพปัญหาการวางแผนภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (Contingent Liabilities)

เนื่องจากพันธกรณีในกลุ่มนี้ได้มีการให้ความสำคัญกับกระบวนการรับเอางบประมาณโดยพันธกรณีกำหนดให้กระบวนการรับเอางบประมาณแผ่นดินของรัฐภาคีมีความโปร่งใส (UNCAC calls for procedures for the adoption of the national budget) มีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจบริหารและนิติบัญญัติ สำหรับประเทศไทยนั้นขั้นตอนของการจัดเตรียมทำงบประมาณเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กระบวนการมีเพียงรูปแบบเดียวที่เน้นให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้จัดทำคำของบประมาณ⁹⁶ และเสนอผ่านกระทรวงไปยังสำนักงบประมาณเพื่อกำหนดและเข้าสู่รัฐสภาในฐานะร่างพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีที่ประกอบไปด้วยประมาณการรายรับ วัตถุประสงค์ กิจกรรม และแผนงาน โครงการแต่ละรายการ ภาระหนี้และการก่อหนี้ของรัฐด้วย โดยจะมีขั้นตอนการแปรญัตติโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ก่อนที่สภาจะให้ความเห็นชอบและผ่านออกมาเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี แนวคิดนี้จึงอยู่บนสมมติฐานที่ว่าสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นตัวแทนที่แสดงถึงความต้องการและเจตจำนงของประชาชน นอกจากนี้ สำหรับรัฐวิสาหกิจตามนัยแห่งพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 ต้องมีการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงบลงทุนของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2550 สำหรับรายการที่ประมาณว่าจะจ่ายเพื่อก่อให้เกิดสินทรัพย์ถาวร รวมทั้งขยายงานหรือทดแทนสินทรัพย์เดิม ซึ่งมีลักษณะเป็นสาระสำคัญหรือเป็นการปรับปรุงงานให้ดีขึ้น หรือจ่ายเพื่อซื้อกิจการหรือหุ้นของหน่วยงานอื่น โดยให้แสดงข้อมูลด้านแผนการวิจัยและพัฒนา (Research & Development) เสนอคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ให้ความเห็นชอบก่อนดำเนินการต่อไป⁹⁷

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาของสภาปฏิรูปแห่งชาติพบว่า กลไกในการถ่วงดุลตรวจสอบการดำเนินการเจตจำนงของประชาชนนั้น ยังไม่สามารถตรวจสอบได้อย่างชัดเจน ประกอบกับประเทศไทยยังประสบปัญหาจรรยาบรรณ และจิตสำนึกของสภาผู้แทนราษฎร ทำให้การประชุมจัดสรรงบประมาณ มีเรื่องของผลประโยชน์ และอำนาจทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

⁹⁶ อรพิน ผลสุวรรณม์ สบายรูป, โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง, รายงานการศึกษาวินัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, มกราคม 2549, น. 118.

⁹⁷ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงบลงทุนของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2550

และบางครั้งอาจละเลยประโยชน์ของประชาชน⁹⁸ จึงอาจนำไปสู่การเปิดช่องให้มีการโยกย้ายเปลี่ยนแปลงงบประมาณได้⁹⁹ ทำให้ปัญหาในลักษณะนี้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญต่อหลักประสิทธิภาพในการใช้จ่ายเงินงบประมาณ ดังนั้น จากการศึกษาดังกล่าวของสภาปฏิรูป เห็นว่า ประเทศไทยควรมีการปรับปรุงกระบวนการงบประมาณเป็นกระบวนการงบประมาณเชิงพื้นที่ (Area-based budgeting)¹⁰⁰ เพื่อให้ประชาชนในพื้นที่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำค่าของงบประมาณและการจัดสรรเงินงบประมาณมีความคุ้มค่ามากขึ้น¹⁰¹ แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า การระบุรายละเอียดตามรายงานค่าของงบประมาณตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 นั้นค่อนข้างมีความสอดคล้องกับหลักการตามประมวลแนวทางปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับความโปร่งใสด้านการคลัง (OECD Best Practices for Budget Transparency)¹⁰² และสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) ของอนุสัญญา UNCAC เรื่องกระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน

เมื่อพิจารณาส่วนที่เกี่ยวข้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น พบว่า มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวงเงินงบประมาณในเรื่องของ รายงานขอจ้างออกแบบและควบคุมงาน โดยกำหนดให้ ก่อนดำเนินการจ้างออกแบบและควบคุมงานทุกวิธีให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการ โดยระบุวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้าง¹⁰³ และก่อนดำเนินการซื้อที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้าง ให้เจ้าหน้าที่พัสดุทำรายงานที่ประกอบไปด้วย เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อ รายละเอียดของที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้างที่ต้องการซื้อรวมทั้งเนื้อที่และท้องที่ที่ต้องการ และวงเงินที่จะซื้อ โดยให้ระบุวงเงินงบประมาณ¹⁰⁴ หากมิใช่กรณีการซื้อที่ดิน ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการโดยระบุ วงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง โดยให้ระบุวงเงินงบประมาณ วงเงินตามโครงการเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือที่จะซื้อหรือ

⁹⁸ สภาปฏิรูปแห่งชาติ, สภาปฏิรูปแห่งชาติ วาระปฏิรูปที่ 4 : การปฏิรูประบบงบประมาณและการคลังท้องถิ่น : การปฏิรูประบบงบประมาณ , (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), น. 1.

⁹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 2.

¹⁰⁰ เพิ่งอ้าง, น. 22.

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง, น. 3.

¹⁰² Organization for Economic Co-operation and Development, OECD Best Practices for Budget Transparency, (France: OECD Publications Service, 2002), p. 13.

¹⁰³ ข้อ 96 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

¹⁰⁴ ข้อ 28 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

จ้างในครั้งนั้นทั้งหมด ถ้าไม่มีวงเงินดังกล่าวให้ระบุวงเงินที่ประมาณว่าจะซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น¹⁰⁵ เนื่องจากการที่หน่วยงานจะปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติเงินงบประมาณสำหรับดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างแล้ว ดังนั้น การที่มีข้อกำหนดการบันทึกข้อมูลส่วนของวงเงินก็นับว่าเป็นประโยชน์ต่อการตรวจสอบในอนาคตต่อไป ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพแล้ว แต่อย่างไรก็ดี สำหรับร่างกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่ของไทย คือ ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.ก็ได้มีการให้ความสำคัญกับการใช้จ่ายเงิน เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้นด้วย รวมไปถึงการมีข้อกำหนดที่ชัดเจนในการเก็บข้อมูลด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 มีหลักการที่สำคัญและสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC ข้อ 9.2 (ก) และข้อ 9.2 (ง) คือ การคำนึงถึงประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ และการยึดถือวินัยการเงินการคลัง โดยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีแผนยุทธศาสตร์เพื่อกำหนดนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งมีระยะเวลาครั้งละห้าปี ซึ่งแผนดังกล่าวจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับ ประมาณการลงทุนของภาครัฐและเอกชน ซึ่งต้องแสดงการประมาณการใช้งบประมาณของภาครัฐในแต่ละปีงบประมาณ¹⁰⁶ ซึ่งแผนยุทธศาสตร์นี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา¹⁰⁷ โดยจะมีการทบทวนทุกสามปี¹⁰⁸ นอกจากนี้ในขั้นตอนของการเสนอโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยมีการเปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินการระหว่างการใช้งบประมาณของหน่วยงานรัฐกับการให้เอกชนร่วมลงทุน หากหน่วยงานเจ้าของโครงการจะใช้งบประมาณของหน่วยงาน ก็ต้องแสดงสถานะทางการเงินของหน่วยงาน แหล่งที่มาของงบประมาณ ภาระของงบประมาณโดยรวม และความสามารถในการหางบประมาณเพื่อดำเนินโครงการ เพื่อมิให้กระทบต่อสถานะทางการเงินโดยรวมด้วย รวมทั้งต้องมี

¹⁰⁵ ข้อ 27 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

¹⁰⁶ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

¹⁰⁷ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

¹⁰⁸ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

รายละเอียดในส่วนของความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องและแนวทางการบริหารความเสี่ยงของโครงการ¹⁰⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการและแนวทางในการเสนอโครงการนั้น ค่อนข้างมีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพแล้ว แต่ยังคงขาดการกำหนดภาวะผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent liabilities) ซึ่งอาจทำให้การอนุมัติการพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ไม่สมบูรณ์ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติจากต่างประเทศเพื่อปรับปรุงแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

3.2.2.1 แนวทางการแก้ไขปัญหการวางแผนภาวะผูกพันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต (Contingent Liabilities)

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายร่วมทุนของประเทศอินเดีย พบว่านอกจากการเตรียมโครงการที่ประกอบไปด้วย การจัดเตรียมงบประมาณที่ประกอบไปด้วย แผนงานการจัดซื้อจัดจ้างที่ชัดเจน การวิเคราะห์ทางการเงิน การประเมินความเสี่ยง การประเมินความคุ้มค่าของโครงการแล้ว กฎหมายของประเทศอินเดียได้มีกฎหมายที่กำหนดให้จัดการกับภาวะผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent liabilities) ด้วย¹¹⁰ ซึ่งแนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของ OECD และได้รับการยอมรับจาก UNODC ว่าเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพตามอนุสัญญา UNCAC¹¹¹

โดยสรุป เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของพันธกรณีของ 9 ในส่วนของพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสมแล้ว อนุสัญญาเรียกร้องกระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน ต้องมีการจัดสรรอำนาจ กลไกการถ่วงดุลที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการทุจริต ซึ่งกฎหมายไทยในส่วนของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ค่อนข้างสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแนวทางปฏิบัติที่ดีของประเทศอินเดีย ซึ่งได้รับการยอมรับจาก UNODC ว่าการมีข้อกำหนดที่ชัดเจนของภาวะผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent liabilities) ซึ่งเป็นไปตาม

¹⁰⁹ มาตรา 24(7) แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

¹¹⁰ Rule 14 Draft PPP Rules, 2011

¹¹¹ UNODC, *supra* note 14, p. 27.

แนวปฏิบัติที่ดีของ OECD ที่ได้มีการปรับปรุงล่าสุดในปี พ.ศ. 2558 ดังนั้น เพื่อยกระดับการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทย ในส่วนของข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ จึงอาจมีการกำหนดให้การเสนอโครงการ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีรายละเอียดของภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent liabilities) เพื่อให้การบริหารจัดการความเสี่ยงของโครงการมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น



บทที่ 4

ปัญหาเรื่องขอบเขตและการขัดกันของบทบัญญัติของกฎหมายไทย

จากที่ได้ศึกษาในส่วนแรกของการศึกษาไปแล้วถึงเนื้อหาของพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกฎหมายภายในของไทยหลายฉบับ โดยรัฐบาลไทยได้ตระหนักถึงปัญหาการทุจริตว่ามีความสำคัญต่อประเทศชาติ และประชาคมโลก จึงมีความพยายามในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐอย่างต่อเนื่องตลอดมาจนถึงปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดี เมื่อสภาพสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป การทุจริตคอร์รัปชันก็มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่อาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันการทุจริต สอดคล้องกับแนวทางของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ก็มีการพัฒนาการปรับใช้กฎเกณฑ์และปรับปรุงแนวปฏิบัติที่ดีเพื่อให้สามารถป้องกันการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นด้วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ควรมีการทบทวนและตรวจสอบกฎหมายภายในที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันว่ายังสามารถทำให้ประเทศไทยปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างเหมาะสมอยู่หรือไม่ อย่างไร และมีสภาพปัญหาเกิดขึ้นในส่วนใดบ้าง

ดังนั้น สำหรับการศึกษานี้ จะจำแนกการศึกษาออกเป็นสองส่วน โดยในส่วนแรก คือสภาพปัญหาเรื่องขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี ได้แก่ เรื่องการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ และการมีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง และส่วนที่สองคือ สภาพปัญหาความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา ได้แก่ การปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม และการมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าได้ ซึ่งจะทำการศึกษาในลำดับถัดไป

4.1 ขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี

สำหรับกฎหมายภายในของไทย แม้ว่าจะมีการให้ความสำคัญกับการป้องกันการทุจริตตลอดมา แต่อย่างไรก็ดี สภาพสังคมในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาทำให้การทุจริตมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้พบปัญหาในเรื่องของขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณีในบางส่วน ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

4.1.1 การป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์

สำหรับในส่วนนี้จะทำการศึกษาสภาพปัญหาการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์และแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศ

4.1.1.1 สภาพปัญหาการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์

คำว่า “Conflict of Interests” นั้นมีความหมายค่อนข้างกว้าง โดย Blacks Law Dictionary ได้อธิบายความหมายว่า Conflict of Interests เป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐ (public officials) ผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ (fiduciaries) และการได้รับผลประโยชน์นั้นเป็นความขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคล นอกจากนี้ประโยชน์ส่วนตนหมายถึง ประโยชน์โดยตรงในรูปแบบที่จับต้องได้ หรือผลประโยชน์ทางอ้อมผ่านคนรู้จัก ผ่านองค์กร เพื่อน และสมาชิกในครอบครัว¹ ซึ่งดังที่ได้พิจารณาพันธกรณีในบทที่ 2 ของการศึกษาว่าในส่วนของพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์นั้น อนุสัญญามุ่งประสงค์ที่จะให้มีการบังคับใช้กับ เจ้าหน้าที่รัฐ 3 ประเภท ดังที่บทนิยามของอนุสัญญากำหนดไว้ กล่าวคือ ประเภทที่ 1 บุคคลใดๆ ที่ดำรงตำแหน่งด้านนิติบัญญัติ บริหาร ปกครอง หรือตุลาการ ไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง ไม่ว่าจะถาวรหรือเป็นการชั่วคราว และไม่ว่าได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงระดับอาวุโสของบุคคลนั้น ประเภทที่ 2 คือ บุคคลอื่นใด ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับหน้าที่ราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือการให้บริการสาธารณะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคี ประเภทที่ 3 คือ บุคคลอื่นใด ซึ่งกฎหมายภายในของรัฐภาคีกำหนดให้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ดังนั้น ในส่วนของพันธกรณีในกลุ่มนี้ จะมีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา ข้อ 9.1 (จ) ในกรณีที่เหมาะสม มาตรการในการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง อาทิเช่น การเปิดเผยส่วนได้ส่วนเสียในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และข้อ 9.2 (จ) ในกรณีที่เหมาะสม การปรับปรุงแก้ไข ในกรณีไม่สามารถดำเนินการตามข้อกำหนดซึ่งบัญญัติในวรรคนี้ได้ ซึ่งตามแนวทางของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีเห็นว่า มีวัตถุประสงค์ให้รัฐภาคีมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เปิดเผยและการบันทึกไว้ ซึ่งผลประโยชน์ที่ได้รับการต้อนรับ และของขวัญต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับ (legislation should require all

¹ H.C Black, *Blacks Law Dictionary*, 6th Edition, (England, Springer Publishing, 1990)

interests, asset, hospitality and gifts to be declared and registered)² ดังนั้น ในการศึกษาครั้งนี้ ศึกษากฎหมายกลางที่กำหนดการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์นี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเรียขงของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2554 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544 จากนั้นจะพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามลำดับ

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการให้ความสำคัญของการป้องกันความขัดของผลประโยชน์เป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากมีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยได้กำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นความขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไว้ในมาตรา 265 มาตรา 267 ซึ่งบังคับใช้กับนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มิให้ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น การไม่รับหรือแทรกแซงก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐ ที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน ทั้งนี้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งรวมไปถึงการเป็นคู่สัญญาในโครงการร่วมทุนในลักษณะ PPPs ด้วย นอกจากนี้ เว้นแต่ในกรณี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี เป็นการดำรงตำแหน่งหรือดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่จะดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย ประกอบกับ หมวด 13 ที่เกี่ยวข้องจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ กำหนดให้มาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ละประเภท ให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดขึ้น และการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางวินัย³ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะหรือให้คำแนะนำในการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรม⁴ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ยังกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่ง

²Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, 2nd sess., 2008, p. 14.

³ มาตรา 279 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁴ มาตรา 280 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ทางการเมือง ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภท ให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดขึ้น โดยต้องมีกลไกและระบบเพื่อให้การบังคับใช้มีประสิทธิภาพ และให้ถือว่าผู้นั้น กระทำผิดทางวินัย หากฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมที่กำหนดไว้⁵ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ แต่อย่างไรก็ดี ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับออกเสียงประชามติ โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ล่าสุด ณ วันที่ 29 มีนาคม 2559) ได้มีเจตนารมณ์ที่จะขจัดปัญหาการทุจริตอย่างจริงจัง โดยมีการกำหนดเรื่องความขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้อย่างชัดเจนในหมวดที่ 9 ซึ่งกำหนดไว้คล้ายคลึงกับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทาน หรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้ง ไม่รับเงินหรือประโยชน์ใด ๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐนอกเหนือไปจากที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจปฏิบัติต่อบุคคลอื่น ๆ ในธุรกิจการงานปกติ⁶

นอกจากจะมีการให้ความสำคัญกับการกำหนดเรื่องของการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว เมื่อพิจารณาต่อมาถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ก็ยังมีบทบัญญัติในหมวด 9 ความขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม มาตรา 100 กำหนดไว้คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคือ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นคู่สัญญา เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งใดที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบัน ผู้บริหารท้องถิ่น และรองผู้บริหารท้องถิ่น เป็นตำแหน่งที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กำหนดโดยการประกาศ

⁵ มาตรา 279 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁶ มาตรา 184 แห่งร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับออกเสียงประชามติ โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ข้อมูล ณ วันที่ 29 มีนาคม 2559)

ในราชกิจจานุเบกษา⁷ นอกจากนี้ มาตรา 100 ยังใช้บังคับกับการดำเนินกิจการของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปีด้วยโดยอนุโลม แต่อย่างไรก็ดี ในความเห็นของท่านอาจารย์ กำชัย จงจักรพันธ์ เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 100 และมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง มีข้อความที่เข้าใจยาก และไม่ชัดเจน ซึ่งทางหนึ่งทำให้มีช่องว่างให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ และอาจก่อให้เกิดความสับสน และเกิดการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมขึ้นได้เช่นกัน⁸ และประเทศไทยมีบทบัญญัติในเรื่องของการมุ่งเน้น คำนึงให้เกิดการประหยัด แก่ไขทศนคติที่ไม่ถูกต้องจากการให้ของขวัญราคาแพงอันเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันขึ้นในวงราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544 อีกด้วย⁹ แต่อย่างไรก็ดี อนุสัญญาในมีการมุ่งเน้นเรื่องของการบันทึกข้อมูลผลประโยชน์รูปแบบต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่รัฐได้รับมา (to be declared and registered) ด้วย ดังนั้น อาจมีความจำเป็นต้องพิจารณาในส่วนของกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนว่า บทบัญญัติของกฎหมายไทยดังกล่าวสามารถรองรับพันธกรณีได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด

สำหรับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในส่วนใดที่ระบุให้บุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างทุกขั้นตอนเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อน การบันทึกทรัพย์สินผลประโยชน์ในทุกรูปแบบ¹⁰ แต่อย่างไรก็ดีแนวโน้มการแก้ไขปัญหานี้ ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. อาจเข้ามาช่วยรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณดังกล่าวให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เนื่องจาก เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. พบว่ามีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล โดยมุ่งเน้นหลักการของ

⁷ ประกาศคณะกรรมการ ป.ป.ช. เรื่อง กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกิจการตามความในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2555

⁸ กำชัย จงจักรพันธ์, การขัดกันแห่งผลประโยชน์และมาตรา 100 พ.ร.บ.ป.ป.ช. (กรุงเทพฯ : สำนักงาน, 2550). น. 174.

⁹ ข้อ 11 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544

¹⁰ กิตติยา คัมภีร์, ผัสสร นภาพรรณ ,และ กฤตวิทย์ จันทร์แจ่มใส. แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : บริษัทวิชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, 2558), น. 81.

การตรวจสอบได้ ให้มีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ และตามมาตรา 18 ของร่างพระราชบัญญัติกำหนดให้มีนโยบายและแนวทางป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสม¹¹ ประกอบกับร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มีข้อกำหนดว่าผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในงานนั้น¹²

ในส่วนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ก็มีบทบัญญัติเรื่องของการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ โดยจะเห็นได้จากมีการกำหนดว่า กรรมการที่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่มีการพิจารณาจะเข้าร่วมประชุมหรือออกเสียงลงคะแนนในเรื่องดังกล่าวมิได้ และภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันพ้นจากตำแหน่ง ห้ามมิให้กรรมการตามมาตรา 8 เป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในกิจการของเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบหลักการในระหว่างที่ตนดำรงตำแหน่ง กรรมการ และเข้าถือหุ้นในเอกชนเป็นจำนวนเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวถูกนำมาใช้โดยอนุโลมกับคณะกรรมการคัดเลือกเอกชน¹³ และ คณะกรรมการกำกับดูแล¹⁴ แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเท่าใดนักเกี่ยวกับการมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือความขัดกันของผลประโยชน์ในระหว่างดำรงตำแหน่งกรรมการ การเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้

¹¹ มาตรา 18 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“ผู้ประกอบการที่อยู่ในประเภทหรือมีวงเงินในการจัดซื้อจัดจ้างตามที่คณะกรรมการ ค.ป.ท. ประกาศ กำหนดในราชกิจจานุเบกษา และประสงค์จะเข้ายื่นข้อเสนอกับหน่วยงานของรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องจัดให้มีนโยบายในการป้องกันการทุจริตและมีแนวทางป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสม...”

¹² มาตรา 17 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“ข้อตกลงคุ้มครองตามโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง ภาครัฐให้จัดทำเป็นข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอ โดยฝ่ายหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและฝ่ายผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอต้องตกลงกันว่าจะไม่กระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง และให้มีผู้สังเกตการณ์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ที่จำเป็นต่อโครงการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ เข้าร่วมสังเกตการณ์ในการจัดซื้อจัดจ้างตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจนถึงขั้นตอนสิ้นสุดโครงการ โดยผู้สังเกตการณ์ต้องมีความเป็นกลางและไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในโครงการการจัดซื้อจัดจ้างนั้น แล้วให้รายงานความเห็นพร้อมข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการ ค.ป.ท. ทราบด้วย...”

¹³ มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

¹⁴ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งทั้งในส่วนของกรรมการและ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs อันอยู่ภายใต้เจตนาของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามอนุสัญญา UNCAC ยังไม่ได้มีการกำหนดให้เปิดเผยและบันทึกข้อมูลของผลประโยชน์ทับซ้อนหรือความขัดกันของผลประโยชน์ ตามพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนการบัญญัติห้ามการมีผลประโยชน์ทับซ้อนอย่างต่อเนื่องนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การดำเนินการค่อนข้างเป็นไปตามพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) และอาจมีความเป็นไปได้ว่า ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการปราบปราม หรือการมีบทบัญญัติที่ห้ามการมีอยู่ของความขัดกันของผลประโยชน์มากกว่าที่จะมุ่งเน้นการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์โดยการเปิดเผยและบันทึกข้อมูล ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) ได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น มีความจำเป็นต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศต่อไป

4.1.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายร่วมทุนของประเทศอินเดีย ก็มีการบัญญัติห้ามมิให้รับผลประโยชน์เช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่หากมีการรับไว้โดยธรรมเนียมให้มีการบันทึกไว้ และรายงานต่อ Reporting Authority เพื่อป้องกันมิให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดของความไม่เป็นธรรมในขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง¹⁵ นอกจากนี้กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอที่ปรึกษา หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเปิดเผยการมีส่วนได้เสียในโครงการนั้น¹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนของคณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอ นั้นจะต้องมีการเปิดเผยอย่างเข้มงวดในแบบฟอร์มตามภาคผนวก สำหรับภาคเอกชนที่เป็นผู้ยื่นข้อเสนอ ก็จะต้องถูกขึ้นบัญชีดำ (blacklist) หากไม่สามารถรับรองได้ว่าไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest)¹⁷ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ยื่นข้อเสนอในโครงการจะไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนใดๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อม และโดยเจตนาและไม่เจตนาก็ตาม¹⁸ สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนของ มี Concession Directive มีหลักการสำคัญในเรื่องของการต่อสู้กับการทุจริต (combat fraud) การเล่นพรรคเล่นพวก (favoritism) การคอร์รัปชันและป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์

¹⁵ Chapter2 The Public Procurement Bill, 2012

¹⁶ Draft PPP Rules 2011, Rule 5

¹⁷ Draft PPP Rules 2011, Rule 41

¹⁸ Draft PPP Rules 2011, Rule 47

โดยสรุป ในส่วนของการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์นั้น ประเทศไทยนั้นได้มีการให้ความสำคัญ เนื่องจากได้มีการบัญญัติไว้ทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่อย่างไรก็ดี ขอบเขตการบังคับใช้ยังไม่มีความครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ว่าต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในสัญญาสัมปทาน ประกอบกับประเทศไทยให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายที่เป็นข้อห้าม มากกว่ามาตรการในเชิงป้องกัน คือการกำหนดให้มีการเปิดเผยหรือบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งผลประโยชน์ ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) มากยิ่งขึ้น ประเทศไทยอาจพิจารณาเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย หรือการออกกฎหมายลำดับรอง สำหรับการเปิดเผยหรือบันทึกข้อมูลการได้มาซึ่งผลประโยชน์ตอบแทนต่างๆ

4.1.2 การไม่มีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาสภาพปัญหาการไม่มีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุนในรูปแบบ PPPs และนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

4.1.2.1 สภาพปัญหาการไม่มีมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

นอกจากพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) ของอนุสัญญาจะมีข้อกำหนดในเรื่องของการเปิดเผยเกี่ยวกับส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐแล้ว พันธกรณียังข้อกำหนดเกี่ยวกับการฝึกอบรมของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับการขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง (mandate specialist training in procurement and ethical conduct) เพื่อส่งเสริมให้เกิดความเป็นธรรม (fair) และความยุติธรรม (impartial) ของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (applicable legislation) ในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐภาคีนั้น¹⁹ ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น ในช่วงปี 2551 มีการเล็งเห็นเรื่องการเพิ่มพูนประสิทธิภาพและเสริมสร้างแรงจูงใจในการปฏิบัติราชการ โดยอาจให้ข้าราชการพลเรือนไปศึกษาเพิ่มเติม ฝึกอบรม ดูงาน ปฏิบัติการวิจัยในประเทศหรือต่างประเทศ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ ก.พ. กำหนด แต่อย่างไรก็ดี ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องของมาตรการเพิ่มความรู้และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่ต่อมาในต่างประเทศได้มีการให้ความสำคัญกับการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง

¹⁹ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, supra note 2, p. 14.

โดยตรง เนื่องจากเห็นว่าเป็นการป้องกันมิให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้ ดังนั้น ปัจจุบันประเทศไทยก็ได้มีการมุ่งเน้นที่จะปรับปรุงกระบวนการอบรมเจ้าหน้าที่ และยกระดับการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นมาตรฐานสากลยิ่งขึ้น ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. จึงได้มีบทบัญญัติในเรื่ององค์กรสนับสนุนดูแลการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐขึ้น

โดยบทบัญญัติดังกล่าว ได้มีการกำหนดให้กรมบัญชีกลางมีหน้าที่ในการดูแลและพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ และมีหน้าที่กำหนดและจัดให้มีหลักสูตรการฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐตามหลักวิชาชีพ ยิ่งไปกว่านั้น กำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ผ่านการอบรมได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ได้รับเงินเพิ่มหรือเงินอื่นทำนองเดียวกัน²⁰ ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียน ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการมีพัฒนาการที่สำคัญของการพัฒนาบุคลากรที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง อันจะส่งผลให้การป้องกันการทุจริตมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) ของไทยมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญามากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. มิได้ครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ดังนั้นจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ต่อไป

สำหรับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ได้มีการให้ความสำคัญกับเรื่องความร่วมมือทางวิชาการ โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 18 กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจรับผิดชอบงานด้านธุรการและให้มีหน้าที่ร่วมมือทางด้านวิชาการและพัฒนาศักยภาพบุคลากรในหน่วยงานของรัฐ แต่อย่างไรก็ดี ยังไม่ได้มีการกำหนดชัดเจนให้ครอบคลุมไปถึงการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ดังนั้น ประเทศไทยอาจพิจารณาแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยให้สามารถปฏิบัติให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพันธกรณีมากยิ่งขึ้นต่อไป

²⁰ มาตรา 49 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

4.1.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการไม่มีทบทวนสัญญาตีเรื่องการเพิ่มความคุ้มครองและความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

โดยที่กฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนของ Concession directive มีการกำหนดให้มาตรการต่างๆ มีจุดมุ่งหมายในการปกป้องสถานะของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาสัมปทาน มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นได้รับการฝึกอบรม และมีทักษะสำหรับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน²¹ สอดคล้องกับ Utility Directive มีข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว คล้ายคลึงกับ Concession Directive แต่มีการกำหนดเพิ่มในส่วนของคณะกรรมการฝึกอบรมพิเศษ ในการดูแลรักษาอุปกรณ์ที่ได้มีการดำเนินการไปแล้ว ในสัญญาที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค เพื่อให้แน่ใจว่าจะมีการให้บริการอย่างต่อเนื่อง²² ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทย สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.2 (จ) ในส่วนการมีมาตรการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้ดียิ่งขึ้น และเป็นรูปธรรม ประเทศไทย อาจมีการเพิ่มเติมมาตรการการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ PPPs เพื่อให้สามารถตรวจจับความผิดปกติอันอาจเกิดขึ้นกับโครงการ และทำให้มาตรการป้องกันการทุจริตคอร์รัปชันของประเทศไทย มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในระดับสากล

4.2 ปัญหาความขัดกันของทบทวนสัญญาตีกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะจำแนกการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อ คือ การปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (ข) การจัดทำเงื่อนไขของการเข้าร่วมเสนอราคาไว้ล่วงหน้า ซึ่งรวมทั้งการคัดเลือก และการประกาศให้ทราบทั่วกันถึงเงื่อนไขดังกล่าว และการมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางตามข้อ 9.1 (ค) การใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้า สำหรับการตัดสินใจจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ อันเป็นหลักการสำคัญที่เป็นพื้นฐานของข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ดังนี้

4.2.1 การปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

การศึกษาถึงสภาพปัญหาของการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมและแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยทำการศึกษากับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศ

²¹ Directive 2014/23/EU

²² Directive 2014/25/EU

4.2.1.1 สภาพปัญหาการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

สำหรับการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมตามข้อ 9.1 (ข) จากการประชุมใหญ่รัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ในปี 2551 ได้มีการวางหลักการของพันธกรณีข้อนี้ว่า เรียกร้องให้เงื่อนไขสำหรับการเข้าร่วมเสนอราคา ที่ประกอบไปด้วยคุณสมบัติ การประเมินผลและการคัดเลือกให้ชนะการประมูล ตลอดจนกฎเกณฑ์ต่างๆ สำหรับเข้าร่วมเสนอราคา ต้องสามารถกำหนดและเผยแพร่ไว้ล่วงหน้า (require all conditions for participation, including specifications and evaluation or award criteria and tendering rules to be both determined and published in advance) โดยมุ่งเน้นให้กฎหมายภายในของรัฐต้องทำให้แน่ใจว่า ผู้ที่จะเข้าร่วมเสนอราคาจะได้รับแจ้งเงื่อนไขสำหรับการเข้าร่วมเสนอราคาที่ครบถ้วน

จากการศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย โดยท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สิริลักษณ์ คอมนตร์ และคณะ ซึ่งเป็นการศึกษาวิจัยที่ได้รับการสนับสนุนจากกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง ในปี พ.ศ. 2552 พบว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีความพยายามป้องกันการทุจริตในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่ทำให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพ²³ แต่อย่างไรก็ดีการที่มีข้อกำหนดให้หน่วยงานของรัฐใช้พัสดุในประเทศ หรือเป็นกิจการของคนไทยที่ได้รับมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม โดยห้ามกีดกันผู้ผลิต หรือผู้ขายพัสดุที่ผลิตในประเทศหรือเป็นกิจการของคนไทย²⁴ ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2550 กำหนดว่า ในการปฏิบัติดังกล่าวส่วนราชการควรระมัดระวังมิให้ขัดหรือแย้งกับข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น ข้อตกลงขององค์การการค้าโลก การประกวดราคานานาชาติ เป็นต้น โดยอาจประสานกับกระทรวงพาณิชย์ ก่อนดำเนินการ²⁵ ส่งผลให้การจัดหาพัสดุที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องระบุความต้องการเฉพาะพัสดุที่ผลิตขึ้นภายในประเทศเท่านั้นขัดแย้งกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติของ GPA²⁶ ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักการแข่งขันที่เป็นธรรม (Competition) ของข้อ 9 อนุสัญญา UNCAC ที่มุ่งหมายให้

²³ สิริลักษณ์ คอมนตร์ และ คณะ, การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 94.

²⁴ ข้อ 16 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

²⁵ มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2552

²⁶ สิริลักษณ์ คอมนตร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 88.

ผู้เข้าร่วมเสนอราคาสามารถมีโอกาสแข่งขันบนพื้นฐานเดียวกันเพื่อเป็นผู้ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับภาครัฐ ส่งผลต่อการทำให้ได้สินค้าและบริการที่มีความคุ้มค่ากับต้นทุนอันเป็นภาษีของประชาชน²⁷ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของคณะผู้ศึกษา ที่เห็นว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติของ GPA มีความสอดคล้องกับอนุสัญญา UNCAC หากประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา UNCAC ก็อาจจำเป็นต้องปรับระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้สอดคล้องกับความตกลง GPA ด้วย²⁸ ประกอบกับการเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลง GPA จึงเป็นข้อหนึ่งที่น่ามากำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่จะใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9 ของ UNCAC²⁹

สำหรับผลการศึกษาจากโครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งของศูนย์ปฏิบัติการต่อต้านการทุจริต : การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในบริบทของไทย โดยความร่วมมือระหว่างสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme : UNDP) และกรมบัญชีกลาง มีความเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาคัดเลือกในประกาศเชิญชวนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น อาจเปิดโอกาสให้มีการกำหนดเกณฑ์คุณสมบัติและเกณฑ์การคัดเลือกอย่างไม่เป็นธรรมได้³⁰ ซึ่งอาจขัดกับหลักการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ตามข้อ 9.1 (ข) เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดที่ชี้เฉพาะเจาะจง (specification) และมีการประเมินผลที่ชัดเจน ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีการนึ่งนอนใจกับปัญหาดังกล่าวนี้ จึงได้มีการปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณี ข้อ 9.1 (ข) ได้อย่างสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ซึ่งจะได้พิจารณาในส่วนของร่างกฎหมายฉบับใหม่ที่อาจเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

²⁷ United Nations, Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, (New York: United Nations Publication, 2013), p 46-48.

²⁸ สิริลักษณ์ คอมันตร์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น. 114.

²⁹ Checklist for meeting minimum requirements, Is the State a party to an international text on public procurement in particular the WTO GPA or the EU Directives

³⁰ กิตติยา คัมภีร์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 150.

ในส่วนของร่างกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่ของไทย เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันอย่างโปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน³¹ โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐอาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจากผู้ประกอบการก่อนก็ได้³² นอกจากนี้ การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอมีข้อกำหนดที่ชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐจะคำนึงถึงเกณฑ์ข้อใดบ้าง และให้หน่วยงานของรัฐประกาศเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกและน้ำหนักแต่ละเกณฑ์ไว้ในประกาศเชิญชวนด้วย³³ ตลอดจนให้หน่วยงานของรัฐประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกและเหตุผลสนับสนุนในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด³⁴ ดังนั้น ผู้เขียน

³¹ มาตรา 8 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และต้องสอดคล้องกับหลักการ ดังต่อไปนี้...

(2) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกันมีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน...”

³² มาตรา 59 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“เพื่อประโยชน์ในการจัดท าร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะ ทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวน ก่อนทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป หน่วยงานของรัฐอาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจากผู้ประกอบการก่อนก็ได้...”

³³ มาตรา 65 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีตามมาตรา 55 (1) หรือ (2) ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ และวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยให้คำนึงถึงเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

- (1) ต้นทุนของพัสดุนั้นตลอดอายุการใช้งาน
- (2) มาตรฐานของสินค้าหรือบริการ
- (3) บริการหลังการขาย
- (4) พักตร์ที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุน...”

³⁴ มาตรา 66 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

จึงมีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่ดีที่จะสามารถแก้ไขปัญหาของการขัดต่อหลักการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม อันจะส่งผลให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ข) ของอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างดียิ่งขึ้นต่อไป แต่อย่างไรก็ดี ย่อมต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ที่บังคับใช้โดยตรงกับโครงการ PPPs ว่ามีความสอดคล้องและสามารถรองรับพันธกรณีข้อ 9.1 (ข) ได้มากน้อยเพียงใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ได้วางหลักการในเรื่องของการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน ดังนั้นประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 ที่ออกตามความในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 จึงได้มีการกำหนดระยะเวลาในการประกาศให้ผู้สนใจยื่นเอกสารไม่น้อยกว่า 30 วันก่อนวันรับซอง³⁵ โดยรายละเอียดของประกาศต้องประกอบไปด้วยวัตถุประสงค์ คุณสมบัติด้านเทคนิค ด้านการเงิน ฐานะทางการเงิน เป็นต้น และเมื่อพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการประกาศรายชื่อให้ทราบเป็นการทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี การประกาศรายชื่อให้ทราบเป็นการทั่วไปนี้แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่วัน³⁶ แต่อย่างไรก็ดีประกาศดังกล่าว มีการกำหนดให้สรุปสาระสำคัญของขอบเขตของโครงการนั้น ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกซึ่งจะมีการให้คะแนนเรื่องความสอดคล้องของข้อเสนอเมื่อเปรียบเทียบกับประกาศเชิญชวน³⁷ นอกจากนี้ ประกาศดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่

“ให้หน่วยงานของรัฐประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือก และเหตุผลสนับสนุนในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลาง กำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น...”

³⁵ ข้อ 9 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือก ของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558

³⁶ เพิ่งอ้าง, ข้อ 11.

³⁷ ข้อ 4 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือก ของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558

แน่นอนเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ยื่นข้อเสนอ ดังนั้น อาจมีความจำเป็นต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติที่ดีในประเทศเพื่อเป็นประโยชน์ในการนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของไทยต่อไป

4.2.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม

ในขณะที่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายร่วมทุนของประเทศอินเดีย ซึ่งได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอนุสัญญา UNCAC ว่าการมีข้อกำหนดเรื่องของการจัดเตรียมกรอบการยื่นข้อเสนอ เพื่อให้ผู้เสนอราคาสามารถเตรียมตัวเข้าเสนอราคาได้ โดยมีการเตรียมโครงการการประเมินตลาด โดยข้อกำหนดในเรื่องของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ครอบคลุมถึงการเผยแพร่เอกสาร การขาดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ บัญชีรายชื่อผู้ที่ไม่ควรได้รับคัดเลือก โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีข้อกำหนดในเรื่องของการยอมรับ และการปฏิเสธข้อเสนอ (Disqualification of Respondents) ยังปรากฏหลักเกณฑ์เรื่องของการไม่มีการให้สินบน (no -bribe clause) โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถตัดสินใจผู้ยื่นข้อเสนอได้เมื่อ พบว่าผู้ยื่นข้อเสนอ นั้น มีการเสนอ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้ ทั้งทางตรงและทางอ้อม ผลประโยชน์ในรูปแบบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตลอดจนมีผลประโยชน์ทับซ้อน และอยู่บัญชี blacklist ที่ระบุไว้³⁸

ยิ่งไปกว่านั้นปรากฏหลักเกณฑ์เรื่องของการไม่มีการให้สินบน (no -bribe clause) โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถตัดสินใจผู้ยื่นข้อเสนอได้เมื่อ พบว่าผู้ยื่นข้อเสนอ นั้น มีการเสนอ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้ ทั้งทางตรงและทางอ้อม ผลประโยชน์ในรูปแบบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตลอดจนมีผลประโยชน์ทับซ้อน และอยู่บัญชี blacklist ที่ระบุไว้³⁹ นอกจากนี้ การร่วมลงทุนในประเทศอินเดียมีความน่าสนใจในส่วนของ การประชุมที่เรียกว่า Pre- submission Meeting⁴⁰ สำหรับการทำให้ผู้ยื่นข้อเสนอมีความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับขอบเขตของงาน ตลอดจนเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการทำสัญญาโดยใช้ช่องทางอินเทอร์เน็ต⁴¹ ซึ่งจะทำให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมมากยิ่งขึ้น⁴² เป็นการปฏิบัติที่

³⁸ Draft PPP Rules, 2011, Rule 39.

³⁹ Draft PPP Rules, 2011, Rule 39.

⁴⁰ Opus Advisory Pvt. Ltd., “เอกสารจากการเข้าร่วมสัมมนาแลกเปลี่ยนประสบการณ์ด้าน PPP” (การประชุม ณ ห้องประชุมปวย อังภากรณ์, 6 สิงหาคม 2558).

⁴¹ Chapter 5 Draft PPP Rules 2011,

⁴² UNODC, *India: Probity in Public Procurement* (Austria: United Nation Publication, 2013), p. 25.

สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (ข)⁴³ เช่นเดียวกันกับในส่วนของกฎหมายของสหภาพยุโรปที่มีการจัดให้มีการประชุม Pre – submission Meeting เช่นเดียวกัน รวมทั้ง Directive 2014/23/EU มีการกำหนดเงื่อนไขในการคัดเลือกและประเมิน และข้อกำหนดเรื่อง ตัดสิทธิ์ข้อเสนอที่มีลักษณะของการร่วมมือกันในองค์การอาชญากรรม การคอร์รัปชัน การฉ้อฉล (fraud) การก่อการร้าย การฟอกเงิน (money laundering) และการใช้แรงงานเด็ก (child labour) ตลอดจนการค้ามนุษย์ (trafficking in human being) ซึ่งมีนิยามที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย⁴⁴ นอกจากนี้ยังสามารถตัดสิทธิ์ข้อเสนอในกรณี ที่ผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นล้มละลาย หรืออยู่ระหว่างการเลิกกิจการตามคำสั่งศาล (winding – up proceeding) หรือการมีผลประโยชน์ทับซ้อน เพื่อให้เป็นไปตามหลักการของ Directive คือ equal treatment, non-discrimination and transparency⁴⁵

โดยสรุป เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของพันธกรณีของ 9.1 (ข) ในส่วนของการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรมแล้วจะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะเปรียบสำนักนายกรัฐมนตรีกว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีข้อกำหนดที่อาจขัดต่อหลักการแข่งขันที่เป็นธรรมของอนุสัญญา UNCAC เนื่องจากการประเมินผลที่ไม่ชัดเจน แต่เนื่องจาก ปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้น แนวโน้มของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. อาจเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว และยกระดับให้กฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์การคัดเลือกข้อเสนอที่มีความชัดเจน สอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากยิ่งขึ้น และเมื่อพิจารณาในส่วนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 มีการวางหลักการในเรื่องของการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน และได้มีการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่องรายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ประกาศดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการตัดสิทธิ์ผู้ยื่นข้อเสนอ ดังนั้น ประเทศไทยอาจมีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวให้มีข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าว โดยพิจารณาแนวทางของประเทศอินเดียและกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปประกอบด้วย เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนของข้อ 9.1 (ข) มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา UNCAC มากยิ่งขึ้น

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴ Directive 2014/23/EU, Article 38(4)

⁴⁵ Directive 2014/25/EU

4.2.2 การมีหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง

ในส่วนนี้จะศึกษาสภาพปัญหาการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการตัดสินใจและแนวทางการแก้ไขปัญหา โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติที่ดีในต่างประเทศ

4.2.2.1 สภาพปัญหาการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการตัดสินใจ

สำหรับพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) ได้มีการกำหนดให้รัฐภาคีใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าสำหรับการตัดสินใจจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ซึ่งตามแนวทางของที่ประชุมใหญ่รัฐภาคีเห็นว่า โดยหลักเกณฑ์ต้องสามารถวินิจฉัยล่วงหน้าได้และหลักเกณฑ์ต้องมีความแน่นอนไม่เปลี่ยนแปลงในระหว่างกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง⁴⁶ และการใช้ดุลพินิจยกเว้นระเบียบข้อบังคับโดยมีขอบเขตที่ชัดเจน⁴⁷

สำหรับในส่วนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 จากข้อสังเกตการประชุมสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ครั้งที่ 15/2559 มีความเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวควรมีการกำหนดกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจนและลดการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานรัฐ เนื่องจาก ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 กำหนดว่า หากหัวหน้าหน่วยงานพิจารณาแล้วเห็นว่ามีพฤติการณ์การสมยอมราคาหรือไม่มีการแข่งขันราคากันอย่างแท้จริง หัวหน้าหน่วยงานจะใช้ดุลพินิจยกเลิกผลการประกวดราคาด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้⁴⁸ ในขั้นตอนของการยื่นของข้อเสนอด้านเทคนิค การเสนอราคา และในกรณีที่การเสนอราคาทางอิเล็กทรอนิกส์ประสบข้อขัดข้องจนไม่อาจดำเนินต่อไปให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดได้⁴⁹

⁴⁶ Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, supra note 2, p. 13.

⁴⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, https://www.nacc.go.th/images/reseach_sawiang/Exclusive.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2559), น. 253.

⁴⁸ สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ. “ข้อสังเกตการประชุมสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ” (ครั้งที่ 15/2559 ณ ตึกรัฐสภา, 29 มีนาคม 2559.)

⁴⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยก็มิได้มีการนั่งนอนใจกับปัญหาดังกล่าวนี้ จึงได้มีการปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) ได้อย่างสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

สำหรับร่างกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างฉบับใหม่ของไทย เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันอย่างโปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีบทบัญญัติมาตรา 67 เข้ามาช่วยลดการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐ โดยมีข้อกำหนดที่ชัดเจนว่า หน่วยงานของรัฐอาจประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ในกรณีใดบ้าง เช่น หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือส่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด หรือ กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ช่วยทำให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพันธกรณีมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง และทำให้ผู้เข้าร่วมเสนอราคาสามารถรู้ล่วงหน้าถึงข้อกำหนดที่แน่นอนและสามารถประเมินการเข้าร่วมเสนอราคากับภาครัฐได้

⁵⁰ มาตรา 67 แห่งร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

“ก่อนลงนามในสัญญา หน่วยงานของรัฐอาจประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป

(2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือส่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง...”

ในส่วนของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีการให้ความสำคัญกับการมีความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องโดยกำหนดไว้ในบททั่วไปของพระราชบัญญัตินี้ในส่วนของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดต่างๆ เช่น คณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35 และคณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43 ก็ได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ เพื่อลดการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ และให้เกิดหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าได้ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้มีการเปิดโอกาสให้คณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูลได้ ซึ่งตามกฎหมายมิได้มีการประกาศหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่ากรณีใดจะไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล⁵¹ ดังนั้น ประเทศไทยอาจพิจารณาแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยให้สามารถปฏิบัติให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพันธกรณีมากยิ่งขึ้นต่อไป

4.2.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้

ดุลพินิจมากเกินไปในการตัดสินใจ

สำหรับกฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนของ Directive 2014/25 มีการกำหนดระบบที่มีคุณภาพของกฎเกณฑ์ที่สามารถรับรองได้สำหรับการเลือกผู้เข้าร่วมเสนอราคา และต้องทำให้แน่ใจว่าจะได้ผู้เข้าร่วมเสนอราคา มีการแข่งขันที่มีความเหมาะสม⁵² สำหรับส่วนของ Directive 2014/23 มีหลักเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดด้านเทคนิค และข้อกำหนดด้านการปฏิบัติการ (Technical and functional requirements) ว่าผู้ยื่นข้อเสนอจะสามารถชนะการประมูลได้ก็ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามเงื่อนไขขั้นต่ำที่กำหนด และในเรื่องของประกาศผู้ที่ได้รับคัดเลือกให้ชนะการประมูลต้องมีการบันทึกที่เหมาะสมของขั้นตอนต่างๆ ที่สามารถตัดสินได้อย่างเหมาะสมด้วย ตลอดจนข้อกำหนดต่างๆ ที่ถูกกำหนดไว้ต้องไม่ถูกเปลี่ยนแปลงในระหว่างที่มีการเข้าร่วมเสนอราคา⁵³ ยิ่งไปกว่านั้น ในการคัดเลือกและการประเมินอย่างมีคุณภาพของผู้มีสิทธิชนะการประมูลนั้น ต้องอาศัยการประเมินคุณสมบัติทางเทคนิค ความสามารถทางการเงิน และความสามารถทางเศรษฐกิจของผู้ยื่นข้อเสนอ บนพื้นฐานของการประเมินตัวเอง (self-declarations) โดยที่เงื่อนไขของการเข้าร่วมต้องมีความเหมาะสมและไม่เลือกปฏิบัติ⁵⁴ ดังนั้น กฎหมายไทยควรมีแนวทางในการลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ลงโดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตัดสินใจใช้หรือไม่ใช้การจัดซื้อจัด

⁵¹ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

⁵² Directive 2014/25/EU Article 77-78

⁵³ Directive 2014/23/EU Article 37

⁵⁴ Directive 2014/23/EU Article 38

จำงวิธีใดวิธีหนึ่ง ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น เพื่อมิให้ขัดต่อหลัก transparency ในทางระหว่างประเทศ และเพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) ของประเทศไทยสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญามากยิ่งขึ้น



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากหลักการและเหตุผลของอนุสัญญา UNCAC มุ่งเน้นการสร้างค่านิยมในการยึดมั่นหลักสุจริตธรรม (Integrity) เข้าถึงความยุติธรรมอย่างแท้จริง ส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเป็นไปตามหลักนิติธรรม (the Rule of Law) ในขณะเดียวกันก็เป็นการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ และมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมสำหรับการดำเนินการของรัฐในโครงการ PPPs ซึ่งเป็นโครงการขนาดใหญ่¹ โดยอาศัยพันธกรณีข้อ 9 ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใส การแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ อันเป็นกลไกสำคัญทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้ให้สัตยาบันและเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNCAC แล้ว โดยมีผลเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2554 ซึ่งรัฐบาลได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการทุจริตโดยเห็นว่าเป็นวาระแห่งชาติมาโดยตลอด แม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกรอบกฎหมายอนุวัติการ (Implementing legislation) ในส่วนของมาตรการป้องกัน (Chapter 2 Preventive Measures) ให้เป็นไปตามพันธกรณีข้อ 9 โดยตรงก็ตาม แต่ประเทศไทยก็มีกฎหมายรองรับ (Enabling legislation) ในส่วนของการปฏิบัติตามพันธกรณีแล้วบางส่วน แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากปัญหาการทุจริตในระดับประเทศนั้นมีความซับซ้อนมากขึ้นตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้น เมื่อได้เปรียบเทียบการอนุวัติการของประเทศไทย กับแนวทางปฏิบัติที่ดีในทางระหว่างประเทศ รวมทั้งการปรับใช้ของประเทศอินเดียและประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป พบว่า ประเทศไทยมียังมีปัญหาการอนุวัติการในประเด็นต่อไปนี้

5.1.1 ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายไทย

ตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ต่อสาธารณชนในกลุ่มที่ 1 พบสภาพปัญหาในส่วนของกฎหมายกลางเรื่องช่องทางการเข้าถึงข้อมูล แม้ว่าประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชนตรวจดูได้ตามมาตรา 9 (8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูล

¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ไพศาล ลิ้มสถิตย์, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, https://www.nacc.go.th/images/research_sawang/Exclusive.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2559), น. 452.

ข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ทำให้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างมีรายละเอียดที่สอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) แล้วก็ตาม ในขณะที่ข้อมูลสัญญาสัมปทานยังไม่มี ความชัดเจนถึงหลักเกณฑ์การเผยแพร่ต่อสาธารณชน นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยมีองค์ประกอบ ของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการก็มีความสอดคล้องกับประเทศอินเดีย แต่อย่างไรก็ดี หากประเทศไทยมีการปรับปรุงคุณสมบัติของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารให้กรรมการต้องเป็นผู้มี ได้รับการยอมรับในสังคมว่ามีความเชี่ยวชาญในทางด้านใดด้านหนึ่ง และต้องไม่มีผลประโยชน์ที่ สัมพันธ์กันกับพรรคการเมืองด้วยจะทำให้การอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) สอดคล้องกับ เจตนารมณ์ของอนุสัญญาได้ดียิ่งขึ้นต่อไป

สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม พบสภาพปัญหาเรื่องการเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องร้องเรียน เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไข เพิ่มเติม ยังการมิได้มีกำหนดให้เผยแพร่ข้อมูลในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการแก้ไขปัญห โดยร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. อาจเข้ามาช่วยรองรับ การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ก) นี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากขอบเขต การใช้บังคับของร่างกฎหมายดังกล่าวมิได้ครอบคลุมไปถึงโครงการร่วมลงทุนในลักษณะของ PPPs ที่ อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ดังนั้น ในส่วนของ โครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบปัญหาการมีการเผยแพร่ข้อมูลในส่วนของข้อเสนอโครงการ เช่นการคำนวณมูลค่าโครงการ การให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับโครงการ ในส่วนของการดำเนินโครงการ ประกาศสำนักงาน คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและ หลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 ควรมีการระบุให้เผยแพร่ประกาศเชิญชวน และแผนงานการดำเนิน โครงการทางเว็บไซต์ ในส่วนของการกำกับดูแลโครงการ ยังขาดการรายงานปัญหาและอุปสรรคให้กับ สาธารณชนได้รับทราบ

สำหรับพันธกรณีกลุ่มที่ 2 การทบทวนภายในและการเยียวยาความเสียหาย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และระเบียบ กระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548 สามารถรองรับพันธกรณีใน กลุ่มของการทบทวนภายใน ตามพันธกรณี ข้อ 9.2 (ข) 9.2(ค) และ 9.3 แล้ว แต่อย่างไรก็ดี กลไกการ เยียวยาความเสียหายตามพันธกรณี ข้อ 9.1 (ง) สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมนั้น ระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม อาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติ ตามพันธกรณีในปัจจุบัน ซึ่งแนวโน้มการกำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ตามร่าง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. อาจเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ แต่สำหรับโครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แม้ว่ามีมาให้ความสำคัญกับแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในระหว่างดำเนินโครงการ แต่ยังไม่ปรากฏกลไกการรายงานปัญหาการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาร่วมลงทุน หรือการเยียวยาความเสียหายอย่างชัดเจนว่าจะมีการดำเนินการอย่างไร

ในส่วนของการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม พบว่าพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น ก่อนข้างมีความสอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อ 9.2 (ก) แล้ว โดยแนวโน้มของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. จะเข้ามาช่วยทำให้มีการส่งเสริมการปฏิบัติตามพันธกรณีในส่วนนี้ นอกจากนี้การที่มีข้อกำหนดการบันทึกข้อมูล เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองงบประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของโครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แม้ว่าจะมีหลักการที่สำคัญและสอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญา UNCAC ข้อ 9.2 (ก) และข้อ 9.2 (ง) ก็ตามแต่ยังไม่ปรากฏรายละเอียดของของภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent) ในส่วนของการเสนอโครงการ

5.1.2 ขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ยังไม่ครอบคลุมพันธกรณี

พบปัญหาดังกล่าวในพันธกรณีกลุ่มที่ 3 การป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ แม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวก่อนข้างมีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) เนื่องจากอาจมีความเป็นไปได้ว่า ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการปราบปราม หรือการมีบทบัญญัติที่ห้ามการมีอยู่ของความขัดกันของผลประโยชน์มากกว่าที่จะมุ่งเน้นการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์โดยการเปิดเผยและบันทึกข้อมูล ดังนั้น กฎหมายไทยจึงมิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเท่าใดนักเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลด้านผลประโยชน์ การต้อนรับ ที่ได้รับมาของกรรมการและเจ้าหน้าที่

ในส่วน of ข้อกำหนดเกี่ยวกับการฝึกอบรมของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับการขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง แม้ว่าเดิมประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติมารองรับพันธกรณีดังกล่าว แต่แนวโน้มของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. หน้าที่กำหนดและจัดให้มีหลักสูตรการฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐตามหลักวิชาชีพ แต่อย่างไรก็ดี ร่างกฎหมายดังกล่าวมิได้ครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ดังนั้น พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนใน

กิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังไม่ได้มีการกำหนดชัดเจนให้ครอบคลุมไปถึงการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ตามข้อ 9.1(จ) ของอนุสัญญา UNCAC

5.1.3 ความขัดกันของบทบัญญัติกฎหมายไทยกับพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC

พบสภาพปัญหาดังกล่าวในส่วนของ การปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ตามพันธกรณีกลุ่มที่ 4 ตามข้อ 9.1 (ข) ข้อ 9.1 (ค) พบว่า สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมอาจเปิดโอกาสให้มีการกำหนดเกณฑ์คุณสมบัติและเกณฑ์การคัดเลือกอย่างไม่เป็นธรรมได้ แต่อย่างไรก็ดี แนวโน้มของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.สามารถแก้ไขปัญหาของการขัดต่อหลักการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม โดยการการรับฟังความคิดเห็นร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนจากผู้ประกอบการก่อนก็ได้ อันจะส่งผลให้ประเทศไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ข) ของอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างดียิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของโครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้น ข้อกำหนดตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่องรายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 ที่ออกตามความในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการตัดสิทธิ์ผู้ยื่นข้อเสนอ

สำหรับในส่วนหลักเกณฑ์ที่เป็นกลาง ตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) ของอนุสัญญา UNCAC พบว่า สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการตัดสินและแนวทางการแก้ไขปัญหา ซึ่งแนวโน้มของร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ... มีบทบัญญัติที่เข้ามาช่วยลดการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับโครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังมีการเปิดโอกาสให้คณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูลได้ ซึ่งตามกฎหมายมิได้มีการประกาศหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่ากรณีใดจะไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล

5.2 ข้อเสนอแนะ

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ถือได้ว่าเป็นพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีข้อ 9 ที่มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงทิศทางและแนวโน้มของระบบจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารการคลังของรัฐในประเทศไทยที่ดีขึ้น อันจะทำให้การอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของประเทศมีความสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่ดีของต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ให้มีแนวปฏิบัติที่ดีใกล้เคียงกันกับร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. และสามารถอนุวัติการพันธกรณีข้อ 9 ของอนุสัญญา UNCAC ได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

5.2.1 พันธกรณีในกลุ่มที่ 1 และ 2

เห็นควรให้มีการกำหนดโครงการที่ต้องดำเนินการพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น รวมทั้งมีแนวทางที่ชัดเจนในการคำนวณมูลค่าโครงการ และการมีข้อกำหนดที่แน่นอนของการให้ความเห็นด้วย หรือไม่เห็นด้วยกับโครงการ นอกจากนี้ ควรมีข้อกำหนดในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันซองและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558 และประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ให้มีช่องทางการเผยแพร่รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการเพิ่มมากขึ้น เช่น แผนงานการดำเนินโครงการ หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ทางเว็บไซต์ เพื่อเป็นการทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการดำเนินโครงการของภาครัฐมากยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ เนื่องจากข้อ 9.1 ของอนุสัญญา UNCAC ได้มีการวางหลักการที่สำคัญให้รัฐภาคีจัดเตรียมข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษรต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ตลอดเวลา และการใช้อินเทอร์เน็ตก็เป็นช่องทางที่มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับในหลายประเทศ นอกจากนี้ อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีข้อกำหนดของการใช้ประโยคมาตรฐาน (standard clauses) แม่แบบมาตรฐาน (Standard templates) หรือรายการตรวจสอบ (Checklists) เพื่อให้สัญญาโครงการ PPPs มีข้อกำหนดที่พิจารณาถึงความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นมาตรการสนับสนุนมาตรการอื่นๆ ของประเทศไทยในการป้องกันการทุจริตให้มีประสิทธิภาพต่อไป

ในส่วนของพันธกรณีในกลุ่มที่ 2 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทบทวนภายในและการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม เห็นควรให้มีพิจารณาเพิ่มบทบัญญัติเรื่องจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ กฎหมายให้เกิดกระบวนการทบทวนภายในและการพิจารณาเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับการร่วมลงทุนเป็นไปอย่างเป็นระบบ และการส่งผ่านไปยังคณะกรรมการระดับนโยบายเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนในอนาคต เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนของพันธกรณีข้อ 9.1 (ง) มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น นอกจากนี้อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้การเสนอโครงการ PPPs ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มีรายละเอียดของภาระผูกพันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (contingent liabilities) เพื่อยกระดับการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทย ในส่วนของข้อ 9.2 (ก) กระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน และพันธกรณีข้อ 9.2 (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ

5.2.2 พันธกรณีในกลุ่มที่ 3

ในเรื่องการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ตามพันธกรณีในกลุ่มที่ 3 แม้ว่าประเทศไทยนั้นได้มีการให้ความสำคัญอย่างมากในเรื่องของผลประโยชน์ทับซ้อน เนื่องจากได้มีการบัญญัติไว้ทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีการให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหามาอย่างต่อเนื่องตลอดเวลา แต่อย่างไรก็ดี ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายเรื่องการป้องกันความขัดกันของผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ยังไม่ครอบคลุมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs ประกอบกับ ยังไม่มีกฎหมายไทยที่บัญญัติชัดเจนให้กรรมการ และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการ PPPs มีการเปิดเผยหรือบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งผลประโยชน์ ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) และ 9.2 (จ) มากยิ่งขึ้น ประเทศไทยอาจพิจารณาเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือประกาศให้มีการบันทึกข้อมูลดังกล่าว นอกจากนี้ ควรมีการเพิ่มเติมมาตรการการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการ PPPs เพื่อให้สามารถตรวจจับความผิดปกติอันอาจเกิดขึ้นกับโครงการ และทำให้มาตรการป้องกันการทุจริตคอร์รัปชันของประเทศไทย มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นสอดคล้องกับพันธกรณีข้อ 9.1 (จ) มากยิ่งขึ้น และเพื่อให้มีความเป็นมาตรฐานเดียวกันกับแนวโน้มของการมีการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างแบบดั้งเดิมตามร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

5.2.3 พันธกรณีในกลุ่มที่ 4

ในส่วนของการปฏิบัติต่อคู่สัญญาอย่างเป็นธรรม ตามพันธกรณีกลุ่มที่ 4 ในส่วน
ของโครงการ PPPs ที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.2556
กฎหมายดังกล่าว ควรมีข้อกำหนดในเรื่องการตัดสินใจข้อเสนอที่ชัดเจนของโครงการ PPPs โดยการ
พิจารณาแนวทางของต่างประเทศที่มีการตัดสินใจผู้ยื่นข้อเสนอได้เมื่อ พบว่าผู้ยื่นข้อเสนอ นั้น มีการเสนอ
ให้ หรือสัญญาว่าจะให้ ทั้งทางตรงและทางอ้อม ผลประโยชน์ในรูปแบบใดๆ แก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงาน
เจ้าของโครงการ หรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตลอดจนมีผลประโยชน์ทับซ้อน หรืออยู่บัญชี blacklist ที่ระบุไว้
เพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศไทยในส่วนของข้อ 9.1 (ข) มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์
ของอนุสัญญามากยิ่งขึ้น พร้อมทั้งควรมีแนวทางในการลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ลงโดยมีการกำหนด
หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตัดสินใจใช้หรือไม่ใช้การจัดซื้อจัดจ้างวิธีใดวิธีหนึ่ง เพื่อมิให้ขัดต่อหลักความ
transparency ในทางระหว่างประเทศ และเพื่อให้การปฏิบัติตามพันธกรณีข้อ 9.1 (ค) ของประเทศไทย
สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญามากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

กิตติยา คัมภีร์, ผัสสพร นภาพรรณ ,และกฤตวิทย์ จันทร์แจ่มใส, แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของประเทศไทย. กรุงเทพฯ : บริษัทวิชชั่น พรินท์ แอนด์มีเดีย จำกัด., 2558.

กำชัย จงจักรพันธ์, การขัดกันแห่งผลประโยชน์และมาตรา 100 พ.ร.บ.ป.ป.ช, กรุงเทพฯ : สำนักงาน, 2550.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สีหนาท ประยูรรัตน์, และ คณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษากฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทยในกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003. กรุงเทพฯ : ม.ป.ท., 2548.

ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, สนธิสัญญา, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551.

สิริลักษณ์ คอมันตร์ และคณะ, การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การค้าโลกของประเทศไทย, กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการวิชาการ เศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, พันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003. กรุงเทพฯ : ดุลพาท, 2555.

สภาปฏิรูปแห่งชาติ, สภาปฏิรูปแห่งชาติ วาระปฏิรูปที่ 4 : การปฏิรูประบบงบประมาณและการคลังท้องถิ่น : การปฏิรูประบบงบประมาณ . กรุงเทพฯ : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.

อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, โครงการศึกษาวิจัยเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง, สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, มกราคม 2549.

วิทยานิพนธ์

กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปิยะดา ศิลปอาษา, “พัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและปัญหาในการอนุวัติการอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ธัญญาภรณ์ จันทร์สว่าง, “การริบทรัพย์โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญาในการติดตามทรัพย์สิ้นคืนตามอนุสัญญาสหประชาชาติ,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

พนาทิพย์ เลิศประเสริฐกุล, “นิติเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐกับเอกชน : เปรียบเทียบพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กับพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

บทความในวารสาร

พรชัย ด่านวิวัฒน์, “สนธิสัญญาตามมาตรา 190 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.” จุลนิตี, ปีที่ 8, ฉบับที่ 4 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2554).

ประวิช สุขุม และธานีสร ตูจินดา, “สรุปการประชุมวิชาการประจำปี 2550 ของธนาคารโลก (World Bank Institute) เรื่อง โครงการลงทุนร่วมภาครัฐ ภาคเอกชน (Public – Private Partnerships in Infrastructure: PPPI)”, วารสารการงบประมาณ, ปีที่ 4, ฉบับที่ 12 (มิถุนายน 2550).

สุกัญญา นาชัยเวียง, “การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ.”

วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 18, (2542).

เอกสารอื่นๆ

กรมบัญชีกลาง “เอกสารประกอบโครงการฝึกอบรม เรื่อง ความรู้เกี่ยวกับการบริหารงานพัสดุภาครัฐ และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่” ณ โรงแรม ดิ เอ็มเมอร์ลด์, วันที่ 16-17 มิถุนายน 2559.

Opus Advisory Pvt. Ltd., “เอกสารจากการเข้าร่วมสัมมนาแลกเปลี่ยนประสบการณ์ด้าน PPP”
การประชุม ณ ห้องประชุมปวย อิงภากรณ์, 6 สิงหาคม 2558.

คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จ 785/2541)

คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 244/2552)

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2558

มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2552

มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2553

บริษัท วีระวงศ์ ชินวัฒน์และเพียงพนอ จำกัด และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ,
“การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนใน
กิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรอง)” ณ อาคารจัสมินอินเตอร์เนชั่นแนล
ทาวเวอร์, 22 มิถุนายน 2559.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการให้หรือรับของขวัญของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2544

ระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. 2548

ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการบัญชีและการเงินของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงบประมาณของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2550

ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 2)
พ.ศ. 2555

พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง

สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ. “ข้อสังเกตการประชุมสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ครั้งที่ 15/2559” ณ ตึกรัฐสภา, 29 มีนาคม 2559.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ, “การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโครงการศึกษาผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าเสรีภายใต้กรอบอาเซียน+3 และอาเซียน+6 และแนวทางการเจรจาที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย” <http://www.dtn.go.th/files/94/Vijai/2/12.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2559).

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “โครงการศึกษาแนวทางเจรจา และผลกระทบของการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทยกับสหภาพยุโรป” <http://www.dtn.go.th/files/FTA/Thai-EU/study/eu-study.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2559).

กระทรวงคมนาคม, “เอกสารประกอบการทดสอบความสนใจของนักลงทุน (Market Sounding), โครงการรถไฟฟ้าสายสีเหลือง ช่วงลาดพร้าว - สำโรง และโครงการรถไฟฟ้าสายสีชมพู ช่วงแคราย - มีนบุรี และโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน ช่วงหัวลำโพง - บางแค และ ช่วงบางซื่อ - ท่าพระ” https://www.mrta.co.th/th/announceNews/special_marketing_sounding/2th.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2559).

กระปุก, “แฉ กทม. จัดซื้อรถดับเพลิงคันเล็ก คันละ 8 ล้าน เพจดังถามคும்ราคาหรือไม่” <http://hilight.kapook.com/view/139352>, (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559).

กลุ่มสารนิเทศการคลัง สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง, “บัญชีกลางร่วมชี้แจงร่าง พ.ร.บ.จัดซื้อจัดจ้างฯ ต่อคณะกรรมการฯ” <http://www.thaigov.go.th/index.php/th/news-ministry/2012-08-15-09-16-10/item/105096> (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559).

คณะกรรมการพิจารณาพันธกรณีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003,
“คำแปล อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003”
<http://www.fio.co.th/UserFiles/09-UNCAC-TH.pdf> (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2559).

คณะผู้แทนไทยประจำประชาคมยุโรป, “กฎหมายอียูและเบลเยียมเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ”
<http://news.thaieurope.net/content/view/3210/227/>(สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2558- 2 พฤษภาคม 2559).

เจษฎา เต็นดวงบริพันธ์, “จีที 200-สนิฟเพ็กซ์-อัลฟา 6 เครื่องตรวจมหัศจรรย์ หรือ ไม้ล้างป่าช้า
กายสิทธิ์” <http://mrtiddin.blogspot.com/2010/01/gt200.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 21
กรกฎาคม 2559).

เดลินิวส์, “ศานิตย์ไม่สนหญิงไก่แบ้คดี ลั่นไม่มีใครอยู่เหนือกม.”
<http://www.dailynews.co.th /crime/508290> (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559).

นคร เสรีรักษ์, เอกสารประกอบการศึกษาออนไลน์ของสำนักงาน ก.พ.
<http://ocsc.chulaonline.net/> (สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2559).

ระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, [http://www.gprocurement.go.th/wps/wcm/connect/
egp2/egp/egp_news_others /tips_egp_proc](http://www.gprocurement.go.th/wps/wcm/connect/egp2/egp/egp_news_others /tips_egp_proc) (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2558).

โลกวันนี้, “ประยุทธ์” ซึ่สอบไฟ กทม. 39.5 ลั่นมีการเมืองแอบข้างหลัง”
<http://www.lokwanee.com/web2013/?p=195629>, (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2559).

สมาคมนักบริหารพัสดุแห่งประเทศไทย, “ถามตอบ ปัญหาจากการสัมมนาทางวิชาการด้านพัสดุ”
http://www.extension.su.ac.th/webfm_send/234, (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2559).

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “ประมวลข้อมูลมติคณะรัฐมนตรี โครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายหัวลำโพง – ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ – บางซื่อ หัวลำโพง – บางแค และบางซื่อ – ท่าพระ, สำนักบริหารงานสารสนเทศ” https://www.soc.go.th/acrobat/blue_line_1.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2558).

สำนักข่าวอิศรา รายงาน “งานวิจัยที่ตีอาร์ไอซ่าแหละ “พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารฯ” ยักขังไม่มีกระบอง” <http://tdri.or.th/tdri-insight/isranews-2015-01-05/> (สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2559).

สำนักข่าวอิศรา, “เชียร์ชัย ฌ นคร กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ “ <http://isranews.org/thaireform/thaireform-news/item/11843-2011-12-13-19-34-30.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 2559).

ไอเอ็นเอ็น, “กทม.ปิดสุ่มพันธุ์ฮั่วไฟ39ล.จ่อฟ้องม.157ผู้ว่าสตง.”, <http://news.sanook.com/1989990>, (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2559).

ASTVผู้จัดการออนไลน์, “อินเดียว! ลงทุนโครงสร้างพื้นฐานจะช่วย “ติดปีก” เศรษฐกิจแดนภารตะ” <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9580000024280>. (สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2559).

Books

Alan Dashwood and Christophe Hillion, The General law of E.C. external relations, London : Sweet & Maxwell, 2000.

Asian Development Bank, Public-Private Partnership Handbook, Philippines, 2008.

Blomeyer and San, European initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources and budget, Brussels : European Union Publications, 2013.

- E. R. Yescombe, Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance, London, (United Kingdom : Butterworth-Heinemann, 2007.).
- Ernst & Young LLP and The Federation of Indian Chambers of Commerce and Industry, Public Private Partnership The next continuum, (India : Ernst & Young LLP Publisher, 2013.
- H.C. Black, Black's Law Dictionary, New York : Springer, 1990.
- Ian Brownlie, Principles of Public International Law, New York : Oxford Press , 2003.
- Mandri-Perrott Cledan and Menzies Iain, Private sector participation in Light Rail-Light Metro Transit Initiatives, Washington, DC The World Bank, 2010.
- Markus Krajewski, Services of General Interest beyond the Single Market - External and International Law Dimensions - Legal Issues of Services of General Interest, The Netherlands : T.M.C. Asser Press, 2015.
- Organization for Economic Co-operation and Development, OECD Best Practices for Budget Transparency, France, OECD Publications Service, 2002.
- Organization for Economic Co-operation and Development, OECD Principles for Integrity in Public Procurement, OECD publishing, 2009.
- Pierre Landell-Mills, Citizens Against Corruption: Report from the Front Line, United Kingdom, Matador: 2013.
- Stephanie E. Trapnell, Right to Information case studies on Implementation, USA : World Bank Group, 2014 .

Toby Mendel, Freedom of Information : A Comparative Legal Survey, (Paris : UNESCO, 2008).

United Nations. United Nations Convention against Corruption. (Austria : United Nation Office on Drugs and Crime, 2004).

UNODC, India: Probity in Public Procurement, Austria, United Nation Publication, 2013.

United Nations, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, Second revised edition Austria , 2012.

United Nations, Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption ,(New York: United Nations Publication, 2013).

Other materials

Delegation of financial powers, Delegation of financial power rules, 1978

Draft PPP rules

Prevention of Money Laundering Act, 2002

States Parties to the United Nations Convention against Corruption, “Report of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption,” first session, 2006.

State Parties on United Nations Convention against Corruption, “United Nations Convention against Corruption : Implementing procurement – related aspects,” Second session, 2008.

State Parties on United Nations Convention against Corruption, “United Nations Convention against Corruption : Status of implementation of Conference resolution 5/4”, Fifth session, 2014.

States Parties on the United Nations Convention against Corruption, “Report of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption”, Sixth session, 2015.

The Finance Act 2015

The Prevention Of Corruption Act 1988

Electronic Media

Adrian Brown, Tim Briggs ,and James Quinney, “Three new EU Directives aimed at modernizing the public procurement rules have been published today” <http://www.herbertsmithfreehills.com> (accessed October 2, 2014).

ADB/OECD, “Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific and the Anti-Corruption, Commission of Timor-Leste, Compilation of Written Reports of Steering and Advisory Group Members and Observer Countries onUNCAC Implementation and Other Specific Topics in the Anti-Corruption Field” https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/8thSteering_GroupMeeting_Country_ReportingCompilation.pdf, (accessed May,12,2016).

Asit Ranjan Mishra , “Govt looks to strengthen dispute resolution mechanism for PPPs”, <http://www.livemint.com/Politics /b19mWFzPc0Y7bhtxP8Nv7K/Govt-looks-to-strengthen-dispute-resolution-mechanism-for-PP.html> (accessed March 22,2016).

APM Group Ltd., “About the PPP Certification Program Guide”<https://ppp.apmg-international.com/ppp-certification-guide/about-ppp-guide> (accessed December 3, 2014).

Asian Development Bank, “Connecting East Asia: A New Framework for Infrastructure <http://siteresources.worldbank.org/INTEASTASIAPACIFIC/Resources/Connecting-East-Asia.pdf> (accessed October 3, 2014).

Asian Development Bank, “Structuring a PPP: Sector Diagnostic and Sector Road Map” <http://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf> (accessed October 3,2014).

Blake Dawson, “Infrastructure briefing Indian Government publishes green paper on draft national PPP policy 2011: Part 1 – overview” https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=6506 (accessed March 12, 2016).

Cabinet Office and Crown Commercial Service., “The Concession Contracts Regulations 2016” https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/455600/Concessions_Consultation_Draft_Regulations.pdf (accessed November 1,2015).

Cabinet Office and Crown Commercial Service., “The Utilities Contracts Regulations 2016” , https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/455584/SI_Uilities__draft_regulations__consultation_version_Aug_15__1_.pdf (access November 1,2015).

Corruption Perception Index 2015, <http://www.transparency.org/cpi2015> (accessed March, 20,2016).

Cuts-international, “The Public Procurement Bill 2012”, http://www.cuts-international.org/pdf/CUTS-Comments_on_The_Public_Procurement_Bill_2012.pdf. (accessed May 12,2016).

EU funded project, “International Legal Tools And Anti-Corruption Efforts Regarding Public Procurement”
<http://eupublicprocurement.org.ua/international-legal-tools-and-anti-corruption-efforts-regarding-public-procurement.html>

European Commission, “Defense procurement” http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index_en.htm (access February 1,2015).

European Commission , “Legal rules and implementation , Defense procurement”
http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index_en.htm (access February 1, 2015).

Global Right to Information Rating, <http://www.rti-rating.org/country-data> (access March, 20,2016).

Government of the Netherlands. <https://www.government.nl/topics/public-private-partnership-ppp-in-central-government/contents/difference-between-ppp-and-traditional-procurement> (accessed October 5, 2015).

<http://definitions.uslegal.com/i/internal-review> (accessed May 14, 2016).

Jajit Bhattacharya and Arijit Sen, “Issues in Public Procurement The Public Procurement Bill 2012”

<http://egov.eletsonline.com/2012/10/issues-in-public-procurement-the-public-procurement-bill-2012/> (accessed May 12, 2016).

Jatin Gandhi, “Cabinet clears stronger anti-corruption Act”,

<http://www.thehindu.com/news/national/cabinet-clears-amendments-to-act/article7154111.ece> (accessed March 5, 2016).

Klaus Schwab, “The Global Competitiveness Report 2014–2015”

http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf (access January 24, 2016)

Ministry of finance, “Draft PPP Rules 2011” [http://www.pppinindia.com/pdf/](http://www.pppinindia.com/pdf/Discussion_Draft_PPP_Rules_2011.pdf)

[Discussion_Draft_PPP_Rules_2011.pdf](http://www.pppinindia.com/pdf/Discussion_Draft_PPP_Rules_2011.pdf) (accessed October 13, 2015).

Ministry of finance, “The Public Procurement Bill 2012”,

http://finmin.nic.in/the_ministry/dept_expenditure/ppcell/58_2012_LS_EN.pdf (accessed October 16, 2015).

Mukul G. Asher, Tarun Sharma and Shahana Sheikh, “Revamping public procurement”

<http://www.thehindu.com/opinion/op-ed/revamping-public-procurement/article7130910.ece> (accessed March 12, 2016).

Mukul G. Asher, Tarun Sharma ,and Shahana Sheikh, “Public Procurement Legislation Essential for Improving Public Financial Management in India”

<http://takshashila.org.in/wp-content/uploads/2015/04/TPB-Public-Procurement-Bill-MGA-2015-01.pdf> (accessed March,12,2016).

Official Journal of the European Union, “Directive 2014/25/EU Of The European Parliament And Of The Council” <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0025> (accessed October 15, 2015).

Official Journal of the European Union, “Directive 2014/23/EU Of The European Parliament And Of The Council”
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0001.01.ENG (accessed October 15,2015).

Remedies Directives, “European Commission” http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/remedies-directives/index_en.htm (accessed June 1, 2016).

Rita Beuter, “The Scope of Directive 2014/24/EU on Public Procurement”
http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20141120085834_EIPASCOPE_2014_RBE.pdf (accessed May 1, 2016).

Stephen Wisking et al., “Competition, regulation and trade E-bulletin”
<http://hsfnotes.com/litigation/wp-content/uploads/sites/7/2012/05/Competition-bulletin.pdf> (accessed May 1, 2016).

Sasithorn Ongdee, “Amending PPP law won't really unleash private investment: Thai politics” <http://news.thaivisa.com/thailand/amending-ppp-law-wont-really-unleash-private-investment-thai-politics/115341> (accessed May 9, 2016).

Seungwoo Son, “Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules”https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf (accessed October 15, 2015).

Shabnam Siddiqui, Ashutosh Kumar Mishra ,and Jot Prakash Kaur, “Integrity Pact in India Glancing Back and Looking Forward”

<http://www.slideshare.net/GlobalCompact/integrity-pact-final-print-file>

(accessed May 16, 2016).

Suchi Pande, “U4 Brief January 2015 No. 3 Dying for Information : Right to Information and Whistleblower Protection in India, U4 Anti-Corruption Resource Centre”

<http://www.u4.no/publications/dying-for-information-right-to-information-and-whistleblower-protection-in-india/downloadasset/3778>. (accessed March 18, 2016).

Sutapa Amornvivat, “Thai transport mega-projects pave way for countless business *Opportunities*” under Economic Intelligence Center (EIC)

<https://www.sceic.com/en/detail/product/1741> (accessed October 10, 2015).

The Library of Congress , “Government Procurement Law and Policy: India”

<https://www.loc.gov/law/help/govt-procurement-law/india.php>, (access May 1, 2016).

The World Bank. “Port Reform Toolkit” Second edition,

http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/03_TOOLKIT_Module3.pdf (accessed November 17, 2015).

The Practical Lawyer, “Integrity Pacts and Public Procurement Reform in India: from Incremental Steps to a Rigorous Bid-Protest System” http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=135&do_pdf=1&id=21441 (accessed November 17, 2015)

Thaipublica, <http://thaipublica.org> (accessed May 14, 2016).

Transparency International EU Office, “Conference on integrity pacts safeguarding EU funds”
<http://www.transparencyinternational.eu/conference-on-integrity-pacts-safeguarding-eu-funds/> (accessed May 14, 2016).

Transparency International, “Corruption Perceptions Index”
<http://www.transparency.org> (accessed May 14, 2016).
(accessed January 18, 2016)

UNODC , “Integrity in public procurement processes and transparency and accountability in the management of public finances Articles 9 and 10”
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Presentations/UNODC_-_Constantine_Palicansky.pdf (accessed 23 July, 2015.)

UNODC, “Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption”
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/09-84395_Ebook.pdf (accessed November 17, 2015).

UNODC. “Resolutions and decisions adopted by the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption” https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session4/ResolutionsDecision/COSP4_-_Resolutions_Decision_E.pdf (accessed November 17, 2015).

Vikas Dhoot, “PPP Infrastructure and power projects most prone to corruption: UN Body”
Under The Economic Times, http://articles.economictimes.indiatimes.com/2013-06-03/news/39714786_1_public-procurement-bill-corruption-private-partners (accessed November 17, 2015).

Velina Lilyanova, “Corruption – still a major problem in several Western Balkan countries”, under European Parliament. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557025/EPRS_BRI\(2015\)557025_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/557025/EPRS_BRI(2015)557025_EN.pdf) (accessed January 10, 2015).

World bank. “A World Bank Resource for PPPs in Infrastructure”
<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership> (accessed October 10, 2015).

United Nations, “United Nations Convention against Corruption”
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (accessed October 10, 2015).

UNODC, “United Nations Convention against Corruption Signature and Ratification Status as of 1 April 2015”
<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html> (accessed August 10, 2015)



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

Article 9 of the United Nations Convention Against Corruption 2003

and systems requiring public officials to make declarations to appropriate authorities regarding, inter alia, their outside activities, employment, investments, assets and substantial gifts or benefits from which a conflict of interest may result with respect to their functions as public officials.

6. Each State Party shall consider taking, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, disciplinary or other measures against public officials who violate the codes or standards established in accordance with this article.

Article 9. Public procurement and management of public finances

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, take the necessary steps to establish appropriate systems of procurement, based on transparency, competition and objective criteria in decision-making, that are effective, inter alia, in preventing corruption. Such systems, which may take into account appropriate threshold values in their application, shall address, inter alia:

(a) The public distribution of information relating to procurement procedures and contracts, including information on invitations to tender and relevant or pertinent information on the award of contracts, allowing potential tenderers sufficient time to prepare and submit their tenders;

(b) The establishment, in advance, of conditions for participation, including selection and award criteria and tendering rules, and their publication;

(c) The use of objective and predetermined criteria for public procurement decisions, in order to facilitate the subsequent verification of the correct application of the rules or procedures;

(d) An effective system of domestic review, including an effective system of appeal, to ensure legal recourse and remedies in the event that the rules or procedures established pursuant to this paragraph are not followed;

(e) Where appropriate, measures to regulate matters regarding personnel responsible for procurement, such as declaration of interest in particular public procurements, screening procedures and training requirements.

2. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, take appropriate measures to promote transparency and accountability in the management of public finances. Such measures shall encompass, inter alia:

(a) Procedures for the adoption of the national budget;

- (b) Timely reporting on revenue and expenditure;
- (c) A system of accounting and auditing standards and related oversight;
- (d) Effective and efficient systems of risk management and internal control; and
- (e) Where appropriate, corrective action in the case of failure to comply with the requirements established in this paragraph.

3. Each State Party shall take such civil and administrative measures as may be necessary, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to preserve the integrity of accounting books, records, financial statements or other documents related to public expenditure and revenue and to prevent the falsification of such documents.

Article 10. Public reporting

Taking into account the need to combat corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, take such measures as may be necessary to enhance transparency in its public administration, including with regard to its organization, functioning and decision-making processes, where appropriate. Such measures may include, inter alia:

- (a) Adopting procedures or regulations allowing members of the general public to obtain, where appropriate, information on the organization, functioning and decision-making processes of its public administration and, with due regard for the protection of privacy and personal data, on decisions and legal acts that concern members of the public;
- (b) Simplifying administrative procedures, where appropriate, in order to facilitate public access to the competent decision-making authorities; and
- (c) Publishing information, which may include periodic reports on the risks of corruption in its public administration.

Article 11. Measures relating to the judiciary and prosecution services

1. Bearing in mind the independence of the judiciary and its crucial role in combating corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system and without prejudice to judicial independence, take measures to strengthen integrity and to prevent opportunities for corruption among members of the judiciary. Such measures may include rules with respect to the conduct of members of the judiciary.

ภาคผนวก ข

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

หน้า ๑

เล่ม ๑๓๐ ตอนที่ ๓๑ ก

ราชกิจจานุเบกษา

๓ เมษายน ๒๕๕๖



พระราชบัญญัติ

การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

พ.ศ. ๒๕๕๖

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๖

เป็นปีที่ ๖๘ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๔๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยงานใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมาย

(๒) กิจกรรมที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่า รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(๑) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(๒) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจตาม (๑) หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

“หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งอยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้ง

“กระทรวงเจ้าสังกัด” หมายความว่า

(๑) กรณีส่วนราชการ ได้แก่ กระทรวงหรือทบวงซึ่งมีส่วนราชการในสังกัดตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม

(๒) กรณีรัฐวิสาหกิจ ได้แก่

(ก) สำหรับรัฐวิสาหกิจอื่นนอกจากบริษัท ได้แก่ กระทรวงหรือทบวง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นหรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในงานของรัฐวิสาหกิจนั้น

(ข) สำหรับบริษัท ได้แก่ กระทรวงการคลังหรือกระทรวงหรือทบวง ซึ่งกระทรวงการคลังได้มอบอำนาจให้ใช้สิทธิเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทแทนกระทรวงการคลังเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นกระทรวงเจ้าสังกัดตามพระราชบัญญัตินี้

(๓) กรณีหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ กระทรวงหรือทบวงซึ่งรัฐมนตรีว่าการเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งหน่วยงานนั้น หรือรัฐมนตรีว่าการผู้รับผิดชอบในงานของหน่วยงานนั้น

(๔) กรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กระทรวงมหาดไทย

“เอกชน” หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย

“แผนยุทธศาสตร์” หมายความว่า แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
 “กองทุน” หมายความว่า กองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
 “คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
 “คณะกรรมการกองทุน” หมายความว่า คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุน
 ในกิจการของรัฐ

“สำนักงาน” หมายความว่า สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจ
 ออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
 กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

บททั่วไป

มาตรา ๖ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้

- (๑) ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ
- (๒) การยึดถือวินัยการเงินการคลัง
- (๓) ประโยชน์ต่อสังคมและเศรษฐกิจจากการดำเนินโครงการ
- (๔) ความโปร่งใสในกระบวนการตัดสินใจที่เกี่ยวข้อง
- (๕) การจัดสรรความเสี่ยงที่เหมาะสมของโครงการระหว่างรัฐกับเอกชน
- (๖) สิทธิและประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้ให้บริการ
- (๗) การส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน

มาตรา ๗ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เว้นแต่
 การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่

ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุน
 และการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้น
 ไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้

หมวด ๒

คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

มาตรา ๘ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุน
 ในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินเจ็ดคน เป็นกรรมการ

ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นกรรมการและเลขานุการและข้าราชการในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งอีกไม่เกินสองคน เป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา ๙ การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาจากรายชื่อบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยวิธีการสรรหา ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

มาตรา ๑๐ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ ต้องมีสัญชาติไทยและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๒) เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต
- (๓) เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- (๔) เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะร่ำรวยผิดปกติ หรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ
- (๕) เคยถูกไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือจากหน่วยงานเอกชน เพราะทุจริตต่อหน้าที่
- (๖) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่น เว้นแต่จะได้พ้นจากตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี
- (๗) เป็นหรือเคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง เว้นแต่จะได้พ้นจากตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี
- (๘) เป็นบุคคลที่อยู่ในระหว่างต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือเคยถูกวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนหรือให้พ้นจากตำแหน่ง

มาตรา ๑๑ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี โดยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งอาจได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ พ้นจากตำแหน่งตามวาระ แต่ยังมีได้แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒินั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไปก่อนจนกว่าจะได้แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ แต่ทั้งนี้ให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ไม่เกินหนึ่งร้อยยี่สิบวัน

มาตรา ๑๒ นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ พ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- (๑) ตาย
- (๒) ลาออก
- (๓) มีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์
- (๔) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา ๑๐
- (๕) ขาดการประชุมของคณะกรรมการเกินสามครั้งติดต่อกันโดยไม่มีเหตุอันสมควร
- (๖) คณะรัฐมนตรีให้ออก

มาตรา ๑๓ ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ พ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ และยังมีได้แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้กรรมการที่เหลืออยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้

เมื่อตำแหน่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ ว่างลงก่อนวาระ ให้ดำเนินการเพื่อให้มีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง เว้นแต่วาระของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ว่างลงเหลือไม่ถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวันจะไม่แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิแทนก็ได้

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๘ ซึ่งได้รับแต่งตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้มีวาระการดำรงตำแหน่งเท่ากับเวลาที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ตนได้รับแต่งตั้งแทน

มาตรา ๑๔ การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการที่มีอยู่ จึงจะเป็นองค์ประชุม

ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม แต่ถ้าทั้งประธานและรองประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ประธานในที่ประชุม

ในการวินิจฉัยชี้ขาดให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

กรรมการที่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่มีการพิจารณาจะเข้าร่วมประชุมหรือออกเสียงลงคะแนนในเรื่องดังกล่าวมิได้

มาตรา ๑๕ ภายในระยะเวลาสองปีนับแต่วันพ้นจากตำแหน่ง ห้ามมิให้กรรมการตามมาตรา ๘ กระทำการดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือที่ปรึกษาในกิจการของเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนในโครงการที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นชอบหลักการในระหว่างที่ตนดำรงตำแหน่งกรรมการ
 - (๒) เข้าถือหุ้นในเอกชนตาม (๑) เป็นจำนวนเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว
- การกระทำตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการเป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการจัดการหรือที่ปรึกษา หรือถือหุ้นเกินร้อยละศูนย์จุดห้าของทุนที่ชำระแล้ว ในนิติบุคคลที่เอกชนตามวรรคหนึ่งถือหุ้นอยู่เกินร้อยละยี่สิบห้า หรือในนิติบุคคลที่ถือหุ้นในเอกชนตามวรรคหนึ่งเกินร้อยละยี่สิบห้า

มาตรา ๑๖ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (๑) จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี
- (๒) ให้ความเห็นชอบหลักการโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้
- (๓) พิจารณาเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อคณะรัฐมนตรี
- (๔) พิจารณานุมัติหรือตัดสินชี้ขาดการไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา ๓๘
- (๕) ให้คำแนะนำหรือความเห็นต่อรัฐมนตรีก่อนมีการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๗
- (๖) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา ๒๓ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามมาตรา ๕๘
- (๗) ออกประกาศตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (๘) จัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (๙) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้
- (๑๐) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ หรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา ๑๗ ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งมีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ เพื่อปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุกรรมการหรือบุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดให้นำมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับแก่คณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

มาตรา ๑๘ ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจรับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการ และให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (๑) จัดทำร่างแผนยุทธศาสตร์เสนอต่อคณะกรรมการ
- (๒) ศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ
- (๓) จัดทำร่างมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอต่อคณะกรรมการ
- (๔) เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการในกรณีไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลตามมาตรา ๓๘
- (๕) จัดทำร่างประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา ๒๓ เสนอต่อคณะกรรมการตามมาตรา ๕๘
- (๖) ร่วมมือทางด้านวิชาการ การวิจัยและพัฒนา กับหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานวิจัยและพัฒนา และองค์กรเอกชนทั้งในและต่างประเทศที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และดำเนินการ

ให้มีการพัฒนาศักยภาพบุคลากรในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้มีความรู้ และความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้อย่างมีประสิทธิภาพ

(๗) ศึกษา วิจัย พัฒนาและจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อเผยแพร่ ให้ความรู้ และคำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐ และบุคคลทั่วไปเพื่อส่งเสริมและสร้างความเข้าใจ ในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

(๘) พิจารณาและวางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้

(๙) รายงานปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ต่อคณะกรรมการ

(๑๐) ปฏิบัติการอื่นตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงาน หรือตามที่คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือคณะกรรมการมอบหมาย

หมวด ๓

แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

มาตรา ๑๙ ให้มีแผนยุทธศาสตร์เพื่อกำหนดนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งมีระยะเวลาครั้งละห้าปี

แผนยุทธศาสตร์ตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(๑) นโยบายการลงทุนในกิจการของรัฐในสาขาต่าง ๆ ตลอดจนประเภทและลักษณะของกิจการ ที่สมควรให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน พร้อมกับกำหนดความสำคัญและความเร่งด่วน รวมทั้งลำดับ การดำเนินกิจการต่าง ๆ โดยให้พิจารณาขีดความสามารถในการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐและเอกชน ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

(๒) เป้าหมายการให้เอกชนร่วมลงทุนและกรอบระยะเวลาการดำเนินการ

(๓) ประมาณการลงทุนของภาครัฐและเอกชน ซึ่งต้องแสดงการประมาณการใช้งบประมาณ ของภาครัฐในแต่ละปีงบประมาณด้วย

(๔) ความเชื่อมโยงระหว่างกิจการที่สมควรให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน

มาตรา ๒๐ ในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเสนอกรอบนโยบาย การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในความรับผิดชอบของกระทรวงต่อคณะกรรมการตามระยะเวลา ที่คณะกรรมการกำหนด เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ของคณะกรรมการ

กรอบนโยบายที่แต่ละกระทรวงเสนอ ให้แสดงภาพรวม ลักษณะของโครงการ และลำดับความสำคัญ ของกิจการของรัฐในความรับผิดชอบของกระทรวงที่จำเป็นหรือเหมาะสมที่จะมีการให้เอกชนร่วมลงทุน

ในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ ให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานของรัฐและสาธารณชน ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา ๒๑ เมื่อคณะกรรมการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ตามมาตรา ๑๙ แล้ว ให้เสนอ คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ และประกาศใช้แผนยุทธศาสตร์ในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

แผนยุทธศาสตร์ที่ประกาศใช้ให้มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐในการจัดทำและเสนอโครงการ ที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ โดยคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการต้องยึดถือแผนยุทธศาสตร์เป็นหลัก ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการ

ในกรณีที่สมควรต้องปรับปรุงแผนยุทธศาสตร์ คณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้คณะกรรมการ หรือคณะกรรมการอาจเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบให้ดำเนินการปรับปรุงแผนยุทธศาสตร์ได้ และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วให้ประกาศแผนยุทธศาสตร์ที่ปรับปรุงแล้วในราชกิจจานุเบกษา ต่อไป

มาตรา ๒๒ เมื่อครบกำหนดสามปีนับแต่วันประกาศใช้แผนยุทธศาสตร์ ให้คณะกรรมการจัดทำ รายงานผลการดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์เสนอต่อคณะรัฐมนตรี โดยต้องแสดงปัญหาและอุปสรรค ในการดำเนินการ และเสนอแนวทางการแก้ไขหรือป้องกันปัญหาและอุปสรรคนั้นเพื่อประกอบการจัดทำ แผนยุทธศาสตร์ในคราวต่อไป

หมวด ๔

การเสนอโครงการ

มาตรา ๒๓ โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดย กฎกระทรวงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ประกาศกำหนด

มาตรา ๒๔ ในการเสนอโครงการ หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์ โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ประกาศตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(๑) เหตุผล ความจำเป็น และประโยชน์ของโครงการ รวมทั้งความสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์
(๒) ต้นทุนการดำเนินการ โดยในกรณีที่เป็นการที่จะใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินร่วมด้วย ให้แสดงงบประมาณแผ่นดินที่จำเป็นตลอดระยะเวลาของโครงการด้วย

(๓) การเปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินการระหว่างการใช้งบประมาณแผ่นดิน หรืองบประมาณของหน่วยงานของรัฐกับการให้เอกชนร่วมลงทุน

(๔) ทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งความสนใจและความพร้อม ของเอกชนในแต่ละรูปแบบ

(๕) ผลกระทบของโครงการ

(๖) ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องและแนวทางการบริหารความเสี่ยงของโครงการ

(๗) กรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะใช้งบประมาณของหน่วยงานในการดำเนินการ ให้แสดงสถานะทางการเงินของหน่วยงาน แหล่งที่มาของงบประมาณ ภาระงบประมาณโดยรวมที่ต้องใช้ในโครงการอื่น ๆ และความสามารถในการหางบประมาณเพื่อการดำเนินโครงการโดยไม่กระทบต่อสถานะทางการเงินโดยรวมของหน่วยงาน

มาตรา ๒๕ หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ และที่ปรึกษาต้องจัดทำรายงานเป็นเอกเทศตามรายละเอียดที่คณะกรรมการกำหนด ในมาตรา ๒๔ และสาระสำคัญอื่น ๆ ที่ที่ปรึกษาเห็นสมควร และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งรายงานของที่ปรึกษาเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาตามมาตรา ๒๖ ด้วย

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของที่ปรึกษาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ให้สำนักงานจัดให้มีบัญชีรายชื่อที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามวรรคสอง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนด

มาตรา ๒๖ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับการเสนอเรื่องจากหน่วยงานเจ้าของโครงการ แล้วให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอสำนักงานต่อไป

ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ สำนักงานอาจขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการปรับปรุงแก้ไขรายละเอียดของโครงการหรือจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม และหากการดำเนินการดังกล่าวทำให้มีความจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการให้สอดคล้องกัน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการไปในคราวเดียวกัน และเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาให้ความเห็นชอบการปรับปรุงแก้ไขอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการจัดส่งต่อสำนักงานตามระยะเวลาที่สำนักงานกำหนด

มาตรา ๒๗ เมื่อสำนักงานได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ และเอกสารที่เกี่ยวข้องครบถ้วน ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ถ้าสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ ให้เสนอคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการต่อไป

(๒) ถ้าสำนักงานไม่เห็นด้วยกับโครงการ ให้แจ้งความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดและหน่วยงานเจ้าของโครงการ และหากรัฐมนตรีเจ้าสังกัดไม่เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงาน ให้เสนอคณะกรรมการเพื่อพิจารณาตัดสินต่อไป

ในการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตาม (๑) หรือ (๒) ให้มีความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสนอประกอบการพิจารณาไปพร้อมกัน และในกรณีที่โครงการนั้นจะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน ให้มีความเห็นของสำนักงบประมาณประกอบการพิจารณาด้วย

ให้สำนักงานพิจารณาโครงการตามมาตรานี้ ให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเอกสารที่เกี่ยวข้องครบถ้วน หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ

มาตรา ๒๘ หากโครงการใดจะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือจะต้องมีการก่อหนี้โดยการกู้หรือการค้ำประกันโดยกระทรวงการคลัง เพื่อใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ เมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการแล้ว ให้เสนอโครงการนั้นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติโครงการและวงเงินงบประมาณรายจ่ายหรือวงเงินที่จะใช้ในการก่อหนี้ของโครงการนั้น ทั้งนี้ ให้ถือว่าการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีเป็นการอนุมัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ ในส่วนที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี

มาตรา ๒๙ ในกรณีที่สำนักงานเห็นว่าหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการของรัฐที่แผนยุทธศาสตร์กำหนดว่าสมควรให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน แต่หน่วยงานของรัฐนั้นมิได้เสนอโครงการเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุน ให้สำนักงานประเมินความเป็นไปได้เบื้องต้นในการจัดทำโครงการเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนและประสานกับหน่วยงานของรัฐนั้นเพื่อให้เสนอโครงการ และเมื่อหน่วยงานของรัฐนั้นในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการได้จัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการครบถ้วนตามมาตรา ๒๔ แล้ว ให้เสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาก่อนเสนอสำนักงาน และให้นำมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่สำนักงานเห็นว่าโครงการใดมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งหน่วยงานและตกลงกันไม่ได้ ให้เสนอคณะกรรมการพิจารณากำหนดหน่วยงานที่มีความรับผิดชอบกิจการของรัฐที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนมากที่สุดเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการ และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามนั้น

ในการประเมินความเป็นไปได้ในการจัดทำโครงการตามวรรคหนึ่ง สำนักงานอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๕ ก็ได้

การว่าจ้างที่ปรึกษิตามวรรคสาม หากสำนักงานมิได้รับจัดสรรงบประมาณแผ่นดินหรือมีงบประมาณไม่เพียงพอในการดำเนินการ สำนักงานอาจขอรับจัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อเป็นค่าจ้างที่ปรึกษาได้

มาตรา ๓๐ กรณีโครงการที่มีลักษณะของกิจการและอยู่ในประเภทและสาขาตามที่กำหนดในแผนยุทธศาสตร์ แต่หน่วยงานของรัฐที่เสนอโครงการประสงค์จะดำเนินการโดยใช้งบประมาณแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด ให้หน่วยงานของรัฐนั้นเปรียบเทียบต้นทุน ความเสี่ยง และความคุ้มค่าในการดำเนินการดังกล่าวกับกรณีที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาพร้อมกับการเสนอโครงการ

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรให้เอกชนร่วมลงทุน ให้หน่วยงานของรัฐที่เสนอโครงการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติต่อไป

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นด้วยกับหน่วยงานของรัฐที่เสนอโครงการ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติต่อไป

การเปรียบเทียบต้นทุน ความเสี่ยง และความคุ้มค่าในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา ๓๑ ในกรณีที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ จะกระทำการกิจการของรัฐ และคณะรัฐมนตรีมีมติให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ให้หน่วยงานดังกล่าว ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีและปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด ๕

การดำเนินโครงการ

มาตรา ๓๒ การประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา ตลอดจนหลักเกณฑ์อื่นที่จำเป็นในการให้เอกชนร่วมลงทุน ให้เป็นไปตามที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ในประกาศเชิญชวนตามวรรคหนึ่ง ต้องกำหนดหัวข้อดังต่อไปนี้ด้วย

- (๑) ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล
- (๒) ค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอการร่วมลงทุน
- (๓) ค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุน

มาตรา ๓๓ เมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบหลักการของโครงการใดหรือเมื่อคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติกรณีตามมาตรา ๒๘ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนในส่วนของโครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนต่อไป

หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุนได้

มาตรา ๓๔ ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา ๓๓ ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดตามมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (๑) ระยะเวลาของโครงการ
- (๒) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ
- (๓) อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (๔) การเปลี่ยนแปลงการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง

- (๕) สิทธิประโยชน์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสิทธิประโยชน์ของโครงการ
- (๖) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน
- (๗) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา และการชำระค่าเสียหาย
- (๘) การค้ำประกัน การประกันภัยและการชดใช้ค่าเสียหาย
- (๙) การระงับข้อพิพาท

มาตรา ๓๕ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ ซึ่งจะเป็นประโยชน์โดยตรงในการพิจารณาโครงการ และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา ๑๐

มาตรา ๓๖ ให้คณะกรรมการคัดเลือกมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (๑) พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุน
- (๒) กำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา
- (๓) เปรียบเทียบและพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน
- (๔) เรียกให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง
- (๕) พิจารณาคำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตามความเห็นสมควร

ให้นำมาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๕ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการคัดเลือกโดยอนุโลม

มาตรา ๓๗ หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด เพื่อประเมินความเสี่ยงและเสนอแนะแนวทางการบริหารความเสี่ยง ตลอดจนสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการคัดเลือกได้

มาตรา ๓๘ ในการคัดเลือกให้เอกชนร่วมลงทุน หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล ให้เสนอสำนักงานพิจารณา หากสำนักงานเห็นพ้องด้วยให้เสนอคณะกรรมการพิจารณาอนุมัติ

ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นไม่ตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล ให้เสนอสำนักงานพิจารณา และถ้าสำนักงานเห็นว่าควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล ให้ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล แต่ถ้าสำนักงานเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูล ให้เสนอคณะกรรมการตัดสินชี้ขาด

มาตรา ๓๙ การประกาศเชิญชวนให้เอกชนร่วมลงทุนครั้งใด ถ้ามีผู้เสนอเพียงรายเดียว หรือหลายราย แต่เสนอถูกต้องตามรายการในเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนเพียงรายเดียว

หากคณะกรรมการคัดเลือกเห็นว่ารัฐจะได้ประโยชน์ก็ให้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ต่อไป

มาตรา ๔๐ ภายในสิบห้าวันนับแต่เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชน และผลการเจรจา และได้จัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนแล้วเสร็จ ให้คณะกรรมการคัดเลือกดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) นำผลการคัดเลือกเอกชน ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องเสนอสำนักงาน โดยให้สำนักงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลการคัดเลือกเอกชนและภาวะการเงินการคลังภาครัฐและส่งความเห็นและเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการคัดเลือกเอกชนจากคณะกรรมการคัดเลือก และ

(๒) ส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุน ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา โดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการให้แล้วเสร็จและเสนอร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ตรวจพิจารณาแล้วต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับร่างสัญญาร่วมลงทุน

มาตรา ๔๑ เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดได้รับความเห็นและเอกสาร พร้อมกับร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา ๔๐ แล้ว ให้พิจารณาเสนอความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายในสามสิบวัน

มาตรา ๔๒ เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชน ภาวะการเงินการคลังของภาครัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด ตลอดจนความเห็นของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแล้ว หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยให้ส่งเรื่องคืนรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อแจ้งคณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวน โดยให้นำมาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลมแล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจ

เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้ร่วมลงทุนต่อไป

หมวด ๖

การกำกับดูแลและติดตามผล

มาตรา ๔๓ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลชั้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งมีตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมีหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งอีกไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้ผู้แทนหน่วยงาน

เจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการ และเลขานุการ

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการ

ให้นำมาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ และมาตรา ๑๓ มาใช้บังคับแก่กรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง โดยอนุโลม

มาตรา ๔๔ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ

(๒) พิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหาในการดำเนินโครงการและจัดทำแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการได้

(๓) เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(๔) รายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และให้ส่งสำเนารายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังสำนักงาน

(๕) พิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามหมวด ๗

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของที่ปรึกษาตาม (๒) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ระยะเวลาที่จะต้องรายงานตาม (๔) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำกับดูแลกำหนดอย่างน้อย หกเดือนต่อหนึ่งครั้ง

ให้นำมาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๕ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการกำกับดูแลโดยอนุโลม

มาตรา ๔๕ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ สำนักงานอาจกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ และให้เอกชนจัดทำแผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนด้วยก็ได้

ในการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน หากปรากฏว่ามีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนได้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

มาตรา ๔๖ ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาร่วมลงทุน ให้คณะกรรมการกำกับดูแลทำรายงานพร้อมด้วยความเห็นเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อสั่งการให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการกำกับดูแล รายงานต่อสำนักงานเพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาต่อไป และหากเป็นกรณีที่มีเหตุร้ายแรง ให้คณะกรรมการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา

หมวด ๗

การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่

มาตรา ๔๗ ในกรณีต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผล และความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่มีสาระสำคัญ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็น สาระสำคัญ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน และรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแล เห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจสอบพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบ ต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจจำจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อให้คำปรึกษาในการพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนได้

มาตรา ๔๘ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจาก สัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนรายเดิมร่วมลงทุน เสนอต่อกระทรวงเจ้าสังกัดอย่างน้อยห้าปี ก่อนที่สัญญาร่วมลงทุนจะสิ้นสุดลง โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการของรัฐ เพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการ และให้คณะกรรมการพิจารณา เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดโดยการให้เอกชน ร่วมลงทุน และหากปรากฏว่าโครงการมีมูลค่าตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๓ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ ดำเนินการเสมือนหนึ่งเป็นโครงการใหม่ และให้เริ่มตั้งแต่ขั้นตอนตามหมวด ๔ การเสนอโครงการ โดยให้ เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดในมาตรา ๒๔ (๔) (๕) และ (๖)

หมวด ๘

กองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

มาตรา ๔๙ ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งในกระทรวงการคลังเรียกว่า “กองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” เพื่อสนับสนุนการจัดทำแผนยุทธศาสตร์และสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการเสนอโครงการที่สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ การจัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ และการจ้างที่ปรึกษา

มาตรา ๕๐ กองทุนประกอบด้วยเงินและทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

(๑) เงินอุดหนุนจากรัฐบาลหรือที่ได้รับจากงบประมาณรายจ่ายประจำปี

(๒) ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล ค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอการร่วมลงทุน และค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุน

(๓) เงินหรือทรัพย์สินที่ได้รับจากการดำเนินงานของกองทุน

(๔) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคหรือมอบให้กองทุน

(๕) ดอกผลของเงินหรือทรัพย์สินของกองทุน

เงินและทรัพย์สินตามวรรคหนึ่ง ให้ส่งเข้ากองทุนโดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง

มาตรา ๕๑ เงินของกองทุนให้นำไปใช้จ่ายได้เท่าที่จำเป็นในกรณี ดังต่อไปนี้

(๑) การสำรวจข้อมูลและจัดทำหรือปรับปรุงแผนยุทธศาสตร์

(๒) การว่าจ้างที่ปรึกษาตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๓ และมาตรา ๓๗

(๓) ค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุนและค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกองทุน

มาตรา ๕๒ เงินของกองทุนให้นำฝากกระทรวงการคลังหรือธนาคารที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามที่คณะกรรมการกองทุนกำหนด

มาตรา ๕๓ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการกองทุน เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง เป็นกรรมการกองทุน

ให้ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเป็นกรรมการกองทุนและเลขานุการ และข้าราชการในสำนักงานที่ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งหนึ่งคน เป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา ๕๔ คณะกรรมการกองทุนมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) กำกับดูแลการบริหารจัดการกองทุนให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกองทุน

(๒) กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการขอรับจัดสรรเงินจากกองทุน

(๓) พิจารณาอนุมัติการใช้เงินกองทุนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

(๔) ออกระเบียบหรือคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารกิจการของกองทุน หลักเกณฑ์และวิธีการในการเก็บรักษาและจ่ายเงินของกองทุน ค่าใช้จ่ายในการบริหารกองทุน และค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกองทุน

ให้นำมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการกองทุนโดยอนุโลม

มาตรา ๕๕ ปีบัญชีของกองทุนให้ถือตามปีงบประมาณ และการบัญชีของกองทุนให้จัดทำตามมาตรฐานการบัญชีสำหรับหน่วยงานภาครัฐตามที่กระทรวงการคลังกำหนด

มาตรา ๕๖ ให้คณะกรรมการกองทุนรายงานผลการดำเนินงานและฐานะทางการเงินของกองทุนต่อคณะกรรมการอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

มาตรา ๕๗ ให้คณะกรรมการกองทุนจัดทำงบการเงิน เพื่อแสดงผลการดำเนินงานและฐานะการเงินของกองทุนเสนอสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบภายในเก้าสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชี

ให้คณะกรรมการกองทุนส่งงบการเงินที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบแล้ว พร้อมกับรายงานการสอบบัญชีต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาต่อไป

หมวด ๙
บทเปิดเตีีต

มาตรา ๕๘ ให้คณะกรรมการจัดทำประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา ๒๓ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ทั้งนี้ หากสำนักงานเห็นว่าโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนใดมีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา ๒๓ แต่เป็นโครงการที่มีความสำคัญหรือสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์และสมควรดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้สำนักงานเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดังกล่าวดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ โดยนำมาตรา ๒๔ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๕๙ เพื่อประโยชน์ในการจัดทำระบบฐานข้อมูลสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดส่งสำเนาสัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับโครงการต่อสำนักงานภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ลงนามในสัญญาร่วมลงทุนหรือมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมลงทุนแล้ว

มาตรา ๖๐ ในกรณีที่ปรากฏต่อสำนักงานว่า โครงการใดมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในหมวด ๔ การเสนอโครงการ หรือหมวด ๕ การดำเนินโครงการ ให้สำนักงานแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนั้นชี้แจงข้อเท็จจริงและแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ ให้พิจารณาถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชนด้วย

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้เสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี

ในกรณีที่คณะกรรมการให้ดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุนต่อไปโดยไม่มีการแก้ไขหรือมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนตามวรรคสองแล้ว ให้นำบทบัญญัติในหมวด ๖ การกำกับดูแลและติดตามผล มาใช้บังคับแก่การดำเนินการต่อไป

มาตรา ๖๑ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๓๕ และมาตรา ๔๓ ต้องเป็นบุคคลในบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ ที่สำนักงานจัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

มาตรา ๖๒ การว่าจ้างที่ปรึกษาตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๓๓ หรือมาตรา ๓๗ หากหน่วยงานเจ้าของโครงการมิได้รับจัดสรรงบประมาณแผ่นดินหรือมีงบประมาณไม่เพียงพอในการดำเนินการ หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจขอรับจัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อเป็นค่าจ้างที่ปรึกษาได้

การขอรับจัดสรรเงินตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกองทุนกำหนด

มาตรา ๖๓ ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการได้รับจัดสรรเงินจากกองทุนเพื่อจ้างที่ปรึกษา ตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๓๓ หรือมาตรา ๓๗ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งเงินค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล ค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอการร่วมลงทุน และค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา ๓๒ วรรคสอง เข้ากองทุนภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ได้รับเงินค่าธรรมเนียม

มาตรา ๖๔ ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดลักษณะของเอกชนที่ไม่สมควรให้ร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐและบุคคลที่ไม่สมควรได้รับแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษา โดยเอกชนหรือบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าว ไม่มีสิทธิได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือได้รับการแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษา ตามพระราชบัญญัตินี้ แล้วแต่กรณี

เอกชนและบุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงกรรมการหรือผู้มีอำนาจในการจัดการ ของเอกชนและบุคคลดังกล่าวด้วย

มาตรา ๖๕ ให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะกรรมการคัดเลือก คณะกรรมการกำกับดูแล คณะกรรมการกองทุนส่งเสริมการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะอนุกรรมการ และผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งตามมาตรา ๑๗ ได้รับประโยชน์ตอบแทนตามที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบ ของคณะรัฐมนตรี

หมวด ๑๐
บทกำหนดโทษ

มาตรา ๖๖ กรรมการในคณะกรรมการ หรือคณะกรรมการคัดเลือก หรือคณะกรรมการกำกับดูแล ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๓๖ วรรคสอง ประกอบกับมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๔๔ วรรคสี่ ประกอบกับมาตรา ๑๕ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๖๗ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้รัฐมนตรีเสนอร่างประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๙ เพื่อขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีและให้ดำเนินการสรรหาและแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ออกประกาศดังกล่าว

ให้ดำเนินการออกกฎกระทรวงและประกาศที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๖๘ ในกรณีที่มีการเสนอโครงการในช่วงระยะเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้นำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อดำเนินการออกกฎกระทรวงและประกาศที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ให้ดำเนินการในขั้นตอนต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๖๙ โครงการใดอยู่ระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าเป็นโครงการที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ โดยให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) โครงการที่อยู่ในระหว่างขั้นตอนตามหมวด ๒ การเสนอโครงการ หรือหมวด ๓ การดำเนินโครงการ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดดังกล่าวต่อไปจนกว่าจะแล้วเสร็จและให้ดำเนินการในขั้นตอนต่อไปตามพระราชบัญญัตินี้

(๒) โครงการที่อยู่ในระหว่างขั้นตอนตามหมวด ๔ การกำกับดูแลและติดตามผลแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และในระหว่างที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการกำกับดูแลโครงการดังกล่าวต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๗๐ ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่อยู่ระหว่างการดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ จัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดโดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเอง กรณีให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน และกรณีให้เอกชนรายเดิมเข้าร่วมลงทุน เสนอกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป เว้นแต่โครงการดังกล่าวยังเหลือระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุนเกินกว่าห้าปีให้นำมาตรา ๔๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๗๑ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ได้ทำสัญญาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

พ.ศ. ๒๕๓๕ และยังคงอยู่ในระหว่างการดำเนินงานตามโครงการ จัดส่งสำเนาสัญญา และรายงานการประชุมของคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสำนักงานภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๗๒ ในกรณีที่ปรากฏว่าโครงการใดต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่มิได้ดำเนินการหรือดำเนินการไม่ถูกต้องหรือครบถ้วนในขั้นตอนใดโดยยังไม่มี การดำเนินการระงับข้อพิพาทตามสัญญาหรือยื่นฟ้องต่อศาล ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงเจ้าสังกัด เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงานหรือผู้บริหารของหน่วยงานเป็นกรรมการและเลขานุการ เพื่อพิจารณากำหนดแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการยกเลิก การแก้ไขสัญญาและการให้สัญญามีผลใช้บังคับต่อไป

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเสนอผลการพิจารณาและความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๖๐ วรรคหนึ่ง มาประกอบการพิจารณาด้วย

ให้นำมาตรา ๑๔ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง โดยอนุโลม

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งได้รับประโยชน์ตอบแทนตามที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี

ภาคผนวก ค

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียดประกาศ
เชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน
วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก
การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา พ.ศ. 2558

หน้า ๑๐

เล่ม ๑๓๒ ตอนพิเศษ ๔๖ ง

ราชกิจจานุเบกษา

๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

เรื่อง รายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือก
ของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา

พ.ศ. ๒๕๕๘

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดรายละเอียดประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน
วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของ
และหลักประกันสัญญา

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
พ.ศ. ๒๕๕๖ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบาย
การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง รายละเอียด
ประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก
การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา พ.ศ. ๒๕๕๘”

ข้อ ๒ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ ในประกาศนี้

“ข้อเสนอ” หมายความว่า ข้อเสนอการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

“คณะกรรมการคัดเลือก” หมายความว่า คณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา ๓๕ แห่งพระราชบัญญัติ
การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖

“ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล” หมายความว่า ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารข้อเสนอ
การร่วมลงทุน (Request for Proposal : RFP)

“ประกาศเชิญชวน” หมายความว่า ประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

“ผู้ยื่นข้อเสนอ” หมายความว่า ผู้ซึ่งยื่นข้อเสนอพร้อมกันทุกรายในกรณีที่มีการยื่นข้อเสนอเป็นกลุ่ม

ข้อ ๔ ประกาศเชิญชวนอย่างน้อยต้องแสดงรายการ ดังต่อไปนี้

(๑) สรุปลักษณะสำคัญของขอบเขตของโครงการ (Term of Reference : TOR) ซึ่งประกอบด้วย

(ก) ความเป็นมาของโครงการ

(ข) วัตถุประสงค์

(ค) ขอบข่ายของงาน

(ง) ระยะเวลาที่ผู้เข้าร่วมลงทุนมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามโครงการ

(๒) สำระสำคัญเกี่ยวกับผู้ยื่นข้อเสนอโดยผู้ยื่นข้อเสนอต้องไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันจากอำนาจศาลไทยทำให้ไม่ต้องขึ้นศาลไทย เว้นแต่รัฐบาลของผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งเป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันดังกล่าวมีหนังสือแสดงเจตนาการสละเอกสิทธิ์และความคุ้มกันจากอำนาจศาลไทยนั้น

(๓) คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสิทธิภาพ และผลงานของผู้ยื่นข้อเสนอหรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนดในเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน

(๔) ค่าธรรมเนียมการขายเอกสารการประมูล

(๕) สถานที่ วัน เวลา ซึ่งมีการเปิดขายเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนซึ่งจะต้องเป็นสถานที่ที่ผู้สนใจสามารถติดต่อได้สะดวก

(๖) สถานที่ วัน เวลา เปิดการรับซอง ปิดการรับซอง และการเปิดซองเอกสารข้อเสนอ โดยให้คณะกรรมการรับซองซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกแต่งตั้งเป็นผู้รับซอง

(๗) หลักประกันซอง โดยให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันซองด้วย

(๘) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือก โดยให้ระบุหลักเกณฑ์และวิธีการในการตัดสินใจให้ชัดเจนเป็นคะแนนในด้าน ดังต่อไปนี้

(ก) ความสอดคล้องของข้อเสนอเมื่อเปรียบเทียบกับประกาศเชิญชวน

(ข) ความน่าเชื่อถือของรายละเอียดที่ปรากฏในรายการตามข้อ ๔ (๓)

(ค) ข้อเสนอการดำเนินงานตามโครงการในภาพรวมซึ่งรวมถึงศักยภาพและความสามารถของผู้ยื่นข้อเสนอในการดำเนินงานตามโครงการให้ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของโครงการ

(ง) ข้อเสนอในแง่ของผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ ทั้งในรูปตัวเงินและประโยชน์อื่น ๆ

(๙) การสงวนสิทธิที่จะยกเลิกประกาศเชิญชวนโดยไม่พิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอรายใดเลย หรือจะไม่คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่เสนอให้ผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุดก็ได้

(๑๐) ค่าธรรมเนียมการประเมินข้อเสนอ

ข้อ ๕ เอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน อย่างน้อยต้องแสดงรายการ ดังต่อไปนี้

(๑) รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินงานตามขอบเขตของโครงการตามข้อ ๔ (๑) ซึ่งรวมถึงมาตรฐานในการดำเนินงานตามโครงการ

(๒) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ยื่นข้อเสนอ

(๓) รายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงหลักฐานเกี่ยวกับฐานะการเงิน บุคลากร บุคลากรหลักที่จะดำเนินงานตามโครงการซึ่งต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในงานตามโครงการ ทั้งนี้ ในเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนต้องกำหนดรายละเอียดคุณสมบัติของผู้มีประสบการณ์จากจำนวนปีทำงาน และจำนวนโครงการขั้นต่ำ พร้อมทั้งกำหนดให้แสดงรายละเอียดของประสบการณ์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งรวมถึงวงเงินของโครงการที่เคยดำเนินการมาแล้ว

(๔) ในกรณีที่โครงการได้มีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินงานหลังจากที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เข้าร่วมลงทุนแล้ว ให้ระบุให้ชัดเจนว่าผู้ยื่นข้อเสนอต้องให้คำรับรองว่าจะค้ำประกันและ/หรือประกันการดำเนินงานของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ด้วย

(๕) รายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอแสดงแผนทางธุรกิจ เป็นข้อเสนอทางการเงินของโครงการซึ่งรวมถึงเรื่อง ดังต่อไปนี้

(ก) การคาดคะเนทางการเงิน โดยแสดงงบกำไรขาดทุน งบกระแสเงินสด และงบดุล

(ข) อัตราส่วนทางการเงิน ตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนด เช่น อัตราส่วนสภาพคล่อง อัตราส่วนหนี้สิน อัตราส่วนแสดงสมรรถภาพในการดำเนินการ อัตราส่วนความสามารถทำกำไร

(ค) ผลตอบแทนทางการเงินจากการลงทุน

(ง) การจัดหาเงินทุน

(๖) รายละเอียดที่กำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอต้องระบุแผนการดำเนินงานและผลประโยชน์ที่จะเสนอให้แก่รัฐทั้งในรูปตัวเงินและผลประโยชน์อื่น ๆ โดยชัดเจน

(๗) เงื่อนไขสำคัญในการเข้าร่วมลงทุน อย่างน้อยต้องครอบคลุมถึงเรื่อง ดังต่อไปนี้

(ก) ผลประโยชน์ที่จะให้แก่รัฐ

(ข) ระยะเวลาของสัญญาร่วมลงทุน

(ค) ภาษา

(ง) การจัดสรรและโอนความเสี่ยงในงานตามขอบเขตของโครงการระหว่างรัฐและเอกชน

(จ) หลักประกันสัญญาโดยให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกันสัญญาด้วย

(ฉ) ค่าธรรมเนียมการลงนามในสัญญาร่วมลงทุน

(ช) เหตุสุดวิสัย

(ข) สกุลเงินโดยในกรณีที่มีการใช้สกุลเงินต่างประเทศ จะต้องกำหนดให้มีการเสนอมาตรการบริหารความเสี่ยงจากอัตราแลกเปลี่ยน

(ณ) กฎหมายที่จะใช้บังคับ

(ญ) การระงับข้อพิพาท

(ฎ) ภาษาที่จะใช้ในสัญญาร่วมลงทุน

(๘) เรื่องอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนดในการให้จัดทำข้อเสนอ

ข้อ ๖ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการประกาศเชิญชวนอย่างเปิดเผยไม่น้อยกว่าหกสิบวัน ก่อนวันเปิดการรับของข้อเสนอ ด้วยการปฏิบัติตามวิธีการอย่างน้อย ดังต่อไปนี้

- (๑) ประกาศ ณ ที่ทำการของหน่วยงานเจ้าของโครงการ
- (๒) ประกาศทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ และ
- (๓) ประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันภาษาไทยที่มีการจำหน่ายแพร่หลายทั่วไปในประเทศ
อย่างน้อยหนึ่งฉบับติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน

ในกรณีที่เห็นสมควรให้มีการคัดเลือกผู้เข้าร่วมลงทุนซึ่งเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลต่างประเทศ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการประกาศเชิญชวนโดยแจ้งไปยังสถานทูตที่เกี่ยวข้องและจะโฆษณาโดยวิธีอื่นด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ต้องดำเนินการดังกล่าวตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง

ข้อ ๗ ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอนุมัติให้ไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมุขตามมาตรา ๓๘ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเปิดเผยรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับการพิจารณาคัดเลือกโดยไม่ใช้วิธีการประมุขซึ่งรวมถึงเหตุผลที่เลือกผู้มีสิทธิดังกล่าว

ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการประกาศเปิดเผยรายละเอียดตามวรรคหนึ่ง ทั้งนี้ ตามวิธีการและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในข้อ ๖ วรรคหนึ่ง

ข้อ ๘ ในกรณีที่คณะกรรมการคัดเลือกเห็นสมควร อาจจะจัดให้มีการพิจารณาคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ (Shortlist) ก่อนที่คณะกรรมการคัดเลือกจะมีการประกาศเชิญชวนตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๖

ในกรณีโครงการใดมีการดำเนินงานตามโครงการเป็นประจำและมีความจำเป็นต้องจำกัดเฉพาะผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอซึ่งมีความสามารถ หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจพิจารณาคัดเลือกผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอซึ่งมีคุณสมบัติเบื้องต้นเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ได้

ข้อ ๙ ในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นตามข้อ ๘ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการออกประกาศเป็นการทั่วไปให้ผู้สนใจยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติของตนเพื่อขอเข้ารับการคัดเลือกโดยดำเนินการประกาศตามวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อ ๖ ไม่น้อยกว่าสามสิบวันก่อนวันเปิดรับของเอกสารแสดงคุณสมบัติ

ให้ประกาศตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องแสดงรายการ ดังต่อไปนี้

- (๑) วัตถุประสงค์ของการจัดให้มีการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นรวมทั้งลักษณะโดยสรุปของงานที่ประสงค์จะให้มีการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นในกรณีที่เป็นกรคัดเลือกเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ให้ระบุเงื่อนไขดังกล่าวไว้ในประกาศด้วย

(๒) คุณสมบัติทางด้านเทคนิค การเงิน ประสบการณ์และผลงานของผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ หรือรายละเอียดอื่นตามที่หน่วยงานเจ้าของโครงการกำหนด

(๓) ฐานะการเงิน

(๔) สถานที่ วัน เวลา ที่จะขอรับหรือขอซื้อเอกสารแสดงคุณสมบัติ ซึ่งจะต้องเป็นสถานที่ที่ผู้สนใจสามารถติดต่อได้สะดวก

(๕) สถานที่ วัน เวลา เปิดการรับซอง ปิดการรับซอง และเปิดซองเอกสารแสดงคุณสมบัติ

(๖) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาคัดเลือก

ข้อ ๑๐ เอกสารแสดงคุณสมบัติของผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ อย่างน้อยต้องประกอบไปด้วยรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในประกาศพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นตามข้อ ๙

ข้อ ๑๑ เมื่อพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นได้แล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการประกาศรายชื่อผู้ซึ่งผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นให้ทราบเป็นการทั่วไป

ในกรณีที่เป็นกรคัดเลือกเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเปิดโอกาสให้ผู้ประสงค์จะยื่นข้อเสนอ ยื่นเอกสารแสดงคุณสมบัติโดยมีรายละเอียดตามรายการที่กำหนดในข้อ ๙ ได้ตลอดเวลา และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการพิจารณาทบทวนทะเบียนรายชื่อผู้ซึ่งผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นตามระยะเวลาที่เห็นสมควร โดยอย่างน้อยให้พิจารณาทบทวนในทุกรอบสองปี

ข้อ ๑๒ ในกรณีที่มีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น เมื่อมีการออกประกาศเชิญชวนตามข้อ ๖ แล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดส่งประกาศเชิญชวนดังกล่าว ให้ผู้ซึ่งผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวันก่อนวันเปิดรับซองเอกสารข้อเสนอและให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจำหน่ายเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนแก่ผู้ซึ่งผ่านการคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นแล้วเท่านั้น

ข้อ ๑๓ ข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอ อย่างน้อยต้องประกอบไปด้วยรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนตามข้อ ๔ และเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนตามข้อ ๕

ในกรณีที่ข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอปรากฏเงื่อนไขใดซึ่งอยู่นอกเหนือจากรายละเอียดที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนและเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุนตามวรรคหนึ่งและเงื่อนไขดังกล่าวเกี่ยวข้องโดยตรงกับโครงการ ให้ผู้ยื่นข้อเสนอระบุให้ชัดเจนในข้อเสนอด้วย

ข้อ ๑๔ เมื่อพ้นกำหนดเวลารับของเอกสารข้อเสนอแล้ว ห้ามไม่ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ และคณะกรรมการคัดเลือกรับของเอกสารข้อเสนอหรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน ข้อ ๑๒ จากผู้ยื่นข้อเสนอหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งอีก

ข้อ ๑๕ ให้คณะกรรมการคัดเลือกดำเนินการคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ ดังนี้

(๑) เปิดซองเอกสารข้อเสนอโดยเปิดเผยต่อหน้าผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้แทนของผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งอยู่ในเวลาเปิดซองเอกสารข้อเสนอ

(๒) ตรวจสอบหลักประกันของ

(๓) ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและเอกสารต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในข้อเสนอ

(๔) พิจารณาประเมินข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ ๔ (๘) โดยคณะกรรมการคัดเลือก อาจสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้ยื่นข้อเสนอรายใดก็ได้ แต่ห้ามไม่ให้คณะกรรมการคัดเลือกอนุญาตให้ผู้ยื่นข้อเสนอรายใดเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในข้อเสนอที่มีการเสนอไว้อย่างมีสาระสำคัญ

ในกรณีที่คณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาเห็นสมควร คณะกรรมการคัดเลือกสามารถเจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอที่ผ่านการประเมินเพื่อประกอบการคัดเลือกได้มากกว่าหนึ่งรายแต่ทั้งนี้ไม่เกินกว่าสองราย

(๕) เสร็จต่อรองกับผู้ยื่นข้อเสนอที่ผ่านการประเมินตามข้อ ๑๕ (๔) ในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ของรัฐและเป็นประโยชน์ต่อโครงการ

ข้อ ๑๖ ให้คณะกรรมการคัดเลือกพิจารณากำหนดมูลค่าของหลักประกันของให้เหมาะสมกับความเสียหายในกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอไม่สามารถดำเนินการตามข้อเสนอ และกำหนดหลักประกันสัญญาให้เหมาะสมกับความเสียหายในกรณีที่ผู้ซึ่งได้รับการคัดเลือกไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาได้

ให้คณะกรรมการคัดเลือกกำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอใช้หลักประกันอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ โดยกำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอส่งมอบหลักประกันของให้กับหน่วยงานเจ้าของโครงการภายในวันยื่นของข้อเสนอ และกำหนดให้ผู้ยื่นข้อเสนอส่งมอบหลักประกันสัญญาให้กับหน่วยงานเจ้าของโครงการภายในวันทำสัญญาร่วมลงทุน

(๑) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศ โดยในกรณีที่เป็นการประกาศเชิญชวนให้ผู้เข้าร่วมลงทุนซึ่งเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลต่างประเทศ อาจกำหนดให้ใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารในต่างประเทศที่มีหลักฐานดีและหน่วยงานเจ้าของโครงการพิจารณาเห็นสมควร

(๒) พันธบัตรรัฐบาลไทยหรือพันธบัตรรัฐวิสาหกิจไทย

ในการคืนหลักประกันของ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคืนหลักประกันของให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอ ซึ่งไม่ได้รับการคัดเลือก ภายในสิบวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบผลการคัดเลือกตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ หรือเมื่อครบหนึ่งร้อยยี่สิบวัน นับแต่วันที่คณะกรรมการคัดเลือกมีมติพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งได้รับการคัดเลือก แล้วแต่กรณีใด จะเกิดขึ้นก่อน และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการคืนหลักประกันของให้แก่ผู้ซึ่งได้รับการคัดเลือก เมื่อมีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนและส่งมอบหลักประกันสัญญาแล้ว

ในการคืนหลักประกันสัญญา ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคืนหลักประกันสัญญาให้แก่คู่สัญญา ฝ่ายเอกชนตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนโดยคำนึงถึงผลงานที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับการประกันความรับผิดชอบและการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน

ประกาศ ณ วันที่ ๓๐ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๘

กุลิศ สมบัติศิริ

ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

ภาคผนวก ง

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนด
มาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558

หน้า ๗

เล่ม ๑๓๒ ตอนพิเศษ ๔๖ ง

ราชกิจจานุเบกษา

๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน

พ.ศ. ๒๕๕๘

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในส่วนของโครงการ
ที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
พ.ศ. ๒๕๕๖ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบาย
การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนด
มาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๕๘”

ข้อ ๒ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ สัญญาร่วมลงทุนในส่วนของโครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนตามมาตรา ๓๓
แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ อย่างน้อยต้องมีข้อกำหนด
มาตรฐานตามข้อ ๔

ข้อ ๔ ข้อกำหนดมาตรฐานที่ต้องมีในสัญญาร่วมลงทุนต้องประกอบด้วยรายละเอียดในเรื่อง
ดังต่อไปนี้ โดยจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศฉบับนี้และแนวทางปฏิบัติที่สำนักงาน
กำหนดตามข้อ ๗

(๑) ระยะเวลาของโครงการ

(๒) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ

(๓) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

(๔) การลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชน รวมทั้งแหล่งเงินทุนของเอกชน

(๕) สินทรัพย์ซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ของโครงการ และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ

หากมีการใช้ทรัพย์สินของรัฐในการดำเนินโครงการ โดยจะต้องระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย
ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์และการบำรุงรักษาทรัพย์สินดังกล่าวด้วย

(๖) การบูรณะพัฒนาสินทรัพย์ของโครงการ

(๗) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชน หรือหน่วยงานเจ้าของโครงการ ผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการ ซึ่งให้รวมถึงผลประโยชน์ตอบแทนในส่วนที่ผันแปรตามผลประกอบการ และสิทธิในการหักค่าใช้จ่าย หรือภาษีและค่าธรรมเนียมจากรายได้ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ให้ระบุถึงการตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วน ในรายได้ที่เกิดขึ้นด้วย

(๘) การให้การสนับสนุนของภาครัฐเพื่อการดำเนินการตามสัญญาของฝ่ายผู้ร่วมลงทุนเอกชน

(๙) การเปลี่ยนลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วง และการโอนสิทธิเรียกร้อง

(๑๐) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน

(๑๑) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญานอกจากกรณี การสิ้นสุดของสัญญาตามระยะเวลา โดยรวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการเพื่อให้บริการต่อไป หากมีการระงับของโครงการ และการชำระค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญา

(๑๒) หลักประกันสัญญา การค้ำประกัน ทั้งนี้ ให้ระบุเงื่อนไขในการคืนหรือรับหลักประกัน สัญญาด้วย

(๑๓) การประกันภัย และการชดใช้ค่าเสียหาย

(๑๔) การระงับข้อพิพาท ซึ่งต้องไม่เป็นการผูกพันให้หน่วยงานเจ้าของโครงการใช้วิธีการระงับ ข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็น เนื่องจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาร่วมลงทุนประเภทนั้น ๆ หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจ หลีกเลียงได้

(๑๕) กฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งจะต้องกำหนดให้สัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ซึ่งรวมถึงการดำเนินโครงการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายไทย

(๑๖) สิทธิของหน่วยงานเจ้าของโครงการในการเข้าดำเนินโครงการ

(๑๗) ทรัพย์สินทางปัญญา

(๑๘) ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม

(๑๙) เรื่องอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางปฏิบัติของสำนักงาน

คู่สัญญาอาจกำหนดรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวกับข้อกำหนดมาตรฐานข้อใดข้อหนึ่งไว้ในสัญญาหลักหรือเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุนก็ได้ โดยในกรณีที่มีการกำหนดไว้ในเอกสารแนบท้ายของสัญญาร่วมลงทุน ให้คู่สัญญากำหนดไว้ในสัญญาหลักว่าเอกสารแนบท้ายดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุน

ข้อ ๕ สัญญาร่วมลงทุนต้องไม่มีข้อกำหนดหรือเนื้อหาในลักษณะ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้มีการต่อหรือขยายอายุของโครงการในสัญญาร่วมลงทุนทันที โดยไม่มีการเจรจาระหว่างคู่สัญญา

(๒) ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนปรับหรือเปลี่ยนเงื่อนไขการดำเนินงานตามโครงการฝ่ายเดียว ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกรให้บริการสาธารณะหรือผลประโยชน์ของรัฐ

ข้อ ๖ สัญญาร่วมลงทุนและเอกสารอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาร่วมลงทุนนั้นจะต้องจัดทำขึ้นเป็นภาษาไทย แต่อาจจัดทำเป็นภาษาอังกฤษได้เฉพาะในส่วนที่จำเป็นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นอันเนื่องมาจากทางปฏิบัติโดยปกติทั่วไปของสัญญาประเภทนั้น ๆ หรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในกรณีที่มีการจัดทำเนื้อหาส่วนใดของสัญญาร่วมลงทุนเป็นภาษาอังกฤษตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุในสัญญาร่วมลงทุนว่า ในกรณีที่ปรากฏว่าข้อความภาษาอังกฤษมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับข้อความภาษาไทย ให้คู่สัญญาถือปฏิบัติตามข้อความภาษาไทย

ในกรณีที่มีการจัดทำคำแปลของสัญญาร่วมลงทุนเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ระบุในสัญญาร่วมลงทุนว่า ไม่ให้มีการนำเนื้อหาในคำแปลของสัญญาร่วมลงทุนมาปรับใช้และตีความกับสัญญาร่วมลงทุนฉบับดังกล่าว

ข้อ ๗ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามประกาศนี้ ให้สำนักงานมีอำนาจประกาศกำหนดแนวทางปฏิบัติในการจัดทำข้อกำหนดมาตรฐานและของสัญญาร่วมลงทุนตามประกาศนี้

ประกาศ ณ วันที่ ๓๐ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๘

กุลิศ สมบัติศิริ

ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวตติ รุ่งกระจ่าง
วันเดือนปีเกิด	6 พฤศจิกายน 2531
ตำแหน่ง	นักวิเคราะห์รัฐวิสาหกิจปฏิบัติการ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ
ประสบการณ์ทำงาน	2555 – ปัจจุบัน: นักวิเคราะห์รัฐวิสาหกิจปฏิบัติการ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง

