

บันทึก

เรื่อง การให้เอกชนดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอย

กรุงเทพมหานครได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กท ๐๓๐๒/๕๔๒๓ ลงวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๔๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรุงเทพมหานครมีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ว่า หากกรุงเทพมหานครมีความประสงค์จะให้เอกชนเข้ามาลงทุนในการดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอย โดยในการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอยของเอกชน กรุงเทพมหานครกำหนดให้เอกชนเป็นผู้จัดหาที่ดินที่จะใช้ในโครงการหรือจะเช่าที่ดินของกรุงเทพมหานครโดยเสียค่าเช่าก็ได้ และเมื่อเอกชนได้ทำการก่อสร้างระบบกำจัดมูลฝอยเสร็จเรียบร้อยและสามารถจัดการระบบได้แล้ว กรุงเทพมหานครจะจัดส่งขยะมูลฝอยเข้ากำจัดเป็นเวลาประมาณ ๒๐ ปี โดยจ่ายค่าจ้างกำจัดมูลฝอยให้แก่เอกชนผู้ลงทุนก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอยตามอัตราค่าจ้างที่เอกชนได้เสนอไว้ตั้งแต่ในชั้นพิจารณาคัดเลือกให้เข้ามาดำเนินการโดยในการดำเนินการตั้งแต่ในชั้นของการก่อสร้างจนกระทั่งจัดการระบบกำจัดมูลฝอย กรุงเทพมหานครจะไม่เข้าไปมีส่วนร่วมรับผิดชอบในการดำเนินการของเอกชนหรือมีส่วนร่วมเรื่องผลกำไรหรือขาดทุนในการดำเนินการแต่อย่างใด เอกชนจะต้องรับผิดชอบในเรื่องของผลกำไรขาดทุนเองทั้งสิ้น และการดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอยของเอกชนนี้ นอกจากค่าจ้างในการกำจัดมูลฝอยที่จะได้ตามสัญญาแล้ว กรุงเทพมหานครมิได้ให้สิทธิในการกำจัดมูลฝอยและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนตามที่กรุงเทพมหานครมีอยู่ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้แก่เอกชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในส่วนของงบประมาณในการกำจัดมูลฝอยระยะ ๒๐ ปี กล่าวคือ ตั้งแต่ปีงบประมาณ ๒๕๔๓ ถึงปีงบประมาณ ๒๕๖๓ นั้น แยกเป็นแต่ละโครงการ ดังนี้

- ๑.โครงการกำจัดมูลฝอยอ่อนนุช ใช้งบประมาณ ๑๓,๘๐๗,๓๗๑,๐๐๐ บาท
 - ๒.โครงการกำจัดมูลฝอยหนองแขม ใช้งบประมาณ ๘,๔๑๒,๘๔๗,๐๐๐ บาท
 - ๓.โครงการกำจัดมูลฝอยรามอินทรา ใช้งบประมาณ ๑๓,๕๔๒,๗๓๙,๐๐๐ บาท
- รวม ๓ โครงการ ใช้งบประมาณรวมทั้งสิ้น ๓๕,๗๖๒,๙๕๗,๐๐๐ บาท และเพื่อให้การดำเนินการโครงการตามรูปแบบดังกล่าวของกรุงเทพมหานครถูกต้องและสอดคล้องกับกฎหมาย กรุงเทพมหานครจึงขอหารือว่า การดำเนินโครงการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ หรือไม่

ต่อมากรุงเทพมหานครได้มีหนังสือ ที่ กท ๕๐๐๒/๖๗๔๔ ลงวันที่ ๒๒ กันยายน ๒๕๔๑ ให้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกี่ยวกับปัญหาที่ขอหารือมา สรุปความได้ว่า โครงการกำจัดมูลฝอยของกรุงเทพมหานครนี้เป็นโครงการที่กรุงเทพมหานครได้ดำเนินการมาตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงขั้นตอนของการประกวดราคาจ้างเหมากำจัดมูลฝอยต่อมากรุงเทพมหานครได้ยกเลิกการประกวด

ราคาดังกล่าวเนื่องจากมีปัญหาทางข้อกฎหมายที่ไม่เป็นที่ยุติว่าการดำเนินโครงการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ ซึ่งโครงการนี้กรุงเทพมหานครยังคงต้องดำเนินการต่อไป กรุงเทพมหานครจึงได้ยืนยันในเจตนาที่จะดำเนินงานโดยมีกรอบข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญของโครงการหรือการดำเนินงาน สรุปได้ว่า

(๑) โครงการกำจัดมูลฝอยของกรุงเทพมหานครเป็นโครงการที่เอกชนจะต้องเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างระบบกำจัดมูลฝอยและดำเนินการในการกำจัดมูลฝอยด้วยทุนทรัพย์ของเอกชนเอง กรุงเทพมหานครจะไม่เกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบต่อการกำไรหรือขาดทุนหรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับการประกันเงินกู้หรือเงินลงทุนที่เอกชนนำมาดำเนินการ

(๒) โครงการกำจัดมูลฝอยของกรุงเทพมหานครนี้เป็นโครงการจ้างกำจัดมูลฝอย โดยกรุงเทพมหานครจะทำสัญญาจ้างกำจัดมูลฝอยกับเอกชนที่มีการลงทุนก่อสร้างระบบกำจัดมูลฝอยที่ได้มาตรฐานสามารถกำจัดมูลฝอยได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยจะจ่ายค่าจ้างกำจัดมูลฝอยให้ตามจำนวนมูลฝอยที่ส่งเข้ากำจัดในแต่ละพื้นที่โครงการตามราคาที่ได้อนุญาตในการประกวดราคา ทั้งนี้ สัญญาจ้างกำจัดมีระยะเวลาการจ้าง ๒๐ ปี นับจากวันที่กรุงเทพมหานครได้ตรวจสอบและยอมรับว่าระบบกำจัดมูลฝอยของเอกชนที่สร้างขึ้นได้ดำเนินการตามข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว และสามารถปฏิบัติงานได้ตามมาตรฐานข้อกำหนดทุก ๆ ด้าน เช่น ด้านสิ่งแวดล้อม ด้านความปลอดภัย ฯลฯ เมื่อครบกำหนดสัญญาแล้ว กรุงเทพมหานครอาจพิจารณาต่อสัญญาให้อีก ๒ ครั้ง ครั้งละ ๑๐ ปี แต่ทั้งนี้การจะต่อสัญญา กรุงเทพมหานครจะต้องพิจารณาราคาค่าจ้างใหม่ ซึ่งต้องลดลงจากเดิมตามที่กรุงเทพมหานครเห็นว่าเหมาะสม ทั้งนี้ กรรมสิทธิ์ในระบบกำจัดมูลฝอยที่เอกชนสร้างขึ้นจะไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกรุงเทพมหานคร

(๓) สำหรับสถานที่ก่อสร้างโรงงานกำจัดมูลฝอย กรุงเทพมหานครได้กำหนดแนวทางเลือกไว้ ๒ แนวทาง คือ ให้เช่าที่ซึ่งเป็นศูนย์รวมและศูนย์จัดการมูลฝอยของกรุงเทพมหานครในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกของกรุงเทพมหานครเอง หรือเอกชนจะใช้สถานที่อื่นของเอกชนเป็นสถานที่ก่อสร้างโรงงานกำจัดมูลฝอยเองก็ได้ แต่ต้องมีรายละเอียดของสถานที่เพื่อให้กรุงเทพมหานครพิจารณาอีกครั้งว่ายอมรับได้หรือไม่ สำหรับสถานที่เพื่อใช้ในการดำเนินการในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ระบบกำจัดมูลฝอยมีความสมบูรณ์ เช่น สถานที่ฝังกลบ เอกชนจะต้องเป็นผู้จัดหาเอง

(๔) เอกชนที่มาลงทุนรับจ้างกำจัดมูลฝอยตามโครงการกำจัดมูลฝอยของ กรุงเทพมหานครจะต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานทุกขั้นตอน ด้วยค่าใช้จ่ายของตนเองตั้งแต่ขั้นตอนการออกแบบ การขออนุญาตตามกฎหมายกับหน่วยราชการที่เกี่ยวข้อง (เป็นต้นว่า กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยโรงงานกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม) การลงทุนและการก่อสร้างการตรวจสอบความพร้อมของระบบกำจัดมูลฝอย ก่อนที่กรุงเทพมหานครจะส่งมูลฝอยไปกำจัด การดำเนินการกำจัดและการบำรุงรักษาวัสดุอุปกรณ์ และเครื่องจักรกลให้สามารถปฏิบัติงานได้ตามมาตรฐานตลอดเวลา

(๕) ลักษณะหรือรูปแบบของสัญญาจ้างเหมาตามโครงการให้ยึดรูปแบบของสัญญา แบบ Build-Own-Operation (BOO) เป็นหลัก กล่าวคือ เอกชนเป็นผู้ลงทุนสร้าง เอกชนเป็นเจ้าของเอง และเอกชนเป็นผู้ดำเนินงานบริหารระบบกำจัดตามโครงการเอง ดังนั้น ในกรณีเมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดเอกชนมีหน้าที่รื้อย้ายโรงงานกำจัดมูลฝอยออกไปและปรับพื้นที่ให้มีสภาพเป็นสวนสาธารณะ รวมทั้งต้องรับผิดชอบด้านสิ่งแวดล้อมของสถานที่ดังกล่าวต่อไปอีก ๕ ปี

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยได้รับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนกรุงเทพมหานคร ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) แล้ว เห็นว่า การจะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้น จะต้องเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการ^๑ กล่าวคือ ต้องเป็นการลงทุนในกิจการของรัฐตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเป็นหลัก^๒ ซึ่งการใดจะเป็นกิจการของรัฐนั้นอาจจำแนกได้เป็น ๓ กรณี คือ (๑) เป็นกิจการซึ่งหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย (๒) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือ (๓) เป็นกิจการที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐ โดยที่มาตรา ๑๘^๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้การกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยในเขตราชการส่วนท้องถิ่นเป็นอำนาจหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่น กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยในเขต

^๑ มาตรา ๖ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการใด เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการโดยละเอียดตามประเด็นหัวข้อที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกำหนดต่อกระทรวงเจ้าสังกัด

^๒ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

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

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ มาตรา ๑๘ การกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยในเขตราชการส่วนท้องถิ่นใดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น

ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบให้บุคคลใดดำเนินการตามวรรคหนึ่ง แทนภายใต้การควบคุมดูแลของราชการส่วนท้องถิ่นหรืออาจอนุญาตให้บุคคลใดเป็นผู้ดำเนินการกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยตามมาตรา ๑๙ ก็ได้

กรุงเทพมหานคร และแม้ว่ามาตรา ๑๘ วรรคสอง จะบัญญัติให้ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบให้บุคคลใดดำเนินการแทนหรือราชการส่วนท้องถิ่นอาจอนุญาตให้บุคคลใดเป็นผู้ดำเนินการกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยตามมาตรา ๑๙^๔ ก็ตาม แต่การมอบหรือการอนุญาตดังกล่าวก็ไม่ใช่เหตุให้ราชการส่วนท้องถิ่นนั้นหลุดพ้นจากอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้ดำเนินการแทนหรือผู้ได้รับอนุญาตจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของราชการส่วนท้องถิ่น หรือภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ราชการส่วนท้องถิ่นกำหนดตามมาตรา ๒๐^๕ แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข เพราะฉะนั้น กิจกรรมกำจัดมูลฝอยจึงเป็นกิจกรรมที่กรุงเทพมหานครยังมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมายกำหนดอยู่ ดังนั้น กิจกรรมดังกล่าวจึงเป็นกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ

สำหรับกรณีตามข้อหาหรือของกรุงเทพมหานครซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการดำเนินการก่อสร้างและจัดการระบบกำจัดมูลฝอยนั้นกรุงเทพมหานครจะมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วยวิธีการจ้างตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๘^๖ โดยให้เอกชนเข้ามาลงทุนก่อสร้างโรงงาน เป็นเจ้าของ และดำเนินการในโครงการดังกล่าวโดยลำพัง

^๔ มาตรา ๑๙ ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการรับทำการเก็บ ขน หรือกำจัดสิ่งปฏิกูล หรือมูลฝอย โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น

^๕ มาตรา ๒๐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสะอาดและการจัดระเบียบในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอย ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นดังต่อไปนี้

(๑) ห้ามการถ่าย เท ทิ้ง หรือทำให้มีขึ้นในที่หรือทางสาธารณะซึ่งสิ่งปฏิกูล หรือมูลฝอย นอกจากในที่ที่ราชการส่วนท้องถิ่นจัดไว้ให้

(๒) กำหนดให้มีที่รองรับสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยตามที่หรือทางสาธารณะและสถานที่เอกชน

(๓) กำหนดวิธีการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยหรือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือสถานที่ใด ๆ ปฏิบัติให้ถูกต้องด้วยสัญลักษณ์ตามสภาพหรือลักษณะการใช้อาคารหรือสถานที่นั้น ๆ

(๔) กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการให้บริการของราชการส่วนท้องถิ่นในการเก็บและขนสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยไม่เกินอัตราตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๕) กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอย เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา ๑๙ ปฏิบัติ ตลอดจนกำหนดอัตราค่าบริการชั้นสูงตามลักษณะการให้บริการที่ผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา ๑๙ จะพึงเรียกเก็บได้

(๖) กำหนดการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อให้ถูกต้องด้วยสัญลักษณ์

^๖ ข้อ ๕ ในข้อบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“การจ้าง” ให้ความหมายรวมถึงการจ้างทำของและการรับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจ้างออกแบบและก่อสร้าง และการจ้างเหมาบริการ แต่ไม่รวมถึงการจ้างลูกจ้างของกรุงเทพมหานคร การรับขนในการเดินทางไปราชการตามกฎหมายว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฯลฯ

ฯลฯ

(สัญญาแบบ BOO) กรุงเทพมหานครจะไม่มีส่วนร่วมรับผิดชอบในการดำเนินการของเอกชน หรือมีส่วนร่วมในเรื่องของผลกำไรและขาดทุน นั้น กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ เห็นว่า การร่วมงานหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ จะเป็นการที่รัฐร่วมลงทุนกับเอกชนหรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิโดยวิธีใดๆ ก็ได้^๗ ดังนั้น การที่กรุงเทพมหานครมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการกำจัดมูลฝอยซึ่งเป็นกิจการของรัฐแทนกรุงเทพมหานครโดยวิธีการว่าจ้าง จึงเป็นวิธีการหนึ่งในการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และหากโครงการดังกล่าวมีวงเงินตั้งแต่ ๑,๐๐๐ ล้านบาทขึ้นไปแล้ว กรุงเทพมหานครจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

(ลงชื่อ) อัคราทร จุฬารัตน

(นายอัคราทร จุฬารัตน)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตุลาคม ๒๕๔๑

^๗ โปรดเช็กรรที่ ๒, ข้างต้น