

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาตให้เอกชนดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ของบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) รวมสามฉบับ)

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ทท ๐๒๐๐.๔/๒๒๗๓ ลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๒๙๒/๒๕๕๐ เรื่องเสร็จที่ ๒๙๓/๒๕๕๐ และเรื่องเสร็จที่ ๒๙๔/๒๕๕๐ กรณีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (สัญญาอนุญาตให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (บมจ. กสท โทรคมนาคม) กับบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (บมจ. TAC) บมจ. กสท โทรคมนาคม กับบริษัททรู มูฟ จำกัด และบมจ. กสท โทรคมนาคม กับบริษัท ดิจิตอล โฟน จำกัด (บริษัท DPC) รวมสามฉบับ) โดยสรุปว่า

(๑) กรณีสัญญาระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคมกับ บมจ. TAC บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้แก้ไขสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ รวมสามครั้ง แต่ละครั้งได้นำเสนอคณะกรรมการ บมจ. กสท โทรคมนาคม พิจารณออนุมัติแล้ว จึงได้ทำสัญญา โดยมีได้นำเสนอคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ พิจารณาก่อนนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบ เป็นการดำเนินการที่ยังไม่ถูกต้อง บมจ. กสท โทรคมนาคม จึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ ดำเนินการแล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

(๒) กรณีสัญญาระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคมกับบริษัททรู มูฟ จำกัด และสัญญาระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคมกับบริษัท DPC ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาให้ดำเนินการให้บริการวิทยุโทรคมนาคมระบบเซลลูลาร์ได้ตกลงมอบความถี่และอนุญาตให้บริษัททรู มูฟ จำกัด และบริษัท DPC ใช้ความถี่โดยได้มีการทำสัญญาให้ดำเนินการให้บริการขึ้นใหม่ พร้อมกับกำหนดขอบเขตและเนื้อหาของการดำเนินการแยกอิสระและแตกต่างจากสัญญาระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคมกับ บมจ. TAC จึงมีผลเท่ากับว่า บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้อนุญาตให้สิทธิเอกชนรายใหม่สองราย และไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของโครงการที่ บมจ. กสท โทรคมนาคม อนุญาตให้แก่ บมจ. TAC แต่อย่างใด จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงาน

หรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หากการลงทุนมีเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่โดยที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีการกำหนดขอบเขตของโครงการและเอกชนผู้ดำเนินการให้บริการเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งได้มีการให้บริการโครงการไปแล้ว จึงไม่มีกรณีที่จะต้องประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือต้องคัดเลือกเอกชนโดยวิธีประมูล แต่จะต้องนำบทบัญญัติหมวด ๓ มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดต่อสภาพแห่งข้อเท็จจริง โดย บมจ. กสท โทรคมนาคม ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ เพื่อดำเนินการตามมาตรา ๒๑ โดยอนุโลมต่อไป

บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้แต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ เพื่อดำเนินการตาม (๑) และ (๒) แล้ว แต่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการและแนวทางการดำเนินการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น โดย บมจ. กสท โทรคมนาคม มีความเห็นว่า คณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามมาตรา ๒๑ โดยคณะกรรมการมีอำนาจในการเจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์และร่างสัญญาเสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป แต่เนื่องจากคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ ดังกล่าวมีข้อสงสัยว่า คณะกรรมการจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ขณะที่ทำสัญญาระหว่างกับบริษัททรู มูฟ จำกัด และบริษัท DPC หรือสามารถนำสถานการณ์หรือปัจจัยทางเทคนิคที่เปลี่ยนแปลงไปมาระบุในสัญญาที่จะมีการจัดทำขึ้นใหม่กับทั้งสองบริษัทนี้ได้หรือไม่ รวมทั้งคณะกรรมการจะสามารถเห็นชอบหรือทำสัญญาใหม่ได้เพียงใด และในกรณีที่ บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้แต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ และคณะกรรมการอยู่ระหว่างดำเนินการตามมาตรา ๒๑ ยังไม่แล้วเสร็จ ขณะที่สัญญาระหว่าง บมจ. กสท โทรคมนาคม กับบริษัททรู มูฟ จำกัด และบริษัท DPC ที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือเหตุอื่น บมจ. กสท โทรคมนาคม เห็นว่า สามารถจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพื่อติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาทั้งสองฉบับนั้นได้

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับ บมจ. กสท โทรคมนาคม ในการแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ ในขณะที่คณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ แต่เนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการทั้งสองคณะ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการของคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ ได้ดำเนินการต่อไปด้วยความถูกต้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงขอหารือเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการดำเนินการตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้น ดังนี้

๑. ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการ (บมจ. กสท โทรคมนาคม) ได้แต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพื่อ

ดำเนินการ กรณีบริษัท ทรู มูฟ จำกัด และบริษัท DPC และคณะกรรมการอยู่ระหว่างดำเนินการ ตามมาตรา ๒๑ ยังไม่แล้วเสร็จ ขณะที่สัญญาเดิมที่ทำขึ้นนั้นยังคงมีผลอยู่ครบเท่าที่ยังไม่มีการ เพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถจัดตั้ง คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อติดตามกำกับดูแลให้ มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาเดิมได้หรือไม่

๒. ในการดำเนินการตามมาตรา ๒๑ ของคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ คณะ กรรมการฯ มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ขณะที่ทำสัญญานับเดิมรวมทั้งฉบับที่ แก้ไข หรือสามารถนำสถานการณ์หรือปัจจัยทางเทคนิคที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปมากำหนดใน สัญญาที่จะมีการจัดทำขึ้นใหม่ ได้หรือไม่

๓. หากคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ เห็นชอบตามสัญญาเดิมโดยไม่มีการแก้ไข จะต้องทำสัญญานับฉบับใหม่ขึ้นทั้งฉบับโดยมีเนื้อหาคงเดิมแล้วให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันทำ สัญญาเดิม หรือเพียงแต่เสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบสัญญานับเดิมหรือทำสัญญา ฉบับใหม่โดยมีข้อความยอมรับสัญญาเดิมหรือทำประการอื่นใด

๔. หากคณะกรรมการฯ เห็นชอบตามสัญญาเดิมบางส่วน โดยเห็นควรแก้ไข เพิ่มเติมบางส่วน จะดำเนินการเช่นเดียวกับกรณีตามประเด็นที่สองได้หรือไม่ ประการใด

๕. คณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ ซึ่งดำเนินการกรณีของ บมจ. TAC มีอำนาจและหน้าที่ที่จะดำเนินการทำนองเดียวกันกับข้อหาหรือประเด็นที่สอง ประเด็นที่สาม และประเด็นที่สี่ ได้หรือไม่ ประการใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหาหรือของกระทรวง เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการ พัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลางและสำนักงาน คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (สำนักงานปลัดกระทรวง) และผู้แทน บมจ. กสท โทรคมนาคม เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว มี ความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้ ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓^๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้า ร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อดำเนินการตามโครงการให้บริการวิทยุ คมนาคมระบบเซลลูลาร์ Digital PCN 1800 ที่ บมจ. กสท โทรคมนาคม ได้ทำสัญญากับ

^๑ มาตรา ๑๓ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานหน่วยงานอื่นของรัฐหรือ พนักงานส่วนท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกระทรวงอื่นอีกสองกระทรวง กระทรวงละหนึ่งคน ผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสามคน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคนเป็นกรรมการและเลขานุการ

บริษัททรู มูฟ จำกัด และกับบริษัท DPC ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสรีที่ ๒๙๓/๒๕๕๐^๒ และเรื่องเสรีที่ ๒๙๔/๒๕๕๐^๓ แล้ว และในขณะนี้ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการนั้น จึงเป็นกรณีที่มีการดำเนินการตามโครงการยังอยู่ในขั้นตอนของหมวด ๓ การดำเนินโครงการ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ ซึ่งต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายเพื่อให้สัญญาเดิมเป็นสัญญาที่ถูกต้องตามกฎหมายเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ การลงนามในสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๒^๔ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงหมายความว่าลงนามในสัญญาที่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แล้ว เมื่อสัญญาเดิมยังเป็นสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย บมจ. กสท โทรคมนาคม จึงไม่อาจแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ เพื่อติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดในสัญญาเดิมนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการดำเนินการของคณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ หาก บมจ. กสท โทรคมนาคม เห็นว่า มีความจำเป็นต้องมีคณะกรรมการเพื่อกำกับดูแลการดำเนินการตามสัญญาเดิมไปพลางก่อน ก็ย่อมเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของ บมจ. กสท โทรคมนาคม ที่จะใช้อำนาจทางบริหารพิจารณาตามที่เห็นสมควร แต่การแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ แต่อย่างใด

สำหรับประเด็นที่สองถึงประเด็นที่ห้า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจซึ่งอยู่ในอำนาจและหน้าที่ของ

^๒ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัททรู มูฟ จำกัด) ซึ่งส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๖๐๑ ลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๐ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ ๒๙๓/๒๕๕๐)

^๓ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีสัญญาอนุญาตให้ดำเนินการให้บริการวิทยุคมนาคมระบบเซลลูลาร์ระหว่างบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) กับบริษัทดิจิทัล โฟน จำกัด) ซึ่งส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๐๖๐๖ ลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๐ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสรีที่ ๒๙๔/๒๕๕๐)

^๔ มาตรา ๒๒ เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการคลังหนึ่งคน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหนึ่งคน และผู้แทนจากหน่วยงานอื่นซึ่งมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน ผู้แทนฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการหนึ่งคน ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดหนึ่งคน และผู้แทนอื่นซึ่งหน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นสมควรแต่งตั้งอีกไม่เกินสามคน และรวมกันไม่เกินเก้าคน เป็นกรรมการ

คณะกรรมการตามมาตรา ๑๓ และคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา ๒๒ แล้วแต่กรณี จึง
ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมายที่จะพิจารณาให้ความเห็นได้

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ
(คุณพรทิพย์ จาละ)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
มีนาคม ๒๕๕๒