

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ
ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ (กรณีการดำเนินโครงการ รถไฟฟ้าสายสีเขียว
ในรูปแบบ PPP – Gross Cost)

การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ รฟม ๐๐๔/๓๘๔ ลงวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า รฟม. ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ รฟม ๐๐๒/๑๖๒๙ ลงวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๕๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอหารือประเด็นปัญหาในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๑/๑๑๔๑ ลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๑ แจ้งความเห็น ว่าเรื่องที่กรรมการกฤษฎีกาจะพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายจะต้องเป็นเรื่องที่ได้มีการ พิจารณาหรือระหว่างส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบหรือรักษาการตามกฎหมายแล้ว แต่กรณี ดังกล่าว รฟม. ยังไม่ได้หารือไปยังกระทรวงคมนาคมและกระทรวงการคลังซึ่งเป็นหน่วยงานที่ รับผิดชอบและรักษาการตามกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น รฟม. จึงสมควรหารือไปยังกระทรวง คมนาคมและกระทรวงการคลังก่อน ซึ่งหากเป็นกรณีที่ยังหาข้อยุติไม่ได้และเป็นปัญหาที่สำคัญ รฟม. สามารถหรือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อไป

ตามข้อหารือ ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับรูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและ การเดินรถโครงการรถไฟฟ้าและผลการพิจารณาของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

๑. รูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและการเดินรถโครงการรถไฟฟ้า

โครงการรถไฟฟ้ามีองค์ประกอบงานหลักอยู่ ๓ งาน คือ งานโยธา งานระบบ รถไฟฟ้า และงานเดินรถ ตามผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วงและสายสีน้ำเงิน รวมทั้งผลการศึกษา ความเหมาะสมของโครงการ (Feasibility Study – FS) สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียว (สายสีเขียวไม่ได้ดำเนินการศึกษาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ) ซึ่งอยู่ บนหลักการตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๙ ที่กำหนดให้รัฐเป็น ผู้รับผิดชอบค่าลงทุนงานโยธา ส่วนการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและการเดินรถมีข้อสรุปและ ข้อเสนอแนะตามผลการศึกษาของโครงการทั้ง ๓ โครงการที่เหมือนกันคือ เสนอให้ดำเนินการใน รูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) ซึ่งเป็นรูปแบบการจ้างเอกชนลงทุน จัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า รวมถึงจ้างเอกชนเดินรถไฟฟ้า โดยรายได้ค่าโดยสาร

ทั้งหมดเป็นของรัฐและรัฐจะทยอยจ่ายคืนค่าลงทุนให้แก่เอกชนในภายหลังเมื่องานก่อสร้างแล้วเสร็จ รวมทั้งจ่ายค่าจ้างเดินรถและค่าบำรุงรักษาให้แก่เอกชนตามพื้นฐานของผลการดำเนินงานที่กำหนด (Performance Based Contract)

๒. ผลการพิจารณาของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินงานตามรูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) ดังกล่าวว่าจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ ซึ่งมีผลการพิจารณาที่ยังหาข้อยุติไม่ได้ โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

๒.๑ ความเห็นของ รฟม.

รฟม. เห็นว่ารูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและการเดินรถแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) เป็นรูปแบบที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เพราะเอกชนไม่ต้องร่วมรับผลกำไรหรือขาดทุนจากการเดินรถไฟฟ้า

๒.๒ ความเห็นของที่ประชุมของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

กระทรวงคมนาคม (สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร) ได้เชิญหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงการคลัง (สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะและสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) สำนักงานปรมาณู และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ประชุมหารือเมื่อวันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๕๑ เกี่ยวกับรูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) สำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง และสายสีน้ำเงิน ที่ประชุมมีมติให้ รฟม. ดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ โดยนำเสนอกระทรวงคมนาคม เพื่อให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

๒.๓ ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๒ กันยายน ๒๕๕๑ แจ้ง รฟม. เกี่ยวกับรูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและการเดินรถสำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวสรุปความว่า ตามที่ รฟม. เห็นว่ารูปแบบ PPP – Gross Cost ที่เสนอไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ นั้น เห็นควรให้ รฟม. พิจารณาและตรวจสอบประเด็นข้อกฎหมายอย่างรอบคอบก่อน เพื่อให้การดำเนินโครงการถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

๒.๔ มติของอนุกรรมการกฎหมายของ รฟม.

คณะอนุกรรมการกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของ รฟม. ได้ประชุมเมื่อวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๕๑ และมีมติว่าการพิจารณาเรื่องรูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและการเดินรถสำหรับโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวนั้น มีเพียงคณะกรรมการกฤษฎีกาเท่านั้นที่จะให้ข้อยุติได้ ดังนั้น รฟม. ควรส่งข้อหารือไปให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา

๒.๕ มติคณะกรรมการ รฟม.

คณะกรรมการ รฟม. ได้ประชุมเมื่อวันที่ ๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒ และมีมติว่าสำหรับประเด็นข้อสงสัยเรื่องรูปแบบการลงทุน PPP – Gross Cost ว่ามีลักษณะที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่นั้น ให้ รฟม. ส่งข้อหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามความเห็นของคณะอนุกรรมการกฎหมาย

ดังนั้น รฟม. จึงขอหารือว่า รูปแบบการลงทุนงานระบบรถไฟฟ้าและเดินรถแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) จะถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ซึ่งต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ เพื่อนำไปเป็นแนวทางปฏิบัติในการดำเนินงานโครงการรถไฟฟ้าสายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงบประมาณและสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ และสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ) ผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและสำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร) และผู้แทน รฟม. เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า รฟม. ประสงค์จะขอหารือเกี่ยวกับแนวทางการลงทุนโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) โดยรูปแบบดังกล่าวจะเป็นการดำเนินโครงการในลักษณะเดียวกับโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงินและสายสีม่วงซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ดำเนินโครงการรถไฟฟ้าทั้งสองสายดังกล่าวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่เนื่องจากยังไม่มี ความชัดเจนว่าการดำเนินโครงการในรูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) เป็นกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ เพราะที่ผ่านมาการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงินและสายสีม่วงเป็นการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เท่านั้น รฟม. จึงมีความประสงค์จะขอหารือว่า การดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ “จ้างเอกชนดำเนินงาน” (PPP – Gross Cost) จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า โครงการที่ดำเนินการในรูปแบบ PPP (Public – Private Partnership) หมายถึงโครงการที่ให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินโครงการ ซึ่งอาจมีได้หลายรูปแบบแตกต่างกันแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละโครงการ ซึ่งโครงการที่ดำเนินการในรูปแบบ PPP จะอยู่ในข่ายที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หรือไม่ จะต้องพิจารณาลักษณะการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในแต่ละโครงการเป็นรายกรณีไป โดยโครงการที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ จะต้องปรากฏว่าเป็นโครงการที่ให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการใน

กิจการของรัฐ^๑ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๓^๒ แล้ว เห็นว่า การดำเนินโครงการรถไฟฟ้าเป็นกิจการที่ รฟม. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย จึงเป็น “กิจการของรัฐ” ตามบทนิยามในมาตรา ๕^๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ เมื่อการดำเนินโครงการรถไฟฟ้าสายสีเขียวในรูปแบบ PPP – Gross Cost มีลักษณะเป็นการที่รัฐเป็นผู้ลงทุนด้านงานโยธา และให้เอกชนลงทุนจัดหาและบำรุงรักษางานระบบรถไฟฟ้า รวมถึงจ้างเอกชนเดินรถไฟฟ้า โดยรายได้ค่าโดยสารทั้งหมดเป็นของรัฐและรัฐจะทยอยจ่ายคืนค่าลงทุนให้เอกชนในภายหลังเมื่องานก่อสร้างแล้วเสร็จ รวมทั้งจ่ายค่าจ้างเดินรถและค่าบำรุงรักษาให้เอกชนตามพื้นฐานของผลการดำเนินงานที่

^๑ 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

^๒ มาตรา ๗ ให้ รฟม. เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(๑) ดำเนินกิจการรถไฟฟ้าในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งจังหวัดอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา หรือระหว่างจังหวัดดังกล่าว

(๒) ศึกษา วิเคราะห์ และจัดทำโครงการและแผนงานเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้าเพื่อปรับปรุงและพัฒนาให้ทันสมัย

(๓) ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้าและธุรกิจอื่นเพื่อประโยชน์แก่ รฟม. และประชาชนในการใช้บริการกิจการรถไฟฟ้า

มาตรา ๙ ให้ รฟม. มีอำนาจกระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๗ และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

กำหนด (Performance Based Contract) ดังนั้น เมื่อเอกชนเป็นผู้ลงทุนจัดหาระบบและบำรุงรักษาระบบรถไฟฟ้า ซึ่งเป็นสาระสำคัญของโครงการและเป็นทรัพย์สินถาวรที่มีลักษณะเป็นส่วนควบกับงานโยธาซึ่งเป็นของรัฐ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการและเอกชนได้รับค่าตอบแทน แม้จะมีการเรียกค่าตอบแทนนั้นว่าค่าจ้างก็ตาม แต่ค่าจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นการย่ำเงินค่าลงทุนให้แก่เอกชนรวมอยู่ในค่าตอบแทนด้วย จึงชัดเจนว่าไม่ใช่เป็นการจ้างเอกชนเท่านั้น หากเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าด้วย ซึ่งเป็นการ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามบทนิยามในมาตรา ๕^๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ หากโครงการรถไฟฟ้าดังกล่าวมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานฯ

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มีนาคม ๒๕๕๒

^๔ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น