

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การดำเนินโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน -
สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี

กรมทางหลวงได้มีหนังสือ ส่วนมาก ที่ คค ๐๖๐๙.๖/๖๗๒๗ ลงวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๕๙ และหนังสือ ส่วนมาก ที่ คค ๐๖๐๙.๖/๗๖๗๕ ลงวันที่ ๗ ตุลาคม ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ขอรื้อปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี สรุปความได้ว่า

๑. คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๘ อนุมัติให้กรมทางหลวง ดำเนินโครงการก่อสร้างทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา วงเงินลงทุนรวม ๘๔,๖๐๐ ล้านบาท ดำเนินโครงการก่อสร้างด้วยวิธีการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้าง วงเงินค่าก่อสร้าง ๗๗,๙๗๐ ล้านบาท และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี วงเงินลงทุนรวม ๕๕,๖๒๐ ล้านบาท ดำเนินโครงการก่อสร้างด้วยวิธีการประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้าง วงเงินค่าก่อสร้าง ๕๐,๒๐๐ ล้านบาท โดยให้กระทรวงการคลังดำเนินการระดมทุนจากแหล่งเงินทุนภายในประเทศที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการดำเนินโครงการ ส่วนค่าจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินสายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา วงเงิน ๖,๖๓๐ ล้านบาท และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี วงเงิน ๕,๔๒๐ ล้านบาท ให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงบประมาณ และต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๕๙ เห็นชอบการปรับแผนการดำเนินงานโครงการจากเดิมที่ใช้แหล่งเงินกู้ เป็นให้ใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายประจำปี

๒. คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ได้มีมติในคราวประชุม ครั้งที่ ๓/๒๕๕๘ เมื่อวันที่ ๓ เมษายน ๒๕๕๘ ให้กรมทางหลวงดำเนินการศึกษา เปรียบเทียบต้นทุนการดำเนินงานและบำรุงรักษา (Operation and Maintenance : O&M) ของโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ระหว่างกรณีกรมทางหลวงดำเนินการเองกับกรณีการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและภาครัฐเป็นสำคัญ

๓. คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๘ รับทราบมาตรการเร่งรัดโครงการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPP Fast Track) ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ เพื่อเร่งรัดการลงทุนขนาดใหญ่ให้เกิดผลเป็นรูปธรรมโดยเร็ว และต่อมาคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐได้มีมติในคราวประชุม ครั้งที่ ๖/๒๕๕๘ เมื่อวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๘ เห็นชอบให้โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี เป็นโครงการนำร่องภายใต้มาตรการ PPP Fast Track

๔. กรมทางหลวงได้ดำเนินการตามมาตรา ๒๕ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องว่าจ้างที่ปรึกษา

ส่งพร้อมหนังสือ ส่วนมาก ที่ นร ๐๔๐๗/๕๑๕ ลงวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๙ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

เพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ โดยได้ว่าจ้างมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี เป็นที่ปรึกษาโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา ส่วนทางหลวงพิเศษระหว่างเมืองสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ได้ว่าจ้างมหาวิทยาลัยนเรศวร เป็นที่ปรึกษา เพื่อดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์ความเหมาะสมแนวทางการให้เอกชนดำเนินงาน และบำรุงรักษา (O&M) ตลอดจนการจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการมีระยะเวลา การศึกษารวม ๑๕ เดือน

๕. ที่ปรึกษาทั้ง ๒ โครงการ ได้รายงานผลการศึกษาแนวทางการให้เอกชน ดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) เพื่อดำเนินการศึกษาวិเคราะห์ทางการเงิน ตลอดจนการ เปรียบเทียบในเชิงปริมาณและคุณภาพได้ ๓ รูปแบบทางเลือก ได้แก่

(๑) รูปแบบ PPP Net Cost หรือตามนิยามสากล คือ รูปแบบของ Build – Transfer – Operate (BTO) โดยให้เอกชนเป็นผู้ออกแบบและก่อสร้างงานระบบ พร้อมจัดหาเงินทุน โดยเอกชนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่ลงทุนให้แก่ภาครัฐเมื่อพร้อมเริ่มเปิดให้บริการ และจะเป็น ผู้ดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการทั้งหมด ทั้งในส่วนของงานโยธาที่รัฐเป็นผู้ลงทุนและงานระบบ ที่เอกชนเป็นผู้ลงทุน ทั้งนี้ ภาครัฐจะให้สิทธิเอกชนเป็นผู้รับและบริหารจัดการรายได้จาก ค่าธรรมเนียมผ่านทางของโครงการทั้งหมด โดยภาคเอกชนจะต้องจ่ายค่าสัมปทาน (Concession Fee) ให้แก่ภาครัฐในช่วงเวลา ๑๐ ปีแรก นับจากปีเปิดให้บริการ ภายใต้เงื่อนไขที่ภาครัฐแบ่งรับ ความเสี่ยงด้านรายได้ในลักษณะของการรับประกันรายได้ขั้นต่ำ (Minimum Revenue Guarantee) ในช่วง ๑๐ ปีแรกเช่นกัน รวมถึงมีเงื่อนไขการแบ่งรายได้ให้กับภาครัฐ (Revenue Sharing) ตลอดช่วงระยะเวลาของสัญญา

(๒) รูปแบบ PPP Gross Cost หรือตามนิยามสากล คือ รูปแบบ Design – Build – Finance – Maintenance and Operation (DBFMO) เป็นการให้เอกชนเป็นผู้ออกแบบ และก่อสร้างงานระบบพร้อมจัดหาเงินทุน โดยรัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เอกชนลงทุน ก่อสร้าง และให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการทั้งหมด ทั้งในส่วนของงานโยธาที่รัฐ เป็นผู้ลงทุนและงานระบบที่เอกชนเป็นผู้ลงทุน ทั้งนี้ ภาคเอกชนจะเป็นผู้จัดเก็บรายได้จาก ค่าธรรมเนียมผ่านทางเพื่อนำส่งรายได้ทั้งหมดให้แก่ภาครัฐ และเอกชนจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ในการดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการตลอดอายุของสัญญา โดยภาครัฐจะจ่ายค่าตอบแทนจาก การให้บริการ (Availability Payment) ให้กับเอกชน ซึ่งจะประกอบด้วยการจ่ายค่าจ้างการ ดำเนินงานและบำรุงรักษา รวมถึงการจ่ายคืนค่าลงทุนก่อสร้างงานระบบที่เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ ตามเงื่อนไขและเกณฑ์คุณภาพการให้บริการที่กำหนดไว้ (Performance – Based Specification) โดยหากภาคเอกชนไม่สามารถดำเนินการได้ตามระดับคุณภาพการให้บริการที่ตกลงไว้ ภาครัฐจะมี สิทธิในการปรับลดวงเงินค่าตอบแทนที่จะจ่ายให้กับเอกชน

(๓) รูปแบบ PPP Modified Gross Cost จะมีลักษณะทั่วไปเหมือนกับรูปแบบ PPP Gross Cost แต่จะมีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อสร้างแรงจูงใจให้เอกชนพัฒนาประสิทธิภาพ และคุณภาพการให้บริการ โดยภาคเอกชนมีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนพิเศษเพิ่มเติม หากรายได้ จากค่าธรรมเนียมผ่านทางที่เกิดขึ้นจริงสูงกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้

ทั้งนี้ แนวทางการให้เอกชนมีส่วนร่วมดำเนินงานและบำรุงรักษาทั้ง ๓ รูปแบบ ทางเลือกดังกล่าวภาครัฐโดยกรมทางหลวงจะเป็นผู้รับผิดชอบในส่วนของการจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินและ

ทดแทนทรัพย์สิน รวมถึงค่าลงทุนและการดำเนินงานก่อสร้างงานโยธา โดยใช้งบประมาณรายจ่ายประจำปีตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๕๙

๖. สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๘๒๐.๒/๔๕๔๓ ลงวันที่ ๑๘ สิงหาคม ๒๕๕๙ แจ้งกรมทางหลวงว่า ตามที่กรมทางหลวงได้นำส่งรายงานการศึกษาและวิเคราะห์โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ในส่วนของการให้เอกชนร่วมลงทุนในการดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการฯ ที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมแล้ว ให้ สคร. เพื่อพิจารณาตามมาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ต่อไป สคร. ขอให้จัดส่งข้อมูลเพิ่มเติมในประเด็นข้อกฎหมาย โดยขอทราบความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นด้านกฎหมายที่สำคัญของโครงการฯ โดยเฉพาะกรณี Gross Cost เข้าข่ายการเป็นทางหลวงสัมปทานหรือไม่ การจ่าย AP ให้กับเอกชนโดยใช้เงินจากเงินกองทุนค่าธรรมเนียมผ่านทาง ได้หรือไม่ และกรอบเวลาที่ชัดเจนในการใช้บังคับของกฎกระทรวงเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอรับสัมปทาน ทั้งนี้ ควรเร่งรัดให้มีความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวก่อนนำเสนอคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

๗. กรมทางหลวงเห็นว่า การให้เอกชนร่วมลงทุนดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) สำหรับโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ในรูปแบบ PPP Net Cost เป็นทางหลวงสัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. ๒๕๔๒ เนื่องจากเป็นกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายได้รับสิทธิในเงินค่าผ่านทางที่เอกชนจัดเก็บ ส่วนรูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในส่วนของ O&M ในรูปแบบ PPP Gross Cost และ PPP Modified Gross Cost ไม่เป็นทางหลวงสัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. ๒๕๔๒ เนื่องจากเป็นกรณีที่เอกชนไม่มีสิทธิในเงินค่าผ่านทางที่เอกชนจัดเก็บ

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว กรมทางหลวงจึงขอหารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อถือปฏิบัติให้ถูกต้องต่อไป ดังนี้

(๑) การให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนโครงการทางหลวงพิเศษทั้งสองสายดังกล่าวข้างต้น โดยวิธี Gross Cost ตามข้อ ๕ (๒) นอกจากจะต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ แล้ว จะถือว่าเป็นการให้สัมปทานและต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วยหรือไม่

(๒) กรณีที่ไม่เป็นทางหลวงสัมปทาน แนวทางปฏิบัติในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ทั้งสองโครงการ กรมทางหลวงจะดำเนินการเสนอขออนอกกฎกระทรวงตามความในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้นายยนต์บนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. ๒๕๔๗ กำหนดให้ทางหลวงพิเศษสาย บางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี เป็นทางที่ต้องเสียค่าธรรมเนียม และจะดำเนินการมอบหมายให้พนักงานของเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกทำหน้าที่เก็บค่าธรรมเนียมและนำส่งกรมทางหลวงเพื่อส่งเข้าบัญชีทุนหมุนเวียนตามระเบียบ และมอบหมายให้เอกชนผู้ได้รับคัดเลือกทำหน้าที่บำรุงรักษาทางและระบบเก็บค่าธรรมเนียม โดยตามเงื่อนไขในการร่วมลงทุนกรมทางหลวงจะต้องจ่ายค่า AP (Availability Payment) ซึ่งเป็นค่าตอบแทนให้กับเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกสำหรับเป็นค่าลงทุนก่อสร้างงานระบบ (เช่น งานระบบเก็บค่าธรรมเนียม)

ที่เอกชนเป็นฝ่ายรับผิดชอบจัดหาทุนมาใช้ในการก่อสร้างงานระบบไปก่อน ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน (การบริหารจัดการ การจัดเก็บค่าธรรมเนียม และนำเงินค่าธรรมเนียมทั้งหมดที่จัดเก็บได้ให้กรมทางหลวง) และบำรุงรักษาโครงการ (ซึ่งได้แก่ส่วนที่เป็นถนนที่กรมทางหลวงทำการก่อสร้างด้วยเงินงบประมาณ และงานระบบที่เอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้ก่อสร้าง) โดยมีการกำหนดเงื่อนไขและเกณฑ์คุณภาพการให้บริการของเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกไว้ (Performance – Based Specification) กรณีเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกไม่สามารถดำเนินการได้ตามระดับเกณฑ์คุณภาพการให้บริการดังกล่าว กรมทางหลวงหน่วยงานเจ้าของโครงการมีสิทธิปรับลดค่าตอบแทนที่ตกลงจะจ่ายให้ กรมทางหลวงขอหาหรือว่าการนำเงินค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บได้มาจ่ายเป็นค่า AP ถือว่าเป็นการนำเงินค่าธรรมเนียมไปใช้ตามขอบเขตที่มาตรา ๖ บัญญัติไว้หรือไม่

(๓) กรณีการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนด้วยวิธี PPP Gross Cost ถือเป็นการให้สัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. ๒๕๔๒ กรมทางหลวงขอเรียนหาหรือว่า หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะใช้อำนาจตามมาตรา ๑๖ (๑) แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ สั่งเปลี่ยนแปลงประเภททางหลวงทั้งสองสายดังกล่าว จากทางหลวงพิเศษเป็นทางหลวงสัมปทานได้หรือไม่ จะขัดต่อวัตถุประสงค์การเวนคืนหรือไม่ หากขัดวัตถุประสงค์หรือติดขัดในข้อกฎหมาย จะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไรจึงจะสามารถดำเนินโครงการด้วยวิธี PPP Gross Cost ให้ถูกต้องตามกฎหมาย

(๔) การดำเนินโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมืองสายอื่น ๆ ของกรมทางหลวงในระยะต่อไป รัฐบาลมีนโยบายให้ลงทุนโดยวิธีให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน แต่การเวนคืนที่ดินเพื่อดำเนินโครงการและการศึกษาวิเคราะห์รูปแบบการลงทุนที่เหมาะสมในแต่ละโครงการจำเป็นต้องดำเนินการควบคู่กันไป ด้วยเหตุนี้ ในขั้นตอนการออกพระราชกฤษฎีกาเวนคืน จึงยังไม่สามารถกำหนดได้แน่นอนว่าเป็นทางหลวงสัมปทานหรือทางหลวงพิเศษ กรมทางหลวงขอเรียนหาหรือว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนสามารถดำเนินการให้มีลักษณะเป็นการทั่วไป โดยพระราชกฤษฎีกาฯ ที่ตราขึ้นไม่ระบุประเภททางหลวงที่จะก่อสร้างได้หรือไม่ หากไม่สามารถดำเนินการได้ กรมทางหลวงจะดำเนินการเวนคืนอย่างไรจึงจะชอบด้วยกฎหมาย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหาหรือของกรมทางหลวงโดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) และผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและกรมทางหลวง) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้วปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า การดำเนินโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน – สระบุรี – นครราชสีมา และสายบางใหญ่ – กาญจนบุรี นั้น เดิมคณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้กรมทางหลวงดำเนินโครงการทั้งในส่วนของการก่อสร้างและบำรุงรักษาโดยใช้เงินลงทุนจากเงินกู้หรือเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปี แต่ต่อมาได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินโครงการ โดยให้กรมทางหลวงดำเนินงานในส่วนของการก่อสร้าง และจะให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในส่วนของการดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการ (Operation and Maintenance : O&M) ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ กรมทางหลวงจึงได้เสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการในการดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน – สระบุรี – นครราชสีมา และสายบางใหญ่ – กาญจนบุรี ต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชน

ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฯ ซึ่งคณะกรรมการนโยบายฯ มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่อาจพิจารณาเป็นที่ยุติได้ว่า กรมทางหลวงมีอำนาจในการให้เอกชนร่วมลงทุนในส่วนของการดำเนินงานและบำรุงรักษาโครงการ (O&M) สำหรับทางหลวงพิเศษได้หรือไม่ จึงให้กรมทางหลวงหารือประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า กรณีมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กรมทางหลวงมีอำนาจให้เอกชนร่วมลงทุนในส่วนของการดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) โครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ได้หรือไม่

ประเด็นที่สอง กรมทางหลวงจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้นายถนนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. ๒๔๙๗ ออกกฎกระทรวงกำหนดให้ทางหลวงพิเศษสายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี เป็นทางที่ต้องเสียค่าธรรมเนียม และนำเงินค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บได้มาจ่ายเป็นค่า AP (Availability Payment) เพื่อเป็นค่าตอบแทนให้กับเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือก ได้หรือไม่

ประเด็นที่สาม กรณีที่ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงพิเศษหมายเลข ๖ สายบางปะอิน - นครราชสีมา พ.ศ. ๒๕๕๖ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงพิเศษหมายเลข ๘๑ สายบางใหญ่ - กาญจนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๖ แล้ว หากต้องมีการเปลี่ยนประเภททางหลวงจากทางหลวงพิเศษเป็นทางหลวงสัมปทาน กรมทางหลวงต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแล้ว มีความเห็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า โครงการที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฯ จะต้องเป็นโครงการที่ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฯ กล่าวคือต้องเป็นการร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ในกิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“กิจการของรัฐ” หมายความว่า กิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) กิจการที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกันมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย

(๒) กิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน

“ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

มีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย หรือกิจการที่จะต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหน่วยใดหน่วยหนึ่งหรือหลายหน่วยรวมกัน และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวง^๒ ซึ่งเมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของกรมทางหลวงตามกฎหมายแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๘^๓ ได้กำหนดให้กรมทางหลวงมีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศและเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทาง และพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้กรมทางหลวงมีอำนาจดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน โดยในส่วนของทางหลวงพิเศษนั้น มาตรา ๗^๔ แห่งพระราชบัญญัติทางหลวงฯ บัญญัติให้กรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะ และบำรุงรักษาทางหลวง จึงถือได้ว่าการก่อสร้าง ขยาย บูรณะ และบำรุงรักษาทางหลวงพิเศษเป็นกิจการที่กรมทางหลวงมีอำนาจหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าว กรมทางหลวงอาจดำเนินการเองหรืออาจมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทนก็ได้ โดยต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดกระบวนการสำหรับรูปแบบการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ ดังนั้น กรมทางหลวงจึงอาจมอบหมายโดยให้เอกชนร่วมลงทุนในส่วนของการดำเนินงานและบำรุงรักษา (O&M) กรณีโครงการทางหลวงพิเศษระหว่างเมือง สายบางปะอิน - สระบุรี - นครราชสีมา และสายบางใหญ่ - กาญจนบุรี ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๕๖ ได้

^๒ มาตรา ๒๓ โครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

^๓ ข้อ ๒ ให้กรมทางหลวง มีภารกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านทางหลวง การก่อสร้างและบำรุงรักษาทางหลวงให้มีโครงข่ายทางหลวงที่สมบูรณ์ครอบคลุมทั่วทั้งประเทศและเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวก รวดเร็ว และปลอดภัยในการเดินทาง โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

(๒) วิจัยและพัฒนางานก่อสร้าง บูรณะและบำรุงรักษาทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน

(๓) ร่วมมือและประสานงานด้านงานทางกับองค์กรและหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ

(๔) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมหรือตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

^๔ มาตรา ๗ ทางหลวงพิเศษ คือ ทางหลวงที่จัดหรือทำไว้เพื่อให้การจราจรผ่านได้ตลอดรวดเร็วเป็นพิเศษ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและได้ลงทะเบียนไว้เป็นทางหลวงพิเศษโดยกรมทางหลวงเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ขยาย บูรณะ และบำรุงรักษา รวมทั้งควบคุมให้มีการเข้าออกได้เฉพาะโดยทางเสริมที่เป็นส่วนหนึ่งของทางหลวงพิเศษตามที่กรมทางหลวงจัดทำขึ้นไว้เท่านั้น

ประเด็นที่สอง เห็นว่า ตามมาตรา ๖^๕ แห่งพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้นายนตรบนทางหลวงและสะพาน พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้นายนตรบนทางหลวงและสะพาน (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้กำหนดให้เงินค่าธรรมเนียมการใช้นายนตรบนทางหลวงและสะพานที่เก็บได้ และเงินค่าปรับเนื่องจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ นำไปใช้ได้กับทางหลวงและสะพานที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมและเฉพาะกรณี (๑) ในการก่อสร้าง ขยาย บูรณะ และบำรุงรักษาทางหลวงและสะพาน (๒) การจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ทางหลวงและสะพาน (๓) งานส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บค่าธรรมเนียม และ (๔) การชดใช้เงินกู้ในการก่อสร้างและขยายทางหลวงและสะพาน ดังนั้น เงินค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บได้จึงต้องนำไปใช้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น คือนำไปใช้กับทางหลวงและสะพานที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมและเฉพาะทั้งสี่กรณีดังกล่าวเท่านั้น การที่จะนำเงินค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บได้ไปใช้เพื่อจ่ายเป็นค่า AP (Availability Payment) ซึ่งเป็นค่าตอบแทนให้กับเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้ดำเนินการและบำรุงรักษาทางหลวงพิเศษนั้น กรมทางหลวงจึงต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาระหว่างกรมทางหลวงกับเอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกกว่าค่า AP (Availability Payment) อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่มาตรา ๖ ดังกล่าวกำหนดให้ใช้ได้หรือไม่

ประเด็นที่สาม เห็นว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงพิเศษหมายเลข ๖ สายบางปะอิน - นครราชสีมา พ.ศ. ๒๕๕๖ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงพิเศษหมายเลข ๘๑ สายบางใหญ่ - กาญจนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๖ มีขึ้นเนื่องจากได้มีมติคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้กรมทางหลวงดำเนินการทางหลวงทั้งสองสายเป็นทางหลวงพิเศษ และเพื่อประโยชน์ในการเวนคืนกำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงพิเศษทั้งสองสาย หากในเวลาต่อมาภายหลังจะต้องมีการเปลี่ยนประเภททางหลวงจากทางหลวงพิเศษเป็นทางหลวงสัมปทาน ก็สามารถดำเนินการได้ตามที่มาตรา ๑๖^๖ แห่งพระราชบัญญัติทางหลวงฯ บัญญัติไว้ กรณีตามข้อหาหรือ

^๕มาตรา ๖ เงินค่าธรรมเนียมการใช้นายนตรบนทางหลวงและสะพานที่เก็บได้ และเงินค่าปรับเนื่องจากการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ จะนำไปใช้ได้เฉพาะกับทางหลวงและสะพานที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในกรณีดังต่อไปนี้

- (๑) ในการก่อสร้าง ขยาย บูรณะ และบำรุงรักษาทางหลวงและสะพาน
- (๒) การจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ทางหลวงและสะพาน
- (๓) งานส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บค่าธรรมเนียม
- (๔) การชดใช้เงินกู้ในการก่อสร้างและขยายทางหลวงและสะพาน

มาตรา ๑๖ ให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเปลี่ยนประเภททางหลวงดังต่อไปนี้

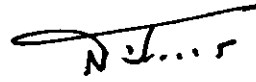
(๑) ทางหลวงที่อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเดียวกัน ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นเป็นผู้มีอำนาจสั่งเปลี่ยน

(๒) ทางหลวงที่อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงหนึ่ง ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รับการเปลี่ยนประเภททางหลวงเป็นผู้มีอำนาจสั่งเปลี่ยน

เมื่อได้เปลี่ยนประเภททางหลวงตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้แก้ไขทะเบียนให้ถูกต้อง

การสั่งเปลี่ยนทางหลวงประเภทอื่นเป็นทางหลวงพิเศษหรือการสั่งเปลี่ยนทางหลวงพิเศษเป็นทางหลวงประเภทอื่น ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจึงเป็นเป็นผู้มีอำนาจสั่งเปลี่ยนประเภททางหลวงพิเศษตาม
บทบัญญัติดังกล่าว



(นายดิศทัต โตตระกิตย์)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๙