

บทที่ 4

ปัญหาทางกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ในโครงการของรัฐ¹ โดยสาระสำคัญของกฎหมายได้กำหนดให้การดำเนินโครงการของรัฐที่เปิดให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน ถ้าหากมีมูลค่าของโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป จะต้องปฏิบัติตามแนวทางที่กฎหมายฉบับนี้ กำหนดไว้ ซึ่งจะต้องมีคณะกรรมการพิจารณาการร่วมลงทุนเป็นผู้พิจารณาแนวทางการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจจากหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือกระทรวงต้นสังกัดเพียง หน่วยงานเดียว² อันอาจถูกอิทธิพลของนักการเมืองที่มุ่งหวังผลประโยชน์ในโครงการเหล่านั้นเข้ามา ครอบงำได้ แต่ปัญหาอันเกิดจากกฎหมายฉบับนี้กลับเป็นอุปสรรคต่อการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจที่รัฐบาลมีขีดจำกัดในการลงทุน จำเป็นต้องอาศัยแหล่งเงินทุนจากภาคเอกชนเป็นหลักในการเข้ามาลงทุน ดังนั้น ในบทนี้จะทำการ วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2535 รวมถึงจะศึกษาตัวอย่างโครงการของรัฐที่ต้องประสบปัญหาจากพระราชบัญญัติ ฉบับนี้

4.1 ปัญหาทางกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ ดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เปรียบเสมือนปราการเหล็กที่ป้องกันกลุ่มทุนทางการเมือง หรือนักการเมืองที่หวังจะเข้ามาแสวงหา ผลประโยชน์บนโครงการของรัฐ³ แต่จากการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้กลับเป็นอุปสรรคต่อการให้

¹ ชูชาติ สว่างสาละ. (2544). พ.ร.บ. ร่วมทุน 2535 หมายออกกอบภิมาโครงการ. กรุงเทพฯ: มุมใหม่, หน้า 325.

² วสุ ศรียาภิช. (29 ธันวาคม 2546). ข้อสงสัย แก้อไข พ.ร.บ. ร่วมทุน. เข้าถึงได้จาก: <http://www.nidambell.net/ekonomiz/2003q4/article2003dec29p6.htm>.

³ ชูชาติ สว่างสาละ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 1. หน้า 326.

เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ฉะนั้น ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากพระราชบัญญัติฉบับนี้

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน

กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้กระทรวงเจ้าสังกัดเมื่อได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการจากหน่วยงานเจ้าของโครงการแล้ว ต้องพิจารณาเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการนั้นต่อส่วนราชการ ดังนี้

- หากเป็นโครงการใหม่ ให้เสนอต่อ สศช. พิจารณา
- หากเป็นโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว ให้เสนอต่อกระทรวงการคลังพิจารณา

การแยกพิจารณาเป็น โครงการใหม่กับ โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้วดังกล่าวข้างต้นนั้น มีแนวคิดมาจากการที่ สศช. เป็นผู้ดูแลลงทุนของรัฐจึงควรพิจารณาโครงการใหม่ แต่ในส่วนของกระทรวงการคลังอยู่ในฐานะผู้ดูแลทรัพย์สินของแผ่นดินจึงควรพิจารณาโครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว

โดยกรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้ให้ความหมายของคำว่า “โครงการใหม่” และ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องหารือต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เสมอเป็นผลให้โครงการที่จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการเพื่อการพัฒนาประเทศเกิดความล่าช้า ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทยได้หารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ทำการก่อสร้างลงบนที่ดินการรถไฟแห่งประเทศไทยตามสัญญาสัมปทาน โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร ซึ่งได้มีการบอกเลิกสัญญาสัมปทานแล้ว หากจะใช้สิ่งปลูกสร้างเหล่านั้นเพื่อดำเนินโครงการต่อไปจะถือว่าเป็น “โครงการใหม่” หรือ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” โดยในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้มีความเห็นเกี่ยวกับคำว่า “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ตามมาตรา 8 (2) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หมายความว่าถึง โครงการซึ่งมีทรัพย์สินที่มีรายได้อยู่แล้ว หรือมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาจัดหาได้เลย ฉะนั้น แนวทางการดำเนินโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานครต่อไปโดยการนำทรัพย์สินที่เป็นงานโครงสร้างโยธาพื้นฐาน อันได้แก่ ตอม่อและ

⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535. มาตรา 8.

⁵ สุภา ปิยะจิตตะ. (2551). *การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อสนับสนุนการพัฒนาประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็วและโปร่งใส*. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, หน้า 12.

เสาเข็ม ซึ่งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้ก่อสร้างไว้เดิมมาเป็นส่วนหนึ่งของโครงการที่จะดำเนินการต่อไปนั้น เมื่อตอม่อและเสาเข็มดังกล่าวหาได้เป็นทรัพย์สินที่มีสภาพตามลักษณะที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงถือได้ว่าโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานครที่จะดำเนินการต่อไปเป็นโครงการใหม่ ตามมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535⁶

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องที่เกี่ยวกับแนวทางการพิจารณาว่าโครงการใดเป็น “โครงการใหม่” หรือ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ดังนี้

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 471/2537 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการก่อสร้างโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (ธนายง) โดยสรุปได้ว่า⁷

การปรับระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครเพื่อให้ดำเนินการไปได้ตามวัตถุประสงค์ของโครงการ โดยจะต้องมีการขยายเส้นทางออกไปบางส่วนนั้น ยังคงอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่เนื่องจากโครงการดังกล่าวคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้กระทำก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้โครงการใดที่ได้กระทำไปแล้วก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้เป็นอันใช้ได้ จึงไม่จำเป็นต้องทำโครงการนั้นใหม่ทั้งโครงการเพื่อเสนอขออนุมัติคณะรัฐมนตรีอีก อย่างไรก็ตาม ในส่วนการขยายเส้นทางดังกล่าวอยู่ภายในขอบเขตของโครงการที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมทั้งเป็นเรื่องซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ว่าเมื่อมีความจำเป็นและเหมาะสมเพื่อความสะดวกของผู้โดยสารสามารถตกลงกันเพื่อกำหนดเส้นทางของระบบเสียใหม่ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบขนส่งมวลชนดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงมิใช่เป็นโครงการใหม่ซึ่งจะต้องนำไปเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและดำเนินการตามขั้นตอนตามหมวด 2 และหมวด 3 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่อย่างใด

เมื่อการดำเนินการในโครงการเดิมได้ผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีให้ดำเนินการแล้ว การดำเนินการตามสัญญาเดิมจึงไม่อยู่ในบังคับจะต้องจัดทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา

⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร เลขเสร็จที่ 481/2544.

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การก่อสร้างโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (ธนายง) เรื่องเสร็จที่ 471/2537*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2537&lawPath=c2_0471_2537.

47 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 แต่การปรับเปลี่ยนโดยการเพิ่มเส้นทางในภายหลังนี้เป็นเรื่องใหม่ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาเดิม การดำเนินการต่าง ๆ ดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องจัดทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 อนึ่ง ปัญหาในส่วนของ การปรับความจุของระบบเป็นเรื่องของสัญญาเดิมอันไม่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

สำหรับการทดสอบเพื่อก่อสร้าง โครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร ดังกล่าวเป็นขั้นตอนการดำเนินการสำหรับการก่อสร้างและเป็นการปฏิบัติตามสัญญาเดิม ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้กำหนดให้มีการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น เป็นการกำหนดให้จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมในขั้นตอนก่อนที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติหรือก่อนได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย แต่สำหรับกรณีนี้เป็นการดำเนินการตามโครงการที่ได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว จึงไม่ต้องทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 47 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 625/2537 ซึ่งเป็นเรื่องหารือเกี่ยวกับโครงการขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติม พ.ศ. 2537-2539 โดยสรุปได้ว่า⁸

เดิมองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ทศท.”) ได้ทำสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์จำนวน 2 ล้านเลขหมาย กับ บริษัท ซี.พี. เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด ซึ่งในปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัทเทเลคอมเอเชียคอร์ปอเรชั่น จำกัด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท TA”) รวมทั้งได้ทำสัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนขยายบริการโทรศัพท์จำนวน 1 ล้านเลขหมาย กับบริษัทไทยเทเลโฟนแอนด์เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บริษัท TT&T”) ซึ่งโครงการเดิมทั้งสองโครงการดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตของเนื้องานไว้อย่างชัดเจน และข้อความในสัญญาร่วมการทำงานของโครงการดังกล่าวทั้งสองฉบับมีลักษณะที่ต้องการจะคุ้มครองมิให้มีการดำเนินงานที่เป็นการแข่งขันกับบริษัททั้งสองนั้น รวมทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้มีการขยายขอบเขตของเนื้องานเพิ่มขึ้นอีก ดังนั้น เมื่อ ทศท. ได้จัดทำโครงการ

⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง โครงการขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติม พ.ศ. 2537-2539 เรื่องเสร็จที่ 625/2537*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2537&lawPath=c2_0625_2537.

ขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2537-2539 โดยมีการเข้าร่วมทุนกับบริษัท TA และ บริษัท TT&T เพื่อขยายขอบข่ายการให้บริการโทรศัพท์อีกจำนวน 1.1 ล้านเลขหมาย ซึ่งมีวงเงินประมาณห้าหมื่นล้านบาท จึงต้องถือเป็นโครงการใหม่ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องกับโครงการเดิม และในเมื่อการดำเนินโครงการนี้มีวงเงินเกินหนึ่งพันล้านบาท จึงถือเป็นโครงการที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

(3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 324/2544 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีการรวมโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุ โดยสรุปได้ว่า⁹

การจัดหาประโยชน์โดยการจัดให้เอกชนเช่าที่ราชพัสดุเป็นกิจการที่ใช้ทรัพย์สินของส่วนราชการตามความหมายนิยาม “กิจการของรัฐ” ทั้งนี้ไม่ว่าการจัดให้เช่านั้นจะมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะก่อสร้างอาคารในที่ราชพัสดุที่เช่าเพื่อยกกรรมสิทธิ์ให้แก่กระทรวงการคลังหรือไม่ก็ตาม การที่มูลค่าการลงทุนมีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การดำเนินการจึงต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายฉบับนี้ แต่ในส่วนการดำเนินการโครงการพัฒนาจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุแปลงหมายเลขทะเบียน ที่ ปช. 242 เป็นการดำเนินโครงการหลังจากที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้ว จึงไม่ใช่โครงการที่ได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 25 ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล จึงไม่สามารถอนุโลมมาใช้เพื่อให้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ได้

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการคิดคำนวณมูลค่าการลงทุนของโครงการ

มูลค่าการลงทุนได้กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบังคับว่าโครงการใดจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้คำว่า “โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตาม

⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีการรวมโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุ เรื่องเสร็จที่ 324/2544*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2544&lawPath=c2_0324_2544.

วงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกา นอกจากนั้น ในกฎหมายฉบับนี้ยังได้กล่าวถึงมูลค่าของวงเงินหรือทรัพย์สินไว้ในมาตรา 7 มาตรา 11 และมาตรา 17

กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการคิดคำนวณมูลค่าของโครงการ รวมทั้งไม่ได้มีการออกกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ในขณะที่โครงการที่เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐมีลักษณะการดำเนินกิจการที่หลากหลาย จึงมีประเด็นข้อถกเถียงมากกว่าจะใช้หลักเกณฑ์และวิธีการคิดคำนวณอย่างไร โดยเฉพาะในโครงการที่เป็นการให้สัมปทานหรือให้สิทธิในการใช้ประโยชน์แก่เอกชน โดยการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่รัฐ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในส่วนของ การคิดมูลค่าโครงการว่าจะนับรวมคำนวณตั้งแต่การลงทุนในช่วงเวลาใดหรือคิดคำนวณตลอดเวลาทั้งหมดของโครงการ ดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในกรณีของการต่ออายุสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทย กับ Eastern & Oriental Express Limited (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “E & O”)

จากประเด็นปัญหาในเรื่องการคิดคำนวณมูลค่าโครงการดังกล่าวข้างต้นทำให้ต้องมีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งแนวคำวินิจฉัยส่วนใหญ่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นเพียงการวางหลักกฎหมาย แต่ก็มิได้พิจารณาว่าจำนวนมูลค่าที่คิดคำนวณขึ้นในแต่ละโครงการนั้นเป็นจำนวนที่ถูกต้องและเหมาะสมหรือไม่ โดยสรุปตัวอย่างแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เช่น

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 47/2541 ซึ่งเป็นเรื่องหารือเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโทรศัพท์สาธารณะ โดยสรุปได้ว่า¹⁰

การลงทุนในกิจการของรัฐตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปอันจะอยู่ในความหมายของคำว่า “โครงการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะต้องพิจารณาโครงการนั้น โดยคำนึงถึงมูลค่าของโครงการทั้งหมด ฉะนั้น เมื่อโครงการขยายบริการโทรศัพท์สาธารณะเป็นโครงการที่มีมูลค่ารวมเป็นจำนวน 6,000 - 8,000 ล้านบาท แม้ว่าจะมีการแยกสัญญาออกเป็นหลายฉบับ โดยแต่ละฉบับจะให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน มีวงเงินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาทก็ตาม แต่โครงการดังกล่าวก็อยู่ในความหมายการลงทุนในกิจการของรัฐตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปตามความหมายของโครงการตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม โดยที่มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการโทรศัพท์สาธารณะ เรื่องเสร็จที่ 47/2541*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2541&lawPath=c2_0047_2541.

ในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อวางหลักเกณฑ์การกำกับดูแลและติดตามผลในการดำเนินการในกิจการที่มีการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามสัญญาที่ได้มีการลงนามกันไว้ เมื่อปรากฏว่าในการดำเนินโครงการดังกล่าวได้ให้เอกชนหลายรายเข้าร่วมงานและมีการแบ่งทำสัญญากับเอกชนเป็นราย ๆ ไป ดังนั้น หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงสามารถตั้งคณะกรรมการประสานงานเพื่อติดตามการดำเนินงานของเอกชนตามแต่ละสัญญาได้โดยไม่เป็นการขัดแย้งกับมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 785/2541 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับข้อกฎหมายในการให้เอกชนร่วมดำเนินการให้บริการขนส่งกับการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยสรุปได้ว่า¹¹

การจัดบริการขนส่งทางรถไฟเป็นกิจการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทย และเป็นกิจการที่ต้องใช้รางรถไฟและทรัพย์สินอย่างอื่นอันเป็นทรัพย์สินของรัฐในการดำเนินการ จึงเป็นกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เมื่อเอกชนเป็นผู้ลงทุนรับภาระค่าใช้จ่าย ตลอดจนรับผิดชอบในผลกำไรขาดทุนเอง รวมทั้งต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้ทางและค่าตอบแทนอื่น ๆ ให้กับการรถไฟแห่งประเทศไทย จึงถือว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ฉะนั้น หากการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปย่อมจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับการคิดวงเงินทุนของโครงการว่าควรคิดจากมูลค่าของของรถจักร รถพ่วง หรือรถโดยสาร ฯลฯ ที่เอกชนลงทุนรวมกับค่าตอบแทนการใช้ทางและค่าตอบแทนอื่น ๆ ที่การรถไฟแห่งประเทศไทยได้รับจากเอกชนด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้เห็นว่าเมื่อเป็นการร่วมงานในลักษณะที่ต้องมีการใช้ทรัพย์สินของรัฐ การคิดวงเงินจึงต้องคิดทั้งจากในส่วนของเอกชนร่วมกับมูลค่าของทรัพย์สินของรัฐที่เอกชนใช้ในโครงการด้วย

(3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 786/2541 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการให้เอกชนเช่า ลงทุน บริหารและประกอบการทำงานเรือ A.3 ในท่าเรือแหลมฉบังของการท่าเรือแห่งประเทศไทย โดยสรุปได้ว่า

โครงการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการประสงค์จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ และอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ.

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง ขอรื้อข้อกฎหมายในการให้เอกชนร่วมดำเนินการให้บริการขนส่งกับการรถไฟแห่งประเทศไทย เรื่องเสร็จที่ 785/2541*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2541&lawPath=c2_0785_2541.

2535 จะต้องมีการลงทุนในกิจการของรัฐที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ในการพิจารณาโครงการดังกล่าวให้พิจารณาจากมูลค่าของโครงการทั้งหมดและการลงทุนจริงในโครงการซึ่งจะทำให้โครงการนั้นบรรลุผล ฉะนั้น การพิจารณามูลค่าโครงการจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า การทำเรือแห่งประเทศไทยจะเลือกโครงการตามที่ได้กำหนดไว้ตามแผนงานเดิม (การก่อสร้างและบริหารท่าเรือ 1 ท่า) หรือตามแผนงานที่บริษัท เอเชีย แปซิฟิก โปแตช คอร์ปอเรชั่น จำกัด ได้เสนอมา (การก่อสร้างและบริหารท่าเรือ 2 ท่า) โดยถ้าหากการทำเรือแห่งประเทศไทยประสงค์จะให้เอกชน ดำเนินการก่อสร้างเป็น 2 ท่าตามแผนงานที่บริษัทได้เสนอมานั้น ซึ่งแผนการลงทุนดังกล่าวมีวงเงิน ตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

(4) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 239/2542 ซึ่งเป็นเรื่องหารือเกี่ยวกับการจัดหาประโยชน์ในที่ดินราชพัสดุ (กรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณกรมปศุสัตว์) โดยสรุปได้ว่า¹²

การจัดหาประโยชน์ในที่ดินราชพัสดุโดยการจัดให้เช่าเป็น “กิจการของรัฐ” ตามบทนิยามในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากกรมธนารักษ์มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการดังกล่าวตามพระราชบัญญัติที่ดินราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ซึ่งหากโครงการจัดหาประโยชน์ตามโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณที่ตั้งกรมปศุสัตว์มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ย่อมอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทั้งนี้ ในการพัฒนาจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุโดยวิธีเปิดประมูลหาผู้ลงทุนในทุกกรณี แม้ว่ามูลค่าที่ราชพัสดุซึ่งนำมาพัฒนาหรือมูลค่าที่ราชพัสดুরวมค่าเช่า ค่าธรรมเนียมที่คำนวณได้ตามกฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาทเมื่อเริ่มต้นโครงการ แต่เนื่องจากการพิจารณาวงเงินหรือมูลค่าโครงการนั้นจะต้องพิจารณาถึงวงเงินหรือมูลค่าการลงทุนทั้งหมดทั้งในส่วนของรัฐและเอกชน อีกทั้งต้องพิจารณาตลอดทั้งโครงการมิใช่เพียงระยะใดระยะหนึ่งตามนัยความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย (เรื่องเสร็จที่ 47/2541 และเรื่องเสร็จที่ 786/2541) โดยเมื่อมูลค่าการลงทุนพัฒนาที่ราชพัสดุในส่วนของรัฐและเอกชนในกรณีนี้รวมกันมีมูลค่าการลงทุนทั้งโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปจึงย่อมจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

¹² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การจัดหาประโยชน์ในที่ดินราชพัสดุ (กรณีโครงการพัฒนาที่ราชพัสดุบริเวณกรมปศุสัตว์) เรื่องเสร็จที่ 239/2542*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2542&lawPath=c2_0239_2542.

4.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลโครงการ

กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 เพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญา รวมถึงรายงานผลการดำเนินงาน ความคืบหน้า ปัญหา และแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด ทั้งนี้ตามมาตรา 23 นอกจากนั้น ยังได้บัญญัติให้ผู้แทนกระทรวงการคลังในคณะกรรมการประสานงานตามมาตรา 22 ทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อผูกพันของสัญญาที่ลงนามไปแล้วนั้น

ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่ามีเฉพาะแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการ และฝ่ายเอกชนที่เข้าร่วมงานหรือดำเนินการเท่านั้นที่ทราบเรื่องราวทั้งหมดของโครงการ เพราะฉะนั้น เมื่อไม่มีหน่วยงานกลางซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในโครงการเข้ามากำกับดูแลโครงการตั้งแต่เริ่ม โครงการจนจบโครงการแล้วจึงทำให้การกำกับดูแลไม่อาจเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยในความเป็นจริงเมื่อเกิดปัญหาขึ้นแล้วจึงค่อยมาพิจารณาแก้ไขปัญหาในภายหลัง ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐและเอกชนได้ ทั้งนี้ดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในกรณีของโครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับไฮโปเวลล์ เป็นต้น นอกจากนี้ ก็ยังไม่ปรากฏว่าได้เคยมีการประเมินบทบาทของผู้แทนกระทรวงการคลังในการกำกับดูแลและติดตามตามที่กฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ว่ามีประสิทธิภาพหรือไม่เพียงใด

4.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือการดำเนินการ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเริ่มจากการเสนอโครงการซึ่งเป็นขั้นตอนที่จะพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวมีความเป็นไปได้และเหมาะสมที่จะให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการหรือไม่ แล้วจึงเข้าสู่ขั้นตอนการดำเนินการ โครงการซึ่งจะมีการจัดตั้งคณะกรรมการกลางจากหลาย ๆ หน่วยงานเพื่อทำหน้าที่ดูแลขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือกภาคเอกชนที่จะเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ และหลังจากที่มีการลงนามในสัญญากับเอกชนแล้วก็จะถึงขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล โดยในส่วนของมาตรา 25 ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลยังได้บัญญัติให้โครงการใดซึ่งได้กระทำไปแล้วในขั้นตอนใดก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับให้เป็นอันใช้ได้ แต่การดำเนินการในขั้นตอนต่อ ๆ ไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

แต่เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้บัญญัติถึงวิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือการดำเนินการว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร รวมถึงมิได้บัญญัติว่าใครจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งจะต้องหาหรือถึงแนวปฏิบัติในแต่ละกรณีต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นผลให้เกิดความล่าช้า และบางครั้งแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันกลับมีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ดังเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในกรณีของการก่อสร้างส่วนต่อขยายโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ หรือการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาในโครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิต เป็นต้น

โดยอาจสรุปถึงแนวการวินิจฉัยและตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือการดำเนินการได้ ดังนี้

- ในกรณีที่ เป็นโครงการที่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นโครงการที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ หากต่อมาภายหลังมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดการดำเนินโครงการหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ก็เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการประสานงานมาตรา 22 ที่จะพิจารณา

- ในกรณีที่อายุสัญญาการดำเนินโครงการสิ้นสุดลงแล้ว แต่ข้อกำหนดในสัญญาให้เอกชนคู่สัญญามีสิทธิขอต่ออายุสัญญาได้ การพิจารณาต่ออายุสัญญานั้นก็ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการมาตรา 13 ให้เป็นผู้มีหน้าที่พิจารณา เพราะเป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาเจรจาต่อรองกับเอกชนเรื่องผลประโยชน์ของรัฐใหม่ หรือพิจารณาให้ความเห็นชอบเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องมีในสัญญาสำหรับอายุสัญญาที่มีการต่อออกไป

ตัวอย่างแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งวินิจฉัยในเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่ได้ลงนามไปแล้วมีดังนี้

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 713/2536 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการขยายการลงทุนในโครงการเดินรถไม่โครบัสขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ โดยสรุปได้ว่า¹³

การแก้ไขสัญญาในเรื่องเส้นทางการเดินรถมิใช่การแก้ไขในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา ประกอบกับแต่ละเส้นทางตามสัญญาที่แก้ไขนั้นมีลักษณะที่สามารถดำเนินกิจการแยกต่างหากจากกันได้ ดังนั้น เมื่อแต่ละเส้นทางมีวงเงินลงทุนไม่เกิน 1,000 ล้านบาท กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การขยายการลงทุนในโครงการเดินรถไม่โครบัสขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ เรื่องเสร็จที่ 713/2536*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2536&lawPath=c2_0713_2536.

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 471/2537 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการก่อสร้างโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร (ชานายง) โดยสรุปได้ว่า¹⁴

การปรับขยายเส้นทางดังกล่าวมิใช่การแก้ไขในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา หากแต่เป็นความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้ กรณีจึงไม่ต้องเริ่มดำเนินการในส่วน of สัญญาที่มีการแก้ไขดังกล่าวตั้งแต่การเสนอโครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ใหม่

(3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 488/2537 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการดำเนินโครงการเชื่อมต่อทางสัมปทาน สายดินแดง - คอนเมือง โดยสรุปได้ว่า¹⁵

การต่อขยายเส้นทางสัมปทาน สายดินแดง - คอนเมือง ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญา โดยมีได้มีสาเหตุเนื่องมาจากความจำเป็นที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ หรือเป็นความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้แต่อย่างใด ส่วนต่อขยายโครงการดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ตั้งแต่การเสนอโครงการเป็นต้นไป

(4) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 625/2537 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับโครงการขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติม พ.ศ. 2537-2539 โดยสรุปได้ว่า¹⁶

โครงการขยายบริการโทรศัพท์ส่วนเพิ่มเติมอีกจำนวน 1.1 ล้านเลขหมาย แก่บริษัท TA และบริษัท TT&T ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาเดิม จึงเป็นโครงการใหม่ซึ่งอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7.*

¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การดำเนินโครงการเชื่อมต่อทางสัมปทาน สายดินแดง - คอนเมือง เรื่องเสร็จที่ 488/2537.* เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2537&lawPath=c2_0488_2537.

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8.*

(5) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 291/2550 ซึ่งเป็นเรื่อง หรือเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สำหรับสัญญาอนุญาตให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) โดยสรุปได้ว่า¹⁷

บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) ในขณะที่มีสถานะเป็น ทศท. ได้ทำสัญญาอนุญาต ให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ กับ บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) จำกัด ซึ่งต่อมาได้ มีการทำบันทึกข้อตกลงเพิ่มเติมภายหลังจากที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จึงมีประเด็นว่าข้อตกลงเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวเป็นการถูกต้องตามกฎหมายฉบับนั้นหรือไม่

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของสัญญาอนุญาตให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่าง บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) แล้ว ถือว่า สัญญาดังกล่าวเป็นกรณีที่ ทศท. ได้มอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่โดยที่การอนุญาตให้ดำเนินการ เช่นว่านั้น ได้ดำเนินการตั้งแต่ก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามบทเฉพาะกาลของกฎหมาย ฉบับนี้ได้บัญญัติให้โครงการซึ่งได้กระทำไปแล้วก่อนพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับให้เป็นอันใช้ได้ แต่ในการดำเนินการในขั้นตอนต่อไปให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ด้วยเหตุตามที่กล่าว มาแล้ว การดำเนินการตามสัญญาฉบับนี้จึงคงเหลือแต่เพียงขั้นตอนการกำกับดูแลและติดตามผล ดังนั้น ทศท. ในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจึงต้องจัดตั้งคณะกรรมการประสานงานขึ้นมาเพื่อติดตาม และกำกับดูแลให้มีการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาตฯ ทั้งนี้ตามมาตรา 25 ประกอบ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ส่วนการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการดำเนิน โครงการหรือการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาอนุญาต ให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) ที่ได้ลงนามไปแล้วนั้น กรณีที่พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ไม่ประสงค์ให้การอนุญาตหรือการให้สัมปทาน และการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจการพิจารณาของบุคคลหรือหน่วยงานเดียว ดังนั้น การ

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาอนุญาตให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)) เรื่องเสร็จที่ 291/2550*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2550&lawPath=c2_0291_2550.

แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอต่อคณะกรรมการประสานงานพิจารณา เมื่อคณะกรรมการเห็นชอบด้วยให้รายงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัด และหากเป็นเรื่องที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของโครงการ หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐ รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็ชอบที่จะเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจึงจะลงนามแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้ ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเรื่องนี้ เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวเกิดภายหลังจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มีผลใช้บังคับแล้วกลับมิได้มีการเสนอเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวนั้นต่อคณะกรรมการประสานงานให้พิจารณา และมีได้มีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบ จึงถือว่าการทำบันทึกข้อตกลงต่อทำสัญญาฉบับดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

(6) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสร็จที่ 476/2550 ซึ่งเป็นเรื่องหรือเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 สำหรับสัญญาให้สัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง - คอนเมือง โดยสรุปได้ว่า¹⁸

สัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง - คอนเมือง เป็นโครงการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่โดยที่โครงการนี้ที่ได้กระทำมาก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ เพราะฉะนั้น การดำเนินโครงการนี้จึงต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรา 25 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าว กล่าวคือ การดำเนินการในขั้นต้นต่อไปต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อกรมทางหลวงซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของโครงการได้เสนอเรื่องการแก้ไขสัญญาต่อคณะกรรมการประสานงานให้พิจารณาและเห็นชอบกับการแก้ไขสัญญาและร่างบันทึกข้อตกลงแล้ว จากนั้นจึงได้เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมซึ่งเป็นรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา และเมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบกับร่างบันทึกข้อตกลงแล้ว กรณีดังกล่าวจึงถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการถูกต้องตามนัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *บันทึก เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีสัญญาให้สัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดิน หมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง - คอนเมือง) เรื่องเสร็จที่ 476/2550*. เข้าถึงได้จาก: http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2550&lawPath=c2_0476_2550.

4.1.5 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่ครอบคลุมถึงโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key)

แม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จะมีปัญหาในทางปฏิบัติทำให้การดำเนินโครงการต่าง ๆ เป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ หากได้แก้ไขปัญหานั้นแล้วจะทำให้การดำเนินโครงการของรัฐมีความโปร่งใสสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่เมื่อบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงนิยามของการร่วมงานหรือดำเนินการไว้ว่าหมายถึงความถึง การร่วมลงทุนกับเอกชน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใดนั้น เมื่อพิจารณานิยามดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ครอบคลุมถึงโครงการประเภทที่มีลักษณะเป็นการให้เอกชนลงทุนไปก่อน และภาครัฐผูกพันที่จะชำระคืนการลงทุนในภายหลัง อันได้แก่ โครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key)

โครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) หมายถึง โครงการที่มีรูปแบบและขอบเขตการดำเนินงานครอบคลุมการสำรวจ ออกแบบ ตลอดจนก่อสร้างจนแล้วเสร็จสมบูรณ์ รวมทั้งการบำรุงรักษาในช่วงเริ่มต้นของโครงการ โดยผู้รับจ้างเพียงรายเดียว ซึ่งการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จจะครอบคลุมโครงการที่มีลักษณะต่าง ๆ ดังนี้¹⁹

(1) จ้างออกแบบควบคุมการก่อสร้าง (Design & Build Project) คือ โครงการที่มีวงเงินลงทุน และเทคโนโลยีที่ใช้ดำเนินการในระดับสูง โดยส่วนใหญ่จะเป็นโครงการใหม่ที่ไม่เคยมีการดำเนินมาก่อนในประเทศ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องใช้ผู้รับจ้างที่มีความรู้ ความสามารถ และเทคนิคในการดำเนินโครงการเป็นพิเศษ ซึ่งการชำระเงินค่าดำเนินโครงการจะมีรูปแบบการจ่ายชำระเงินตามความก้าวหน้าของงานเป็นงวด ๆ (Installment)

(2) จ้างก่อสร้างพร้อมจัดหาเงินทุน (Turn Key Project) คือ โครงการที่ผู้ว่าจ้างจะจัดหาผู้รับจ้างดำเนินโครงการจนแล้วเสร็จ จึงจะมีการชำระเงินค่าดำเนินโครงการ ซึ่งผู้รับจ้างอาจต้องมีหน้าที่ในการจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อดำเนินโครงการด้วย รวมทั้งผู้ว่าจ้างต้องมีวงเงินดำเนินโครงการอ้างอิงได้ประกอบการพิจารณาโครงการ (Reference Based Price)

(3) จ้างออกแบบควบคุมก่อสร้างพร้อมจัดหาเงินทุน (หรือการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จเต็มรูปแบบ) คือ โครงการที่ใช้รูปแบบดำเนินโครงการทั้ง 2 รูปแบบ โดยผู้รับจ้างเป็นผู้ออกแบบและก่อสร้างควบคู่กัน (Design & Build) รวมทั้งทำหน้าที่จัดหาเงินทุนดำเนินโครงการ ซึ่งผู้ว่าจ้างจะชำระเงินค่าดำเนินโครงการเมื่อแล้วเสร็จ

¹⁹ กรมบัญชีกลาง. (11 กันยายน 2546). คู่มือการพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ. สำนักพัฒนามาตรฐานระบบพัสดุภาครัฐ. เข้าถึงได้จาก: <http://www.gprocurement.go.th/turnkey/index.php>.

การจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จเป็นวิธีการที่ใช้สำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่ ซึ่งต้องใช้เทคโนโลยีและความชำนาญในระดับสูง ทั้งยังเป็นวิธีการที่ผู้รับจ้างจะต้องรับภาระเบ็ดเสร็จ ตั้งแต่การหาแหล่งทุน สำรวจ ออกแบบ ควบคุม ดำเนินการก่อสร้าง อันอำนวยความสะดวกแก่ผู้ว่าจ้างที่ไม่มีความสามารถเพียงพอในการบริหารจัดการโครงการที่มีความซับซ้อนได้ ดังนั้น การจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จจึงเป็นที่นิยมใช้ในประเทศด้อยพัฒนาอย่างกว้างขวาง ซึ่งในภาพรวมการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ²⁰

ในส่วนของข้อดีของการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) มีดังนี้

- ก่อสร้างได้เร็ว เพราะใช้วิธีออกแบบไป ก่อสร้างไปโดยไม่ต้องรอการออกแบบรายละเอียดทั้งหมด

- ใช้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีข้อจำกัดด้านเทคโนโลยี การบริหารจัดการงบประมาณ และไม่สามารถหาแหล่งทุนได้เอง

- ผู้ออกแบบและผู้ก่อสร้างเป็นผู้รับผิดชอบกลุ่มเดียวกัน ทำให้มีผู้รับผิดชอบชัดเจนในกรณีที่การก่อสร้างมีปัญหา

ส่วนของข้อเสียของการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) มีดังนี้

- ค่าก่อสร้างสูงกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งนี้เพราะผู้รับจ้างจะตั้งสำรองไว้สูง เนื่องจากวิธีการออกแบบไป ก่อสร้างไป จึงมีอัตราความเสี่ยงสูง นอกจากนี้ การกู้เงินโดยภาคเอกชนจะเสียดอกเบี้ยในอัตราสูงกว่าการกู้โดยภาครัฐ ซึ่งทำให้ราคาค่าจ้างเพิ่มสูงขึ้น

- โดยเหตุที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่สามารถประมาณราคาต่อหน่วยและปริมาณงานได้จึงทำให้การควบคุมและตรวจสอบงานเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะเมื่อขาดการบริหารโครงการที่มีประสิทธิภาพก็มักจะก่อให้เกิดปัญหาติดตามมา

- การพิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างจะมีข้อจำกัดในสัมฤทธิ์ผล ด้วยเหตุที่ว่าผู้รับจ้างแต่ละบริษัทจะทำการสำรวจ ออกแบบ ก่อสร้าง ควบคุมงานเอง จึงเสนอราคาที่แตกต่างกัน การพิจารณาเปรียบเทียบข้อเสนอให้เป็นธรรมจึงทำได้ยาก และมีโอกาสทุจริตในขั้นตอนนี้ได้มาก ประกอบกับการมีผู้รับจ้างน้อยรายซึ่งจะมีคุณสมบัติตามข้อกำหนดไว้ให้มีสิทธิเข้าแข่งขันในการประกวดราคา ดังนั้นจึงเป็นช่องทางให้เกิดการสมยอมกันได้ ทั้งในระดับผู้รับจ้าง ผู้มีอำนาจรัฐทั้งในระดับนโยบายและระดับบริหารจัดการ บริษัทวิศวกรที่ปรึกษา หรือแม้แต่แหล่งทุน

²⁰ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2545, 2 พฤษภาคม). *ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ*. ที่ นร 1023/515.

ตัวอย่างของโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ในประเทศไทยซึ่งก่อปัญหาให้เกิดขึ้นตามมาในภายหลัง เช่น²¹

- โครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียรวมคลองด่าน สมุทรปราการ มีการอนุมัติให้ดำเนินการ โดยมีได้มีการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมและสังคม อันเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะในมาตรา 7 ที่บัญญัติให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจโครงการ นอกจากนี้ ยังมีการเปลี่ยนแปลงรายการก่อสร้าง โดยการเพิ่มงานซึ่งทำให้ค่าก่อสร้างสูงขึ้นจาก 13,612 ล้านบาท เป็น 23,701 ล้านบาท หรือเพิ่มขึ้นร้อยละ 74 ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2540 รวมทั้งกรณีที่คลองด่าน ไม่ได้เป็นพื้นที่ทางเลื่อมมาแต่ต้นทำให้ชาวบ้านไม่ได้รับรู้ข้อมูลในการดำเนินโครงการ จึงส่งผลให้มีการร้องเรียนขึ้น และในท้ายสุดชาวบ้านบริเวณนั้นได้ยื่นฟ้องร้องต่อศาลปกครอง

ในการดำเนินโครงการดังกล่าวมีการร้องเรียนว่าเกิดการกระทำทุจริตขึ้น ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้อ่านคำพิพากษาเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2551 โดยตัดสินจำคุกนายวัฒนา อัสวเหม เป็นเวลา 10 ปี เนื่องจากขณะที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยมิชอบ ข่มขืนใจหรือจูงใจให้ผู้อื่นร่วมกันออกโฉนดที่ดิน 1,900 ไร่ ทั้บคลองสาธารณประโยชน์และที่เกษตรกรรมซึ่งเป็นที่สงวนหวงห้ามแล้ว นำไปขายให้แก่กรมควบคุมมลพิษ เพื่อก่อสร้างโครงการบ่อบำบัดน้ำเสียดังกล่าว²² นอกจากนี้ ทางกรมควบคุมมลพิษยังได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องผู้รับจ้าง กับผู้ที่เกี่ยวข้องรวม 19 คน ในความผิดฐานฉ้อโกงต่อศาลแขวงดุสิต ซึ่งศาลได้พิพากษาจำคุกนายวัฒนา อัสวเหม กับจำเลยอื่นอีก 10 คน ๆ ละ 3 ปี ส่วนนิติบุคคลให้ปรับรายละ 6,000 บาท²³

- โครงการทางด่วนบางนา – บางพลี – บางปะกง ได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีให้ดำเนินการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2537 ในวงเงินค่าก่อสร้างกว่า 25,000 ล้านบาท ซึ่งเมื่อมีดำเนินการก่อสร้างแล้ว ได้ใช้งบประมาณค่าก่อสร้างเพิ่มขึ้นอีกกว่า 2,000 ล้านบาท ทำให้จำนวนเงินค่าก่อสร้างสูงถึง 27,284 ล้านบาท และโครงการนี้มีข้อน่าสังเกตในส่วนของความเคลือบแคลงเกี่ยวกับการศึกษาผลตอบแทนที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาว่ามีความเที่ยงตรงน่าเชื่อถือได้เพียงใด โดยในช่วงปี พ.ศ. 2533 - 2535 บริษัทที่ปรึกษาได้ทำการศึกษาถึงผลตอบแทน

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² มติชนออนไลน์. (18 สิงหาคม 2551). คดีคลองด่าน "วัฒนา" ไม่รอดจำคุก 10 ปี! มติ 8:ศาลฎีกา-อ่านฉบับหลังเจ้าตัวร้ายชะตากรรม. เข้าถึงได้จาก: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1219071031&grpId=01&catid=01.

²³ วัฒนา อัสวเหม พร้อม 10 บักรับเหมาดังเจอจำคุก 3 ปี. (2552, 13 พฤศจิกายน). มติชน, หน้า 1.

ด้านการเงินของโครงการว่าคิดลบถึงร้อยละ 16.09 จึงไม่สมควรที่จะให้มีการลงทุนก่อสร้างโครงการดังกล่าว แต่เมื่อมีการเสนอขออนุมัติโครงการต่อคณะรัฐมนตรีได้มีการศึกษาวิเคราะห์ผลตอบแทนใหม่ปรากฏว่าผลตอบแทนด้านการเงินเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 10.81 และคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาอนุมัติโครงการดังกล่าวในลักษณะเร่งรัดเป็นพิเศษ

นอกจากนั้น โครงการนี้ยังได้มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญาระหว่างการดำเนินงานโดยเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้รับจ้างสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าชดเชยจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งต่อมาทางผู้รับจ้างได้ยื่นข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการจนได้มีคำชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชดเชยค่าเสียหายกว่า 6,000 ล้านบาท ทั้งนี้ตามคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการหมายเลขแดงที่ 36/2544 ลงวันที่ 20 กันยายน 2544 และศาลแพ่งกรุงเทพใต้ อันเป็นศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2546 ว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำโดยชอบและถูกต้องแล้ว แต่หลังจากนั้นการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาดังกล่าว จนกระทั่งศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ โดยให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ต้องจ่ายเงินค่าชดเชยนั้น

- โครงการทางหลวงวงแหวนกาญจนาภิเษกด้านใต้ ช่วงสุขสวัสดิ์-บางพลี ซึ่งได้มีการศึกษาความเหมาะสมทางเศรษฐกิจ การเงิน สิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ทำการสำรวจออกแบบรายละเอียดด้านวิศวกรรมแล้วเสร็จเรียบร้อยเมื่อกลางปี พ.ศ. 2543 โดยเสียค่าจ้างในการศึกษาและออกแบบดังกล่าวสูงถึง 152 ล้านบาท ซึ่งผลการศึกษาชี้ว่าเป็นโครงการที่คุ้มค่ากับการการลงทุนเป็นอย่างยิ่ง จากกรณีนี้โครงการนี้ได้มีการศึกษาออกแบบเรียบร้อยแล้ว จึงไม่น่าจะใช้วิธีการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ แต่คณะรัฐมนตรีกลับมีมติอนุมัติตั้งแต่วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ. 2543 ให้ใช้วิธีการดังกล่าว รวมทั้ง ยังมีข้อครหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและผลงานของผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้รับจ้างในโครงการว่าเป็นการเอื้อประโยชน์เฉพาะแก่ผู้รับเหมาบางรายที่มีความสัมพันธ์กับผู้รับเหมาต่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นการกีดกันผู้รับเหมาไทยส่วนใหญ่ อีกทั้งไม่ได้มีการกระจายสัญญาก่อสร้างให้เหมาะสม เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเพียงพอ

จากการพิจารณาตัวอย่างของโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) ในประเทศไทยดังกล่าวมาแล้วข้างต้น อาจสรุปได้ว่ามีปัญหาที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ กลไกการตัดสินใจที่ไร้ประสิทธิภาพซึ่งถือเป็นปัญหาในเชิงการบริหารงาน และการขาดความโปร่งใส ซอบธรรมซึ่งใน ส่วนนี้หากสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาบังคับใช้ อาจแก้ปัญหาดังกล่าวได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดถึงแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจะทำให้เกิดความโปร่งใส และการพิจารณายังเป็นไปด้วยความรอบคอบ และรัดกุม

4.2 ตัวอย่างโครงการที่ประสบปัญหาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

จากปัญหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้วิเคราะห์มาแล้วนั้นอาจยกตัวอย่างโครงการของรัฐต่าง ๆ ที่ประสบปัญหาจากกฎหมายฉบับดังกล่าว คือ

4.2.1 โครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับโฮปเวลล์

โครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับโฮปเวลล์ถือเป็นโครงการแก้ไขปัญหารถที่ได้อธิบายว่ามีมูลค่าลงทุนสูงสุดในช่วงปี พ.ศ. 2533 – 2535 โดยมีมูลค่าลงทุนในเวลานั้นกว่า 80,000 ล้านบาท โครงการนี้ได้ผ่านการดำเนินงานมาถึง 8 รัฐบาล เชนิษฐกับการเปลี่ยนแปลงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมาแล้ว 9 คน ทั้งยังได้มีการปรับเปลี่ยนผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยถึง 4 คน จนเมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2541 กระทรวงคมนาคมได้ทำหนังสือบอกเลิกสัญญาสัมปทานอย่างเป็นทางการ แต่ถึงกระนั้นก็ยังมีความพยายามที่จะสานต่อโครงการนี้ให้สำเร็จ²⁴

โครงการดังกล่าวได้เกิดจากการพยายามที่จะแก้ปัญหารถไฟที่วิ่งผ่านจุดตัดถนนสายหลักในเขตกรุงเทพมหานครที่มีถึง 14 แห่ง อันส่งผลให้เกิดปัญหารถติดขัด จึงมีแนวคิดที่จะให้การเดินรถไฟเข้าออกในเขตกรุงเทพมหานครควรต้องยกทางรถไฟให้อยู่เหนือระดับปกติ ซึ่งรัฐบาลญี่ปุ่นได้ให้ความช่วยเหลือแบบให้เปล่าด้วยการส่งคณะผู้เชี่ยวชาญมาทำการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการทั้งด้านเศรษฐกิจและวิศวกรรม คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2532 ให้กระทรวงคมนาคมไปดำเนินการให้มีการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับ โดยให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน ทั้งนี้ เป็นการต่อเนื่องจากที่กระทรวงคมนาคมได้เสนอแผนงานและโครงการต่าง ๆ ในครั้งการประชุมคณะรัฐมนตรีส่วนภูมิภาค ภาคกลาง เรื่องขอให้พิจารณาให้ความเห็นในหลักการโครงการก่อสร้างทางรถไฟยกระดับในเขตกรุงเทพมหานคร ซึ่งที่ประชุมเห็นควรให้การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นผู้ดำเนินการขอรับการสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐบาล และ/หรือให้สัมปทานแก่เอกชนลงทุนก่อสร้างเป็นทางรถไฟยกระดับ โดยให้ได้รับสัมปทานเดินรถระบบขนส่งมวลชนทางยกระดับด้วย²⁵

²⁴ ชูชาติ สว่างสาตี. *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 1*. หน้า 29-30.

²⁵ กระทรวงคมนาคม. (2540, 19 กันยายน). *การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทานโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย*. ที่ คค 0208.3/9564.

เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2532 กระทรวงคมนาคมได้ออกประกาศเชิญชวนผู้สนใจให้เข้ามาลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการ และบำรุงรักษาเครือข่ายทางรถไฟและถนนยกระดับ โดยจะได้รับสัมปทานในการประกอบการเดินรถไฟชุมชนและระบบการขนส่งทางถนน รวมทั้งจะเป็นผู้เก็บค่าผ่านทาง (Toll Fees) บนที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย และจะได้สิทธิในการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย หลังจากมีการออกประกาศเชิญชวนดังกล่าวแล้ว ได้มีผู้ให้ความสนใจซื้อเอกสารข้อเสนอโครงการ 4 ราย คือ บริษัท International Contract จำกัด บริษัท Modular จำกัด บริษัท ABC จำกัด และบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด โดยในวันที่ 15 มกราคม พ.ศ. 2533 อันเป็นวันที่กำหนดให้ยื่นเอกสารข้อเสนอกลับมีผู้เสนอรายละเอียดโครงการเพียงรายเดียว คือ บริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด²⁶ ซึ่งเป็นของนายกอร์ดอนวู ยิง เซง นักธุรกิจชาวฮ่องกง

คณะรัฐมนตรีได้มีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2533 รับทราบข้อเสนอของ บริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด โดยให้กระทรวงคมนาคมเร่งรัดดำเนินการตามขั้นตอนของโครงการระบบขนส่งมวลชน และโครงการให้เอกชนลงทุนก่อสร้างทางรถไฟยกระดับในกรุงเทพมหานคร โดยเร็วที่สุด ต่อมาในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2533 ที่ประชุมได้อนุมัติให้ดำเนินการตามมติคณะกรรมการรัฐมนตรีฝ่ายเศรษฐกิจซึ่งเห็นชอบตามผลการเจรจาเรื่องการรับสัมปทานดำเนินการระบบรถไฟชุมชน (Community Train) และทางด่วนยกระดับสำหรับรถยนต์ระหว่างกระทรวงคมนาคมกับบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด โดยให้กระทรวงคมนาคมมีอำนาจลงนามในสัญญาสัมปทาน โดยในส่วนของทางรถไฟแห่งประเทศไทย คณะกรรมการรถไฟแห่งประเทศไทยได้มีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม พ.ศ. 2533 ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจลงนามในสัญญาสัมปทานร่วมกับกระทรวงคมนาคม ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐ และในส่วนของบริษัท โฮปเวลล์ โฮลดิ้ง จำกัด ได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด เพื่อถือและประกอบการตามสิทธิดังกล่าว²⁷

คู่สัญญาฝ่ายรัฐและบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้ดำเนินการลงนามในสัญญาสัมปทานโครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับในกรุงเทพมหานคร และการใช้ประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า สัญญาสัมปทาน) เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2533 แต่เนื่องจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้มีมติเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2534 ให้บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแก่โครงการในส่วนของระบบสัมปทาน ซึ่งรวมถึงการก่อสร้างถนนยกระดับ โดยไม่ให้การส่งเสริมการ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ลงทุนในส่วนของ การพัฒนาที่ดินนอกเขตทางรถไฟ ซึ่งจากเหตุดังกล่าวทำให้ต้องมีการแก้ไขสัญญาสัมปทานในส่วนของวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้มาเป็นวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2534²⁸

ลักษณะของการดำเนินโครงการเป็นสัมปทานในรูปแบบ BOT (Build-Operate-Transfer) ซึ่งบริษัท โยปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด มีสิทธิในการเดินรถไฟชุมชน (Community Train) และมีสิทธิเก็บรายได้จากระบบทางด่วนยกระดับ รวมทั้งทรัพย์สินเชิงพาณิชย์อื่น ๆ ส่วนโครงสร้างทาง อาคาร สิ่งปลูกสร้างที่ก่อสร้างในพื้นที่สัมปทานตกเป็นของการรถไฟแห่งประเทศไทยพื้นที่ที่ก่อสร้างเสร็จ แต่บริษัท โยปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด มีสิทธิใช้ประโยชน์ในสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ตลอดอายุสัมปทาน โดยมูลค่าของโครงการนี้ประมาณ 80,000 ล้านบาท (ไม่รวมการพัฒนาที่ดิน) ในส่วนของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จะได้รับส่วนแบ่งผลกำไรจากการดำเนินโครงการ รวมทั้งผลตอบแทนรายปีตลอดอายุสัมปทาน 30 ปี ไม่น้อยกว่า 59,000 บาท²⁹

ทั้งนี้ รายละเอียดของโครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับดังกล่าวมีดังนี้³⁰

(1) องค์ประกอบของทางรถไฟและถนนยกระดับมีระบบการขนส่งอยู่ 4 ระบบร่วมกัน คือ

(1.1) ทางรถไฟยกระดับของการรถไฟแห่งประเทศไทยจำนวน 2 – 3 ทาง สำหรับขบวนรถไฟในระบบของการรถไฟแห่งประเทศไทย

(1.2) ระบบก่อสร้างทางรถไฟชุมชน (Community Train) ขนาบซ้ายขวาทางรถไฟของการรถไฟแห่งประเทศไทยอีกข้างละ 1 ทาง พร้อมสถานีรถไฟชุมชนทุก ๆ ระยะ 0.7 – 1.2 กิโลเมตร ซึ่งระบบรถไฟดังกล่าวเป็นการขนส่งผู้โดยสารที่อยู่ภายในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล

(1.3) ระบบถนนยกระดับเก็บค่าผ่านทางขนาด 3 ช่องทาง ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันกับทางด่วนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

(1.4) ระบบถนนเสมอระดับพื้นดิน (Local Road) ในเขตทางรถไฟเพื่อใช้เชื่อมต่อระหว่างโครงข่ายถนนของกรุงเทพมหานคร และโครงการอื่นบริเวณข้างเคียง

(2) โครงการระบบการขนส่งทางรถไฟและถนนยกระดับมีความยาวของทางรถไฟรวมประมาณ 60.1 กิโลเมตร และถนนทางด่วนยาวประมาณ 56.8 กิโลเมตร โดยอาจจะบุถึงเส้นทางระบบโครงการสัมปทานดังกล่าวได้ คือ

เส้นทางที่ 1 สายเหนือ – ใต้ เริ่มจากรังสิต ผ่านดอนเมือง บางซื่อ ยมราช หัวลำโพงข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาไปวงเวียนใหญ่ และสิ้นสุดที่โพธิ์นิมิตร มีความยาวรวมประมาณ 34.2 กิโลเมตร

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ ชูชาติ สว่างสาตี. *ฮ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 28.

³⁰ กระทรวงคมนาคม. *ฮ้างแล้วเชิงอรรถที่ 25*. หน้า 3-5.

เส้นทางที่ 2 สายตะวันออก - ตะวันตก เริ่มจากหัวหมาก ผ่านมักกะสัน ตัดกับสายเหนือ - ใต้ ที่ยมราช ข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาไปธนบุรี และสิ้นสุดที่ตลิ่งชัน มีความยาวรวมประมาณ 22.6 กิโลเมตร

เส้นทางแยก โดยแยกจากสายตะวันออก - ตะวันตก ที่มักกะสันขนานไปกับทางด่วน ชั้นที่ 1 ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ข้ามถนนเพชรบุรี ถนนเปลติจิต ถนนพระราม 4 และไปสิ้นสุดที่แม่น้ำท่าเรือ มีความยาวรวมประมาณ 3.3 กิโลเมตร ทางเส้นทางแยกนี้ไม่มีถนนยกระดับ มีแต่ทางรถไฟของการรถไฟแห่งประเทศไทย และรถไฟชุมชน

(3) แผนการก่อสร้างตามสัญญาสัมปทานมีกำหนดเวลา 8 ปี นับแต่วันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้ (6 ธันวาคม พ.ศ. 2534) โดยแผนงานการก่อสร้างแบ่งเป็น 5 ระยะ กล่าวคือ

ระยะที่ 1 เริ่มก่อสร้างนับตั้งแต่วันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้ ในเส้นทางระหว่างยมราช - ดอนเมือง ระยะทางประมาณ 18.8 กิโลเมตร กำหนดเวลาก่อสร้าง 4 ปี (6 ธันวาคม พ.ศ. 2534 - 6 ธันวาคม พ.ศ. 2538)

ระยะที่ 2 เริ่มก่อสร้างภายหลังจากวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้แล้ว 1 ปี ในเส้นทางระหว่างยมราช - หัวลำโพง - หัวหมาก และมักกะสัน - แม่น้ำ ระยะทางประมาณ 6.7 กิโลเมตร กำหนดเวลาก่อสร้าง 4 ปี (6 ธันวาคม พ.ศ. 2535 - 6 ธันวาคม พ.ศ. 2539)

ระยะที่ 3 เริ่มก่อสร้างภายหลังจากวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้แล้ว 2 ปี ในเส้นทางระหว่างรังสิต - ดอนเมือง ระยะทางประมาณ 7 กิโลเมตร กำหนดเวลาก่อสร้าง 4 ปี (6 ธันวาคม พ.ศ. 2536 - 6 ธันวาคม พ.ศ. 2540)

ระยะที่ 4 เริ่มก่อสร้างภายหลังจากวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้แล้ว 3 ปี ในเส้นทางระหว่างหัวลำโพง - วงเวียนใหญ่ และยมราช - ธนบุรี ระยะทางประมาณ 7 กิโลเมตร กำหนดเวลาก่อสร้าง 4 ปี (6 ธันวาคม พ.ศ. 2537 - 6 ธันวาคม พ.ศ. 2541)

ระยะที่ 5 เริ่มก่อสร้างภายหลังจากวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้แล้ว 4 ปี ในเส้นทางระหว่างวงเวียนใหญ่ - โพธิ์นิมิตร และตลิ่งชัน - ธนบุรี ระยะทางประมาณ 9.1 กิโลเมตร กำหนดเวลาก่อสร้าง 4 ปี (6 ธันวาคม พ.ศ. 2538 - 6 ธันวาคม พ.ศ. 2542)

(4) โดยบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด จะมีรายได้จากอัตราค่าโดยสารรถไฟชุมชน และค่าธรรมเนียมผ่านทางด่วนยกระดับ และได้รับสิทธิที่จะหาประโยชน์จากที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย ดังนี้

- บริเวณหัวลำโพง	สถานีหัวลำโพง สำนักงาน ย่านสถานี	พื้นที่ 112.0 ไร่
	ลานจอดรถ	พื้นที่ 4.5 ไร่
- บริเวณบางซื่อ	นิคมบ้านพักรถไฟตึกแดง	พื้นที่ 120.0 ไร่
	โรงซ่อมบำรุงและประกอบรถไฟชุมชน	พื้นที่ 80.0 ไร่

	สถานีกลางสำหรับการรถไฟแห่งประเทศไทย	พื้นที่ 40.0 ไร่
- บริเวณมักกะสัน	โรงซ่อมบำรุงและประกอบรถไฟชุมชน	พื้นที่ 80.0 ไร่
	นิคมบ้านพักรถไฟและโรงพยาบาลรถไฟ	พื้นที่ 112.0 ไร่
- บริเวณยมราช	นิคมบ้านพักรถไฟที่สามเหลี่ยมจิตรลดา	พื้นที่ 40.0 ไร่
- บริเวณสถานีบางกอกน้อย		พื้นที่ 45.0 ไร่
		รวมพื้นที่ทั้งหมด 633.5 ไร่

การก่อสร้างโครงการดังกล่าวเป็นไปอย่างล่าช้าโดยมีอัตราความคืบหน้าของงานไม่ เป็นไปตามสัญญาที่ทำไว้กับรัฐ เนื่องจากประสบปัญหาในเรื่องการส่งมอบพื้นที่ให้บริษัท โสภเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด เข้าดำเนินการ ประกอบกับเศรษฐกิจของประเทศไทยไม่ เจริญเติบโตเหมือนช่วงรัฐบาลของพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ทำให้เกิดปัญหาเรื่องเงินทุน แล่ง เงินกู้ หลักทรัพย์ค้ำประกันสัญญา นอกจากนี้ ยังมีปัญหาในเรื่องการออกแบบก่อสร้าง กล่าวคือ ระยะห่างระหว่างรางรถไฟกับไหล่ทางมีน้อยเกินไป เพราะข้อจำกัดของพื้นที่ ทำให้ไม่ได้ มาตรฐานความปลอดภัยสากล³¹

ถึงแม้ว่าโครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับ โสภเวลล์จะเกิดขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2535 แต่ในขั้นตอนภายหลังการลงนามในสัญญาซึ่งเป็นช่วงของการดำเนินการตามสัญญาได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการประสานงาน ทั้งนี้ตามมาตรา 22 ประกอบมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เพื่อทำหน้าที่ในการ กำกับดูแลความคืบหน้าของโครงการ รวบรวมและสรุปปัญหา รวมทั้งเสนอแนะแนวทางการ แก้ไขเพื่อให้โครงการเป็นไปตามสัญญา แต่คณะกรรมการชุดนี้กลับไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากผู้ที่ทราบถึงปัญหาแท้จริงในโครงการนั้น คือ การรถไฟแห่งประเทศไทย และบริษัทคู่สัญญา รวมทั้งยังมีปัญหาในเรื่องความเป็นเอกภาพในการกำกับดูแลและ ติดตามผลเพราะในข้อเท็จจริงปรากฏว่าทั้งการรถไฟแห่งประเทศไทย กระทรวงคมนาคม และ รัฐบาลต่างได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ อนุกรรมการ และคณะทำงานขึ้นมาเพื่อกำกับดูแล โครงการนี้หลายชุด เช่น ปัญหาในเรื่องการส่งมอบพื้นที่ให้แก่บริษัทคู่สัญญา กระทรวงคมนาคม ได้ดำเนินการติดตามกำกับดูแลปัญหานั้นเสียเอง หรือในเรื่องการออกแบบก่อสร้างซึ่งการรถไฟ แห่งประเทศไทยต้องการให้บริษัทคู่สัญญาส่งมอบรายละเอียดการออกแบบทั้งหมดของโครงการ

³¹ วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. (8 พฤษภาคม 2552). *โครงการโสภเวลล์*. เข้าถึงได้จาก: <http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B9%82%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%87%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%82%E0%B8%AE%E0%B8%9B%E0%B9%80%E0%B8%A7%E0%B8%A5%E0%B8%A5%E0%B9%8C>.

เมื่อเกิดปัญหาไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ การรถไฟแห่งประเทศไทยและกระทรวงคมนาคมกลับดำเนินการจัดตั้งอนุกรรมการและคณะทำงานขึ้นมาพิจารณาแก้ไขปัญหานี้

เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นอย่างมากและไม่มีการแก้ปัญหาอย่างเป็นเอกภาพทำให้ปัญหาเหล่านั้นยิ่งลุกลามจนยากจะแก้ไข ต่อมาในสมัยที่นายสุวัจน์ ลิปตพัลลภ เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจึงได้เสนอให้รัฐบาลของพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ บอกลิขิตสัญญาสัมปทาน โดยระบุเหตุผลว่าเนื่องจากโครงการดังกล่าวได้ใช้ระยะเวลาดำเนินการมากกว่า 6 ปี แต่ผลการก่อสร้างต่ำกว่าเป้าหมายที่กำหนดไว้ในสัญญา และเป็นที่คาดหมายได้ว่าบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จทันกำหนดเวลาที่ได้ขยายระยะเวลาก่อสร้างออกไปถึงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2541 (ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐบาลไทยเป็นเจ้าภาพเอเชียนเกมส์) พร้อมกันนี้ได้เสนอแนวทางรองรับภายหลังการบอกลิขิตสัญญารวม 5 แนวทาง กล่าวคือ³²

- (1) ให้รัฐประสานงานหาเอกชนรายอื่นเข้ามาร่วมในลักษณะ Consortium โดยรัฐอาจต้องเข้าร่วมดำเนินการด้วย
- (2) หาเอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินการแทน
- (3) รัฐและโฮปเวลล์ผู้รับสัมปทานร่วมกันลงทุนก่อสร้างหรือร่วมกันจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเข้ารับสัมปทาน
- (4) รัฐดำเนินการก่อสร้างในรูปแบบ Turn Key
- (5) ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง โดยรัฐบาลจัดสรรงบประมาณค่าก่อสร้างสนับสนุน

โดยรัฐบาลของพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2540 ให้ความเห็นชอบบอกลิขิตสัญญากับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด³³

โครงการระบบทางรถไฟและถนนยกระดับโฮปเวลล์ได้สิ้นสุดลงในสมัยรัฐบาลของนายชวน หลีกภัย สมัยที่ 2 หลังดำเนินการก่อสร้างเป็นเวลา 7 ปี และมีความคืบหน้าเพียง 13.77 % ขณะที่แผนงานกำหนดว่าควรจะมีคืบหน้า 89.75% โดยกระทรวงคมนาคมได้บอกลิขิตสัญญาสัมปทานอย่างเป็นทางการ ทั้งนี้ตามหนังสือบอกลิขิตสัญญาสัมปทาน ฉบับลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2541 ซึ่งมีการให้เหตุผลว่าบริษัทมีเจตนาไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้สำเร็จตามความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์แห่งสัญญา อันถือเป็นการบอกลิขิตสัญญาสัมปทาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 388³⁴ รวมทั้งห้ามมิให้บริษัทคู่สัญญาและบริวารเข้าไปดำเนินการก่อสร้างใด ๆ

³² ชูชาติ สว่างสาละ. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*. หน้า 166-167.

³³ วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31*.

³⁴ ชูชาติ สว่างสาละ. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*. หน้า 168.

ในพื้นที่สัมปทานอีกต่อไป พร้อมทั้งรับเงินค่าตอบแทนสัญญาที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด จ่ายให้แก่กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นจำนวน 2,850 ล้านบาท ทั้งยังทำการริบหลักประกันตามหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร กรุงไทย จำกัด (มหาชน)

ภายหลังการบอกเลิกสัญญาสัมปทาน กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยได้เสนอแผนรองรับทั้งระยะสั้นและระยะยาว โดยในส่วนแผนรองรับระยะสั้นได้มอบหมายให้กรมทางหลวงดำเนินการศึกษาการก่อสร้างถนนเลียบริบพื้นที่สัมปทาน (Local Road) ระยะทาง 38.5 กิโลเมตร วงเงินลงทุนราว 600 ล้านบาท ส่วนแผนรองรับระยะยาวได้ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยดำเนินการศึกษาแก้ไขรูปแบบการลงทุนของโครงการเดิม เพื่อลดขนาดโครงการให้เหลือเพียงระบบทางรถไฟยกระดับและรถไฟฟ้ามหานคร ทำให้สามารถลดขนาดการลงทุนในโครงการจากมูลค่า 80,000 – 100,000 ล้านบาท เหลือเพียง 35,000 ล้านบาทเศษ³⁵ แต่กรณีดังกล่าวเกิดปัญหาในเรื่องการพิจารณาว่าโครงสร้างต่าง ๆ ที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้ก่อสร้างขึ้นไว้นั้นจะถือเป็น “โครงการใหม่” หรือ “โครงการที่มีทรัพย์สินอยู่แล้ว” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ต่อมา บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้โต้แย้งการบอกเลิกสัญญา โดยขอให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยเข้ามาทำการเจรจาเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้ตามเงื่อนไขสัญญาสัมปทาน ข้อ 27 แต่กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือยืนยันเจตนาการเลิกสัญญา รวมทั้งห้ามมิให้บริษัทคู่สัญญาและบริวารเข้าไปดำเนินการก่อสร้างใด ๆ ในพื้นที่สัมปทานอีกต่อไป พร้อมกับให้บริษัทคู่สัญญาทำการขนย้ายเครื่องมือ เครื่องจักร และอุปกรณ์ต่าง ๆ ออกจากพื้นที่สัมปทาน โดยระบุว่าหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะถูกดำเนินคดีอาญา หลังจากนั้นบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด จึงยินยอมขนย้ายเครื่องมือและคนงานออกจากพื้นที่ และไม่ได้เข้าดำเนินการใด ๆ ในพื้นที่สัมปทานอีก

บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด จึงได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อเรียกร้องให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยชดเชยการกลับคืนสู่ฐานะเดิม คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยนายสมศักดิ์ บุญทอง ในฐานะตัวแทนคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส ในฐานะตัวแทนบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด และมีนายถวิล อินทรักษา เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต่อมานายตระกูล วิจิณัยภาค ได้เข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการแทนนายสมศักดิ์ บุญทอง โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2551 ซึ่งสรุปได้ว่าหนังสือบอกเลิกสัญญาสัมปทาน ฉบับลงวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2541 ซึ่งกระทรวงคมนาคมได้แจ้งไปยังบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด มิได้เป็นไปตาม

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

เงื่อนไขของสัญญาสัมปทาน จึงถือว่าเป็นการบอกเลิกสัญญาสัมปทาน โดยยังไม่มีสิทธิ ส่งผลให้สัญญาสัมปทานยังไม่เลิกกัน แต่เมื่อข้อเท็จจริงได้ความอีกว่ากรณีที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาสัมปทานนั้นแล้ว บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้มีหนังสือถึงกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย เพื่อโต้แย้งว่าการบอกเลิกสัญญานั้นไม่ชอบ กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยกลับมีหนังสือถึงบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ยืนยันเจตนาในการเลิกสัญญา รวมทั้งห้ามบริษัทคู่สัญญาและบริวารเข้าไปดำเนินการก่อสร้างใด ๆ ในพื้นที่สัมปทานต่อไป พร้อมกับให้บริษัทคู่สัญญาทำการขนย้ายเครื่องมือ เครื่องจักร และอุปกรณ์ต่าง ๆ ออกจากพื้นที่สัมปทาน นอกจากนี้ ยังระบุว่าหากบริษัทคู่สัญญาฝ่าฝืนจะดำเนินคดีอาญา บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด จึงหยุดดำเนินการและยินยอมออกจากพื้นที่สัมปทานนั้น พฤติการณ์ดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่ากระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยมีเจตนาจะเลิกสัญญากับบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด และกรณีที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ยินยอมปฏิบัติตามที่กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยแสดงเจตนาไว้ในวันนั้น ย่อมถือว่าสัญญาสัมปทานได้เลิกกันโดยปริยาย อันเป็นผลให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะที่เป็นอยู่เดิม ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 คณะอนุญาโตตุลาการจึงวินิจฉัยชี้ขาดให้กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยร่วมกันหรือแทนกัน ดังนี้

- คืนเงินค่าตอบแทนซึ่งบริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้ชำระไว้ตามสัญญาสัมปทานจำนวน 2,850 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทยได้รับเงินนั้น จนกว่าจะชำระเสร็จ

- คืนหนังสือค้ำประกันของธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) หมายเลข 10/34/51881 แก่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด

- คืนเงินค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันคิดถึงวันเสนอข้อพิพาทจำนวน 38,749,800 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่บริษัท โฮปเวลล์ (ประเทศไทย) จำกัด ได้จ่ายเงินค่าธรรมเนียมแต่ละงวดให้แก่ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) จนกว่าจะชำระเสร็จ

- ใช้เงินค่าก่อสร้างโครงการจำนวน 9,000 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ในต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันชี้ขาดจนกว่าจะชำระเสร็จ

4.2.2 โครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครหรือรถไฟฟ้า BTS

โครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครเป็นโครงการที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชน เพื่อสร้างและประกอบการระบบขนส่งมวลชนวิ่งบนรางยกระดับ 2 สายในกรุงเทพมหานคร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยบรรเทาปัญหาการจราจรในกรุงเทพมหานคร และเพื่อให้ประชาชนมีทางเลือกในการเดินทางที่มีประสิทธิภาพ แต่ในระหว่างการดำเนินโครงการนี้ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งทำให้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าจะต้องดำเนินการตามหมวด 2 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่

โครงการดังกล่าวเกิดขึ้นโดยการอนุมัติของกรุงเทพมหานคร ในสมัยที่พลตรีจำลอง ศรีเมืองเป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เนื่องจากในขณะนั้นกรุงเทพมหานครไม่มีระบบขนส่งมวลชนด้วยราง แม้แต่ระบบเดียว แม้ถึงว่าจะมีการศึกษาโครงการก่อสร้างระบบรถไฟฟ้าหลายระบบ เช่น รถไฟฟ้าลาวาติน แต่ก็มีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี³⁶ ซึ่งหลังจากที่กรุงเทพมหานครได้ประกาศเงื่อนไขรายละเอียดในการลงทุนและเปิดให้เอกชนเข้ายื่นข้อเสนอเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2534 แล้ว ได้มีกลุ่มบริษัทเอกชน 3 กลุ่มเข้ายื่นข้อเสนอ ดังนี้³⁷

- (1) Bangkok Transit System Consortium
- (2) Aeromovel Consortium
- (3) Thai-German Bangkok Metro Consortium

วันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2534 คณะกรรมการได้พิจารณาเห็นชอบให้ Bangkok Transit System Consortium ของกลุ่มธนาชงเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกให้ดำเนินโครงการ จึงได้มีการจัดตั้งบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด ขึ้นมาเพื่อเข้ารับสัมปทาน และได้มีการนำเสนอโครงการเพื่อขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีในวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2535 อันเป็นช่วงรัฐบาลที่มีพลเอกสุจินดา คราประยูร เป็นนายกรัฐมนตรี และได้มีการลงนามในสัญญาสัมปทานเมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2535³⁸

³⁶ วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี. (17 มกราคม 2553). *รถไฟฟ้าเฉลิมพระเกียรติ 6 รอบพระชนมพรรษา*. เข้าถึงได้จาก: http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%A3%E0%B8%96%E0%B9%84%E0%B8%9F%E0%B8%9F%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B9%80%E0%B8%89%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%A1%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%A3%E0%B8%95%E0%B8%B4_6_%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%99%E0%B8%A1%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A9%E0%B8%B2.

³⁷ ชูชาติ สว่างสาละ. *อ้าวแล้วเชิงจรรรถที่ 1*. หน้า 180.

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

รูปแบบของการดำเนินโครงการนี้เป็นไปในลักษณะ Build-Operate-Transfer Model คือ เอกชนเป็นผู้ดำเนินการสำรวจ ออกแบบ ก่อสร้าง ดำเนินการ เมื่อครบกำหนดอายุสัญญาสัมปทาน 30 ปีแล้ว จึงจะโอนโครงการคืนแก่กรุงเทพมหานคร³⁹ และลักษณะโครงการเป็นระบบรถไฟฟ้ายกระดับ อยู่เหนือเกาะกลางถนน โดยมีรายละเอียดของเส้นทางที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานครั้งแรก ประกอบด้วย 2 เส้นทาง คือ⁴⁰

เส้นทางที่ 1 สายสีส้ม จากเชิงสะพานสมเด็จพระเจ้าตากสิน (ฝั่งกรุงเทพฯ) - ถนนราชดำริ - ถนนพระราม 1 - สนามกีฬาแห่งชาติ (ปทุมวัน) ระยะทาง 6.4 กิโลเมตร

เส้นทางที่ 2 สายสุขุมวิท จากถนนสุขุมวิท 77 (อ่อนนุช) - สุขุมวิท - เพชรินิจิต - ถนนพระราม 1 - สนามกีฬาแห่งชาติ (ปทุมวัน)

โครงการนี้มีผู้สนับสนุนเงินกู้ คือ ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) , German Reconstruction Loan Corporation และบริษัทเงินทุนระหว่างประเทศ (International Finance Corporation หรือ IFC)⁴¹

ในช่วงปลายเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2536 ได้มีกระแสต่อต้านโครงการนี้จากกลุ่มอนุรักษ์พื้นที่สวนลุมพินี เนื่องจากกรุงเทพมหานครได้กำหนดให้บริเวณสวนลุมพินีจำนวน 38 ไร่เป็นอุ้งจอด และโรงซ่อมรถไฟฟ้า ซึ่งกลุ่มอนุรักษ์พื้นที่สวนลุมพินีเห็นว่าเป็นการขัดต่อพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งทรงพระราชทานพระราชทรัพย์จัดสร้างเพื่อเป็นสวนสาธารณะของประชาชน⁴²

การชุมนุมต่อต้านการใช้พื้นที่สวนลุมพินีเป็นอุ้งจอดและโรงซ่อมรถไฟฟ้าได้ขยายกลายเป็นวิกฤตที่กระเทือนโครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร จนกระทั่งพลตรีจำลอง ศรีเมือง ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครต้องแสวงหาพื้นที่จอดและโรงซ่อมรถไฟฟ้าใหม่ และได้ข้อยุติว่าควรใช้บริเวณพื้นที่สถานีขนส่งสายเหนือและสายตะวันออกเฉียงเหนือ (สถานีขนส่งหมอชิต) เป็นอุ้งจอดและโรงซ่อมรถไฟฟ้าแห่งใหม่ กรุงเทพมหานครจึงติดต่อขอใช้พื้นที่ดังกล่าวจากกรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นเจ้าของพื้นที่⁴³

³⁹ ชัยสิทธิ์ อนุชิตวรวงศ์, ผู้บรรยาย. (2551). *แนวคิดการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนในเชิงเศรษฐศาสตร์*. (ภาพเลื่อน). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย กระทรวงคมนาคม.

⁴⁰ ชูชาติ สว่างสาตี. *อ้างแล้ว เจริญรุดที่ 1*. หน้า 181.

⁴¹ ชัยสิทธิ์ อนุชิตวรวงศ์. *อ้างแล้ว เจริญรุดที่ 39*.

⁴² วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี. *อ้างแล้ว เจริญรุดที่ 36*.

⁴³ ชูชาติ สว่างสาตี. *อ้างแล้ว เจริญรุดที่ 1*. หน้า 182.

เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2536 คณะกรรมการพิจารณากำกับระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร ได้อนุมัติขยายเส้นทางรถไฟฟ้าจากอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิถึงสถานีขนส่งหมอชิต รวมทั้งเปลี่ยนสถานที่จอดและโรงซ่อมรถไฟฟ้าจากสวนลุมพินีมาเป็นสถานีขนส่งหมอชิต⁴⁴ ซึ่งในกรณีดังกล่าวควรเป็นหน้าที่พิจารณาของคณะกรรมการประสานงานที่จะต้องมีการจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 22 ประกอบมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ต่อมาได้มีการนำส่วนต่อขยายโครงการข้างต้นเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และในวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2537 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบตามผลการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา⁴⁵ ซึ่งมีความเห็นว่าส่วนต่อขยายดังกล่าวไม่ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ ไม่ต้องศึกษาโครงการ และขออนุมัติต่อกระทรวงการคลังหรือสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคม แต่ทั้งนี้ยังต้องจัดทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม⁴⁶ เนื่องจากว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้มีบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาร่วมงานหรือการดำเนินการภายหลังจากที่ได้ลงนามแล้ว ทำให้การดำเนินการเกี่ยวกับส่วนต่อขยายโครงการจากอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิถึงสถานีขนส่งหมอชิต จึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่อย่างใด

นอกจากนี้ โครงการระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทานเดิมนั้นเป็นการให้บริการเฉพาะในเขตกรุงเทพมหานครชั้นในซึ่งเป็นเส้นทางสั้นทำให้โครงการไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะไม่มีโครงข่ายเชื่อมต่อกับโครงการระบบขนส่งมวลชนโครงการอื่น ๆ กรุงเทพมหานครและบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด จึงได้พิจารณาศึกษาหาทางขยายโครงข่ายรถไฟฟ้าอีก 3 เส้นทาง รวมระยะทาง 19.6 กิโลเมตร วงเงินลงทุนราว 32,000 ล้านบาท ประกอบด้วย⁴⁷

(1) ส่วนต่อขยายสีลมข้ามแม่น้ำเจ้าพระยา – ถนนตากสิน ระยะทาง 2.2 กิโลเมตร วงเงินลงทุน 4,658 ล้านบาท

(2) ส่วนต่อขยายจากอ่อนนุช – สำโรง ระยะทาง 8.9 กิโลเมตร วงเงินลงทุน 15,154 ล้านบาท

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁵ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 471/2537.

⁴⁶ ชูชาติ สว่างสาส์. *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*. หน้า 185.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 186.

(3) ส่วนต่อขยายจากถนนนราธิวาสราชนครินทร์ – ถนนสาธุประดิษฐ์ ระยะทาง 8.5 กิโลเมตร วงเงินลงทุน 12,798 ล้านบาท

โดยจะใช้ระยะเวลาดำเนินการก่อสร้าง 36 เดือน แต่ในกรณีนี้กรุงเทพมหานครได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ มีการนำเสนอโครงการดังกล่าวต่อ สศช. เมื่อปลายเดือนธันวาคม พ.ศ. 2542 และได้รับการอนุมัติตามข้อเสนอเมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2543 ก่อนที่จะมีการนำเสนอโครงการนี้ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้พิจารณา และคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543 ทั้งนี้เพราะถือว่าโครงการดังกล่าวมีวงเงินลงทุนเกินหนึ่งพันล้านบาท และเป็นโครงการใหม่ที่แยกออกมาจากโครงการสัมปทานเดิม⁴⁸ ซึ่งกรณีนี้ถือว่าแตกต่างจากแนวทางปฏิบัติในเรื่องส่วนต่อขยายโครงการจากอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิถึงสถานีขนส่งหมอชิต

4.2.3 โครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิต

โครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิต หรือโครงการคอนกรีตเมืองโทลล์เวย์เป็นอีกโครงการที่ต้องประสบปัญหาในการดำเนินโครงการ จนต้องมีการตกลงทำการแก้ไขสัญญาสัมปทาน แต่ในการจัดทำบันทึกข้อตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทานดังกล่าวฝ่ายรัฐมิได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายบังคับดังกล่าวหาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาภายหลังจากการลงนามแล้ว

โครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิตถือได้ว่าเป็นโครงการที่เกิดขึ้นเพื่อบรรเทาปัญหาการจราจรที่ติดขัดบนถนนวิภาวดีรังสิต โดยผลการศึกษาของกรมทางหลวงพบว่า ในระหว่างปี พ.ศ. 2529-2530 ปริมาณการจราจรบนถนนวิภาวดีรังสิตมีความแออัด เพราะปริมาณรถยนต์ที่วิ่งบนถนนสายนี้สูงถึงวันละประมาณ 200,000 คัน ซึ่งถ้าหากทำการเพิ่มพื้นที่ในระดับราบจะกระทำได้ยากเนื่องจากเหตุที่ริมถนนทั้งสองด้านเป็นคูระบายน้ำตามโครงการป้องกันน้ำท่วมของกรุงเทพฯ รวมทั้งยังมีตึกอาคารสำนักงานต่าง ๆ ดังนั้น จึงเห็นควรก่อสร้างเป็นทางยกระดับซึ่งวัตถุประสงค์หลักของโครงการนี้ คือ⁴⁹

(1) เพื่อเพิ่มขีดความสามารถให้มากขึ้น สามารถรองรับการเพิ่มขึ้นของขบวนที่ใช้ถนนวิภาวดีรังสิตในอนาคตได้ ทั้งในด้านฝั่งขาออกและขาเข้า ระหว่างกรุงเทพฯ กับภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคตะวันออก

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ บริษัท ทางยกระดับคอนกรีต จำกัด (มหาชน). (ม.ป.ป.). *ที่มาของโครงการ*. เข้าถึงได้จาก <http://www.tollway.co.th/about01.html>.

(2) เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับรถยนต์ที่ต้องการใช้ความเร็วสูง และเดินทางระยะไกลในการใช้เส้นทางถนนวิภาวดีรังสิต

(3) เพื่อเป็นทางเชื่อมให้รถยนต์บนถนนวิภาวดีรังสิตสามารถวิ่งไปยังท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ได้โดยตรง

(4) เพื่อเพิ่มความคล่องตัวบริเวณทางแยกต่างระดับที่บางเขนและหลักสี่ โดยการออกแบบเป็นทางด่วนที่ทันสมัย โดยคำนึงถึงทิศทางการขยายตัวของเมืองตามแนวถนนซึ่งเหมาะสมกว่าสภาพทิศทางสะพานลอยเดิมที่เป็นอยู่

โครงการก่อสร้างทางยกระดับบนถนนสายนี้ต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก ซึ่งรัฐบาลไม่สามารถจัดสรรงบประมาณได้ กระทรวงคมนาคมจึงรับนโยบายในเรื่องดังกล่าวมาโดยเชิญชวนภาคเอกชนมาร่วมลงทุนในโครงการ ซึ่งรัฐบาลจะให้สัมปทานและสิทธิแก่เอกชนในการเก็บเงินค่าผ่านทางตามที่รัฐบาลเห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ใช้งาน⁵⁰

กรมทางหลวงจึงได้ออกประกาศเชิญชวนให้เอกชนยื่นข้อเสนอเพื่อเข้ารับสัมปทานลงทุนในโครงการก่อสร้างทางยกระดับวิภาวดีรังสิตตลอดแนวเกาะกลางถนนจากดินแดง – คอนเมือง ระยะทางประมาณ 20 กิโลเมตร โดยมีระยะเวลาสัมปทาน 25 ปี

กลุ่มกิจการร่วมค้า คิววิตัก คอนเซอร์เคียม ซึ่งประกอบด้วย บริษัท คิคเกอร์ซอฟท์ แอนด์ วิดมานน์ จำกัด (เยอรมัน) บริษัท จีทีเอ็ม อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด (ฝรั่งเศส) และบริษัท ศรีนครการโยธา จำกัด (ไทย)⁵¹ ได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้เข้ารับสัมปทาน โดยกลุ่มกิจการร่วมค้าดังกล่าวได้จัดตั้งบริษัท คอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด เพื่อเข้ารับสิทธิสัมปทานในการดำเนินโครงการนี้ และได้มีการลงนามในสัญญาสัมปทานกับกรมทางหลวงเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ต่อมาในปี พ.ศ. 2538 บริษัท คอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด ได้เปลี่ยนสถานะเป็นบริษัทมหาชน คู่สัญญาสัมปทานจึงได้จัดทำบันทึกข้อตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทาน ฉบับที่ 1/2538 ลงวันที่ 21 เมษายน 2538 เพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อคู่สัญญาเอกชนจาก บริษัท คอนเมืองโทลล์เวย์ จำกัด เป็น บริษัท ทางยกระดับคอนเมือง จำกัด (มหาชน) รวมทั้งยังได้มีการปรับปรุงเรื่องผลประโยชน์เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐได้รับเพิ่มขึ้นเนื่องจากบริษัทคู่สัญญาได้รับการส่งเสริมการลงทุน⁵²

ในระหว่างการดำเนินโครงการได้เกิดความล่าช้า ซึ่งสาเหตุสำคัญมาจากการที่ประชาชนไม่ยินยอมให้ทุบสะพานลอยทั้งสองแห่งบนถนนวิภาวดีรังสิต คือ สะพานลอยบางเขนและ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

⁵² สยามรัฐออนไลน์. (11 พฤศจิกายน 2552). *เสียงสอบโทลล์เวย์รัฐหุ้นใหญ่โขกปชช.* เข้าถึงได้จาก: <http://www.siamrath.co.th/uifont/NewsDetail.aspx?cid=102&nid=50538>.

หลักสี่เพื่อก่อสร้างสะพานลอยกลับทิศเชื่อมโครงการในด้านตะวันออกและตะวันตกแทน เนื่องจากพิจารณาว่าเป็นการบังคับให้ประชาชนต้องใช้ทางยกระดับดังกล่าว รวมทั้งปัญหาที่มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ไม่ยินยอมให้ใช้พื้นที่ของตนจำนวน 7 ไร่ เพื่อก่อสร้างวงแหวนลอยฟ้าซึ่งจะเชื่อมกับสะพานลอยกลับทิศ เพราะฉะนั้น ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 จึงมีมติให้กระทรวงคมนาคม โดยกรมทางหลวงรับไปเจรจากับบริษัทคู่สัญญาในเรื่องการให้คงสะพานลอยทั้งสองแห่งไว้เพื่อแลกเปลี่ยนกับเงื่อนไขให้บริษัทคู่สัญญาสามารถทำการต่อขยายเส้นทางด้านทิศเหนือไปถึงอนุสรณ์สถาน แต่บริษัทคู่สัญญาไม่ยินยอมด้วยเพราะมีผลกระทบต่อการกู้เงินมาดำเนินการตามสัญญา นอกจากนี้ ก็ยังมีปัญหาในเรื่องคู่แข่ง คือ โครงการทางด่วนขั้นที่ 2 ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ซึ่งได้มีการเก็บค่าบริการที่ต่ำกว่า⁵³

ต่อมาเมื่อมีการเปิดให้บริการโครงการทางยกระดับวิภาวดีรังสิตในส่วนดินแดง-หลักสี่เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2537 ปรากฏว่าปริมาณรถยนต์ที่ขึ้นไปใช้ทางยกระดับไม่เป็นไปตามเป้าหมาย เนื่องจากโครงการยังไม่สมบูรณ์ตามที่บริษัทคู่สัญญาวางแผนไว้ โดยบริษัทคู่สัญญากล่าวอ้างถึงการที่ไม่สามารถทบทวนสะพานลอยทั้งสองแห่ง และกรณีที่ได้มีการเปิดให้บริการโครงการทางด่วนขั้นที่ 2⁵⁴ แต่เมื่อพิจารณาถึงถนนวิภาวดีรังสิตแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นทางหลวงพิเศษ ซึ่งแบ่งช่องทางเดินรถเป็นทางด่วนหรือทางหลัก (Main Road) และทางคู่ขนาน (Frontage Road)⁵⁵ จึงทำให้ประชาชนเลือกใช้เส้นทางนี้แทนทางยกระดับเพราะไม่ต้องเสียค่าบริการ

ทางกลุ่มผู้ถือหุ้นของบริษัทคู่สัญญาจึงได้ประกาศขายหุ้นให้นักลงทุนไทยซึ่งมีแกนนำคือ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) กลุ่มของนายเจริญ ศิริวัฒนภักดี และบริษัท ช. การช่าง จำกัด แต่การเจรจาไม่สามารถตกลงกันได้เนื่องจากกลุ่มผู้ถือหุ้นตั้งราคาขายเอาไว้มาก ในที่สุดบริษัทคู่สัญญาจึงได้ยื่นข้อเรียกร้องต่อรัฐบาลเพื่อให้ชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับ โดยอาจสรุปข้อเรียกร้องต่าง ๆ ได้ ดังนี้⁵⁶

⁵³ โสภชัย รัตกจินากร. (2541). *ปัญหาและอุปสรรคในการมีส่วนร่วมของเอกชนต่อกิจการของรัฐ : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, หน้า 117.

⁵⁴ ชูชาติ สว่างสาตี. *อ้างแล้ว เจริญรถที่ 1*. หน้า 259.

⁵⁵ วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี. (28 เมษายน 2553). *ถนนวิภาวดีรังสิต*. เข้าถึงได้จาก: <http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%96%E0%B8%99%E0%B8%99%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%A7E0%B8%94%E0%B8%B5%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%95>.

⁵⁶ ชูชาติ สว่างสาตี. *อ้างแล้ว เจริญรถที่ 1*. หน้า 260-261.

(1) ให้รัฐจัดหาแหล่งเงินกู้ดอกเบี้ยต่ำร้อยละ 3 วงเงิน 5,000 ล้านบาทเพื่อนำไปจ่ายคืนหนี้เงินกู้ต่างประเทศและผู้รับเหมาต่างประเทศทั้งหมด

(2) ขยายอายุสัมปทานเป็น 30 ปี นับแต่วันที่โครงการส่วนต่อขยายเส้นทางด้านทิศเหนือแล้วเสร็จ

(3) ขอสิทธิเป็นผู้ดำเนินการในส่วนขยายโครงการถึงหน้ามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต และประตูน้ำพระอินทร์ หากว่ารัฐมีโครงการที่จะขยายเส้นทาง

(4) ขอปรับค่าผ่านทางในเส้นทางระหว่างดินแดง-หลักสี่เป็นราคา 30 บาท ทั้งนี้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2539 และปรับเพิ่มทุก ๆ 5 ปี แต่ในส่วนต่อขยายเส้นทางด้านทิศเหนือคิดเพิ่มอีก 15 บาท

(5) ขอรับการส่งเสริมการลงทุนขั้นสูงสุด และยกเว้นภาษีเงินได้กับภาษีเงินปันผล โดยเริ่มนับแต่โครงการส่วนต่อขยายเส้นทางแล้วเสร็จ

(6) ขอยกเว้นการเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากโครงการ

(7) ขอเชื่อมทางเข้าทางด่วนขั้นที่ 1 และ 2 โดยออกค่าใช้จ่ายคนละครั้งกับการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

วันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2539 กระทรวงการคลังได้เสนอแนวทางในอันที่จะให้รัฐเข้าถือหุ้นในโครงการนี้สัดส่วนร้อยละประมาณ 40 วงเงิน 3,000 ล้านบาท และให้บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเป็นผู้จัดหาแหล่งเงินกู้ผ่อนปรนจำนวน 8,500 ล้านบาท แก่บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) เพื่อนำไปใช้ชำระหนี้เงินกู้ต่างประเทศ โดยเรื่องดังกล่าวได้นำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2539 และที่ประชุมได้มีมติซึ่งสามารถสรุปรายละเอียดที่สำคัญได้ ดังนี้⁵⁷

(1) ขยายอายุสัมปทานจากเดิม 25 ปี นับจากวันที่สัญญาสัมปทานมีผลใช้บังคับเป็น 25 ปี นับจากวันลงนามในสัญญาแก้ไข

(2) หลังจากบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ได้ทำการเพิ่มทุนจดทะเบียนจำนวน 3,000 ล้านบาทแล้ว ให้กระทรวงการคลังจัดหาแหล่งเงินเพื่อเข้าถือหุ้นในจำนวนดังกล่าว

(3) บริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จะต้องจัดหาแหล่งเงินกู้เพิ่มเติมจำนวน 3,700 ล้านบาท เพื่อก่อสร้างเส้นทางส่วนต่อขยายด้านทิศเหนือจากหลักสี่ไปยังอนุสรณ์สถาน และสร้างเส้นทางเชื่อมเข้าสู่ท่าอากาศยานกรุงเทพ

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 261-262.

(4) การปรับค่าผ่านทางจะกระทำได้ภายหลังการก่อสร้างสะพานลอยกลับทิศทาง 4 จุดของกรมทางหลวงแล้วเสร็จ

(5) ให้บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยจัดหาแหล่งเงินกู้ผ่อนปรนจำนวน 8,500 ล้านบาท เพื่อบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) จะได้นำเงินไปชำระหนี้เงินกู้โดยระยะเวลา 15 ปี กำหนดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 8.5 – 12.5

ผลของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้นเป็นผลให้มีการจัดทำบันทึกข้อตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาสัมปทาน ฉบับที่ 2/2539 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539 แต่บันทึกข้อตกลงฉบับดังกล่าวมิได้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้หาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขสัญญาในภายหลังจากที่โครงการได้ดำเนินไปแล้ว ดังนั้น จึงถือได้ว่าการจัดทำบันทึกข้อตกลงนั้นผิดต่อหลักการของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐที่ต้องการให้การเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเป็นไปด้วยความชัดเจน โปร่งใส เป็นธรรม และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อรัฐ นอกจากนี้ กรณีที่ภาครัฐเข้าถือหุ้นเพิ่มทุนในบริษัท ทางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) นายชาญชัย อิศระเสนารักษ์ รองประธานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต สภาผู้แทนราษฎร ได้กล่าวว่าจะเข้าตรวจสอบถึงกรณีที่รัฐเข้าถือหุ้นนั้นว่าได้มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่⁵⁸

กรณีไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ในการจัดทำสัญญาสัมปทานนั้น ดร. อารยา กิตติเวช นิติกรของบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การที่หน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายในขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญาสัมปทานกับเอกชนอาจถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐกระทำผิดหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ และอาจมีลักษณะเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ดังนั้น การดำเนินการให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้จึงเป็นเรื่องสำคัญที่หน่วยงานของรัฐพึงต้องใช้ความระมัดระวัง และพิจารณาให้รอบคอบก่อนจัดทำสัญญาสัมปทาน เพราะมิฉะนั้นหากสัญญาดังกล่าวถูกพิจารณาว่าไม่มีผลผูกพันจนทำให้สัญญาต้องเสียไปทั้งฉบับแล้วก็อาจสร้างความเสียหายอย่างมากต่อคู่สัญญาฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชน รวมทั้งประชาชนด้วย⁵⁹

⁵⁸ สยามรัฐออนไลน์. อ้างแล้ว เจริญอรุณที่ 52.

⁵⁹ อารยา กิตติเวช. (2550). สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 378-379.

อนึ่ง นางสาวณูดานาฎ ขออาพัค นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดิน ได้เสนอความเห็นว่าในกรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการ โดยมีใช้ความผิดของเอกชนคู่สัญญานั้น หากให้มีการเพิกถอนสัญญาในกรณีเช่นนี้ เอกชนคู่สัญญาอาจฟ้องเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐรับผิดชอบในฐานะผิดสัญญาได้ ซึ่งจะทำให้ฝ่ายรัฐต้องเสียหาย ทั้งยังเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะหรือมีผลกระทบต่อประชาชนในเรื่องความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้ ดังนั้น การที่จะขอเพิกถอนสัญญาทางปกครอง (ซึ่งสัญญาสัมปทานถือเป็นสัญญาทางปกครองด้วย) ต้องเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ลักษณะ ดังนี้⁶⁰

(1) มีความบกพร่องในการแสดงเจตนาอย่างร้ายแรงซึ่งเทียบเคียงได้กับเหตุโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น มีความบกพร่องในเรื่องอำนาจในการทำสัญญา หรือมีการปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งถ้าหากทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วสัญญาคงไม่เกิดขึ้น เป็นต้น

(2) เอกชนคู่สัญญากระทำการโดยไม่สุจริต หรือมีส่วนร่วมกระทำความผิด หรือเป็นผู้สนับสนุนหรือมีส่วนรู้เห็นกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำความผิดในการเสนอราคาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

(3) มีการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการในกระบวนการทำสัญญาอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับสัญญาทางปกครอง และถ้าหากสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ

(4) กรณีมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชนเนื่องจากสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

4.2.4 การต่ออายุสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ E & O⁶¹

E & O เป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้เข้าทำสัญญากับการรถไฟแห่งประเทศไทย เพื่อให้การรถไฟแห่งประเทศไทยทำการลากจูงตู้รถไฟของ E & O ในเส้นทางรถไฟสายกรุงเทพฯ – ปาดังเบซาร์ , กรุงเทพฯ – สุโขทัย และกรุงเทพฯ – พิษณุโลก โดยการรถไฟแห่งประเทศไทยจะไม่ทำการลากจูงตู้รถไฟของผู้ประกอบการอื่นที่ประกอบกิจการเดินรถไฟเพื่อบริการนักท่องเที่ยวใน

⁶⁰ ณูดานาฎ ขออาพัค. (2552). *สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 137-139.

⁶¹ ผุสดี ชูทรัพย์. *หัวหน้างานประสานงานการโดยสาร การรถไฟแห่งประเทศไทย*. สัมภาษณ์, 1 กุมภาพันธ์ 2553.

มาตรฐานเดียวกันหรือคล้ายกันกับบริการของ E & O ซึ่งกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการร่วมงานหรือดำเนินการตามนิยามศัพท์แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ดังนั้น หากมูลค่าโครงการดังกล่าวเกินหนึ่งพันล้านบาท การต่อสัญญาฉบับนี้จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ

โดยความเป็นมาของเรื่องนี้ คือ Venice SImplon - Orient - Express Limited ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการขบวนรถ Oriental Express ระหว่างกรุงลอนดอน - ปารีส - ซูริก - เวนิส/ซาลส์บูร์ก - เวียนนา ได้ติดต่อกับการรถไฟแห่งประเทศไทย และประเทศมาเลเซียตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 เพื่อเสนอโครงการเดินรถไฟนำเที่ยวแบบในยุโรประหว่างประเทศสิงคโปร์ - ประเทศมาเลเซีย - ประเทศไทย โดย Venice SImplon - Orient - Express Limited ได้จัดตั้ง Malaya - Siam Royal Mail Limited เพื่อดำเนินกิจการนี้ แต่ต่อมา Malaya - Siam Royal Mail Limited ได้เปลี่ยนชื่อเป็น Eastern & Oriental Express Limited

ลักษณะของโครงการดังกล่าว คือ E & O จะเป็นผู้จัดหารถโดยสารใช้แล้วจากประเทศนิวซีแลนด์เพื่อนำไปดัดแปลงให้เป็นรถท่องเที่ยว ส่วนการลากจูงขบวนรถโดยสารนั้นจะใช้หัวรถจักรของประเทศที่มีการเดินรถผ่าน โดยในประเทศไทย - ประเทศมาเลเซีย ใช้หัวรถจักรของประเทศมาเลเซีย แต่ในการเดินขบวนรถในประเทศไทยจะใช้หัวรถจักรของการรถไฟแห่งประเทศไทย ทำให้ E & O ได้เริ่มติดต่อเพื่อทำสัญญาลากจูงขบวนรถกับการรถไฟแห่งประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530

การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาตรวจร่างเมื่อวันที่ 10 กันยายน พ.ศ. 2534 และสำนักงานอัยการสูงสุดได้แจ้งผลการพิจารณาเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2535 พร้อมให้ข้อสังเกตว่าสัญญาฉบับนี้ถือเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคประเภทการรถไฟ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ก่อน ถึงจะลงนามในสัญญาได้ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้ออกใบอนุญาตให้ E & O กระทำกิจการเช่นว่านั้นได้เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม พ.ศ. 2536

หลังจากนั้น การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ลงนามในสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวเกี่ยวกับ E & O เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2536 โดยสัญญาฉบับนี้มีกำหนดเวลา 17 ปี นับแต่วันที่ลงนามในสัญญา และตามเงื่อนไขของสัญญายังกำหนดให้ E & O อาจร้องขอให้การรถไฟแห่งประเทศไทยพิจารณาขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปได้อีกคราวละ 10 ปี

ต่อมาทาง E & O ได้ดำเนินการขอต่ออายุสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวดังกล่าว ซึ่งการรถไฟแห่งประเทศไทยได้หารือกระทรวงคลังถึงการต่อสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ E & O ว่าจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่

กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีที่การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ทำสัญญาลากจูงตู้รถไฟของ E & O ซึ่งจัดให้บริการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่างประเทศในเครือข่ายเส้นทางเดินรถของการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยได้รับค่าบริการลากจูง รวมทั้งยังมีสิทธิได้รับเงินเพิ่มเติมในอัตราร้อยละ 5 ของยอดกำไรรวมจากการประกอบกิจการของขบวนรถไฟในเครือข่ายเส้นทางเดินรถของการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยมีการให้สิทธิเฉพาะแก่ E & O สำหรับการให้บริการเดินรถไฟหรรษาในเส้นทางสายหลัก และภายในระยะเวลา 12 ปีนับแต่วันเริ่มเดินรถ การรถไฟแห่งประเทศไทยจะไม่ลากจูงตู้รถไฟของผู้ประกอบการอื่นซึ่งประกอบกิจการเดินรถไฟแบบหรรษาในมาตรฐานที่เหมือนหรือคล้ายกับบริการของ E & O นอกจากนี้ ยังมีการให้สิทธิแก่ E & O ที่จะได้รับการพิจารณาก่อนผู้อื่นสำหรับการให้บริการเดินรถไฟแบบหรรษาในเส้นทางสายอื่นด้วย เมื่อการดำเนินโครงการดังกล่าวต้องใช้รางรถไฟและทรัพย์สินอย่างอื่นอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ ฉะนั้น สัญญาดำเนินกิจการระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยกับ E & O จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ส่วนการต่อสัญญาฉบับดังกล่าวการรถไฟแห่งประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ต้องพิจารณามูลค่าของโครงการประกอบด้วย ซึ่งถ้าหากโครงการเช่นนี้เป็นการลงทุนที่มีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายฉบับนี้⁶² แต่กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรองหาได้กำหนดถึงวิธีการคิดคำนวณมูลค่าของโครงการไว้ ทำให้เกิดปัญหาในการคิดคำนวณมูลค่าของโครงการ

การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ดำเนินการหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาในปัญหาดังกล่าวแต่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือเพียงในแง่หลักกฎหมายว่าการคิดวงเงินลงทุนต้องคิดจากเงินลงทุนทั้งในส่วนของเอกชนรวมกับมูลค่าทรัพย์สินของรัฐที่เอกชนใช้ในโครงการตามสัดส่วนการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวของรัฐ โดยหาได้ระบุวิธีการคิดคำนวณที่แน่นอนทำให้การรถไฟแห่งประเทศไทยใช้วิธีการคิดคำนวณโดยนำสัดส่วนการที่ E & O เคยเดินขบวนรถจริงมาคูณกับผลรวมของมูลค่าของที่ดินที่ใช้สำหรับวางรางรถไฟ และพื้นที่สองข้างรางรถไฟด้านละ 2.5 เมตร กับมูลค่าทางถาวรทั่วประเทศ รวมทั้งมูลค่ารถจักรที่ใช้การได้ ซึ่งการคำนวณมูลค่าของโครงการตามสูตรนี้ทำให้คิดวงเงินลงทุนได้ 794.585 ล้านบาท ซึ่งมีวงเงินลงทุนหรือมูลค่าทรัพย์สินไม่เกินหนึ่งพันล้านบาท

⁶² กระทรวงการคลัง. (2552, 22 มกราคม). *การต่ออายุสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ EASTERN & ORIENTAL EXPRESS จำกัด*. ที่ กค 0803.2/1116.

เป็นการต่ออายุสัญญาประกอบกิจการเดินรถไฟท่องเที่ยวระหว่าง การรถไฟแห่งประเทศไทย กับ E & O ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

4.2.5 โครงการรถไฟความเร็วสูง

โครงการรถไฟความเร็วสูง (High-Speed Train) ถือเป็นโครงการที่ได้มีการริเริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 แต่การดำเนินโครงการได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 จนทำให้การดำเนินโครงการเกิดความล่าช้า และต่อมาได้มีการระงับโครงการไว้ก่อนเนื่องจากเกิดปัญหาภาวะเศรษฐกิจในช่วงปี พ.ศ. 2540 ในปัจจุบันคณะรัฐมนตรีเห็นสมควรให้ดำเนินโครงการดังกล่าวต่อไป

โครงการนี้ถูกบรรจุไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2534 – 2539) โดยมีการกำหนดให้รัฐควรต้องเริ่มการพัฒนาระบบรถไฟความเร็วสูงในประเทศไทย เพื่อรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ⁶³

สมัยรัฐบาลที่มีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี ในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2535 ที่ประชุมได้มีมติมอบหมายให้ สศช. ดำเนินการศึกษาแผนแม่บทระบบรถไฟความเร็วสูง โดยให้ประเด็นศึกษาในเส้นทางกรุงเทพฯ – ชายฝั่งทะเลตะวันออก ระยะทางประมาณ 200 กิโลเมตร ทั้งนี้เพื่อเป็นโครงการนำร่องและรองรับการพัฒนาพื้นที่ชายฝั่งทะเลตะวันออก (อีสเทิร์นซีบอร์ด) สศช. จึงออกประกาศเชิญชวนบริษัทที่ปรึกษาให้เข้ามายื่นข้อเสนอเพื่อดำเนินการศึกษาระบบรถไฟความเร็วสูงในประเทศไทย และได้มีการว่าจ้าง 4 บริษัทที่ปรึกษาให้ร่วมกันเข้ามาดำเนินการศึกษาระบบรถไฟความเร็วสูงเบื้องต้นของประเทศไทย โดยบริษัทที่ปรึกษาเหล่านั้น ได้แก่ บริษัท วิลเบอร์ สมิท แอสโซซิเอทส์ อิงค์ จำกัด , บริษัท ทรานส์มาร์ค จำกัด , บริษัท เอเชียนเอ็นจิเนียริง คอนซัลแต้นส์ จำกัด และบริษัท ทิม คอนซัลตติ้ง เอ็นจิเนียร์ จำกัด วงเงินค่าจ้างรวม 25 ล้านบาท ซึ่งกรอบการดำเนินการศึกษาในครั้งนี้มี 2 ประการ คือ การศึกษารถไฟความเร็วสูงทั่วประเทศ และการศึกษาความเหมาะสมด้านการลงทุน โครงการรถไฟความเร็วสูงในเส้นทางกรุงเทพฯ – ชายฝั่งทะเลตะวันออก⁶⁴

วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นช่วงของรัฐบาลที่มีนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี กลุ่มบริษัทที่ปรึกษาได้เสนอรายงานผลการศึกษาโครงการระบบรถไฟความเร็วสูงสำหรับประเทศไทยแก่ สศช. ซึ่งมีทั้งหมด 6 เส้นทาง ได้แก่⁶⁵

⁶³ ชูชาติ สว่างสาละ. *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*. หน้า 90.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-91.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

- (1) เส้นทางกรุงเทพฯ – สุโขทัย – หนองคาย วงเงินลงทุน 57,000 – 112,000 ล้านบาท
- (2) เส้นทางกรุงเทพฯ – เชียงใหม่ วงเงินลงทุน 47,000 – 81,000 ล้านบาท
- (3) เส้นทางกรุงเทพฯ – หนองคาย วงเงินลงทุน 39,000 – 66,000 ล้านบาท
- (4) เส้นทางกรุงเทพฯ – อุบลราชธานี วงเงินลงทุน 36,000 – 61,000 ล้านบาท
- (5) เส้นทางกรุงเทพฯ – อัญประเทศ วงเงินลงทุน 16,000 – 30,000 ล้านบาท
- (6) เส้นทางกรุงเทพฯ – ระยอง วงเงินลงทุน 15,000 – 32,000 ล้านบาท

เมื่อทำการศึกษาวิเคราะห์เงินลงทุน ผลตอบแทนการลงทุน และความสอดคล้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศแล้ว บริษัทที่ปรึกษาต่างเห็นว่าเส้นทางสายตะวันออกระหว่าง กรุงเทพฯ – มาบตาพุด – ระยอง ระยะทาง 191 กิโลเมตร มีความเป็นไปได้มากที่สุด เพราะเป็นโครงการที่เชื่อมโยงกับโครงการพัฒนาชายฝั่งทะเลตะวันออก ซึ่งจะมีโครงการอุทยานอุตสาหกรรม การขนส่งสินค้าทางอากาศ (Global Transpark) ท่าเรือน้ำลึก และท่าอากาศยานสากลกรุงเทพแห่งที่ 2 (สนามบินหนองงูเห่า) รองรับอยู่ โดยเส้นทางซึ่งกลุ่มบริษัทที่ปรึกษาได้ดำเนินการศึกษาไว้มีจุดเริ่มต้นจากสถานีจอctrดไฟฟ้าห้วยขวาง ผ่านสนามบินหนองงูเห่า บางปะกง ชลบุรี ศรีราชา มาบตาพุด – ระยอง รวมระยะทาง 191 กิโลเมตร มีวงเงินลงทุน 33,020 ล้านบาท ซึ่งผลตอบแทนการลงทุนจะอยู่ที่ร้อยละ 14.2 สามารถรองรับผู้โดยสารในเบื้องต้นได้วันละ 50,000 คน และอาจเพิ่มได้ถึง 130,000 คน ในระยะ 10 ปี⁶⁶

ในวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2537 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักการการดำเนินโครงการรถไฟความเร็วสูงสายชายฝั่งทะเลตะวันออกเส้นทางกรุงเทพฯ – สนามบินหนองงูเห่า – ชลบุรี – มาบตาพุด – ระยอง ตามที่ สศช. นำเสนอ จึงได้มีการว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษาเพื่อมาดำเนินการศึกษาถึงรายละเอียด และรูปแบบการลงทุนโครงการ ซึ่งได้มีการว่าจ้างบริษัท วิลเบอร์ สมิท แอสโซซิเอทส์ ینگ์ จำกัด เข้ามาดำเนินการ โดยกรอบการศึกษาในครั้งนี้ครอบคลุมรายละเอียด รูปแบบการลงทุน สิทธิประโยชน์ในการให้เอกชนเข้ารับสัมปทาน การให้การส่งเสริมการลงทุน เงื่อนไขทางวิศวกรรมอื่น ๆ และพิจารณาองค์กรที่จะรับโอนโครงการนี้ไปดูแล⁶⁷

ต่อมาสมัยรัฐบาลที่มีนายบรรหาร ศิลปอาชา เป็นนายกรัฐมนตรี บริษัท วิลเบอร์ สมิท แอสโซซิเอทส์ ینگ์ จำกัด ได้เสนอรายงานผลการศึกษาโครงการรถไฟความเร็วสูงฉบับสมบูรณ์ให้แก่ สศช. พิจารณา ซึ่งผลการพิจารณาของ สศช. เห็นว่าผลตอบแทนโครงการดังกล่าวอยู่ในระดับ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

ต่ำ จำเป็นที่รัฐต้องเข้าร่วมลงทุนในสัดส่วนร้อยละ 30 – 50 และได้เสนอให้การรถไฟแห่งประเทศไทย จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมารับผิดชอบ โครงการนี้เป็นการเฉพาะ⁶⁸

วันที่ 11 มีนาคม พ.ศ. 2539 คณะกรรมการรถไฟแห่งประเทศไทยได้ข้อยุติในเรื่อง รูปแบบการลงทุนของโครงการ โดยเห็นควรให้รัฐเข้าร่วมลงทุนโครงการนี้ในสัดส่วนร้อยละ 20 ส่วนเอกชนลงทุนร้อยละ 80 พร้อมทั้งได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการศึกษาโครงการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนโครงการรถไฟความเร็วสูง ซึ่งมีผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นประธาน เพื่อดำเนินการศึกษา แนวทางการร่วมลงทุนกับเอกชน และการจัดตั้งหน่วยงานภายในการรถไฟแห่งประเทศไทยที่จะมาดูแลโครงการ คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้มีการประชุมหลายครั้ง และได้ข้อสรุปในหลักการร่วมลงทุนกับเอกชน กล่าวคือ จะให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนเป็นระยะเวลา 30 ปี ด้วยวงเงินลงทุนในเวลานั้นราว 29,600 ล้านบาท และค่าเวนคืน 4,200 ล้านบาท แต่ก่อนที่จะเสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรี รัฐบาลของนายบรรหาร ศิลปอาชา ก็ได้ประกาศยุบสภาเมื่อวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2539 คณะรัฐมนตรีรักษาการจึงมิได้พิจารณาให้ความเห็นแก่โครงการนี้แต่อย่างใด ต่อมาในสมัยรัฐบาลที่มีพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี กระทรวงคมนาคมได้เชิญหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งการรถไฟแห่งประเทศไทย สศข. สำนักงบประมาณ และกระทรวงการคลังเข้าร่วมหารือเพื่อผลักดันโครงการรถไฟความเร็วสูง⁶⁹

อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2540 จึงต้องขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund หรือ IMF) คณะรัฐมนตรีจึงได้กำหนดกรอบการลงทุนของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศ โดยกำหนดให้ทุกส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่จะดำเนินการและริเริ่มโครงการใหม่จะต้องส่งรายละเอียด และแผนดำเนินโครงการแก่ สศข. เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบพร้อมกำหนดกรอบการลงทุนใหม่ทั้งหมด โดยหากโครงการใดมีผลตอบแทนต่ำ เป็นโครงการที่ต้องพึ่งพาแหล่งเงินกู้ต่างประเทศ หรือต้องพึ่งพาอุปกรณ์จากต่างประเทศแล้วก็ให้ทบทวนการลงทุน กรณีดังกล่าวเป็นผลให้โครงการรถไฟความเร็วสูงสายชายฝั่งทะเลตะวันออกต้องถูกหีบขบขี้ขึ้นมาทบทวนใหม่ทั้งหมด และต่อมาเมื่อรัฐบาลซึ่งมีนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรีได้กลับมาบริหารประเทศเป็นสมัยที่ 2 แม้ถึงว่าการรถไฟแห่งประเทศไทยจะพยายามเสนอรูปแบบการลงทุนโครงการรถไฟความเร็วสูงต่อกระทรวงคมนาคม

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95-96.

หลายแนวทาง แต่ผลกระทบจากปัญหาเศรษฐกิจทำให้กระทรวงคมนาคมต้องระงับโครงการนั้นไว้ก่อน⁷⁰

ในปัจจุบันรัฐบาลได้มีแนวคิดที่จะดำเนินโครงการดังกล่าวอีกครั้ง ดังจะเห็นได้จากมติที่ประชุมคณะกรรมการรัฐมนตรีเศรษฐกิจ ครั้งที่ 16/2552 เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 ได้มอบหมายให้กระทรวงคมนาคมเร่งศึกษาความเหมาะสมของโครงการรถไฟฟ้าความเร็วสูงในเส้นทาง กรุงเทพฯ – ระยอง ให้แล้วเสร็จภายใน 45 วัน และจัดส่งให้กระทรวงการคลังพิจารณา⁷¹ ซึ่งถ้าหากว่าภาครัฐใช้วิธีการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turn Key) เป็นรูปแบบในการดำเนินโครงการเพื่อหลีกเลี่ยงกระบวนการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แล้ว อาจถูกปัญหาเรื่องเรียนในเรื่องของการทุจริต ดังเช่น กรณีของโครงการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียรวมคลองด่าน สมุทรปราการ หรือโครงการทางหลวงวงแหวนกาญจนาภิเษกด้านใต้ ช่วงสุขสวัสดิ์-บางพลี เป็นต้น

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

⁷¹ ครม.เห็นชอบแผนสร้างรถไฟฟ้าความเร็วสูงมูลค่า 1 แสนล้านบาท. (2552, 11 พฤศจิกายน). *ไทยรัฐ*, หน้า 8.