

ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือก
คู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

เฉลิม ลิขิตศิริมงคล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2560

**Problems related to the Legality Control of the Selection
Process of the Government Contractor**

Chalerm Likitsirimongkol

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2017

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
ชื่อผู้เขียน	เฉลิม ลิขิตศิริมงคล
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในปัจจุบันว่าเกิดจากสาเหตุใดที่ทำให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุหรือกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขาดประสิทธิภาพ เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำการที่ขัดต่อความโปร่งใส และความเสมอภาคในงานบริการสาธารณะซึ่งจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิทุกรายเข้าแข่งขันอย่างเป็นธรรม ตลอดจนปัญหาของมาตรการควบคุมภายในของฝ่ายปกครอง และมาตรการควบคุมภายนอกของฝ่ายปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่มีประสิทธิภาพอันมีผลทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณแผ่นดินจำนวนมากโดยไม่คุ้มค่าส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะและการพัฒนาประเทศโดยส่วนรวม โดยมุ่งเน้นศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงกับหน่วยงานต่างๆ แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดรวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ญี่ปุ่น แห่งสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) เพื่อนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า มีการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดโดยสาเหตุที่สำคัญของปัญหาอาจพิจารณาได้ 2 ประการ คือ ประการแรกเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุดำเนินการอย่างสุ่มเสี่ยงแก่ตนเองหรือพวกพ้องโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครองไม่มีประสิทธิภาพ เจ้าหน้าที่ผู้อำนาจพิจารณามีส่วนได้เสียในกระบวนการตรวจสอบและระบบการควบคุม โดยองค์กรภายนอกของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ดี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ดี ศาลปกครองก็ดี จะเป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลังการใช้จ่ายเงิน ไม่มีมาตรการที่จะหยุดยั้งความเสียหายหรือการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อไปได้ ในการนี้สามารถแยกพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการควบคุม

ความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐได้เป็น 3 ประเด็นหลัก ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ และปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

ดังนั้น ภายหลังจากที่ได้ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาต่างๆ แล้ว เห็นว่า เพื่อให้ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงควรต้องกำหนดแนวทางแก้ไขในส่วนระบบควบคุม โดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง เพื่อแก้ไขปัญหาเจ้าหน้าที่กระทำการขัดต่อความโปร่งใสและความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ โดยกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ในกฎหมายว่าด้วยการพัสดุในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างที่มีมูลค่า การดำเนินการตาม โครงการสูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดว่าจะต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการ หรือบุคคลภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับงานที่จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วย เพื่อให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุล และให้การทำงานของคณะกรรมการต่างๆ ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซง และในส่วนของระบบควบคุม โดยองค์กรภายนอกของฝ่ายปกครองควรต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในเรื่องอำนาจพิจารณา คำขอฉุกเฉินก่อนทำสัญญา และปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินให้มีระบบควบคุม หลังทำสัญญา ทั้งนี้ เพื่อป้องกันหรือหยุดยั้งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อเงินงบประมาณแผ่นดิน โดยไม่คุ้มค่า เมื่อได้ปรับปรุงกฎหมายตามที่เสนอมาแล้วนี้ปัญหาต่างๆ ก็จะลดน้อยลงหรือไม่เกิดขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติสืบไป

Thesis Title	Problems related to the Legality Control of the Selection Process of the Government Contractor
Author	Chalerm Likitsirimongkol
Thesis Advisor	Associate Professor. Dr. Poom Chokmoh
Department	Law
Academic Year	2016

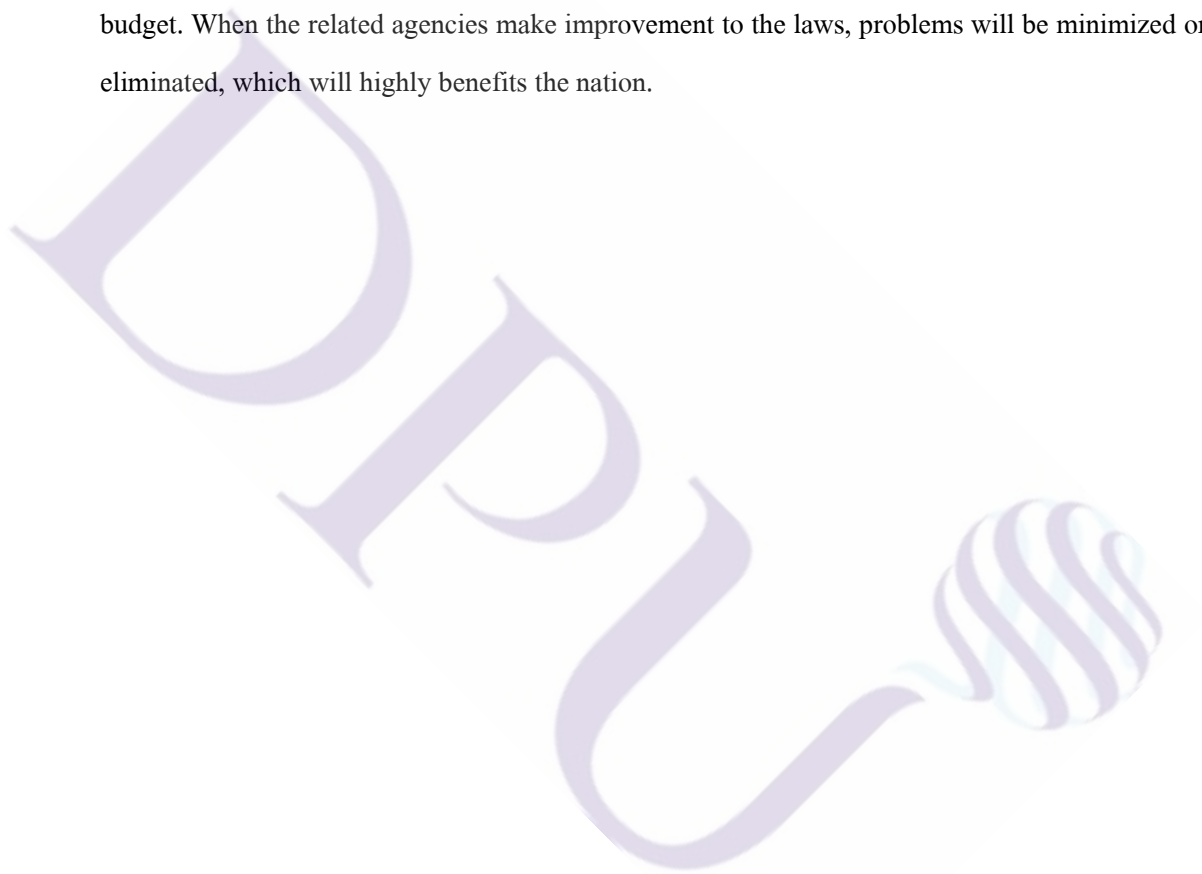
ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study the problems related to the legality control of the selection process of the government contractor in order to identify the cause of inefficiency in the process, the opportunity for non-transparency and inequality action of contracting authority. Including problems related to inefficiency of control in administrative functions and the external control from other entities in the selection process of government contractor, which caused tremendous loss in national budget, affect quality of public services and the development of the country. The author studies and analyzes actual problems occurred in contracting authorities and decisions of Administrative Court. Moreover, the other public procurement regimes such as France, Japan, and UNCITRAL has been used for comparative study to solve the problems.

The study shows that there are 2 main causes of the problems. The first one is because contracting authority violates or avoids the laws for personal or related person benefits. The second one is from inefficiency of control in administrative functions, conflict of interest in audit process, and the external control from other entities, such as National Anti-Corruption Committee (NACC), Office of the Auditor General (OAG), and Administrative Court, are post control or audit, which unable to eliminate the damages or wrongdoings. However, there are 3 main problems related to the legality control of the selection process of the government contractor includes transparency, equality, and legality control.

Therefore this study and analysis will show that to make legality control of action of the administrative unidirectional, they have to develop control system guidelines to promote transparency and equality in public procurement selecting process. By specify in the public procurement law that procurement of high value contract or as specify by public procurement policy

committee, contracting authority shall invites person from other public entity with different regulator or other person with relevant expertise to be a procurement committees. This will provide the counterbalance and independent of procurement committees. Nevertheless, apart from the administrative, the other audit and control entities shall adjust their laws such as the Act on Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999) should include the power to consider the application for judicial review before signing contract, the State Audit Act B.E. 2542 (1999) should include pre-contract control system in order to protect or prevent damages to national budget. When the related agencies make improvement to the laws, problems will be minimized or eliminated, which will highly benefits the nation.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างสูงของรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ท่านได้ให้คำแนะนำทางวิชาการ ตลอดจนแนวทางในการเขียน การตรวจแก้ไขข้อบกพร่องในการทำวิทยานิพนธ์อย่างละเอียด ผู้วิจัยขอน้อมรำลึกไว้ด้วยความเคารพ และขอขอบพระคุณไว้เป็นอย่างสูง นอกจากนี้ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่ท่านได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และคณะกรรมการท่านอื่น อันประกอบด้วย ดร.สรรทร ธนโชตโกกิน และท่านพิศิษฐ์ ถีลาวชิโรภาส ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ท่านได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขและปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้วิจัยยังขอขอบคุณ นางสาวไพจิตร จีระบุตร ภรรยาผู้วิจัยที่ให้กำลังใจและช่วยเหลือในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดี และขอขอบคุณคุณจิตเกษม น้อยไร่ภูมิ ที่ให้ความอนุเคราะห์ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้วิจัย

คุณค่าและประโยชน์ใดๆ ที่อาจมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยขอมอบเป็นเครื่องบูชาพระคุณของบิดามารดาที่ให้กำเนิดและเลี้ยงดูให้การศึกษา ตลอดจนครูบาอาจารย์และผู้ที่มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนในการวางรากฐานการศึกษาให้แก่ผู้วิจัย

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

เฉลิม ลิขิตศิริมงคล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	2
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมุติฐาน.....	8
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และกระบวนการ	10
2.1 แนวคิดและหลักนิติรัฐ.....	11
2.2 แนวคิดและหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.....	12
2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	21
2.4 ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	30
2.5 แนวคิดและหลักเกี่ยวกับธรรมาภิบาล.....	35
2.6 แนวคิดและหลักการจัดหาพัสดุ.....	39
2.7 หลักการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service).....	45
2.8 วิวัฒนาการและสาระสำคัญของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ของไทย.....	49
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทยและต่างประเทศ.....	77
3.1 กฎหมายต้นแบบ (Model Law on Procurement of Goods ,Construction and Services 2011).....	77

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของต่างประเทศ.....	84
3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทย.....	114
4. วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ.....	136
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ....	136
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ..	147
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ.....	157
4.4 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ.....	178
5. สรุปและข้อเสนอแนะ.....	180
5.1 บทสรุป.....	180
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	185
บรรณานุกรม.....	190
ประวัติผู้เขียน.....	195

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การใช้จ่ายเงินของภาครัฐมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจ 2 ประการด้วยกัน คือ ประการแรกบทบาทในระดับมหภาค มีเป้าหมายเพื่อรักษาเสถียรภาพของระดับราคา กระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการจ้างงานโดยใช้นโยบายด้านการเงินและการคลัง ในการดูแลอัตราเงินเฟ้อและการว่างงาน เพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ หรือสวัสดิการของคนในสังคมดีขึ้น นอกจากนี้ และบทบาทในระดับจุลภาค โดยมุ่งเน้นการดูแลการจัดสรรทรัพยากร ที่มีอยู่จำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดผลตามเป้าหมายอื่นๆ ของสังคม เช่น ความเสมอภาคและความเป็นธรรมในการกระจายทรัพยากร ระหว่างกลุ่มคนในสังคม ในการดูแลจัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพ การแก้ไขปัญหาความล้มเหลวของตลาดโดยการแทรกแซงโดยรัฐ ทั้งนี้ การแทรกแซงโดยรัฐในระบบตลาดอาจกระทำได้หลายวิธี เช่น การเก็บภาษี การให้เงินอุดหนุน การออกกฎระเบียบมาตรฐาน การกำหนดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ชัดเจน เป็นต้น วิธีการแทรกแซงโดยรัฐที่สำคัญวิธีการหนึ่งคือ การแทรกแซงผ่านการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement)¹

จากสถิตินานาชาติพบว่ามูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยเฉลี่ยจะมีสัดส่วนประมาณร้อยละ 10 - 20 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product : GDP)² และมีสัดส่วนสูงถึงร้อยละ 30 ของงบประมาณประเทศ (ความแปรปรวนของมูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ จะแปรผันตามงบประมาณและนโยบายของรัฐบาล) โดยในส่วนของประเทศไทยมีการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปี ในหมวดงบประมาณ ซึ่งเป็นงบประมาณที่หน่วยงานของรัฐ ใช้ดำเนินกิจกรรมต่างๆ เช่นในปี งบประมาณ 2558 จัดสรรงบประมาณ จำนวน 499,475.8 ล้านบาท

¹ ศันสนีย์ ธารเวท และวันทนีย์ ทรัพย์สุขสำราญ, “ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อโดยรัฐขององค์การการค้าโลก,” วารสารกรมบัญชีกลาง ปีที่ 50 (2552) น. 53-54.

² Integrity in Public Procurement. Good Practice from A to Z. OECD 2007 อ้างใน กิตติยา คัมภีร์, ผัสสพร นภารรณ และกฤตวิทย์ จันทร์แจ่ม, แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบทของไทย, จัดพิมพ์โดยสำนักงาน ก.พ.ร. (บริษัทวิชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, ธันวาคม 2558), น. 15.

คิดเป็นร้อยละ 17.5 ของงบประมาณประเทศ และในปีงบประมาณ 2559 จัดสรรงบลงทุน จำนวน 544,354.3 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 20 ของงบประมาณประเทศ³ โดยได้ดำเนินการผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือจัดหาเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการหรือให้การบริการสาธารณะในกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองบรรลุผล และความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ดังนั้นการใช้จ่ายเงินจึงจะต้องคำนึงถึงหลักสำคัญสองประการ คือ 1. เข้มงวดในการใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยมีการกลไกในการตรวจสอบดำเนินการอย่างเคร่งครัด เพื่อให้การใช้จ่ายเงินเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และ 2. กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐต้องเป็นไปโดยโปร่งใสและเปิดโอกาสให้ผู้เข้าแข่งทุกรายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยมีกรมการปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ การขาดกรมการปกครองในการได้มาซึ่งสัญญาพัสดุของภาครัฐ ส่งผลเสียเชิงลบต่อการให้บริการสาธารณะที่สำคัญต่อการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ อาทิ สัญญาที่เกี่ยวข้องกับด้านสุขภาพ ด้านการจัดการน้ำ และการจัดการการศึกษา เป็นต้น⁴

กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง นั้น จะแตกต่างจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของเอกชนกับเอกชน โดยที่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ กล่าวคือ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของระบบราชการไทย เดิมวิธีการและขั้นตอนการดำเนินการจะอยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดขึ้นใช้สำหรับกระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือ ในต่างประเทศ โดยไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เนื่องจากราชการส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนอิสระ สามารถออกระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือข้อบังคับว่าด้วยการพัสดุนั้นเองเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535⁵ ซึ่งใช้บังคับกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ซึ่งใช้บังคับกับกรุงเทพมหานคร แต่อย่างไรก็ตาม แม้ตามกฎหมายส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนอิสระจะไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบ

³ สำนักงานประมาณ, งบประมาณ โดยสังเขป ฉบับปรับปรุง ตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย งบประมาณประจำปี พ.ศ. 2559 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์, 2559), น. 5.

⁴ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, น. 17.

⁵ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2535, 2553, 28 มิถุนายน ,น.1

สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือ ข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนอิสระเหล่านั้น ได้นำหลักการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับ ขั้นตอนและกระบวนการจัดหาพัสดุ และวิธีการต่างๆ มาบัญญัติไว้ในระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือ ข้อบังคับของหน่วยงานเหล่านั้นด้วย⁶ ดังนั้น ขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ของหน่วยงานของรัฐต่างๆ ที่กล่าวมาจึงมีขั้นตอนและวิธีการที่เป็นหลักการเดียวกันกับระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หลังจากที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560⁷ ประกาศใช้ซึ่งจะมีผลใช้บังคับในวันที่ 24 สิงหาคม 2560 หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานจะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการพัสดุลบับเดียวกัน

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐนั้น ยังมีกฎหมาย ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี ที่เกี่ยวข้องอีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง⁸ และมาตรา 103/8⁹, มติคณะรัฐมนตรี เรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณราคากลางงานก่อสร้าง¹⁰, มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง มาตรการป้องกันปัญหาการสมยอมราคา¹¹ และ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การระบุลักษณะเฉพาะของสิ่งของหรือยี่ห้อของ¹² เป็นต้น ซึ่งอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุทั้งสิ้น โดยมีผลใช้บังคับกับส่วนราชการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ มาตรการเหล่านี้มีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการทุจริต และให้การดำเนินการเป็นไปโดยเปิดเผย โปร่งใส และคุ้มค่ากับงบประมาณของรัฐ แต่ในทางปฏิบัติ พบว่า มีการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยสาเหตุที่สำคัญของการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติ

⁶ กิตติชัย ธรรมรัช, “แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ,” วารสารกฎหมายปกครอง 17,3 (ธันวาคม 2541), น. 39.

⁷ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, 2560, 24 กุมภาพันธ์, น.13

⁸ มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดทำข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยเฉพาะราคากลางและการคำนวณราคากลางไว้ในระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้

⁹ มาตรา 103/8 กำหนดว่า ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่รายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้หน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง

¹⁰ จากหนังสือกระทรวงการคลัง, ที่ กค 0421.5/ว27 เรื่อง หลักเกณฑ์การคำนวณราคากลางก่อสร้างของทางราชการ ลงวันที่ 30 มีนาคม 2555

¹¹ มติคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0202/ว1 เรื่อง มาตรการป้องกันหรือลดโอกาสในการสมยอมกันเสนอราคา 3 มกราคม 2537

¹² สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, มติคณะรัฐมนตรี ที่ สร 0203/ว 52 เรื่อง การระบุคุณลักษณะเฉพาะของสิ่งของหรือยี่ห้อสิ่งของ, 28 มีนาคม 2520

ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด อาจพิจารณาได้สองประการ คือ ประการแรก เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ ผู้ปฏิบัติงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างอาศัยช่องว่างของ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี แสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือพวกพ้องโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกำหนดราคาก่อนสร้างสูงกว่าแนวทางตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด หรือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาหรือคุณสมบัติของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างเอื้อประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือกระทำการในลักษณะกีดกันการเสนอราคาเพื่อมิให้เอกชนรายอื่นที่ไม่ใช่ พวกของตนสามารถเข้าร่วมแข่งขันการเสนอราคาได้ เช่น ใช้ดุลพินิจดำเนินการจัดหาดำเนินการพิเศษ โดยมิชอบ การกำหนดราคาจำหน่ายเอกสารประกวดราคาในราคาสูง หรือ แม้แต่การพิจารณา คัดเลือกเบื้องต้น โดยพิจารณาให้บุคคลที่ไม่ใช่พวกตนไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น โดยวิธีการที่ไม่ เป็นธรรม ประการที่สอง กระบวนการอุทธรณ์ ร้องเรียน โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองไม่มี มาตรการที่จะหยุดยั้งความเสียหาย หรือการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อไปได้

จากการศึกษาพบว่า เมื่อกรณีเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ในกรณี การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีขึ้นแล้ว โดยปกติหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิด ทางละเมิดขึ้นโดยไม่ชักช้า¹³ ซึ่งเป็นดุลพินิจที่จะตั้งกรรมการหรือไม่ก็ได้ หากหน่วยงานต้นสังกัด ไม่ดำเนินการ ก็จะทำให้การตรวจสอบเพื่อหาตัวผู้ต้องรับผิดชอบล่าช้าออกไป ขณะเดียวกันบางกรณี หัวหน้าหน่วยงานนั้นเองก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวด้วย จึงไม่ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด หรือประวิงเวลา ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด จากข้อมูลผลการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง ของหน่วยงานของรัฐ ปีงบประมาณ 2554¹⁴ ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน พบว่า ประกาศประกวดราคาที่ได้รับจากหน่วยรับตรวจ 21,827 ประกาศ ดำเนินการตรวจสอบในเบื้องต้น 3,178 ประกาศ พบข้อบกพร่องจากการตรวจสอบประกาศประกวดราคาหรือสอบราคา 1,901 ประกาศ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ หรือคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาปฏิบัติหน้าที่ ไม่เป็นไปตามระเบียบ หรือมีพฤติกรรมเอื้อประโยชน์ให้ผู้เสนอราคาบางราย หรือคณะกรรมการ พิจารณาผลตัดสินให้ผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด ทำให้เกิด ความได้เปรียบเสียเปรียบในการแข่งขันด้านราคา จัดทำประกาศประกวดราคาหรือสอบราคาและ

¹³ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, 2539 15 พฤศจิกายน, น. 1.

¹⁴ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, รายงานผลการปฏิบัติงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2554, น. 67- 77.

เอกสารไม่เป็นไปตามตัวอย่างที่กำหนดโดยกำหนดข้อความหรือเงื่อนไขมีลักษณะเป็นการกีดกัน ไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และกรณีของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐหรือหน่วยรับตรวจสอบให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบ จำนวน 61,309 สัญญา ดำเนินการตรวจสอบในเบื้องต้นจำนวน 4,706 สัญญา พบข้อบกพร่องจำนวน 1,242 สัญญา มูลค่าความเสียหาย 281.95 (ล้านบาท) เช่นกรณี การคำนวณราคากลางไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบพัสดุกำหนด ตรวจรับงานซื้อหรืองานจ้างไม่ครบถ้วนหรือถูกต้องตามสัญญา ไม่ดำเนินการเรียกค่าปรับตามสัญญา แก้ไขสัญญาเอื้อประโยชน์ผู้รับจ้าง เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าการฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือการทุจริตคอร์รัปชัน (Corruption) นับวันยิ่งทวีความเลวร้ายขึ้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา จึงได้การศึกษาปัญหากระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐก่อนลงนามผูกพันในสัญญาพัสดุหรืออาจจะเรียกว่า “การตรวจสอบก่อนการใช้จ่ายเงิน” ทั้งนี้ เพื่อจะช่วยป้องกันหรือเป็นการระงับยับยั้งความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น หรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะวิเคราะห์ถึงที่มาและสาเหตุของการเกิดปัญหา ตลอดจนนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยนำรูปแบบมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในต่างประเทศที่เป็นสากล ทั้งนี้ โดยหวังที่จะให้ข้อเสนอดังกล่าวเป็นแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมาย ระเบียบ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อให้การใช้จ่ายเงินภาษีของประชาชนทั้งประเทศเป็นไปโดยคุ้มค่าต่อไป และการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ในเบื้องต้นสาเหตุอันเป็นสภาพปัญหาที่มีดังนี้

ประเด็นที่ 1 ปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ กล่าวคือ หลักความโปร่งใสและเปิดเผยถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่เรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอย่างโปร่งใสและเปิดเผยโดยให้มีการตรวจสอบความถูกต้องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ซึ่งเงื่อนไขข้อกำหนดในประกาศเชิญชวนก็เป็นวิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนผู้ประสงค์จะเข้าทำสัญญาพัสดุกับฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการเลือกคู่สัญญาภาครัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินนโยบายผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ต้องเปิดเผยให้สาธารณชนมีโอกาสได้รับรู้ นโยบายต่างๆ ของภาครัฐ และมั่นใจว่าภาครัฐมีความตั้งใจในการดำเนินการตามนโยบายนั้น โดยประชาชนสามารถตรวจสอบการดำเนินงาน คำชี้แจง และแถลงการณ์ต่างๆ ของหน่วยงานภาครัฐได้อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักความโปร่งใสและเปิดเผยและการมีส่วนร่วมซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักความโปร่งใส แต่เมื่อพิจารณาจาก

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจในการโฆษณาเผยแพร่ประกาศประกวดราคา การใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการคัดเลือกโดยเฉพาะวิธีการที่ไม่แข่งขันของหน่วยงานภาครัฐ เช่น วิธีตกลงราคา หรือวิธีพิเศษ หรือการแบ่งวงเงินซื้อหรือจ้าง เพื่อให้วิธีการคัดเลือกเปลี่ยนแปลงหรือผู้มีอำนาจอนุมัติเปลี่ยนแปลง หรือการใช้อำนาจตัดสินใจในการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายบริหาร การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการจัดต่อความโปร่งใสตามหลักธรรมาภิบาล เป็นต้น

ประเด็นที่ 2 ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ โดยที่รัฐมีหน้าที่เข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ มิได้มีจุดหมายที่จะจัดบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดเป็นการเฉพาะ แต่เป็นการเข้ามาจัดทำ เพื่อประโยชน์โดยรวมของประชาชน ดังนั้น ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติต่อตนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคในเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะนี้ นอกจากจะเป็นความเสมอภาคของประชาชนในฐานะผู้รับบริการจากรัฐแล้วยังรวมถึงความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐในการประกวดราคา เพื่อให้ผู้เสนอราคามีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมถึงความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับภาครัฐด้วย แต่เมื่อพิจารณาจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ พบว่า มีการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาค ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติผู้เสนอราคา การกำหนดเงื่อนไขคุณลักษณะเฉพาะของงานที่จะซื้อหรือจ้าง การกระทำที่เป็นการกีดกันการเสนอราคาเอื้อประโยชน์ให้ผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง และการใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่สนับสนุนให้เกิดการแข่งขันกันเสนอราคาอย่างเสมอภาค เป็นต้น

ประเด็นที่ 3 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ จากหลักที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่างๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น แต่เมื่อพิจารณามาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชาในฐานะหัวหน้าส่วนราชการ ในชั้นเตรียมการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้นเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น อาจไม่ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของกระบวนการคัดเลือก

คู่สัญญาพัสดุนั้น หรือด้วยการร้องทุกข์ที่ดี หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ดี ก็ไม่อาจจะยับยั้ง หรือหยุดยั้งความเสียหาย เพราะหน่วยงานของรัฐอาจลงนามในสัญญากับผู้ชนะการเสนอราคาไปแล้ว ประกอบกับโดยธรรมชาติของผู้ประกอบการที่จะเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐก็ไม่อยากเป็น ความกับหน่วยงานของรัฐที่ตนจะเข้าร่วมเสนอราคา ส่วนการควบคุมโดยองค์กรภายนอก ไม่ว่าจะ เป็นควบคุมโดยทางการเมืองซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่า นักการเมืองของประเทศโดย ส่วนใหญ่ล้วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจ และเข้ามามีส่วนได้เสียโดยการเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ เสียเองโดยทางอ้อม การควบคุมโดยองค์กรอิสระ ไม่ว่าจะ เป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ดี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ดี นั้น ล้วนเป็นการควบคุม ภายหลังกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดำเนินการ ไปจนลงนามในสัญญาไปแล้วทั้งสิ้น เมื่อตรวจสอบ พบการกระทำที่ผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ก็อาจเรียกให้ รับผิดชอบได้เต็มจำนวนความเสียหายที่รัฐได้รับ ส่วนเอกชนคู่สัญญาเมื่อลงนามในสัญญาแล้วก็ ผูกพันตามสัญญาไม่มีส่วนร่วมรับผิดชอบกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายด้วยแต่อย่างใด ในขณะที่เดียวกันการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในเรื่อง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของศาลปกครองนั้น ศาลมีแนวทางการวินิจฉัยไปในทางที่ว่า การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแยก ออกจากสัญญาได้ และให้ความสำคัญกับหลักประโยชน์สาธารณะมากกว่าหลักความชอบด้วย กฎหมายของการกระทำทางปกครอง ไม่คุ้มครองประโยชน์ของผู้ประกอบการภาคเอกชน ดังนั้น มาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่อาจหยุดยั้งหรือระงับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเงินของแผ่นดินได้อย่างแท้จริง

ประเด็นที่ 4 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าเงินงบประมาณของประเทศกว่าครึ่งนำไปใช้โดยผ่านกระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ แต่เมื่อพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุของ ส่วนราชการ โดยส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในกฎหมาย ระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีที่ เกี่ยวข้องกับการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอย่างแท้จริง จนเป็นสาเหตุทำให้การจัดซื้อพัสดุ บางอย่างไม่ได้คุณภาพ ไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือแม้กระทั่งไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้ตาม วัตถุประสงค์ของพัสดุนั้น เช่น กรณีการจัดซื้อเครื่องตรวจจับวัดถูระเบิด (GT 200) ของหน่วยงาน ของรัฐ สาเหตุหลักมาจากหน่วยงานไม่มีการศึกษาวิจัยพัสดุที่จะซื้อหรือปรึกษาหน่วยงานที่ เชี่ยวชาญให้รอบคอบก่อนการตัดสินใจดำเนินการจัดซื้อ ทำให้ประเทศชาติสูญเสียงบประมาณใน การจัดซื้ออุปกรณ์ดังกล่าวไปจำนวนมากโดยได้พัสดุที่ไม่มีคุณภาพหรือตอบสนองวัตถุประสงค์ใน การใช้งานของหน่วยงานของรัฐได้หรือไม่สามารถปฏิบัติงานได้จริงขัดต่อหลักความคุ้มค่าอันเป็น

หลักการสำคัญประการหนึ่งในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และการขาดความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ หรือมีจำนวนเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยตรงไม่เพียงพอจึงทำให้ต้องมีการแต่งตั้งมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นที่มีภาระหน้าที่ประจำอยู่แล้วต้องมาทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งไม่มีความรู้ความเข้าใจการขั้นตอน หลักเกณฑ์อย่างถ่องแท้เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อเงินงบประมาณแผ่นดิน

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
2. เพื่อศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
3. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในประเทศไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษา วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
5. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา และปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย

1.3 สมมุติฐาน

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐในไทย แม้จะมีกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีวางหลักเกณฑ์ในขั้นตอนต่างๆ ไว้มากมาย แต่ก็ยังไม่สามารถทำให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดังกล่าวเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล โปร่งใส มีความเสมอภาคเกิดการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมได้ ตลอดจนไม่สามารถควบคุมความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ จากการศึกษากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่เป็นสากลของหน่วยงานภาครัฐในต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ตลอดจนกฎหมายต้นแบบของสหประชาชาติ พบว่า มีกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่เปิดเผยในทุกขั้นตอนของการดำเนินการ และการดำเนินการจัดหาที่มีความเสมอภาค ตลอดจนมีมาตรการอันเป็นกลไกการตรวจสอบในขั้นตอนการคัดเลือกก่อนลงนามในสัญญาอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นระบบ ทั้งไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น จึงควรที่ศึกษาเปรียบเทียบและนำมาแก้ไขปัญหากลไกการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยต่อไป

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ จะพิจารณาถึงปัญหาของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานของรัฐ โดยศึกษาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองกลาง คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะทำการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาดำรงกฎหมาย บทความในวารสาร แนวคำพิพากษาศาลปกครอง คำวินิจฉัยคณะกรรมการร้องทุกข์ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ตลอดจนบทความในเอกสารข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
2. ได้ทราบถึงแนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
3. ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในไทยและต่างประเทศ
4. ได้ทราบถึงผลวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ
5. ได้ทราบข้อเสนอแนะเพื่อนำไปใช้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

การใช้จ่ายเงินภาครัฐผ่านการจัดหาพัสดุหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ¹⁸ นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดหาปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งในการสนับสนุนภารกิจบริหารกิจการบ้านเมือง ของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้บรรลุผล และด้วยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุมีเรื่องการใช้อำนาจรัฐ ของหน่วยงานทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องส่งผลให้กระบวนการดังกล่าวมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและ ซับซ้อนมากกว่าการคัดเลือกคู่สัญญาทางแพ่ง¹⁹ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเรียกร้องให้หน่วยงาน ทางปกครองคู่กรณีจะต้องดำเนินการจัดหาพัสดุให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในกรอบของกฎหมายปกครอง ที่วางระเบียบบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเคร่งครัดอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ²⁰ เพื่อให้การใช้จ่ายเงินภาครัฐผ่าน การจัดหาพัสดุมีประสิทธิภาพเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศ รัฐจะต้องคำนึงถึงความโปร่งใส และมุ่งให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเสมอภาคอย่างแท้จริง กรณีนี้รัฐมีภารกิจที่จะต้องจัดหา เครื่องมือในการเพิ่มประสิทธิภาพเพื่อสนับสนุนการบริหารกิจการบ้านเมือง ดังนั้น ในบทที่ 2 นี้ จำเป็นที่จะต้องเข้าใจถึงหลักการพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ หลักการที่สำคัญ

¹⁸ สัญญาพัสดุ หรือ การจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement) ของทางราชการเป็นการดำเนินการซึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้าง กับอีกฝ่ายหนึ่งคือภาคเอกชนในฐานะผู้ขายหรือผู้ รับจ้าง โดยมีสัญญาเป็นสิ่งที่ผูกพันทั้งสองฝ่ายเข้าด้วยกัน ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของทาง ราชการก็จะมีหลักการเหมือนกับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างโดยทั่วไปคือเป็นสัญญาที่เกิดจากการเข้าทำนิติสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาสองฝ่าย ศึกษาเพิ่มเติมจาก กริมม์ สิมะเสถียร, “ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตาม สัญญาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “สัญญาของฝ่าย ปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย” (จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและมูลนิธิ Konrad Aednauer กรุงเทพมหานคร, 2541) น. 1.

¹⁹ ยุทธนา ทิฆนรัตน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 5.

²⁰ ประยูร กาญจนกุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.9.

ของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตลอดจนศึกษาถึงความเป็นมา และสาระสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของประเทศไทย โดยสังเขปดังนี้

2.1 แนวคิดและหลักนิติรัฐ

การจัดหาพัสดุหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของภาครัฐซึ่งจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าว ซึ่งในขั้นตอนการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหลักเล็งไม่ได้ที่จะต้องกระทบสถานะภาพหรือสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือประโยชน์สาธารณะ²¹ ดังนั้นในการจัดหาพัสดุภาครัฐนอกจากจะจัดหาปัจจัยในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วจะต้องป้องกันหรือปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยเพื่อจะควบคุมหรือกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินการจะต้องมีหลักนิติรัฐขึ้น ซึ่งคำว่า “นิติรัฐ” นักกฎหมายฝรั่งเศส การี เดอ มัลแบร์ กล่าวไว้ว่า²² “นิติรัฐ (Etat de droit)” เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐ คือ รัฐที่ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นออกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสภาดำเนินการขึ้น”

กาเร เดอ มัลแบร์ ยังกล่าวต่อไปอีกว่า “ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์

²¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539
“.....”

ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1.การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์
- (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
- (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
- (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

.....

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติ, (กรุงเทพ : นิติธรรม, 2538), น. 279-280.

หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”

ดังนั้น องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi judicial) ได้แก่ คณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ จึงมีขึ้นเพื่อควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เคารพต่อหลักนิติรัฐและเท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐและสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐได้ 2 ประการ ดังนี้²³

ประการแรก ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับ การรับรอง โดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐที่จะกระทำการใด ต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ และต้องทำตามกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะได้รับการคุ้มครองและการกระทำใดๆ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

ประการที่สอง ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบเขตแห่งกฎหมายและไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้นิรนัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว

สรุปได้ว่า รัฐหรือองค์กรของรัฐจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการกระทำทางปกครองดังกล่าว นั้นจะต้องอยู่ภายใต้ขอบของกฎหมายหรืออาจเรียกว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

2.2 แนวคิดและหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” นั้น เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น²⁴ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ

²³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 105-106.

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 19-20.

เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการที่มีลักษณะดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น²⁵ โดยนัยนี้กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา (source)” และ ข้อจำกัด (limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่างๆ เป็นไปตามกฎหมาย (Execution of Law)” เท่านั้น²⁶ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ประการหนึ่ง และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง²⁷

1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะหรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดระบบกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 16-17.

²⁶ Michal Stassinopoulos, Traité des actes administratifs, Paris, L.G.D.J. 1973, pp. 18 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” ใน หนังสือข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 56.

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.20-24.

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกชื่อแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกชื่อองค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ นอกจากนี้มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวตรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้นหรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย²⁸ นอกจากนี้จะต้องเป็นไปตามหลักการที่ว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว ยังจะต้องเคารพต่อลำดับชั้นของบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายภายในรัฐ (Hiérarchic des norms) โดยในระบบกฎหมายของไทยเรียงตามลำดับสูงสุดลงไป²⁹ ได้แก่

2.1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศและเป็นรากฐานที่มาของกฎหมายอื่น เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นและจัดแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย อีกทั้งยังรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลกำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ดังที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

2.2) กฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญ

2.2.1). พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรป กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างขององค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อจะได้ไม่ต้องระบุนรายละเอียดเหล่านั้นในตัวบทรัฐธรรมนูญอันจะทำให้บทบัญญัติ

²⁸ เฟ็งอั้ง, น. 26

²⁹ วิษณุ วรรณุญ ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และเจนนี สดาวรรณศิริพร, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551) น. 40.

ของรัฐธรรมนูญยาวมากเกินไป แนวความคิดในเรื่องกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้มีการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยเรียกกฎหมายเหล่านี้ว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการแบ่งแยกบทบัญญัติว่าด้วยการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ต่างหากจากบทบัญญัติว่าด้วยการตราพระราชบัญญัติ และยังกำหนดระบบการควบคุมมิให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ³⁰

2.2.2) พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด

ก. พระราชบัญญัติ³¹ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา โดยระบบรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาถือว่าหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐสภาโดยทั่วไปจะปรากฏในรูปพระราชบัญญัติ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่รูปแบบการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาไทยจึงปรากฏในรูปแบบพระราชบัญญัติเป็นหลัก แม้รัฐสภาอาจให้ความเห็นชอบในกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจในรัฐธรรมนูญบางกรณี เช่น พระราชกำหนด ก็ตามการใช้อำนาจเช่นนั้นก็หาปรากฏในรูปแบบพระราชบัญญัติไม่ในส่วนเนื้อหาของพระราชบัญญัติในระบบรัฐธรรมนูญไทยมีหลักเพียงว่าพระราชบัญญัติจะกำหนดเนื้อหาในเรื่องก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย” เท่านั้น อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติยังมีข้อจำกัดในการใช้งานเนื่องจากเนื้อหาพระราชบัญญัติจะมีลักษณะกำหนดคกกฎเกณฑ์ที่เป็นกรทั่วไปในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงกำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตลอดจนจำกัดสิทธิเสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชนที่ได้รับตามรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ และ ณ จุดนี้เองที่ทำให้พระราชบัญญัติเป็นที่มาสำคัญของอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการใดๆ ในทางกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคล การควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลจึงต้องใช้พระราชบัญญัติในเรื่องนั้นๆ เอง เป็นเครื่องควบคุมไม่ให้อำนาจดังกล่าวขัดหรือแย้งกับกรอบอำนาจที่พระราชบัญญัติวางไว้ พระราชบัญญัติจึงมีข้อดีในด้านความสอดคล้องกับหลักเรื่องความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย และปิดช่องว่างการเลือกปฏิบัติแก่คนใดคนหนึ่ง

ข. พระราชกำหนด เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารมีศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติแต่จะมีผลให้ใช้บังคับไปได้พลางก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะเสนอให้รัฐสภา

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, 2560, 6 เมษายน น. 38-41

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น. 42-60.

พิจารณาว่าจะอนุมัติหรือไม่ ถ้าอนุมัติจะมีผลเป็นกฎหมายตราในลำดับเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่ถ้าไม่อนุมัติก็จะตกไป³²

2.3) กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารประเภทต่างๆ³³

ในความเป็นจริงกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารไม่ถือเป็นกฎหมาย แต่นักวิชาการทางนิติศาสตร์ต่างมีความเห็นว่า ถ้าพิเคราะห์จากเนื้อหาและสภาพบังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้วจะมีสภาพบังคับโดยทั่วไปไม่ระบุตัวบุคคลเช่นเดียวกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและถ้าพิเคราะห์ผลใช้บังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อประชาชนจะเห็นได้ว่าประชาชนก็ต้องเคารพเช่นเดียวกับที่เคารพกฎหมาย นักวิชาการบางกลุ่มจึงมักเรียกกฎเกณฑ์ประเภทนี้ว่า “กฎหมายของฝ่ายบริหาร” ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎเพื่อเสริมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เนื่องจากสถานการณ์ของเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วหรือมีความจำเป็นเร่งด่วนในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎหมายไม่สามารถกำหนดเนื้อหารายละเอียด ได้อย่างครอบคลุมทุกชั้นตอนฝ่ายบริหารจึงจำเป็นต้องตรากฎเกณฑ์บางประการเพื่อขยายความในตัวของบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ประเภทของกฎที่ตราโดยฝ่ายบริหาร มีดังนี้

ก. พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายที่ถือเป็นพระราชอำนาจดั้งเดิม (Royal Prerogative) ของพระมหากษัตริย์ที่ทรงออกกฎหมายในรูปแบบใดๆ ก็ได้ให้บังคับใช้แก่ประชาชน อย่างไรก็ตามการตราพระราชกฤษฎีกาดั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นต้นมาถือว่าพระราชอำนาจนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันจึงเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารทรงตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีและในการใช้พระราชอำนาจนี้จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลาย ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดไม่ได้ ทั้งนี้พระราชกฤษฎีกามักตราในกรณีกิจการสำคัญซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นต้น และนอกจากนี้ยังตราในกรณีที่ฝ่ายบริหารมีความจำเป็นจะต้องทำกิจการที่ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายเขียนให้อำนาจไว้แต่กิจการดังกล่าวจะต้องไม่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ เป็นต้น โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท³⁴ ดังนี้

³² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์, 2540), น. 124.

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 24, น. 75.

³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ เจริญรอดที่ 32, น. 127

(1) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ที่ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งผู้เสนอก็คือคณะรัฐมนตรี จึงเป็นอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกฎหมายในเรื่องใดก็ได้ เพราะมิได้สืบเนื่องมาจากกฎหมายแม่บทฉบับใด ดังนั้น ขอบเขตที่จะตราพระราชกฤษฎีกาได้ จึงแคบลง เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประชุมกรรมการ พ.ศ. 2547 และ พระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2553 เป็นต้น

(2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลูกบท พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหลายฉบับที่ระบุให้ตรากฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการนี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ เพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่าอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้นมิใช่เป็นของรัฐบาลโดยลำพัง แต่ต้องมีเหตุผลเหมาะสม ที่สามารถถวายนโยบายต่อพระมหากษัตริย์ได้หากพระองค์ทรงซักถาม และหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้ กิจกรรมที่ถือว่ามีความสำคัญ เช่น การลดหรือยกเว้นภาษี , การกำหนดบริเวณสำรวจที่ดินที่จะเวนคืน การจัดตั้งองค์กรภาครัฐบางประเภท เพื่อให้มีความคล่องตัวต่อการบริการสาธารณะ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในรูปองค์การรัฐบาล เป็นต้น

ข. กฎกระทรวง ได้แก่ กฎหมายซึ่งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ได้ออกเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด กล่าวคือ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ไว้ และให้ออกกฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดต่อไป ส่วนว่าเมื่อใดจะกำหนดให้ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา เมื่อใดจะกำหนดให้ออกเป็นกฎกระทรวงนั้น ย่อมแล้วแต่ความสำคัญของเรื่อง ถ้าเป็นเรื่องสำคัญก็กำหนดให้ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ถ้าเป็นเรื่องไม่สำคัญก็กำหนดให้ออกเป็นกฎกระทรวง กรณีที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎกระทรวงที่ออกขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย และกฎกระทรวงนั้นก็ใช้อย่างบังคับไม่ได้³⁵ แต่อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎกระทรวงไว้ว่า ปัญหาเรื่องศักดิ์หรือค่าบังคับของกฎกระทรวงยังคงมีปัญหาในการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางเหมือน “เช็กเปล่า” เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 ที่ให้ออกกฎกระทรวงได้ทุกเรื่องโดยไม่มีขอบเขตไว้เลย ทำให้เกิดปัญหาอย่างมากในการควบคุมสิ่งเหล่านี้ไม่ให้ขัดต่อกฎหมายแม่บท³⁶

ค. ประกาศกระทรวง คือ กฎที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจในการออกและประกาศใช้สำหรับกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการในการออกประกาศ

³⁵ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2548), น. 80.

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น. 89.

กระทรวงนั้นอาจมีทั้งกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองก็ได้ โดยทั่วไปประกาศกระทรวงสามารถดำเนินการเพื่อใช้ในกระทรวงโดยการร่างกระทำโดยกระทรวง ลงนามกระทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวง และประกาศใช้กระทำโดยการนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่ในการออกประกาศกระทรวงบางเรื่องที่เป็นเรื่องสำคัญและมีกฎหมายหรือระเบียบอื่นใดที่กำหนดให้จำเป็นต้องนำเสนอข้อความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อนก็ต้องดำเนินการเสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนตามที่กำหนดไว้ ตัวอย่างของการออกประกาศกระทรวงโดยมีการกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาการขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ โรงแรม ส่วนตัวอย่างของการออกประกาศกระทรวง โดยมีการกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การกำหนดเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ทางรังสีวิทยา พ.ศ. 2549 เป็นต้น อนึ่ง การฟ้องเพิกถอนประกาศกระทรวงด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นตามปกติ ยกเว้นแต่ในกรณีประกาศกระทรวงใดได้รับการพิจารณาและได้รับอนุมัติโดยคณะรัฐมนตรีการฟ้องเพิกถอนประกาศกระทรวงดังกล่าวในฐานะที่เป็นกฎอย่างหนึ่งก็สามารถฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองสูงสุดได้เลย³⁷

ง. กฎหมายลูกบทอื่นๆ (Legislative Rules) กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจแม่บทไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวงย่อมมีผลบังคับใช้โดยตรงและที่ใช้กันอยู่ยังมีอีกหลายชื่อและกระจายกัน³⁸ ได้แก่ ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนดทั้งหลาย ซึ่งพระราชบัญญัติบางฉบับได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นๆ ในการออกข้อบังคับที่มีชื่อเรียกแตกต่างกัน มีข้อน่าสังเกตว่าตามทฤษฎีกฎหมายแห่งกฎหมายประเภทนี้ ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีก็มีผลใช้บังคับได้ และส่วนใหญ่เป็นอำนาจตราบังคับใช้ของข้าราชการประจำจึงสมควรกำหนดได้แต่เนื้อหาอันเกี่ยวกับงานประจำเท่านั้น ไม่มีอำนาจกำหนดในเรื่องนโยบาย (Policy) ควรเป็นอำนาจของฝ่ายการเมืองเท่านั้น เนื่องจากมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติกฎหมายหลายฉบับที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายมักออกโดยอธิบดี ระเบียบหรือข้อบังคับอีกประเภทหนึ่งซึ่งหัวหน้าหน่วยงานออกใช้เป็นการภายในหน่วยงานไม่มีผลบังคับถึงประชาชนนอกหน่วยงานและหน่วยงานต่างๆ สังกัดอื่นๆ ระเบียบหรือข้อบังคับประเภทนี้ไม่ต้องอาศัยฐานอำนาจของกฎหมายแม่บทเนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานภายในหน่วยงานจึงสามารถใช้อำนาจบังคับบัญชาหากข้าราชการฝ่าย

³⁷ มานิตย์ จุมปา , คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), น. 346.

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 131.

ย่อมมีความผิดทางวินัย แต่หากประชาชนฝ่าฝืนยอมไม่มีความผิดใดๆ ตัวอย่างข้อระเบียบประเภทนี้ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีออกใช้ บังคับแก่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจทั้งหลายโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11(4) และวรรคสองที่บัญญัติว่า

“นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(8) วางระเบียบปฏิบัติราชการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น ระเบียบตาม (8) เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วให้ใช้บังคับได้”

ตัวอย่างของระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาเช่นนี้มีมากมาย เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นต้น นอกจากนี้นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีแล้ว หัวหน้าส่วนราชการอื่นๆ ก็ออกระเบียบภายในของหน่วยงานตนได้ เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด ฯลฯ ก็ออกระเบียบได้ แต่ไม่ผลบังคับกับประชาชน³⁹

2.4) กฎหมายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออก ได้แก่

ข้อบัญญัติท้องถิ่นซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติต่างๆ กฎหมายลำดับรองประเภทนี้มีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ออกกฎหมายนั้นๆ และใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นของตนเอง เพื่อออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่ของตน⁴⁰ เช่น เทศบัญญัติ เป็นกฎหมายออกใช้บังคับในเขตเทศบาล โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เป็นต้น

2.5) มติคณะรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ทางองค์กรแล้วจะเห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารและคณะรัฐมนตรีย่อมมีอำนาจในการปกครองบริหารส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐอื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ มติคณะรัฐมนตรีจึงมีสถานะเป็นกฎในวงราชการไทยมีการนำมติคณะรัฐมนตรีมาใช้อย่างกว้างขวางตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและมีผลอย่างสำคัญในกิจการของฝ่ายปกครองโดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่⁴¹

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น. 91.

⁴⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 139.

⁴¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 134-135.

(1) เป็นนโยบายโดยแสดงทิศทางของการบริหารอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมหรือการกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับวัฒนธรรม แต่ในหลายกรณีจะแบ่งแยกเป็นนโยบายต่างหากจากกฎหมายได้เพราะนโยบายก็คือการกำหนดเป้าหมายที่ต้องการจะดำเนินงานไปสู่สิ่งนั้นกรณีจึงมีผลโน้มน้าวให้กระทำตามเช่นนั้น

(2) เป็นคำสั่งโดยจะมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะรายได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการที่สำคัญในราชการ หรือการแต่งตั้งคณะกรรมการในรัฐวิสาหกิจต่างๆ นอกจากนี้อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในสาระสำคัญเฉพาะเรื่อง เช่น กรณีมีปัญหาว่ากระทรวง ทบวง กรมใดไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบข้าราชการ ถ้า ก.พ. เสนอแล้วนายกรัฐมนตรีไม่เห็นชอบด้วย หาก ก.พ. ยืนยันที่ต้องส่งเรื่องให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยและต้องมีการปฏิบัติไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว⁴²

(3) เป็นกฎโดยจะผลเป็นการหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภทได้แก่

ก. กฎที่เป็นลูกบท มีกฎหมายบางฉบับกำหนดไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ในกรณีนี้มติคณะรัฐมนตรีจะมีสภาพเป็นกฎที่เป็นลูกบทอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีวางระเบียบการผ่อนชำระเงินของเจ้าหน้าที่ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิด

ข. กฎที่เป็นอิสระ ด้วยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ทำหน้าที่บริหารประเทศอำนาจองค์กรบริหารโดยปกติก็คือ การจัดการทั่วไป และการออกกฎเท่าที่จำเป็นโดยไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น โดยส่วนใหญ่แล้วการออกกฎมักเป็นไปตามหลักการทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีมีฐานะเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการบังคับใช้กฎหมายและการจัดการองค์กร (การจัดการการเงิน การจัดการสินทรัพย์ การจัดการบุคคลากร เป็นต้น) ทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาส่วนราชการต่างๆ มติคณะรัฐมนตรีอาจมีผลเป็นกฎประเภทให้อำนาจสั่งการ (Power Conferring Rule) ก็ได้ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้เคยจัดวางไว้ตลอด โดยมีได้อำนาจกฎหมายใดเพราะเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดการองค์กรบริหาร และในข้อ 12 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุขึ้นโดยคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจอนุมัติยกเว้นผ่อนผันให้ส่วนราชการใดไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้ โดยปกติหน่วยงานใดไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะมีโทษบังคับทางวินัย ทางแพ่ง และทางอาญา แต่หากได้รับการอนุมัติผ่อนผันจากคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุนี้แล้วก็จะทำให้การกระทำกลายเป็นชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การใช้บังคับมติคณะรัฐมนตรีควรจำกัดเฉพาะเรื่องที่ไม่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน

⁴² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, 2551, 25 มกราคม, มาตรา 9

2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายถือว่าเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่างๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ จึงถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง เกณฑ์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งเกณฑ์การพิจารณาได้ 2 เกณฑ์⁴³ คือ

2.3.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ

การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นการกระทำในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาเกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ กระบวนการ และแบบของการกระทำ ดังนี้

1) เกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาเรื่องนั้น⁴⁴ โดยข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หมายถึงเจ้าหน้าที่คนใดมีหน้าที่จะต้องดำเนินการในเรื่องนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่อาจแยกพิจารณาออกเป็นอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา กับอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่⁴⁵

1.1) อำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา เกณฑ์ในการกำหนดอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาถือการพิจารณาจากภารกิจของเจ้าหน้าที่ โดยพิจารณาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของหน่วยงานใด และอำนาจหน้าที่นั้นเป็นของเจ้าหน้าที่ในระดับใด หลังจากทราบแล้วว่าอำนาจหน้าที่นั้นอยู่ที่หน่วยงานใด ประการต่อมาจะต้องพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่นั้นเจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น กล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือระดับล่าง

1.2) อำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่เป็นการพิจารณาว่าความมุ่งหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นอยู่ในขอบเขตของทางพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้นๆ มีอำนาจหรือไม่ หากการกระทำของ

⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), น.34.

⁴⁴ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง, เล่ม 1 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549) น. 46.

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง, น. 35.

เจ้าหน้าที่มิได้อยู่ในเขตพื้นที่ของเจ้าหน้าที่นั้นๆ เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจที่กระทำในเรื่องดังกล่าวได้ แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจตามกฎหมายแล้วก็ตาม ยังมีได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจออกคำสั่งได้โดยชอบ กรณียังต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางหรือไม่ โดยกฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่เป็นกลางไว้ 2 หลัก คือ

(1) หลักความไม่เป็นกลางโดยผลของกฎหมาย คือ กรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(2) หลักความไม่เป็นกลางโดยพฤติการณ์ กรณีนี้เป็นกรณีที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องว่า เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองนั้น มีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางหรือไม่ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2) เกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการขั้นตอน

หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ โดยหลักพื้นฐานแล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการขั้นตอนนั้น มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มีกระบวนการขั้นตอนบางประการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดอาจส่งผลให้การดำเนินการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หลักการยื่นคำร้อง หลักการรับฟังบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการปรึกษาหรือขอความเห็นจากหน่วยงานอื่น เป็นต้น หลักต่างๆ เหล่านี้เป็นหลักที่กำหนดในเรื่องของกระบวนการขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง⁴⁶

2.1) หลักการยื่นคำร้อง หลักนี้เป็นหลักที่ใช้ในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นกรณีอนุญาต อนุมัติทั้งหลาย เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุญาตหรืออนุมัติก็ต่อเมื่อมีการยื่นคำร้องจากบุคคลที่เกี่ยวข้องก่อน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะสามารถพิจารณาอนุญาตหรืออนุมัติตามคำร้องนั้นได้ การมีคำสั่งอนุญาตหรืออนุมัติโดยไม่มีคำร้องขอย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีการกำหนดเงื่อนไขไว้แตกต่างกัน

2.2) หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นหลักการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคในการพิจารณาทางปกครอง หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง, น. 36-40.

คู่กรณีมีโอกาสที่จะรับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” หากในการพิจารณาทางปกครองเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ให้คู่กรณีมีโอกาสได้รับทราบข้อเท็จจริง และคู่กรณีไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาทางปกครอง และหากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไปกระทบสิทธิของคู่กรณี ในกรณีเช่นนี้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจมีความบกพร่องในแง่ของการไม่ดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะขั้นตอนดังกล่าวเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการพิจารณาทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการในขั้นนี้ย่อมมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองได้

2.3) หลักการปริกษาหาหรือขอความคิดเห็นจากหน่วยงานอื่น หลักในเรื่องนี้แยกออกเป็น 2 เรื่อง คือ หลักการปริกษาหาหรือ กับ หลักการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่น ก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองออกมาตรการทางปกครองอันใดอันหนึ่งโดยที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้กรณีย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น กรณีที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 16 (4) กำหนดว่าในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการในการก่อสร้างที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ใน (2) หรือ (3) ให้แจ้งสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และเมื่อได้รับหนังสือกระทรวงอุตสาหกรรมตอบรับทราบหรือไม่ทักท้วงแล้ว ให้ดำเนินการซื้อหรือจ้างต่อไปได้ หรือไม่รับพิจารณารายนั้นแล้วแต่กรณี ดังนั้น หากหน่วยงานที่จะจัดซื้อจัดจ้างกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการในการก่อสร้างแตกต่างจากที่กำหนดข้างต้นโดยที่ไม่ได้รับหนังสือจากกระทรวงอุตสาหกรรมตอบรับทราบหรือไม่ทักท้วงแล้วประกาศจัดซื้อจัดจ้างออกไปย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ชอบด้วยกระบวนการขั้นตอนตามที่ระเบียบกำหนดไว้

3) แบบของการกระทำ แบบของการกระทำเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจส่งผลให้กระทำของ ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ กฎหมายที่กำหนดในเรื่องของแบบของการกระทำอาจแบ่งออกเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง และกฎหมายปกครองกลางซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องแบบของคำสั่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะเรื่องกำหนดให้ออกคำสั่งเป็นหนังสือ โดยกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องดังกล่าวนี้ มิได้กำหนดรายละเอียดมิได้กำหนดรายละเอียดว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องมีสาระสำคัญอย่างไร ในส่วนนี้เองที่จะต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาประกอบการพิจารณาดังกล่าว คือ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 โดยมีสาระสำคัญว่า “คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ

อย่างน้อยต้อง ระบุวัน เดือน และปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น”

4) หลักการให้เหตุผล การให้เหตุผลถือว่าเป็นสาระสำคัญในส่วนของวิธีสบัญญัติประการหนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ไม่มีการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติได้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดหลักทั่วไปว่านิติกรรมทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและยืนยันนิติกรรมทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย เหตุผลที่ให้นี้ต้องประกอบด้วย (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง (3) ข้อพิจารณาและสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ แต่บางกรณีก็ได้รับการยกเว้นว่าไม่ต้องให้เหตุผล เช่น เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่ก่อนแล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก หรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาแล้วมีผลโดยตรงต่อคำขอ และไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น⁴⁷ และกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับนั้นของคำสั่งนั้นร้องขอ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 37 วรรคสอง ยังได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจจะประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งก็ได้ ต่อมาได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งโดยประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งตามมาตรา 37 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติข้างต้น⁴⁸

2.3.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา มีหลักเกณฑ์ ดังนี้⁴⁹

1) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการปกครองจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย รวมทั้งกฎหมายทั่วไปด้วย กรณีข้อยกที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้น นอกจากจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทาง

⁴⁷ มานิตย์ จุมปา อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44, น. 48.

⁴⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 43, น. 42-43.

⁴⁹ แหล่งเดิม, น. 52.

ปกครองจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ และจะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักที่ห้ามมิให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนี้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้เรียกว่า “หลักความมาก่อนของกฎหมาย (Grundsatz der Verrang des Gesetzes)” หลักการนี้เป็นการหลักการที่เรียกร้องในทางปฏิเสธที่ห้ามมิให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองไปขัดแย้งกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

2) กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้นอกเหนือจากที่จะต้องตรวจสอบว่าการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นมีกฎหมายให้อำนาจแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz der Vorbehalter des Gesetzes)” กล่าวคือ การที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่อาจกระทบสิทธิของบุคคลเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งคือ จะต้องมิใช่กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นด้วย กรณีมิได้หมายความว่าเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะถือว่าคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย กรณียังต้องตรวจสอบต่อไปว่า กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ มีกรณีที่ต้องตรวจสอบดังนี้ ประการแรก กฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็นพระราชบัญญัติ จะต้องตรวจสอบว่าพระราชบัญญัตินั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประการที่สอง หากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็น “กฎหมายลำดับรอง” จะต้องตรวจสอบว่า “กฎหมายลำดับรอง” นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ออกโดยอำนาจตามกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

3) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ (Ermessensfehlerfreiheit) ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอิสระในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมายซึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ”⁵⁰ เจ้าหน้าที่ก็ต้องใช้ดุลพินิจนั้นในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การใช้ดุลพินิจที่เป็นความบกพร่องของกฎหมายอาจแยกออกได้ ดังนี้

(1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด (Ermessensuberschreitung)

⁵⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์ 2537, พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 165

(2) การไม่ใช้ดุลพินิจ (Ermessennichtgebrauch)

(3) การใช้ดุลพินิจโดยขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Ermessensmissbrauch)

(4) การใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Verstoß

Gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze)

4) หลักกฎหมายพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้รับคำสั่งหรือต่อบุคคลอื่น การพิจารณาในทางเนื้อหาของหลักพอสมควรแก่เหตุเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ ความสัมพันธ์หรือเรียกว่าการพิจารณาถึง “ความเหมาะสม” “ความจำเป็น” และ “ความสมดุลระหว่างผลที่ถูกระทบกับผลที่ได้รับ” จากการกระทำนั้นๆ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) มาตรการที่มีความเหมาะสม หมายถึง มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดนั้นได้

(2) มาตรการที่จำเป็น หมายถึง มาตรการที่มีความเหมาะสมดังกล่าวข้างต้น อันเป็นมาตรการก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิต่อบุคคลได้น้อยที่สุด

(3) มาตรการที่สมดุล หมายถึง มาตรการที่มีความเหมาะสมและจำเป็นดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นมาตรการที่เมื่อพิจารณาผลกระทบกับผลที่ได้รับแล้วอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล

5) หลักความแน่นอนชัดเจน (Grundsatz der Bestimmtheit) หลักนี้เป็นหลักที่เรียกว่ากร็องโดยตรงต่อคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความแน่นอน ชัดเจน เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หลักความแน่นอนชัดเจนนี้มีผลมาจากลักษณะของคำสั่งทางปกครองเพราะคำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ด้วยเหตุนี้เจ้าหน้าที่จะต้องทำให้ลักษณะทั่วไปของบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถทราบได้ว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

6) เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายอื่นๆ เงื่อนไขในกรณีนี้มีผลมาจากตรรกะในทางกฎหมายและจากข้อจำกัดในทางข้อเท็จจริง โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อกระทำการใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางข้อเท็จจริงก็ดีหรือในทางกฎหมายก็ดีเป็นการกระทำที่อาจบรรลุความมุ่งหมายตามคำสั่งนั้นได้ ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบ่งเกณฑ์ในการตรวจสอบออกเป็นความชอบด้วยกฎหมาย

ในทางวิธีสบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ ซึ่งหากแยกลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายอาจแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย และส่วนของผลของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมทั้งในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและในส่วนผลของกฎหมาย แต่ในขณะที่การควบคุมความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่า 1 ทางเลือกเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง ดังนั้นอาจแยกลักษณะผลของกฎหมายได้ 2 ลักษณะ คือ ผลของกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันเจ้าหน้าที่และผลของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่เลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมได้ ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ”⁵¹

2.3.3 การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นปัญหาสำคัญในทางกฎหมายปกครอง เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดว่าฝ่ายปกครองต้องกระทำการอย่างไร ได้ทุกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

1) ความหมายและลักษณะของดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในประเทศอังกฤษ S.A.de Smith และ J.M. Evans อธิบายว่า “ดุลพินิจหมายถึงอำนาจที่จะเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่”⁵²

นักกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดย Kenneth C. Davis กล่าวว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามกฎหมายหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ”⁵³

ศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้สรุปคำอธิบายของ Vgl.F.Puttrer นักกฎหมายชาวเยอรมันว่า “ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำ การด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติ

⁵¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537), น. 165.

⁵² S.A.de Smith and J.M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action* (p.278), 1980, London: Stevens ones. Copyright 1980 by Stevens ones.

⁵³ Kenneth C.Davis, *Administrative Law Text*, 3rd ed. (p.91), 1972, N.P. : West Publishing Copyright 1972 by West Publishing Co.Ltd.

หรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”⁵⁴

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วราภรณ์ วิสวุตพิชญ์ กล่าวสรุปคำอธิบายของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสว่า “อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร”⁵⁵

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ นอกจากนั้นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้หลักความเสมอภาคในเรื่องการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และได้ออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ออกให้ใหม่จะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษภายใต้หลักพอสมควรแก่เหตุ (Urbemassverbot) หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสมจำเป็นและได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ⁵⁶

อำนาจที่กฎหมายให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งนั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่งซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าไม่ควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกทางออกได้ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ เมื่อใดก็ตาม

⁵⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน,” บทบัญญัติ, 47(1) (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2534), น. 53.

⁵⁵ วราภรณ์ วิสวุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” บทบัญญัติ, 47(1) (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2534), น. 54.

⁵⁶ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1,2554, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 573-574

กฎหมายให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองใดองค์กรหนึ่งออกคำสั่ง เมื่อนั้นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรนั้นย่อมมีดุลพินิจ ถ้าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจแล้ว ศาลมีอาจก้าวล่วงเข้ามาวินิจฉัยแทนได้ เพราะเป็นอำนาจโดยแท้จริงของฝ่ายปกครองซึ่งตามหลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจโดยอิสระ

2) ประเภทของดุลพินิจ

การพิจารณาลักษณะหรือประเภทของดุลพินิจอาจพิจารณาได้จากขั้นตอนของการใช้กฎหมายหรือพิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ หรือพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วน องค์ประกอบของกฎหมายหรืออยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้⁵⁷

2.1) ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมี ดุลพินิจ แต่กฎหมายมิได้กำหนดผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ กฎหมายปล่อยให้ เป็น ความอิสระของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการหรือไม่ และหากกระทำการแล้ว จะเลือกผลในทางกฎหมายอย่างไร

2.2) ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่เมื่อ เกิดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กฎหมายได้กำหนด มาตรการในการให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมเพื่อใช้บังคับกรณี นั้นๆ ให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

3) ดุลพินิจที่พิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ การพิจารณาดุลพินิจประเภทนี้อาจแยก ดุลพินิจออกเป็นการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย และการใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป

3.1) การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย เป็นความมุ่งหมายจะให้เกิดความยุติธรรมในแต่ ละกรณี ซึ่งในแต่ละกรณีอาจมีความแตกต่างในรายละเอียดของแต่ละเรื่องไม่เหมือนกัน ในสภาพ เหล่านี้ ในด้านหนึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ในอีกด้านหนึ่ง เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ หลังจากนั้นจึงพิจารณาหาทาง ออกที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับกรณีของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องนั้นๆ ดังนั้น ในเบื้องต้นเจ้าหน้าที่จะต้อง ทราบว่าจะ ไรคือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ และ ประการต่อมาคือเงื่อนไขของการให้อำนาจดังกล่าว กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างไร หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อพิจารณาดังกล่าว

3.2) การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดเป็นการทั่วไป โดยทั่วไปแล้ว เรื่องดุลพินิจเป็นเรื่อง ที่จะต้องใช้กับข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามกรณีย่อมมีความ เป็นไปได้ว่า เจ้าหน้าที่ในระดับหัวหน้าอาจกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ ในบังคับบัญชาของตน เพื่อทำให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นเอกภาพ ความผูกพันของ

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ (2551), หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง หน้า 55-56

การใช้ดุลพินิจในลักษณะดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลดีต่อหลักความเสมอภาค การใช้ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป เป็นการใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่สามารถจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงนั้นๆ ได้ แต่ไม่อาจนำมาใช้กับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ

4) ประเภทของดุลพินิจที่พิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย อาจแยกดุลพินิจได้ ดังนี้

4.1) ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ทำได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

4.2) ดุลพินิจวินิจฉัย คือ กรณีที่ใช้ถ้อยคำของกฎหมายที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัวโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่งพรรณนาข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องแสดงให้เห็นได้โดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจอยู่ในดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

การใช้กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปรับใช้อำนาจของตนให้สอดคล้องและยืดหยุ่นเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่อง อำนาจดุลพินิจจึงไม่ใช่อำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่นนี้ จึงมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจได้ เพราะหากไม่ให้มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจ อำนาจดุลพินิจก็ไม่ต่างไปจากอำเภอใจกล่าวอีกนัยหนึ่ง เพราะเหตุที่มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทำให้อำนาจดุลพินิจแตกต่างไปจากอำเภอใจ⁵⁸

2.4 ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

คำว่า “การควบคุม” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการเยียวยาฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง “การตรวจสอบ” หมายถึง สอบสวน การสอดคล้อง การดูแลให้ถูกต้อง ก่อนการกระทำหรือก่อนมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้อง

⁵⁸ มานิตย์ จุมปา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37 น. 585.

หรือไม่ ในแง่นี้การตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้นการตรวจสอบนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้งคัดค้าน การปรึกษาหารือ การไต่สวนทั่วไป การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง สิทธิของคู่ความที่จะเข้ารับฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น “การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครองซึ่งแสดงให้เห็นในตัวว่าการควบคุมภายหลังการกระทำโดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้ได้มากที่สุด ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครอง และการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ⁵⁹

สามารถจำแนกประเภทของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ 2 ประเภท คือ 1) จำแนกประเภทตามระยะเวลา และ 2) จำแนกประเภทตามองค์กร โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.4.1 จำแนกประเภทตามระยะเวลา

1) การควบคุมแบบป้องกัน เป็นการควบคุมไม่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมาย หรือทำให้เสียหายแก่สิทธิของประชาชนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเรียกการควบคุมแบบนี้ว่า “การควบคุมแบบป้องกัน” เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่เริ่มดำเนินการรับเรื่อง สืบหาข้อเท็จจริง ปรับข้อเท็จจริงที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนการวินิจฉัย และออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่งหรือใบอนุญาตต่างๆ เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำทุกขั้นตอน โดยชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติทางปกครอง

2) การควบคุมแบบแก้ไข เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่ง หรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองมาแล้ว หากกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนสามารถร้องเรียนขอให้ตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้นได้ ซึ่ง เรียกว่า “การควบคุมแบบแก้ไข” ซึ่งได้แก่ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายนอกฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง เช่น โดยที่ใช้อำนาจตุลาการหรือศาลควบคุมตรวจสอบ

⁵⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น. 288.

ความชอบด้วยกฎหมายของสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองส่วนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นจะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ เนื้อหาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

2.4.2 จำแนกประเภทตามองค์กร

1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หมายถึง การควบคุมที่ดำเนินการโดยองค์กรฝ่ายปกครองด้วยตนเอง โดยยังไม่มียกองค์กรภายนอกอื่นๆ เช่น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งปกติแล้ว องค์กรภายในฝ่ายปกครองก็สามารถควบคุมการกระทำทางปกครองได้ทั้งโดยอาศัย “การบังคับบัญชา” และโดยอาศัย “การกำกับดูแล”⁶⁰ กล่าวคือ

1.1) การควบคุมโดยอาศัยการบังคับบัญชา (contrôle hiérarchique)

การควบคุมบังคับบัญชา คือ มาตรการหนึ่งของการรวมอำนาจบริหาร (centralisation) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางด้วยตนเอง ในรูปของสายการบังคับบัญชา (hiérarchie) กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา หากเห็นว่ากระทำโดยของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการต่างๆ ไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจเพิกถอน รวมทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง และอำนาจที่จะสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้อีกด้วย นอกจากนี้ ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาตัวผู้ใต้บังคับบัญชาอีกด้วย หมายความว่า การที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนเพื่อกระทำการต่างๆ เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอำนาจการควบคุมของผู้บังคับบัญชาในกรณีดังกล่าวนี้มี 3 ประการด้วยกัน คือ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัย อำนาจที่จะโยกย้ายหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น และอำนาจที่จะเลื่อนขึ้นเงินเดือน

1.2) การควบคุมโดยอาศัยการกำกับดูแล (tutelle administrative)

การกำกับดูแล คือ มาตรการหนึ่งของการกระจายอำนาจบริหาร (décentralisation) ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรนิติบุคคล 2 องค์กรด้วยกันนั่นคือ “องค์กรกระจายอำนาจ” กับ “รัฐ” แต่หากจะพิจารณาถึงตัวเนื้อหาสาระแล้วอาจกล่าวได้ว่า การกำกับดูแลเป็นการควบคุมโดยรัฐ หรือตัวแทนของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดูแล

⁶⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) น. 34.

ผลประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจควบคุมเหนือการกระทำและเหนือบุคคลขององค์กรกระจายอำนาจตามกฎหมายมหาชน

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยอาศัยการกำกับดูแลองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลอาจใช้อำนาจกำกับดูแลของตน ควบคุมทั้งตัวการกระทำทางปกครองของผู้อยู่ใต้การกำกับดูแล และตัวผู้อยู่ใต้การกำกับดูแลที่ได้กระทำการอันเป็นการกระทำทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการควบคุมการกระทำทางปกครองในกรณีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเท่านั้น และจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ (Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà de texte) อีกทั้งองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลจะสามารถใช้อำนาจกำกับดูแลได้ก็เฉพาะแต่เพื่อควบคุม “ความชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ใช่ควบคุม “ความเหมาะสม” อันเป็นหลักการและเหตุผลของ “การกระจายอำนาจ”

2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

การกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากถูกควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเองแล้วตามที่กล่าวมาแล้ว ก็ยังถูกควบคุมโดยองค์กรอื่นนอกจากองค์กรภายในของฝ่ายปกครองได้เช่นกัน ซึ่งการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรอื่นนอกจากองค์กรภายในของฝ่ายปกครองที่สำคัญๆ ก็ได้แก่ การควบคุมโดยทางการเมืองและการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล⁶¹

2.1) การควบคุมทางการเมือง (contrôle politique)

การควบคุมการกระทำในทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยทางการเมืองนี้อาจกระทำโดยอาศัยความกดดันทางการเมืองต่างๆ เช่น มติมหาชน, หนังสือพิมพ์ กลุ่มพลังการเมืองต่างๆ เป็นต้น หรือโดยการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีเองก็ได้

การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นการควบคุมโดยวิธีทางการเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาจะเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรฝ่ายบริหารทั้งของคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคนได้หลายวิธีด้วยกัน นั่นคือ การตั้งกระทู้ถาม การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำการสอบสวน หรือการยื่นญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล

⁶¹ วีระ สุธีรวงูร, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 66.

2.2) การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล

การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลนั้น โดยทั่วไปเป็นกรณีที่กฎหมายให้สิทธิแก่ราษฎรคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน และหรือขอให้บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี

(2.3) การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 230 บัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใดๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน หรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้จัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติตามที่ถูกต้องครบถ้วนตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่า มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ กฎ คำสั่ง หรือ การกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองแล้วแต่กรณีเพื่อพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า

ผู้วิจัย เห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ เพื่อเสนอแนะ

ให้หน่วยงานของรัฐนั้นแก้ไขความเดือดร้อนหรือไม่เป็นธรรม หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการ ให้แจ้งคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารทราบเพื่อพิจารณาตามที่เห็นสมควรเท่านั้น เป็นการควบคุมที่มีประสิทธิภาพน้อย ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ไม่มีสภาพบังคับ กับหน่วยงานของรัฐคู่กรณี ดังนั้นจึงคงเป็นเพียงระบบเสริมระบบควบคุมโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น⁶²

2.5 แนวคิดและหลักเกี่ยวกับธรรมาภิบาล

ปัญหาหลักของสังคมสมัยใหม่ คือ ปัญหาที่เกี่ยวกับจิตสำนึกด้านคุณธรรมและจริยธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การฉ้อราษฎร์บังหลวงที่แจ้งประจักษ์ในทุกระดับ ทุกวงการ ไม่ว่าจะเป็นวงการ ไม่ว่าจะเป็นวงการนักการเมือง หรือวงการราชการ รวมถึงวงการธุรกิจภาคเอกชนด้วย นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่เจ้าหน้าที่งานดูแลอำนาจ ซึ่งเป็นวิกฤตการณ์ที่น่ากลัวมากกว่า การฉ้อราษฎร์บังหลวง เพราะสร้างความไม่ไว้วางใจและสร้างความแตกแยกระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้รัฐไม่ได้รับความร่วมมือจากประชาชน⁶³ โดยการฉ้อราษฎร์บังหลวง ข้าราชการเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการฉ้อราษฎร์บังหลวงเท่านั้น แต่อีกส่วนหนึ่งที่มักถูกมองข้าม คือ คนที่ควรต้องรับผิดชอบและเป็นผู้มีส่วนอย่างมากในเรื่องของการฉ้อราษฎร์บังหลวง นั่นคือ ราษฎรเองในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการให้สินบนแก่ข้าราชการ ปัญหาดังกล่าวเป็นอุปสรรคสำคัญ ต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนในทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่างๆ ทั่วโลกไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนา เพราะเงินงบประมาณจำนวนมากที่จัดตั้งขึ้นเพื่อนำไปพัฒนา การศึกษา สุขภาพ หรือสาธารณสุข โภคขั้นพื้นฐานของสังคมส่วนรวมได้ถูกบุคคลบางกลุ่มเบียดบัง เอาไป โดยเฉพาะในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐซึ่งถือเป็นช่องทางให้เกิดการฉ้อราษฎร์บังหลวงได้มากที่สุด หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจมีจิตใจที่ทุจริตต้องการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ ด้วยเหตุนี้แนวคิดในการสร้างระบบคุณธรรมในการปฏิบัติงานจึงเกิดขึ้น โดยเริ่มต้นจากภาคเอกชนได้นำหลัก “บริษัทภิบาล” มาใช้ในการบริหารองค์กร ซึ่งเป็นหลักที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดความสัมพันธ์ในระดับต่างๆ ขององค์กร ในการดำเนินกิจการขององค์กรจะต้องคำนึงถึง วัตถุประสงค์ขององค์กร นโยบายขององค์กร นโยบายบริหาร และแผนงานตามลำดับ ในเวลาต่อมา หน่วยงานภาครัฐได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้แต่เรียกชื่อว่า “ธรรมาภิบาล” ซึ่งแปลมาจาก

⁶² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” ในหนังสือข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 59.

⁶³ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เอกสารประกอบการปาฐกถาพิเศษ “เรื่องจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ,” ในโครงการสัมมนาการดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จัดโดยสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน กรุงเทพฯ, 2551, น. 5.

ภาษาอังกฤษว่า “Good Governance” คือ การบริหารจัดการที่ดี หรือ การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยเป็นหลักการที่มุ่งเน้นให้ผู้ใช้อำนาจปกครองยึดมั่นในความถูกต้องชอบธรรม (Integrity) ความสุจริต (Honesty) ความมีศีลธรรม (Morality) ความยุติธรรม (Fairness) การรักษาคำมั่นสัญญา (Promise Keeping) การไม่ขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest) การปฏิบัติตามกฎหมาย และข้อบังคับ (Compliance with Laws and Regulation) การรักษาชื่อเสียงและศักดิ์ศรี (Reputation And Dignity) นอกจากนี้ผู้บริหารองค์กรจะต้องบริหารด้วยความโปร่งใส (Transparency) และแม้การใช้ดุลพินิจสั่งการก็ต้องปรากฏเหตุผลที่อธิบายได้ มีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) จึงจะถือว่าเป็นผู้ปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาล⁶⁴ ทั้งนี้ การนำหลักธรรมาภิบาลไปบังคับใช้ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิดหลักธรรมาภิบาลสากล และหลักธรรมาภิบาลของประเทศไทยควบคู่กันไป ดังนี้

2.5.1 องค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาล

การประชุมระดับรัฐมนตรีของประเทศสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development : OECD) เกี่ยวกับเรื่องอนาคตของการให้บริการสาธารณะ ซึ่งจัดที่กรุงปารีส ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1996 ได้ให้ความหมายของธรรมาภิบาลในแง่ของความสัมพันธ์ซึ่งครอบคลุมมากกว่าเรื่องการบริหารงานภาครัฐโดยรวมถึงลักษณะความสัมพันธ์ วิธีการ เครื่องมือ ซึ่งจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนพลเมือง ทั้งในส่วนที่เป็นการดำเนินการในฐานะของปัจเจกบุคคล และที่เป็นการดำเนินการในลักษณะที่เป็นสถาบัน เช่น พรรคการเมือง หน่วยการผลิต กลุ่มผลประโยชน์ และสื่อมวลชน เป็นต้น⁶⁵ ซึ่งสอดคล้องกับธนาคารโลก ซึ่งเป็นองค์กรที่นำคำจำกัดความนี้มาเผยแพร่ในรายงานฉบับแรกของธนาคารโลกที่ว่าด้วยเรื่องของการจัดการปกครองและการบริหารทรัพยากรทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยในเบื้องต้นหลักธรรมาภิบาลจะถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความช่วยเหลือทางการเงินในแต่ละประเทศเพื่อให้แน่ใจว่าเงินที่ได้รับความช่วยเหลือจะถูกนำไปใช้อย่างชอบธรรมไม่รั่วไหลไปสู่ข้าราชการด้วยวิธีนอกระบบบ้าง หลวงหากประเทศผู้ขอรับความช่วยเหลือมีระบบกฎหมาย การปกครองที่ขัดแย้ง กับหลักธรรมาภิบาลย่อมไม่ได้รับความช่วยเหลือ แต่หากมีระดับธรรมาภิบาลที่สูงย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือ

⁶⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, เอกสารประกอบคำบรรยาย “การฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ 10 หัวข้อวิชาประเด็นร่วมสมัยเกี่ยวกับจริยธรรมและกฎหมาย,” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ, 2556

⁶⁵ ไชยวัฒน์ คำชู, ประทุมพร วัชรเสถียร, กุลลดา เกษบุญชู และศุภมิตร ปิติพัฒน์, Good Governance การบริหารการปกครองที่โปร่งใสด้วยจริยธรรม ธรรมาภิบาล, (แปล), 2545, น. 29.

เป็นจำนวนเงินที่สูงตามไปด้วย ต่อมาโครงการเพื่อการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nation Development Program : UNDP) ได้นิยามคำว่าธรรมาภิบาลไว้ไม่แตกต่างจากแนวทางที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษแก่เรื่องการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์อย่างยั่งยืน⁶⁶ บทบาทของหลักธรรมาภิบาลในระดับสากลจึงเป็นสภาวะของการพัฒนาและการบริหารกิจการและนโยบายสาธารณะขั้นสูงสุด องค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาล ได้แก่⁶⁷

(1) การรับผิดชอบ หมายถึง การกำหนดให้บุคคลและองค์กรทั้งที่มาจากทางเลือกตั้งและการแต่งตั้ง ซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานภาครัฐ ต้องมีภาระความรับผิดชอบต่อสาธารณะในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำ กิจกรรม หรือ การตัดสินใจใดๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสาธารณะ หรือ กระทำในนามของสาธารณะ ซึ่งหมายความรวมถึงภาระความรับผิดชอบต่อระบบงบประมาณ การบัญชี และการใช้บังคับกฎเกณฑ์และระเบียบกติกาต่างๆ ด้วย

(2) ความโปร่งใส หมายถึง การที่สาธารณชนมีโอกาสได้รับรู้ นโยบายต่างๆ ของรัฐ ความมั่นใจว่ารัฐบาลมีความตั้งใจในการดำเนินการตามนโยบายนั้น ซึ่งจะเกิดขึ้นเช่นนั้นได้เมื่อประชาชนสามารถตรวจสอบการทำงาน คำชี้แจง และถ้อยแถลงต่างๆ ของหน่วยงานภาครัฐ รวมทั้งเปิดโอกาสให้ต่อสู้แข่งขันระหว่างฝ่ายต่างๆอย่างเต็มที่ในการดำเนินการทางปกครอง

(3) การปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ ในการบริหารงานภาครัฐ ความอ่อนแอของระบบบริหารราชการแผ่นดินจะส่งผลให้จริยธรรมและการยึดมั่นในจริยธรรมของข้าราชการเสื่อมถอยลง ทำให้การควบคุมรัฐบาลของฝ่ายนิติบัญญัติไม่เพียงพอ นอกจากนั้น การทุจริตยังกัดกร่อนอำนาจหน้าที่ และประสิทธิภาพขององค์กรหรือหน่วยงานราชการ ด้วยเหตุนี้ การปรับปรุงประสิทธิภาพและความโปร่งใสของนโยบายเศรษฐกิจ และการปฏิรูประบบราชการ จึงนับเป็นองค์ประกอบสำคัญในการรณรงค์ต่อสู้กับการทุจริตและเสริมสร้างธรรมาภิบาล

(4) การมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย การมีส่วนร่วมหมายถึง กระบวนการที่เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีบทบาทและอิทธิพลในการตัดสินใจ ดำเนินนโยบาย และมีส่วนในการควบคุมองค์กร ตลอดจนการจัดสรรการใช้และการรักษาทรัพยากรต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อวิถีชีวิตของคนอันจะทำให้เกิดการตรวจสอบ การใช้อำนาจของรัฐเป็นเรื่องเกี่ยวกับการสร้างกรอบกฎเกณฑ์และสภาพแวดล้อมทางการปกครองซึ่งช่วยสร้างข้อเรียกร้องที่ชอบธรรม และก่อให้เกิดกระบวนการติดตามตรวจสอบนโยบายและการดำเนินการภาครัฐ การมีส่วนร่วมเกิดขึ้นได้ในหลายระดับด้วยกัน ตั้งแต่ระดับรากหญ้าโดยผ่านองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจนถึงระดับ

⁶⁶ เฟ็งอ๋าง, น. 34.

⁶⁷ เฟ็งอ๋าง, น. 44-50.

ภูมิภาคและระดับชาติภายใต้รูปแบบที่มีการปกครองในระบบการกระจายอำนาจและยืดหยุ่น ตลอดจนการมีส่วนร่วมภาคเอกชน

(5) กรอบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ระบบยุติธรรมและกฎหมายที่ส่งเสริมการพัฒนา และระบบการจัดการปกครองที่ดีนั้น คือ การมีกฎหมายที่มีความชัดเจนไม่มีจำนวนมากเกินความจำเป็นมีขั้นตอนการปฏิบัติที่ไม่ซ้ำซ้อนและนำมาใช้อย่างเป็นเอกภาพ ในระบบและกระบวนการยุติธรรมที่มีเป็นวัตุวิสัยและเป็นอิสระ ระบบกฎหมายที่ดีจะช่วยส่งเสริมการปกครองตามหลักนิติธรรม สิทธิมนุษยชน และการพัฒนาเศรษฐกิจ ถ้าระบบดังกล่าวมีความอ่อนแอจะทำให้ไม่มีเอกชนอยากลงทุนลงทุนในการทำธุรกรรมทางเศรษฐกิจจะถูกบิดเบือนไป และพฤติกรรมการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจะแผ่กระจายอย่างกว้างขวาง และปัญหาการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายจะนำไปสู่การกระทำของเอกชนในการทุจริตในทุกระดับ

2.5.2 วัตถุประสงค์ของหลักธรรมาภิบาล

หลักธรรมาภิบาลถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ควรนำไปปรับใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐเพื่อสร้างรูปธรรมในการพัฒนากระบวนการทำงานและสร้างความโปร่งใสในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้⁶⁸

(1) การบริหารราชการที่มุ่งให้เกิดประโยชน์สุขแก่ประชาชนโดยยึดประชาชนเป็นศูนย์กลาง (Citizen Centered) เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและก่อให้เกิดผลกระทบในทางที่ดีต่อการพัฒนาชีวิตของประชาชน

(2) เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐโดยยึดการบริหารแบบบูรณาการซึ่งมุ่งเน้นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานที่สอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยการจัดทำคำรับรองการปฏิบัติราชการไว้ล่วงหน้าที่สามารถแสดงผลและวัดผลงานได้อย่างชัดเจน

(3) มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ ในการดำเนินภารกิจของรัฐจะต้องมีการเปรียบเทียบต้นทุนค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการดำเนินงานทั้งภายในหน่วยงานตนเองและระหว่างหน่วยงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการดำเนินภารกิจในลักษณะเดียวกัน เพื่อผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นว่ามีความคุ้มค่ากับเงินลงทุนที่เกิดจากการนำภาษีของประชาชน ในดำเนินการ หากไม่คุ้มค่าก็ไม่ควรดำเนินการต่อไป

(4) ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น โดยลดขั้นตอนและระยะเวลาการปฏิบัติราชการลงจากที่เป็นอยู่เดิม มอบอำนาจการตัดสินใจให้กับผู้ใกล้ชิดกับประชาชน

⁶⁸ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.), คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์กรภาครัฐ ตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating), 2552, น. 7-9.

จัดบริการให้ประชาชนสามารถรับบริการให้แล้วเสร็จในที่เดียวกันเพื่อให้ประชาชนได้รับบริการที่สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น

(5) มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อเหตุการณ์โดยจะต้องมีการทบทวนและปรับปรุงกระบวนการขั้นตอนการทำงานใหม่อยู่เสมอ ส่วนราชการจึงควรจัดลำดับความสำคัญและความจำเป็นของงานหรือโครงการที่จัดทำให้สอดคล้องกับแผนบริหารราชการแผ่นดินและงบประมาณของประเทศซึ่งอาจมีผลต้องพิจารณายกเลิกส่วนราชการที่ไม่จำเป็นและปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบต่างๆ ให้เหมาะสม

(6) ประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการในการปฏิบัติราชการของส่วนราชการต้องมุ่งเน้นความต้องการและความพึงพอใจของประชาชนผู้รับบริการเป็นหลัก ดังนั้น จึงต้องมีการสำรวจความต้องการของประชาชนและความพึงพอใจของประชาชนผู้รับบริการอย่างสม่ำเสมอ เพื่อจะได้จัดตั้งอำนวยความสะดวกและเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนทราบและเข้าใจง่ายเวลามาติดต่อ

(7) มีการประเมินผลการปฏิบัติงานอย่างสม่ำเสมอ ส่วนราชการจะต้องสร้างระบบการควบคุมตนเองโดยมีการตรวจสอบติดตามวัดผลการปฏิบัติงานอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งจะทำได้สามารถผลักดันการปฏิบัติงานของหน่วยงานให้บรรลุเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังช่วยให้การพิจารณาให้บำเหน็จ และรางวัลแก่ข้าราชการเป็นไปตามผลการปฏิบัติงานอย่างจริงจัง

2.6 แนวคิดและหลักการจัดหาพัสดุ

2.6.1 ความหมายและระบบการจัดหาพัสดุ

ในเบื้องต้นก่อนที่จะได้ทราบถึงความหมายของกระบวนการจัดหาพัสดุ ควรที่จะต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “พัสดุ” พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “พัสดุ” คือ สิ่งของต่างๆ เครื่องใช้ไม้สอย ที่ดิน บ้านเรือน ดังนั้น หากกล่าวถึงการจัดหาพัสดุ คนทั่วไปมักจะเข้าใจว่า คือ การจัดหาสิ่งของต่าง หรือเครื่องใช้ต่างๆ แต่อย่างไรก็ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “พัสดุ” ว่าให้หมายถึง วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้างที่กำหนดไว้ในหนังสือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามงบประมาณของสำนักงบประมาณหรือการจำแนกประเภทรายจ่ายสัญญา

เงินกู้จากต่างประเทศ⁶⁹ จากนิยามดังกล่าวสามารถจำแนกประเภทของพัสดุได้ 4 ประเภทหลักๆ ด้วยกัน ดังนี้⁷⁰

1) วัสดุ หมายถึง สิ่งของเครื่องใช้ต่างๆ ที่โดยสภาพเมื่อใช้แล้วมีลักษณะใช้ไปสิ้นไปไม่คงทนถาวร สามารถหมดหรือเสื่อมสลายไปได้เพราะการใช้ ซึ่งหากพิจารณาจากหลักการจำแนกประเภทจ่ายตามงบประมาณของสำนักงานประมาณจะสามารถแบ่งวัสดุออกได้เป็น 12 ประการ ดังนี้

1.1) วัสดุสำนักงาน เช่น กระดาษ หมึก ดินสอ ปากกา ไม้บรรทัด แฟ้ม เครื่องเขียน กระดาษ ขางลบ เครื่องคิดเลข

1.2) วัสดุไฟฟ้าและวิทยุ เช่น เทปพันสายไฟฟ้า พิวส์ ปลั๊ก สวิตช์ หลอดไฟฟ้า โคมไฟฟ้า เครื่องตัดกระแสไฟฟ้าอัตโนมัติ

1.3) วัสดุงานบ้านงานครัว เช่น ไม้กวาด ไม้ถูพื้น ถ้วยชาม แก้วน้ำ กระจกน้ำร้อน หม้อไฟฟ้า เครื่องปิ้งขนมปัง

1.4) วัสดุก่อสร้าง เช่น สี แปรงทาสี ปูนซีเมนต์ ทราย ตะปู ค้อน จอบ เสียม เลื่อย ท่อน้ำ อุปกรณ์ประปา

1.5) วัสดุยานพาหนะและขนส่ง เช่น แบตเตอรี่ ยางรถยนต์ น้ำมันเบรก หม้อน้ำ เข็มขัดนิรภัย แม่แรง

1.6) วัสดุเชื้อเพลิงและหล่อลื่น เช่น น้ำมันดีเซล น้ำมันเบนซิน น้ำมันก๊าด แก๊สหุงต้ม น้ำมันเครื่อง

1.7) วัสดุวิทยาศาสตร์หรือการแพทย์ เช่น แอลกอฮอล์ ออกซิเจน เวชภัณฑ์ เคมีภัณฑ์ กำจัดศัตรูพืชและสัตว์

1.8) วัสดุการเกษตร เช่น ปุ๋ย พันธุ์พืช วัสดุเพาะชำ อาหารสัตว์ สารเคมีป้องกันและกำจัดศัตรูและสัตว์

1.9) วัสดุโฆษณาและเผยแพร่ เช่น ฟิล์ม แถบบันทึกเสียงหรือภาพ รูปสี่หรือขาวดำที่ได้จากการล้างอัดขยาย เครื่องกรอเทป

1.10) วัสดุเครื่องแต่งกาย เช่น เครื่องแบบ เครื่องหมายยศและสังกัด รองเท้า เข็มขัด หมวก ผ้าพันคอ

1.11) วัสดุกีฬา เช่น ลูกฟุตบอล ห่วงยาง ลูกปิงปอง

⁶⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 5

⁷⁰ วนิตา อลิวนานนท์ชัย, การจัดการวัสดุและการจัดซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2543), น. 369-371.

1.12) วัสดุคอมพิวเตอร์ เช่น แผ่นหรืองานบันทึกข้อมูล แผ่นซีดี เม้าส์โปรแกรมต่างๆ

2) ครุภัณฑ์ หมายถึง สิ่งของเครื่องใช้ต่างๆ ที่มีลักษณะคงทนถาวร มีอายุการใช้งานที่ยาวนานเมื่อเทียบกับวัสดุ ซึ่งหากพิจารณาจากหลักการจำแนกประเภทรายจ่ายตามงบประมาณของสำนักงานงบประมาณจะสามารถแบ่งครุภัณฑ์ออกได้เป็น 8 ประการ ดังนี้

2.1) ครุภัณฑ์สำนักงาน เช่น โต๊ะ เก้าอี้ ชุดรับแขก ตู้ ชั้นวางเอกสาร เครื่องอัดสำเนา เครื่องถ่ายเอกสาร เครื่องปรับอากาศ ตู้โทรศัพท์หรือตู้สาขาโทรศัพท์

2.2) ครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่ง เช่น รถยนต์ รถบรรทุก รถกระบะ รถจักรยานยนต์ เรือ เครื่องบิน

2.3) ครุภัณฑ์การเกษตร เช่น รถไถ รถแทรกเตอร์ เครื่องพ่นยา

2.4) ครุภัณฑ์ก่อสร้าง เช่น เครื่องกลึง เครื่องผสมคอนกรีต รถตักดิน รถเกี่ยดิน รถเกี่ยดิน เครื่องตอกเข็ม เครื่องตีเส้น

2.5) ครุภัณฑ์ไฟฟ้าและวิทยุ เช่น เครื่องกำเนิดไฟฟ้า เครื่องส่ง โทรทัศน์ เครื่องรับส่งวิทยุ เครื่องถอดเทป เครื่องเล่นแผ่นเสียง

2.6) ครุภัณฑ์โฆษณาและเผยแพร่ เช่น กล้องถ่ายรูป กล้องถ่ายวิดีโอ เครื่องล้างฟิล์ม เครื่องตัดต่อภาพ

2.7) ครุภัณฑ์งานบ้านงานครัว เช่น เครื่องกรองน้ำ ตู้เย็น เตารีด เครื่องซักผ้า

2.8) ครุภัณฑ์คอมพิวเตอร์ เช่น มอนิเตอร์ เครื่องพิมพ์ เครื่องแปลงรหัสสัญญาณหรือโมเด็ม สแกนเนอร์ เครื่องสำรองกระแสไฟฟ้า

3) ที่ดิน

4) สิ่งก่อสร้าง

เมื่อได้ทราบความหมายของคำว่า “พัสดุ” แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่า การจัดหาพัสดุ คือ การดำเนินการโดยวิธีการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดิน หรือสิ่งก่อสร้าง ซึ่งวิธีการต่างๆ ที่จะทำให้ได้มาซึ่งพัสดุนั้นมีหลายวิธี เช่น การซื้อ การเช่า การจ้าง การผลิตหรือจัดทำขึ้นเอง การแลกเปลี่ยน การรับบริจาคซึ่งในแต่ละวิธีย่อมมีลักษณะหรือเงื่อนไขที่แตกต่างกันและการจัดหาพัสดุโดยทั่วไปย่อมมีขั้นตอนหรือกระบวนการต่างๆ ตามลำดับ ดังนี้⁷¹

1) การประมาณการหรือการรู้ถึงความต้องการใช้พัสดุ

ในการดำเนินการจัดหาพัสดุขององค์กรต่างๆ จะต้องมีเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่รับผิดชอบจัดเตรียมงบประมาณและวางแผนการจัดหาไว้ล่วงหน้าเพื่อให้สามารถทราบถึงปริมาณงานที่ต้อง

⁷¹ อรรถัย กักผล, การพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี:บริษัท เอ.พี.กราฟฟิค ดีไซน์และการพิมพ์ จำกัด, 2547), น. 8-15.

ปฏิบัติและความสามารถในการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดหาพัสดุคุ้มค่าและมีประสิทธิภาพ ซึ่งในการวางแผนการจัดหาพัสดุจะทำให้เราทราบหรือประมาณการล่วงหน้าได้ถึงความต้องการที่จะใช้พัสดุในช่วงเวลาต่างๆ ว่ามีปริมาณมากน้อยเพียงใด

2) การกำหนดลักษณะพัสดุที่ต้องการ

เมื่อองค์กรต่างๆ ได้ทราบแผนงานหรือปริมาณงานที่ได้วางแผนไว้แล้ว ประการต่อมาเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดหาพัสดุจะต้องกำหนดลักษณะของพัสดุที่จะจัดหาเพื่อให้ตรงตามความต้องการหรือความเหมาะสมแก่การใช้งาน โดยการกำหนดลักษณะของพัสดุอาจทำได้โดยระบุรายละเอียดของพัสดุที่ต้องการให้ชัดเจนซึ่งอย่างน้อยควรมีรายละเอียดไม่ว่าจะเป็นชื่อของพัสดุ คุณภาพของพัสดุที่ต้องการและที่ไม่ต้องการ วิธีตรวจสอบเพื่อให้ทราบว่าได้ส่งมอบพัสดุที่มีคุณภาพ ราคาพัสดุดต่อหน่วย จำนวนพัสดุที่ต้องการ

3) การรับใบเบิกหรือใบขอพัสดุ

องค์กรต่างๆ ควรมอบหมายให้มีเจ้าหน้าที่ที่มีรับผิดชอบในการออกใบเบิกหรือใบขอพัสดุ ซึ่งในการเบิกหรือใบขอพัสดุควรที่จะต้องระบุรายละเอียดไม่ว่าจะเป็นลักษณะของพัสดุที่ต้องการ จำนวนหรือปริมาณที่ต้องการ วันที่ต้องการ เหตุผลการขอเบิกพัสดุลายมือชื่อของผู้ขอเบิกวันที่ขอเบิก และเจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องบันทึกเลขที่ใบสั่งซื้อและรายละเอียดอื่นๆ ที่จำเป็น นอกจากนี้ ในการทำใบเบิกพัสดุหรือใบขอพัสดุ ผู้ขอเบิกควรที่จะต้องทำสำเนาใบเบิกพัสดุไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้ง่ายต่อการตรวจสอบภายหลัง

4) การเสาะแสวงหาแหล่งพัสดุที่ต้องการ

เจ้าหน้าที่พัสดุควรที่จะต้องรู้แหล่งของพัสดุที่ต้องการ โดยจะต้องมีการเตรียมการล่วงหน้าเพื่อให้ทราบว่าแหล่งใดมีสินค้าอะไรที่จะขายโดยอาจทำบัญชีผู้ค้าต่างๆ และขึ้นทะเบียนร้านค้าเพื่อประโยชน์และสะดวกในการติดต่อซื้อพัสดุซึ่งการขึ้นทะเบียนร้านค้าอาจทำได้โดยการกำหนดแบบฟอร์มให้กรอกพร้อมทั้งกำหนดให้ร้านค้าเหล่านั้นยื่นหลักฐานที่จำเป็นเพื่อประกอบการตรวจสอบ เช่น หลักฐานการจดทะเบียนการค้าของทางราชการหรือผลงานของร้านค้าที่ได้ทำเสร็จเรียบร้อยแล้ว

5) การวิเคราะห์ช่องประกวดราคาหรือราคาที่เสนอ

ในการจัดหาพัสดุนานาชาติ วิธีที่ดีที่สุดในการจัดหา คือ วิธีประกวดราคา ซึ่งในการประกวดราคาพัสดุก่อนที่จะตัดสินใจให้ผู้ขายหรือร้านค้ารายใดเป็นผู้ชนะในการประกวดราคาหรือเป็นคู่สัญญา เจ้าหน้าที่พัสดุควรที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบตลอดจนจะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ราคาให้ละเอียดครบถ้วนเพื่อจะได้ทราบว่าผู้ขายหรือร้านค้ารายใดเสนอราคาที่เป็นประโยชน์ต่อองค์กรมากที่สุด โดยในการพิจารณาตัดสินใจให้ผู้ขายหรือร้านค้ารายใดเป็น

ผู้ชนะในของร้านค้านั้นด้วย เช่น ฐานะทางการเงิน การบริหารจัดการ หรือการเสถียรภาพของร้านค้า ตลอดจนการดูแล หรือการบริการหลังการขาย หากเป็นกรณีที่พัสดุเหล่านั้นต้องมีการรับบริการหลังการขายด้วย

6) การสั่งซื้อพัสดุหรือทำสัญญาจัดส่งพัสดุและการส่งมอบพัสดุ

โดยทั่วไป การซื้อขายพัสดุในจำนวนมาก มักจะซื้อโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งใบสั่งพัสดุถือเป็นข้อกำหนดที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ ในการระบุกำหนดเวลาส่งมอบพัสดุในใบสั่งสินค้าจะต้องมีการตรวจสอบให้แน่ใจก่อนการทำสัญญากับผู้ขายว่าพัสดุที่ต้องการนั้นมีกำหนดการใช้งานเมื่อใด ซึ่งทั้งนี้ต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงระยะเวลาที่ต้องใช้ไป ในระหว่างการขนส่งพัสดุประกอบกันด้วย

7) การติดตามผลตามใบสั่งพัสดุหรือสัญญา

ในบางกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถจัดส่งพัสดุได้ตามกำหนดระยะเวลาหรือไม่สามารถจัดส่งพัสดุให้ได้ ก็จะทำให้้องค์กรต่างๆ เหล่านั้นขาดพัสดุมาใช้ในการปฏิบัติงาน จึงมีความจำเป็นที่องค์กรต่างๆ เหล่านั้นจะต้องมีระบบติดตามผลตามใบสั่งพัสดุหรือสัญญา นอกจากนี้ หากภายหลังปรากฏได้ว่าผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา องค์กรต่างๆ เหล่านั้นก็ย่อมที่จะมีสิทธิฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้

8) การตรวจรับพัสดุ

โดยปกติการตรวจรับพัสดุจะทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความชำนาญและมีความชำนาญในเรื่องที่เกี่ยวกับพัสดุนั้น ซึ่งเมื่อได้รับพัสดุที่ส่งและได้ตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์แล้ว ขั้นตอนประการต่อมา คือ ต้องมีการลงนามตรวจรับพัสดุ โดยการลงนามตรวจรับพัสดุถือเป็นเงื่อนไขที่จะทำให้ผู้จัดส่งพัสดุมิสิทธิที่จะได้รับเงินค่าพัสดุ ดังนั้น จึงอาจเห็นได้ว่าหน่วยงานที่จะเข้ามาทำหน้าที่ตรวจรับพัสดุมีความสำคัญ โดยจะต้องทำหน้าที่ทั้งตรวจรับพัสดุและจ่ายพัสดุไปยังหน่วยงานต่างๆ ภายในองค์กรที่ได้ขอเบิกพัสดุดังกล่าวไว้

9) การเก็บรักษาพัสดุ

พัสดุเมื่อได้มีการส่งมอบกันถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาและทำการตรวจรับพัสดุเป็นที่เรียบร้อยแล้ว พักก็จะต้องถูกนำไปเก็บรักษาในคลังพัสดุเพื่อรอการเบิกจ่ายไปยังหน่วยงานต่างๆ ภายในองค์กรต่อไป ซึ่งในการเก็บรักษาพัสดุควรมีระบบการตรวจสอบการเบิกจ่ายจากคลังพัสดุที่ดีเป็นระบบและมีวิธีการเก็บรักษาที่เหมาะสมกับพัสดุ

10) การตรวจใบกำกับสินค้า

ใบกำกับสินค้าหรือบิลส่งสินค้าจะแสดงรายละเอียดของพัสดุที่จัดส่งและเป็นใบที่แสดงสิทธิของผู้ขายที่จะได้รับเงินค่าพัสดุจากผู้ซื้อ แต่ทั้งนี้ การชำระเงินค่าพัสดุ ผู้ขายจะได้รับชำระ

ก็คือเมื่อฝ่ายจัดหาพัสดุได้อนุมัติเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ดังนั้น ในการตรวจสอบใบกำกับสินค้า เพื่อความถูกต้องก่อนที่จะจ่ายเงินค่าพัสดุให้แก่ผู้ขายจึงมีความสำคัญและควรที่จะต้องมอบหมายให้มีเจ้าหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบใบกำกับสินค้านี้ดังกล่าว ซึ่งอาจมอบหมายให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายจัดหาพัสดุหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัญชีและการเงินก็ได้

11) การจ่ายเงินค่าพัสดุ

เมื่อใบกำกับสินค้าได้รับการตรวจสอบความถูกต้องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายจัดหาพัสดุหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัญชีและการเงินเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ขั้นตอนประการต่อไปในกระบวนการจัดหาพัสดุ คือ การจ่ายเงินค่าพัสดุ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัญชีและการเงินจะมีหน้าที่จ่ายเงินค่าพัสดุให้แก่ผู้ขายตามสัญญาจัดหาพัสดุต่อไป

12) การจัดเก็บรักษาหลักฐานต่างๆ

ในขั้นตอนต่างๆ ตั้งแต่เริ่มกระบวนการจัดหาพัสดุจนถึงการได้พัสดุมานั้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จะมีการออกเอกสารต่างๆ หลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นเอกสารที่ออกให้โดยฝ่ายผู้ขาย เช่น ใบเสนอราคา หรือเอกสารของฝ่ายผู้ซื้อ เช่น ใบแจ้งการประกวดราคา ดังนั้น การจัดเก็บเอกสารดังกล่าวจึงมีความสำคัญเพราะอาจใช้เป็นหลักฐานเพื่อการตรวจสอบต่อไป โดยจะต้องรวบรวมเข้าไว้ด้วยกันให้เป็นระบบและสามารถตรวจสอบได้โดยง่าย

2.6.2 หลักการสำคัญของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ

จากหลักทั่วไปในการทำสัญญามาจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าเงินที่จะใช้จ่ายในการทำสัญญาเป็นเงินภาษีของประชาชน ฉะนั้น การใช้จ่ายเงินของส่วนรวมจะต้องคำนึงถึงหลักที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) ต้องมีการเข้มงวดในการใช้จ่ายเงินเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยจะต้องมีการวางกลไกในการตรวจสอบอย่างเคร่งครัด เพื่อให้การใช้จ่ายเงินเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และ (2) การเข้าทำสัญญาจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้เข้าแข่งขันทุกรายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน เพื่อให้หลัก 2 ประการนี้สัมฤทธิ์ผล⁷² กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสำคัญ 3 ประการ คือ (1) เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ (2) เงื่อนไขที่เกี่ยวกับความโปร่งใส และ (3) เงื่อนไขเกี่ยวกับความเสมอภาค⁷³

1) เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ

⁷²สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,ผู้แปล,(สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง). โดย M.Philippe Turguet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง 18,1 (เมษายน 2542), น. 12.

⁷³ นันทวัฒน์ บรมานันท์,สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2546), น. 434.

เป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดของการทำสัญญาพัสดุของฝ่ายปกครองเพราะกระบวนการจัดหาพัสดุนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ และระเบียบต่างๆ อย่างเคร่งครัด

2) เงื่อนไขความโปร่งใส

ความโปร่งใส หมายถึง สุจริตไม่คดโกง ซึ่งหลักความโปร่งใสเป็นหลักที่เรียกร้องให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุจะต้องกระทำอย่างโปร่งใสและเปิดเผยโดยให้มีการตรวจสอบความถูกต้องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ซึ่งเงื่อนไขในประกาศเชิญชวนก็เป็นวิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนผู้ประสงค์จะเข้าทำสัญญาพัสดุกับฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการในเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง และหลักการมีส่วนร่วมซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักความโปร่งใส นั้น หมายถึง การให้บุคคลต่างๆ ได้มีโอกาสที่จะมีส่วนร่วมในการดำเนินการต่างๆ ขององค์กรหรือภาคส่วนนั้นๆ ในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากร การให้ข้อมูลแก่ประชาชน การแสดงความคิดเห็น การให้คำปรึกษา การร่วมวางแผน ร่วมปฏิบัติ ร่วมควบคุมงานสาธารณะ

3) เงื่อนไขเกี่ยวกับความเสมอภาค

เงื่อนไขเกี่ยวกับความเสมอภาคมีที่มาจากความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับฝ่ายปกครอง ความเสมอภาคนี้ ถือเป็น “พื้นฐาน” ของการแข่งขันเพราะเมื่อทุกคนมีความเสมอภาคที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง วิธีที่ดีที่สุดที่จะคัดเลือกผู้มีความสมบัติเหมาะสมที่สุดที่เข้าทำงานกับฝ่ายปกครองก็คือ การแข่งขัน

หลักความเสมอภาค มีพื้นฐานมาจากหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยมองว่ามนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น

- (1) หลักความโปร่งใส (Transparency)
- (2) หลักความเสมอภาค (Equal Treatment)
- (3) หลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (Mutual recognition)
- (4) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)

2.7 หลักสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service)

ในการบริหารงานภาครัฐไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดก็ตาม สิ่งที่ประชาชนและสังคมโดยทั่วไป ทั้งสังคมภายในประเทศและสังคมระหว่างประเทศเรียกร้องอยู่เสมอคือ การบริหารงานภาครัฐที่ยืนอยู่บนความโปร่งใสและความเป็นธรรม กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุก็นั้นเหมือนกัน ที่ทุกฝ่าย

ไม่ว่าจะเป็นประชาชนผู้เสียภาษีอากร ผู้ขายหรือผู้รับจ้างที่ประสงค์มีนิติสัมพันธ์กับภาครัฐต่างก็เรียกร้องความโปร่งใสและการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของภาครัฐในทุกระดับ หากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐขาดความโปร่งใสและเป็นธรรมแล้วอาจส่งผลทำให้การจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจหลักของภาครัฐขาดความต่อเนื่อง หรือมีความไม่เสมอภาคในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุย่อมไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาหลักการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะเป็นภารกิจสำคัญประการหนึ่งของฝ่ายปกครอง และเป็นภารกิจที่มีอยู่มาเป็นเวลาช้านานแล้ว ดังนั้น จึงเกิดหลักการที่เข้ามาเกี่ยวข้องการเรื่องบริการสาธารณะรวมทั้งหลักการที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนมากมาย หลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นหลักการบริหารงานภาครัฐที่สำคัญที่ภาครัฐสมควรที่จะต้องยึดถือและใช้เป็นหลักในการบริหารงานภาครัฐเพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ จากการศึกษาพบว่า มีนักวิชาการหลายท่าน ได้ให้ความหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์⁷⁴ ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” พร้อมทั้งอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า ศาสตราจารย์ Léon Duguit ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าบริการสาธารณะว่า “บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ” แม้เป็นความหมายที่สั้นแต่หากพิจารณาอย่างละเอียดลึกซึ้งแล้วจะพบว่า เป็นคำจำกัดความที่สะท้อนให้เห็นถึงความมีอยู่ของบริการสาธารณะคู่กับรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยผ่านทางบริการสาธารณะ สำหรับหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะนั้น เป็นหลักที่สำนักคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะพัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ ซึ่งในแวดวงนักกฎหมายมหาชนเรียกว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ” หรือ “กฎหมายของ Rolland”⁷⁵ ซึ่งหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะดังกล่าวประกอบด้วย

2.7.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคเกิดจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น มิได้มีจุดหมายที่จะจัดบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดเป็นการเฉพาะ แต่เป็นการเข้ามาจัดทำเพื่อประโยชน์โดยรวมของประชาชนด้วย ดังนั้น ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติต่ออย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคในเรื่องเกี่ยวกับบริการสาธารณะนี้

⁷⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 31.

⁷⁵ เพิ่งอ้าง, น. 43-54.

นอกจากจะเป็นความเสมอภาคของประชาชนในฐานะผู้รับบริการจากรัฐแล้วยังรวมถึงความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐในการประกวดราคา เพื่อให้ผู้เข้าเสนอราคามีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมถึงความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับภาครัฐด้วย

2.7.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่จำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หลักการสำคัญของบริการสาธารณะที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักความต่อเนื่อง หากบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องแล้ว ประชาชนผู้ใช้บริการย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ไม่มีมาตรฐานตายตัวว่าจะต้องเป็นอย่างไร หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีผลต่อเนื่องถึงสัญญาทางปกครองที่ภาคเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ และการนัดหยุดงานด้วย

2.7.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะที่ดีและมีประสิทธิภาพย่อมต้องแก้ไขปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมุ่งถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครองหรือผู้ใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

จากความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” ตลอดจนลักษณะหรือหลักเกณฑ์พื้นฐานของบริการสาธารณะดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ มีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกับการสร้างความโปร่งใสและการแข่งขันราคาอย่างธรรม ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของภาครัฐ โดยเฉพาะหลักเกณฑ์พื้นฐานของบริการสาธารณะในเรื่องหลักความเสมอภาคซึ่งนอกจากจะหมายถึงความเสมอภาคในการได้รับบริการจากภาครัฐอย่างเท่าเทียมกันแล้วยังหมายความรวมถึงความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐในการประกวดราคาเพื่อให้ผู้เข้าเสนอราคามีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล⁷⁶ ได้ให้ความหมายและอธิบายเกี่ยวกับหลักการบริการสาธารณะไว้สรุปได้ว่า กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มีสาระสำคัญส่วนหนึ่งเกี่ยวกับการวางระเบียบ ในเรื่องบริการสาธารณะและวิธีจัดทำบริการสาธารณะ แต่เดิมกิจการที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติอยู่เป็นประจำจะเรียกว่า “ราชการ” แต่เมื่อภารกิจของรัฐเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะภารกิจที่เกี่ยวข้องกับ

⁷⁶ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 126-132.

ความต้องการส่วนรวมของประชาชนจึงเรียกว่า “ราชการบริหาร” คำว่า “ราชการบริหาร” นี้ครอบคลุมถึงงานซึ่งเป็นการกิจของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นด้วย อย่างไรก็ตาม การกิจในการสนองความต้องการของประชาชนยังกระจายไปถึงองค์กรของรัฐอีกประเภทหนึ่ง คือ รัฐวิสาหกิจและในขณะเดียวกัน ได้กระจายไปถึงภาคเอกชนซึ่งทำหน้าที่แทนภาครัฐ ที่เรียกว่า สัมปทานบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น จึงเกิดเป็นคำใหม่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” คำว่า “บริการสาธารณะ” จึงหมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ลักษณะของบริการสาธารณะอาจแยกลักษณะสำคัญได้ 5 ประการ คือ

1) บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง

ลักษณะของบริการสาธารณะประการแรกนี้ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองได้เป็นผู้เข้าทำกิจการงานนั้นเอง โดยเข้าไปบังคับบัญชาหรือสั่งการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ และกำกับดูแลรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาเป็นผู้ปฏิบัติ และหมายความรวมถึงการที่ฝ่ายปกครองกระทำการในฐานะเป็นผู้กำกับดูแลในกิจการที่ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั่นเอง

2) บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

เนื่องจากความต้องการส่วนรวมของประชาชนอาจแบ่งแยกได้เป็นสองประเภท คือ ความต้องการได้รับความปลอดภัยอย่างหนึ่ง และความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตอีกอย่างหนึ่ง ดังนั้น บริการสาธารณะที่จะจัดทำขึ้นจึงต้องเป็นไปเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เนื่องจากเป็นการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะโดยตรง

3) การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย

เนื่องจากฝ่ายปกครองมีภารกิจสำคัญ คือ การรักษาประโยชน์สาธารณะให้คงอยู่เพื่อสนองความต้องการของประชาชน ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ต่างๆ เปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะคงอยู่และสนองความต้องการของประชาชนได้ตามวัตถุประสงค์

4) บริการสาธารณะจะต้องจัดให้ดำเนินการอยู่เป็นนิจและโดยสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก โดยที่บริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อประชาชน ดังนั้น หากบริการ

สาธารณะต้องหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยประการใดๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรืออาจเสียหาย บริการสาธารณะจึงมีหลักการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ต้องมีความต่อเนื่อง

5) เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน

การได้รับบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน คือ หลักการของความเสมอภาคซึ่งหลักความเสมอภาคนี้มี 2 นัย คือ ความเสมอภาคที่จะได้รับบริการจากรัฐหรือผู้ที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันนัยหนึ่ง และความเสมอภาคในการที่บุคคลจะสมัครเข้ารับหน้าที่การงานในหน่วยงานของรัฐด้วยอีกนัยหนึ่ง

2.8 วิวัฒนาการและสาระสำคัญของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทย

คำว่า “สัญญาพัสดุ” หรือ “การจัดซื้อและจัดจ้าง (Procurement)” ของภาครัฐเป็นการดำเนินการซึ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คือ หน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้างกับอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ภาคเอกชนในฐานะผู้ขายหรือผู้รับจ้าง โดยมีสัญญาเป็นสิ่งที่ผูกพันทั้งสองฝ่ายเข้าด้วยกัน ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐจะมีหลักการเหมือนสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างโดยทั่วไป คือ เป็นสัญญาที่เกิดจากการเข้าทำนิติสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย⁷⁷

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของส่วนราชการในประเทศไทยมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุ ไม่ว่าจะเป็น การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน และการเช่าไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยก่อนดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุทุกวิธี เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการจัดทำรายงานขอซื้อขอจ้างซึ่งประกอบด้วยเหตุผลความจำเป็นในการซื้อหรือจ้าง วงเงินงบประมาณ คุณลักษณะเฉพาะของพัสดุจะซื้อหรืองานที่จะจ้าง คุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคา และข้อกำหนดที่จำเป็นอื่นๆ แล้วนำเสนอขอความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการเพื่ออนุมัติการดำเนินการจัดหาพัสดุ โดยการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่ต้องการจัดหาและคุณสมบัติเฉพาะของผู้เสนอราคา ถือเป็นขั้นตอนเริ่มในการกำหนดเงื่อนไขที่ส่วนราชการจะใช้เป็นเกณฑ์ในพิจารณาเลือกผู้ที่สนใจเข้าร่วมเสนอราคาและถือเป็นอำนาจของส่วนราชการที่จัดหาพัสดุจะใช้ดุลพินิจกำหนดได้ตามความต้องการของหน่วยงานเมื่อหัวหน้าส่วนราชการให้ความเห็นชอบแล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุจึงจะสามารถดำเนินการจัดหาพัสดุได้

⁷⁷ ภิรมย์ สิมะเสถียร, ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และมูลนิธิ Konrad Adenauer (กรุงเทพฯ 2541), น. 1.

ประกาศเชิญชวนให้เสนอราคาตามขั้นตอนและวิธีการที่ระเบียบกำหนดไว้ต่อไป โดยในส่วนนี้จะเป็นเรื่องการค้าและการภายในฝ่ายปกครองยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครองอันจะกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของส่วนราชการไทย ไม่ว่าจะโดยวิธีการซื้อ การจ้าง หรือวิธีการใดๆ ก็ตาม เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศไทย เมื่อปี พ.ศ. 2475 โดยมีการจัดตั้ง “กรมพัสดุแห่งชาติ” ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ดูแลรับผิดชอบในการจัดหาพัสดุของทางราชการทั้งหมด เพียงหน่วยงานเดียว แต่ต่อมาได้ประสบปัญหาต่าง ๆ มากมาย เช่น ปัญหาการขาดแคลนเจ้าหน้าที่ ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในด้านการพัสดุจึงได้มีการยกเลิกกรมพัสดุแห่งชาติไป หลังจากนั้นได้มีการปรับปรุงการบริหารพัสดุในหน่วยงานของราชการไทย โดยมีการริเริ่มขึ้นอีกครั้งจากฝ่ายทหารซึ่งได้รับการช่วยเหลือจากรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการจัดตั้งโรงเรียนส่งกำลังบำรุงทหารบกขึ้นเพื่อฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ในด้านนี้เฉพาะส่วนราชการฝ่ายพลเรือนได้เริ่มต้นในการปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อประมาณปลายปี พ.ศ. 2511 โดยความคิดริเริ่มของกรมวิเทศสหการ สำนักงานประมาณ และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน โดยได้รับความร่วมมือจาก USOM (ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็น USAID)⁷⁸ และแนวคิดในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้มีการพัฒนาและดำเนินการเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของส่วนราชการในประเทศไทยเริ่มปรากฏเป็นกฎหมายอย่างชัดเจนตั้งแต่ปี พ.ศ. 2498 เป็นต้นมา โดยเริ่มจากระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498, ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องแนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market: e -market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding: e - bidding) ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2558 ซึ่งกระบวนการขั้นตอนคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของระเบียบแต่ละฉบับจะมีขั้นตอนและวิธีการคัดเลือกที่แตกต่างกันโดยจะพัฒนาขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดำเนินตามลำดับขั้นนี้ เพื่อให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเป็นไปโดยเปิดเผย โปร่งใส และให้เกิดการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และคุ้มค่ากับเงินงบประมาณประเทศ ตลอดจนเพื่อป้องกันการทุจริต และล่าสุดพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ

⁷⁸ ชาญ ชัย แสงศักดิ์, สาระนั้น่ารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น. 1.

การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยอาจพิจารณาออกได้เป็น 3 ช่วงระยะ ซึ่งในส่วนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะขั้นตอนและวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเท่านั้น

2.8.1 ยุคเริ่มต้นของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ (ก่อน พ.ศ. 2521)

1) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498⁷⁹

ระเบียบว่าด้วยการจ้างฉบับนี้ได้กำหนดวิธีการจ้างไว้ 3 วิธี คือ 1) วิธีสามัญ 2) วิธีประกวดราคา และ 3) วิธีพิเศษ ซึ่งการจ้างโดยวิธีสามัญยังแบ่งออกเป็น 3 วิธี คือ การจ้างโดยตกลงราคา หมายถึง การจ้างคราวหนึ่งซึ่งมีค่าจ้างไม่เกิน 10,000 บาท การจ้างโดยสืบราคาหมายถึง การจ้างคราวหนึ่งซึ่งมีค่าจ้างเกินกว่า 10,000 บาท แต่ไม่เกิน 100,000 บาท และการจ้างโดยกำหนดราคา หมายถึง การจ้างซึ่งอาจแบ่งงานออกเป็นส่วนๆ และคำนวณค่าจ้างได้ตามส่วนและเป็นการจ้างภายในวงเงินเกินกว่า 10,000 บาท แต่ไม่เกิน 100,000 บาท

(1) การจ้างโดยวิธีสามัญ กำหนดไว้ 3 วิธี ดังนี้

(1.1) วิธีตกลงราคา ได้กำหนดส่วนราชการผู้ว่าจ้างที่จะดำเนินการจัดจ้างเรียกผู้รับจ้างคนใดคนหนึ่งซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถมาแล้ว และมีหลักฐานดีพอไว้ใจให้มาตกลงราคาในการจ้างนั้นได้ วิธีการจ้างวิธีนี้นอกจากส่วนหนึ่งจะถูกพัฒนามาเป็นวิธีการการซื้อการจ้างโดยวิธีตกลงราคาแล้ว ส่วนหนึ่งก็พัฒนามาเป็นการจ้างโดยวิธีพิเศษด้วย

(1.2) วิธีสืบราคา การดำเนินการจ้างด้วยวิธีนี้นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างความโปร่งใสและการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ โดยกำหนดให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างส่งเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 2 คน แยกกันไปสืบราคาจากผู้รับจ้างอย่างน้อยคนละ 2 แห่ง หากผู้รับจ้างรายใดรับทำตามรายการที่กำหนดไว้ภายในระยะเวลาเร็ว และราคาต่ำสุดกว่าผู้อื่นก็ให้ตกลงให้ผู้นั้นรับทำโดยเรียกมัดจำหรือหนังสือรับรองของธนาคารที่ผู้ว่าจ้างเชื่อถือได้ในอัตราร้อยละ 5 ของราคาค่าจ้างซึ่งแม้การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวจะมีได้กระทำในรูปของคณะกรรมการก็ตาม แต่จากวิธีการที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่แยกกันไปสืบราคาอย่างน้อยคนละ 2 แห่ง ก็แสดงให้เห็นว่า ส่วนราชการต้องการจัดให้มีการแข่งขันมากรายขึ้น อีกทั้งยังสะท้อนให้เห็นว่าภาครัฐต้องการให้มีการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อความโปร่งใสแม้จะมีได้ดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการอย่างปัจจุบันก็ตาม⁸⁰

⁷⁹ ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2498,ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ เล่ม 72 ตอนที่ 65), 24 สิงหาคม 2498

⁸⁰ วรพันธ์ เย็นทรัพย์, “การจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์,” (วิทยานิพนธ์,จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 7.

(1.3) วิธีกำหนดราคา โดยกำหนดให้ผู้รับจ้างจัดทำตารางกำหนดจำนวนงานและค่าจ้างเสนอไปยังผู้มีอำนาจสั่งจ้างพร้อมรายงานขอจ้างเพื่อขออนุมัติดำเนินการต่อไป โดยมีเจ้าหน้าที่ของทางราชการเป็นผู้ควบคุมงาน วิธีการจ้างในลักษณะนี้ปัจจุบันมิได้มีปรากฏอยู่ในระเบียบแล้ว

(2) วิธีประกวดราคา เป็นการจ้างคราวหนึ่งซึ่งมีค่าจ้างเกินกว่า 10,000 บาท โดยระเบียบกำหนดให้กระทำโดยแต่งตั้งคณะกรรมการจัดจ้างขึ้น 2 คณะ คือ คณะกรรมการรับซองประกวดราคา และคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคา และระเบียบกำหนดให้จัดทำใบแจ้งความประกวดราคาขึ้น ซึ่งใบแจ้งความนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาเป็นระยะเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการดำเนินการสำหรับวิธีการยื่นซองกำหนดให้มีการยื่นซองประกวดราคาได้ 2 ทาง คือ การที่ผู้รับจ้างนำซองประกวดราคามายื่นใส่ตู้ที่ส่วนราชการจัดเตรียมไว้ทำนองเดียวกับตู้ไปรษณีย์ตามเวลาที่กำหนดในใบแจ้งความประกวดราคา และการนำซองประกวดราคามายื่นต่อคณะกรรมการรับซองประกวดราคาตามเวลาที่กำหนดในใบแจ้งความประกวดราคา และเมื่อพ้นกำหนด วัน เวลา รับซองแล้ว ให้คณะกรรมการรับซองประกวดราคามอบซองประกวดราคาทั้งหมดให้กับคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคาเพื่อพิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างต่อไป ขั้นตอนข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ระเบียบได้กำหนดให้มีการเผยแพร่ข่าวการประกวดราคาโดยการปิดใบแจ้งความเพื่อความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้ระดับหนึ่ง

(3) การจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ โดยมีข้อจำกัดในการดำเนินการจ้างโดยวิธีนี้ว่าให้กระทำได้ในกรณีที่เป็นจ้างซึ่งมีค่าจ้างเกินกว่า 10,000 บาท ซึ่งหากใช้วิธีสามัญหรือวิธีประกวดราคาจะไม่ได้ผลดี และต้องเป็นการจ้างจากผู้มีฝีมือหรือผู้มีความชำนาญเป็นพิเศษ หรือเป็นการจ้างที่มีผู้ชำนาญในกิจการนั้นน้อยราย หรือเป็นงานที่ต้องการให้กระทำโดยเร่งด่วนเป็นพิเศษ ถ้าจ้างโดยวิธีสามัญหรือโดยวิธีประกวดราคาจะเป็นการล่าช้าไม่ทันการ โดยระเบียบกำหนดให้แต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีพิเศษขึ้นเพื่อดำเนินการหาตัวผู้รับจ้าง ยกเว้นการจ้างซึ่งมีวงเงินเล็กน้อยผู้มีอำนาจสั่งจ้างจะสั่งจ้างโดยตรง โดยไม่พิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีพิเศษขึ้นก็ได้ วิธีพิเศษนี้ ระเบียบกำหนดขึ้นเป็นข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่ผู้ใช้วิธีสามัญหรือวิธีประกวดราคาจะไม่ได้ผลดี กำกับอยู่ด้วยนอกเหนือจากเงื่อนไขปกติของวิธีพิเศษ เพราะเป็นการซื้อหรือจ้างที่ไม่มีการแข่งขัน ไม่มีการประกาศเผยแพร่เชิญชวน การเลือกใช้วิธีพิเศษจึงเคร่งครัดกว่าวิธีสามัญและวิธีประกวดราคา

2) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498⁸¹

ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 กำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ไม่แตกต่างจากระเบียบนายกรัฐมนตรืว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 โดยกำหนดวิธีการซื้อพัสดุไว้ 3 วิธี (1) วิธีการซื้อโดยไม่สืบราคา สำหรับการซื้อคราวหนึ่งที่มีราคาไม่เกิน 5,000 บาท และการซื้อโดยสืบราคา สำหรับการซื้อคราวหนึ่งที่มีราคาเกินกว่า 5,000 บาท แต่ไม่เกิน 50,000 บาท (2) วิธีประกวดราคา สำหรับการซื้อคราวหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 50,000 บาท และ (3) วิธีพิเศษ สำหรับการซื้อคราวหนึ่งซึ่งมีราคาเกินกว่า 5,000 บาท โดยมีเงื่อนไขว่า จะต้องซื้อเพื่อจริงประกอบการใช้ดุลพินิจด้วยว่า ถ้าซื้อโดยวิธีสืบราคาหรือวิธีประกวดราคาจะไม่ได้ผลดีและเป็นกรณีที่สิ่งของที่มีขายเฉพาะแห่ง หรือเป็นสิ่งของขายทอดตลาด ต่อมาในปี พ.ศ. 2502 ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 มีการแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7)⁸² การที่ส่วนราชการประสงค์จะสั่งซื้อสิ่งของใช้ราชการจากหน่วยราชการ โรงงาน หรือสถานศึกษาของทางราชการ องค์การของรัฐบาล หรือบริษัทซึ่งรัฐบาลมีหุ้นอยู่บางแห่งโดยไม่ต้องประกวดราคาหรือสืบราคานั้น เป็นเหตุให้การปฏิบัติเหลือมล้ำไม่เสมอภาค จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้กรณีที่ส่วนราชการประสงค์จะซื้อสิ่งของจากหน่วยงานข้างต้นโดยไม่ต้องประกวดราคาหรือสืบราคาได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากนายกรัฐมนตรีแล้ว

(1) วิธีการซื้อสามัญ กรณีแรกโดยไม่ต้องสืบราคา กำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุซื้อพัสดุจากร้านค้าโดยตรง กรณีที่สองโดยต้องสืบราคา กำหนดให้เจ้าหน้าที่อย่างน้อย 2 คน แยกกันไปสืบราคาคนละอย่างน้อย 2 แห่ง นอกจากจะต้องสืบราคาแล้ว จะต้องพิจารณาถึงชนิด ขนาด คุณภาพ และต้องสืบให้ได้ข้อเท็จจริงด้วยว่าถ้าซื้อด้วยเงินสดจะได้ลดราคาลงเท่าใด แล้วรายงานผู้บังคับบัญชาตามลำดับจนถึงผู้มีอำนาจสั่งซื้อ แสดงให้เห็นถึงการความโปร่งใสในการดำเนินการ และต้องการตรวจสอบถ่วงดุลของการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่จัดหาสิ่งของนั้น

(2) วิธีการประกวดราคา กำหนดให้การจัดซื้อโดยวิธีประกวดราคากระทำโดยแต่งตั้งคณะกรรมการจัดซื้อขึ้น 2 คณะ คือ คณะกรรมการรับซองประกวดราคา และคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคา และให้จัดทำใบแจ้งความประกวดราคาตีประกาศให้ผู้สนใจทราบ ซึ่งวิธีการและขั้นตอนในการยื่นเอกสารประกวดราคา การรับซองและเปิดซองประกวดราคาและขั้นตอนพิจารณาคัดเลือกผู้ขายมีหลักการเช่นเดียวกับ วิธีการประกวดราคาจ้างตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498

⁸¹ ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2498,ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ เล่ม 72 ตอนที่ 65), 24 สิงหาคม 2498

⁸² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2502,ราชกิจจานุเบกษา(เล่ม 76 ตอนที่ 108), 17 พฤศจิกายน 2502

(3) วิธีพิเศษนั้น มีเงื่อนไขในการดำเนินการว่า เป็นกรณีที่หากใช้วิธีสืบราคาหรือวิธีประกวดราคาจะไม่ได้ผลดี โดยระเบียบกำหนดให้ทำได้ในกรณีพิเศษทั้งสิ้น 6 กรณี และสำหรับกรณีที่ต้องการซื้อสิ่งของเพื่อใช้ในราชการลับ ระเบียบกำหนดให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการจัดซื้อเป็นกรณีพิเศษ

2.8.2 ยุคป้องกันการทุจริตและปัญหาการสมยอมราคา (ระหว่าง พ.ศ. 2521 - 2549)

เมื่อส่วนราชการต่างๆ ดำเนินการตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 และระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ 2498 ได้ระยะเวลาหนึ่งก็พบว่าเกิดปัญหาอุปสรรคในการใช้บังคับ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2518 รัฐบาลในขณะนั้น ได้มอบหมายให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีในฐานะผู้รักษาการตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีทั้งสองฉบับดำเนินการปรับปรุงระเบียบทั้งสองฉบับ โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนาระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีทั้งสองฉบับ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากส่วนราชการทุกกระทรวง สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานประมาณ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวก็ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นมาอีกคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่รวบรวมระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุตลอดจนหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุประเภทอื่น และทำหน้าที่ศึกษาปรับปรุงขั้นตอน วิธีการควบคุมและจำหน่ายพัสดุของส่วนราชการต่างๆ ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และคณะอนุกรรมการดังกล่าวได้ดำเนินการยกร่างระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนฉบับใหม่โดยรวมระเบียบเดิม 2 ฉบับเข้าด้วยกัน และรวมมติคณะรัฐมนตรีที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจัดหา การควบคุม และการจำหน่ายพัสดุเข้าไว้ด้วยกัน และมีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมอีกจำนวน 8 ครั้ง ก่อนมีการยกเลิกทั้งฉบับ โดยระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดนิยาม คำว่า “การพัสดุ” ว่าหมายถึง การซื้อ การจ้าง การจัดทำเอง การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม และการจำหน่าย และมีหลักเกณฑ์ที่สร้างความโปร่งใสและเป็นธรรมในการแข่งขันราคา เช่น กรณีการกำหนดรายการที่จะต้องมีการจัดทำประกาศประกวดราคาให้ส่วนราชการถือปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกัน⁸³ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2521 ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 กำหนดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ กำหนดไว้ 6 วิธี ดังนี้

(1) การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีตกลงราคา ระเบียบกำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุดูดต่อตกลงราคากับผู้ขายหรือผู้รับจ้างโดยตรง แล้วให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุจัดซื้อหรือจัดจ้างภายในวงเงินที่ได้รับความเห็นชอบจากหัวหน้าส่วนราชการ

⁸³ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2521,ราชกิจจานุเบกษา (ตอน 95),4 ธันวาคม 2521

(2) การจ้างโดยวิธีกำหนดราคานั้นมีเฉพาะการจ้างเท่านั้น ระเบียบกำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุทำตารางกำหนดจำนวนงานที่จะจ้างเป็นหน่วย และเสนอชื่อเจ้าหน้าที่ของทางราชการ ซึ่งจะเป็นผู้ควบคุมงานด้วย

(3) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ระเบียบกำหนดให้การคัดเลือกกระทำโดยให้มีการจัดทำใบแจ้งความสอบราคาที่มีรายการเช่นเดียวกับการประกวดราคาวันแต่ไม่ต้องมีหลักประกันซอง และกำหนดให้เผยแพร่ใบแจ้งความสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้าง 2 ทาง คือ 1) ปิดใบแจ้งความไว้ในที่เปิดเผย กับ 2) การส่งใบแจ้งความไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างโดยตรง โดยจะต้องกระทำก่อนถึงวันที่เปิดซองสอบราคาไม่น้อยกว่า 7 วัน การกำหนดให้มีระยะเวลาพอสมควรให้ผู้ประกอบการได้รับทราบข่าวสารแสดงให้เห็นถึงหลักความโปร่งใสและการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม และให้มีคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเพื่อพิจารณาคัดเลือกผู้ขายหรือผู้รับจ้างขึ้น การพิจารณาในรูปคณะกรรมการเป็นหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่

(4) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคา กำหนดให้จัดทำประกาศเผยแพร่ไปยังหน่วยงานต่างๆ รวมทั้งการเผยแพร่โดยการปิดประกาศ ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้นด้วย ไม่น้อยกว่า 15 วันก่อนวันขึ้นเอกสารประกวดราคาและกำหนดให้แต่งตั้งคณะกรรมการประกวดราคาเพื่อคัดเลือกผู้เสนอราคาขึ้น 2 คณะ คือ คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา และคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา ซึ่งก็มีหลักการเดียวกันกับการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา

จะเห็นได้ว่า กำหนดวันขั้นต่ำในการประกาศเผยแพร่เอกสารประกวดราคา กับกำหนดวันเผยแพร่เอกสารสอบราคานั้นแตกต่างกัน เนื่องจากวงเงินในการจัดหาที่สูงขึ้นระยะเวลาการจัดเตรียมข้อมูลในการเสนอราคาของผู้ประสงค์เสนอราคายิ่งมากตามวงเงินที่เพิ่มขึ้น หากกำหนดวันเผยแพร่จำนวนน้อย นั้นอาจส่งผลต่อความโปร่งใสในการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม

(5) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษ กำหนดให้การคัดเลือกผู้ขายหรือผู้รับจ้างดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษหรือคณะกรรมการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษแล้วแต่กรณี เมื่อได้ดำเนินการคัดเลือกแล้วเสร็จ คณะกรรมการดังกล่าวจะต้องเสนอผู้มีอำนาจเพื่อพิจารณาสั่งซื้อหรือสั่งจ้างต่อไป

(6) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษ โดยเป็นการซื้อหรือจ้างจากหน่วยงานของรัฐที่เป็นอาจเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นผู้ทำหรือผลิตพัสดุนั้นขึ้นเองและนายกรัฐมนตร้อนุมัติให้ซื้อหรือจ้างได้ หรือเป็นการซื้อหรือจ้าง

จากหน่วยงานที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ซื้อหรือจ้างจากหน่วยงานของรัฐดังกล่าว โดยวิธีกรณีพิเศษนี้ส่วนราชการสามารถตกลงซื้อหรือจ้างกับหน่วยงานที่กำหนดได้เลย ไม่มีการแข่งขัน ไม่มีการประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารแต่อย่างใด

โดยที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ใช้บังคับครอบคลุมเฉพาะกรณีการดำเนินการจัดหาพัสดุที่เป็นเงินงบประมาณเท่านั้น ส่วนการใช้จ่ายเงินประเภทอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง จะอยู่ภายใต้ระเบียบว่าด้วยการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2521 หรือ การหรือการจ้างที่ปรึกษาภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ จะอยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อการจ้างหรือการจ้างที่ปรึกษาภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 ดังนั้นหลังจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ใช้บังคับมาเป็นเวลาเกือบ 15 ปี จึงเห็นว่าข้อบังคับเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุยังคงกระจายอยู่ตามระเบียบต่างๆ ทำให้ขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับ และไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากล รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้มอบหมายให้สำนักนายกรัฐมนตรีและสำนักงานเศรษฐกิจการคลังร่วมกันดำเนินการปรับปรุงระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเพื่อให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของส่วนราชการต่างๆ ที่มีอยู่หลายฉบับมารวมอยู่ในฉบับเดียวกันเพื่อประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากล จึงได้มีการร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนับใหม่ขึ้นมาใช้บังคับ

2) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ได้มีการประกาศใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2535 โดยมีขอบเขตการใช้บังคับดังนี้ กำหนดให้การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม และการจำหน่ายพัสดุของส่วนราชการทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และในต่างประเทศ ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบฉบับนี้ ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับนี้ได้รวบรวมกระบวนการจัดหาพัสดุและขั้นตอนการดำเนินการจัดหาตลอดจนขั้นตอนการควบคุมและจำหน่ายพัสดุเข้ามาอยู่ในอยู่ในระเบียบฉบับเดียวกันเพื่อให้การใช้บังคับมีประสิทธิภาพมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการทุจริตในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ เนื่องจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุไม่ใช่วิธีการจัดซื้อหรือการจัดจ้างหรือวิธีอื่นใดของหน่วยของรัฐทุกแห่งที่ดำเนินการด้วยเงินงบประมาณ เงินกู้เงินช่วยเหลือ หรือรายได้ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นเงินของแผ่นดินที่ผ่านมานั้น มีการกระทำในลักษณะการสมยอมในการเสนอราคาและมีพฤติการณ์ต่างๆ อันทำให้มิได้มีการแข่งขันกันเสนอ

ประโยชน์สูงสุดให้แก่หน่วยงานของรัฐอย่างแท้จริงและเกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ นอกจากนี้ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุก็มีส่วนร่วมหรือมีส่วนสนับสนุนในการกระทำผิด หรือละเว้นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่อันมีผลทำให้ปัญหานี้ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น ดังนั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติ เมื่อวันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2541 ได้มอบหมายให้ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีรับไปพิจารณาศึกษา ยกร่างกฎหมายแก้ไขและป้องกันปัญหาการสมยอมในการเสนอราคา และศึกษาแก้ไขปรับปรุง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และต่อมา นายกรัฐมนตรีได้แต่งตั้ง คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายป้องกันการสมยอมในการเสนอราคาและปรับปรุงแก้ไขระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้น คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายและป้องกันการสมยอมฯ ได้เสนอร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา โดยในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) ได้มีความเห็นเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์การจัดหาพัสดุในประเด็นสำคัญประการ คือ การป้องกันการสมยอมในการเสนอราคา โดยกำหนด เพิ่มเติมนิยามคำว่า “การขัดขวางการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม”⁸⁴ “ผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน” “เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติ” และกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันการสมยอม ในการเสนอราคา เช่น การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติจะต้องดำเนินการ ตรวจสอบว่าผู้เสนอราคาแต่ละรายเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่ โดยพิจารณา จากความสัมพันธ์ในเชิงทุนจดทะเบียน และความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร หรือสลับกัน ซึ่งหากตรวจพบว่า ผู้เสนอราคามีผลประโยชน์ร่วมกัน ระเบียบกำหนดให้ผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับ ผู้เสนอราคารายอื่นมีสิทธิเข้าเสนอราคาได้เพียงรายเดียวเท่านั้น หรือการกำหนดวิธีการเกี่ยวกับการ สั่งตัดสิทธิผู้เสนอราคาทีก่อให้เกิดการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม⁸⁵ และได้ประกาศใช้เป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 โดยมีผลใช้

⁸⁴ “การขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม” หมายความว่า การที่ผู้เสนอราคารายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการขัดขวาง หรือเป็นอุปสรรค หรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคาต่อส่วนราชการ ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมยอมกัน หรือโดยการให้ ขอให้หรือรับว่าจะให้ เรียก รับ หรือยอมจะรับ เงินหรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดหรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือแสดงเอกสารอันเป็นเท็จ หรือกระทำการใดโดยทุจริต ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงหาประโยชน์ในระหว่างผู้เสนอราคาด้วยกัน หรือเพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับส่วนราชการ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือเพื่อให้เกิดความได้เปรียบส่วนราชการ โดยมีใช่เป็นไปในทางประกอบธุรกิจปกติ

⁸⁵ บัญชีของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เรื่อง เหตุผลประกอบการพิจารณาแก้ไข เพิ่มเติมร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่..) พ.ศ.

บังคับเมื่อพ้นกำหนด 60 วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁸⁶ โดยมีวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ 5 วิธี ดังนี้

1) วิธีตกลงราคา จะใช้ในกรณีที่ส่วนราชการดำเนินการจัดหาพัสดุที่มีมูลค่าหรือวงเงินที่จัดหาครั้งหนึ่งไม่เกิน 100,000 บาท โดยเจ้าหน้าที่พัสดุสามารถใช้ดุลพินิจติดต่อผู้ขายหรือผู้รับจ้างให้มาเสนอราคาได้โดยตรง เมื่อผู้ขายหรือผู้รับจ้างเสนอราคากลับมายังเจ้าหน้าที่พัสดุ เจ้าหน้าที่พัสดุก็นำเสนอต่อหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้มีอำนาจเพื่อขออนุมัติทำสัญญากับผู้ขายหรือผู้รับจ้างที่ได้รับการคัดเลือกต่อไป

ผู้วิจัย เห็นว่า การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคานั้น เป็นวิธีคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ง่ายต่อการทุจริต เนื่องจากกระบวนการตรวจสอบหรือควบคุมการจำกัดมีเพียงหัวหน้าหน่วยงานที่จัดหาเท่านั้นที่ควบคุมเจ้าหน้าที่พัสดุได้ ไม่ต้องประกาศเผยแพร่ ไม่ต้องส่งสัญญาหรือข้อตกลงให้หน่วยงานภายนอกตรวจสอบ และเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่พัสดุหรือผู้มีอำนาจจะใช้วิธีแบ่งซื้อหรือแบ่งจ้างเพื่อใช้วิธีการจัดหาโดยวิธีตกลงราคานี้

2) วิธีการสอบราคา⁸⁷ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุโดยวิธีสอบราคา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา เป็นการซื้อหรือการจ้างที่มีวงเงินที่ใช้ในการดำเนินการครั้งหนึ่งเกินกว่า 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท และในขั้นตอนและวิธีการนอกเหนือจากขั้นตอนวิธีปฏิบัติทั่วไป คือ การจัดทำรายงานขอความเห็นชอบในการซื้อหรือจ้างต่อหัวหน้าส่วนราชการผู้มีอำนาจไว้ ดังนี้

(1) การจัดทำเอกสารสอบราคา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 40 กำหนดให้ส่วนราชการที่จะดำเนินการสอบราคาจัดทำเอกสารสอบราคาเผยแพร่ไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างเพื่อเป็นการเชิญชวนให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างที่สนใจเข้าเสนอกับทางราชการให้มากที่สุด กำหนดเพิ่มเติมขึ้นจากเดิมที่กำหนดเพียงให้ส่งให้ผู้รับจ้างโดยตรงเท่านั้น ประกอบด้วยสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

(1.1) รายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ หรือแบบรูปรายการละเอียดของงานที่ต้องการจ้าง เป็นส่วนสำคัญของเอกสารสอบราคา การที่ต้องกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่ต้องการซื้อหรือแบบรูปรายการละเอียดของงานที่ต้องซื้อหรือการจ้าง ก็เพื่อให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างทราบความต้องการของส่วนราชการว่าประสงค์ที่จะได้พัสดุประเภทใด ชนิดใด มีรายละเอียดของพัสดุอย่างไรบ้าง ทั้งยังเป็นเครื่องมือในการคัดเลือกผู้เสนอราคาในเบื้องต้นของ

⁸⁶ ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 115 ตอนพิเศษที่ 131 ง เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2541

⁸⁷ วรพันธ์ เย็นทรัพย์, คำอธิบายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เล่ม 1 ว่าด้วยเรื่องวิธีการซื้อและการจ้าง พร้อมด้วยระเบียบและหนังสือเวียนข้อความเข้าใจที่เกี่ยวข้อง, (มปป.2548) , น. 40-42.

ส่วนราชการเองอีกด้วย หากผู้เสนอราคารายใดสนใจที่จะเข้าเสนอราคากับทางราชการก็จะต้องยื่นข้อเสนอพัสดุซึ่งมีรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะหรือแบบรูปรายการละเอียดให้ตรงกับความต้องการของทางราชการที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคา สำหรับที่มาของรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่ต้องการซื้อหรือแบบรูปรายการละเอียดของงานที่ต้องการจ้าง โดยทั่วไปจะกำหนดจากความจำเป็นในการใช้งานพัสดุหรืองานจ้างนั้น อย่างไรก็ตาม ส่วนราชการก็มิได้มีดุลพินิจที่จะกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปรายการละเอียดของงานที่ต้องการจ้างได้อย่างอิสระทั้งหมด กล่าวคือ ส่วนราชการจำเป็นต้องพิจารณากำหนดความต้องการใช้พัสดุภายใต้หลักการหรือกรอบของกฎหมาย ระเบียบ ตลอดจนมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น การห้ามกำหนดการใช้พัสดุที่มีผลกีดกันผู้ผลิตหรือผู้ขายที่ผลิตในประเทศหรือกิจการของคนไทย หรือการกำหนดจะต้องการไม่ระบุยี่ห้อของพัสดุที่จะดำเนินการจัดซื้อ หรือหากจำเป็นต้องระบุยี่ห้อเนื่องจากคุณภาพของวัสดุทำให้สามารถทำได้โดยจะต้องกำหนดไว้ไม่น้อยกว่า 3 ยี่ห้อ และให้เพิ่มเติมข้อความคำว่าเทียบเท่าด้วย

(1.2) คุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคาเอกสารสอบราคาทางราชการจัดทำขึ้นจะต้องกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาที่จะเข้าเสนอราคากับทางราชการไว้ด้วย ทั้งนี้ การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาก็เพื่อให้ทางราชการได้คู่สัญญาที่เป็นผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้น โดยตรงอันจะเป็นประโยชน์ต่อทางราชการในเรื่องการดูแลบำรุงรักษาภายหลังการส่งมอบ ในบางกรณีส่วนราชการอาจมีความจำเป็นที่ต้องการได้ผู้เสนอราคาที่มีประสบการณ์ในการทำงาน เช่น งานก่อสร้าง การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาในเรื่องผลงานก็จะทำให้ทางราชการได้รับจ้างที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการทำงาน การกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคานี้ ส่วนราชการมีอำนาจดุลพินิจที่จะกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นเฉพาะผู้มีความสามารถของผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้เสนอราคาหรือคู่สัญญากับส่วนราชการได้ โดยมีเงื่อนไขในการกำหนด ดังนี้

- 1) มีเหตุผลอันสมควรเพื่อรักษาประโยชน์ของทางราชการ
- 2) เท่าที่จำเป็น
- 3) ไม่ขัดต่อกฎหมาย
- 4) เป็นไปตามเจตนารมณ์ของระเบียบที่มุ่งหมายให้การจัดหาพัสดุต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมด้วย

(1.3) หลักฐานการเสนอราคา เอกสารสอบราคาทางราชการจัดทำขึ้นเพื่อเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าเสนอราคาต้องมีข้อกำหนดให้ผู้เสนอราคาขึ้นเอกสารหลักฐานที่จำเป็นให้ส่วนราชการทุกครั้งเพื่อเป็นการตรวจสอบยืนยันทั้งข้อเสนอของผู้เสนอราคาในเรื่องรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรายการละเอียดและคุณสมบัติของผู้เสนอราคา

(1.4) ข้อกำหนดอื่นๆ เอกสารสอบราคานอกจากจะต้องมีสาระสำคัญดังกล่าวแล้ว เอกสารสอบราคายังมีข้อกำหนดอื่นๆ ที่จำเป็นอีก เช่น ข้อกำหนดในการเสนอราคา ข้อกำหนดในเรื่องวัน เวลา สถานที่ตลอดจนวิธีการในการยื่นซองเสนอราคา

(2) การเผยแพร่เอกสารสอบราคา

การเผยแพร่เอกสารสอบราคาเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นภายหลังการจัดทำเอกสารสอบราคาแล้ว การเผยแพร่เอกสารสอบราคาเป็นขั้นตอนสำคัญในการสร้างความโปร่งใสที่สำคัญขั้นตอนหนึ่งในการจัดหาพัสดุภาครัฐ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดหลักเกณฑ์ในการเผยแพร่เอกสารสอบราคาไว้ ดังนี้

(2.1) วิธีการโฆษณาเผยแพร่

วิธีการโฆษณาเผยแพร่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 41 กำหนดวิธีการเผยแพร่เอกสารสอบราคาไว้ 2 วิธี คือ การปิดประกาศและการส่งเอกสารสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพโดยตรงให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ การปิดประกาศเผยแพร่การสอบราคามีวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งก็คือ ให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างที่สนใจสามารถติดต่อขอรายละเอียด และสามารถเข้าเสนอราคากับทางราชการได้ การปิดประกาศสอบราคาจะต้องกระทำในที่ที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงประกาศได้จริง เช่น ไม่เป็นเขตหวงห้าม ส่วนการส่งเอกสารสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างให้มากที่สุดเท่าที่จะมากที่สุดได้นั้น ย่อมหมายถึงเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการเผยแพร่เอกสารสอบราคาจะต้องตรวจสอบข้อมูลผู้ขายหรือผู้รับจ้างให้ได้มากที่สุดแล้วเผยแพร่เอกสารสอบราคาไปยังผู้ขายหรือผู้รับจ้างเหล่านั้น

(2.2) ระยะเวลาในการเผยแพร่

ระยะเวลาในการเผยแพร่เอกสารจัดซื้อจัดจ้างนับว่าเป็นกลไกที่สำคัญในการสร้างความโปร่งใสและเป็นธรรมในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ วิธีการสอบราคาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการเผยแพร่เอกสารสอบราคาโดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุเผยแพร่เอกสารสอบราคาทั้งโดยการปิดประกาศและส่งโดยตรงไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 วัน สำหรับการสอบราคาในประเทศ และไม่น้อยกว่า 45 วัน สำหรับการประกวดราคานานาชาติ ก่อนวันเปิดซองสอบราคา ซึ่งระยะเวลา 10 วัน และ 45 วัน ดังกล่าวระเบียบมิได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าเป็น 10 วันทำการ หรือ 45 วันทำการในทางปฏิบัติระยะเวลา 10 หรือ 45 วัน จึงหมายความรวมถึงวันหยุดด้วย

(3) การพิจารณาผลการสอบราคา

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้เสนอราคาซึ่งเป็นผู้ขายหรือผู้รับจ้างเข้าเป็นคู่สัญญากับทางราชการสำหรับวิธีการสอบราคา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาที่จะเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้มีอำนาจ โดยคณะกรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ตามขั้นตอนต่างๆ คือ ขั้นตอนที่ 1 การตรวจสอบผู้เสนอราคาว่าเป็นเสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอราคารายอื่นหรือไม่ ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับการเปิดซองใบเสนอราคาพร้อมกับแจ้งให้กับผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิ์ไม่เปิดซองใบเสนอราคาทั้งกรณีและผู้เสนอราคาเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันและผู้เสนอราคาที่น่าเสนอเอกสารเพื่อตรวจสอบการมีผลประโยชน์ร่วมกันและผู้เสนอราคาที่น่าเสนอเอกสารเพื่อตรวจสอบการมีผลประโยชน์ร่วมกัน ในกรณีที่มีการอุทธรณ์ผลการพิจารณาของคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาต่อปลัดกระทรวง คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องรอผลการพิจารณาอุทธรณ์แต่อย่างใด เนื่องจากการอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการดำเนินการ เว้นแต่ปลัดกระทรวงจะสั่งการเป็นอย่างอื่น

ขั้นตอนที่ 2 คณะกรรมการจะเปิดซองใบเสนอราคาของผู้เสนอราคาที่ไม่ได้มีผลประโยชน์ร่วมกัน

ขั้นตอนที่ 3 คณะกรรมการจะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา แคตตาล็อกหรือแบบรูปและรายการละเอียดแล้วคัดเลือกผู้เสนอราคาที่ต้องตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา

ขั้นตอนที่ 4 พิจารณาคัดเลือกคุณภาพคุณสมบัติหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่มีคุณภาพคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อทางราชการ

ขั้นตอนที่ 5 นำเสนอหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติสั่งซื้อจ้างจากผู้เสนอราคาที่คัดเลือกไว้แล้วซึ่งเสนอราคาต่ำสุด⁸⁸

3) วิธีประกวดราคา

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดความหมายของการซื้อจ้างโดยวิธีประกวดราคาว่า เป็นการซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งที่มีวงเงินที่เกินกว่า 2,000,000 บาทขึ้นไป โดยมีขั้นตอนและวิธีการคล้ายกันกับการดำเนินการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา แต่กำหนดรายละเอียดของการดำเนินการมากกว่าวิธีการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา เช่น กำหนดระยะเวลาในการเผยแพร่เอกสารประกวดราคามากขึ้น กำหนดจำนวนวันในการให้หรือขายเอกสารที่ชัดเจนขึ้น กำหนดให้มีคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในการคัดเลือกคู่สัญญามากขึ้น โดยมีกำหนดขั้นตอนและวิธีการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาด้วยวิธีประกวดราคา ดังนี้

3.1) การจัดทำเอกสารประกวดราคา

การจัดทำเอกสารประกวดราคา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 44 กำหนดให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำเอกสารประกวดราคาตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด ซึ่งภายหลังการประกาศใช้ระเบียบในปี 2535 คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุได้จัดทำตัวอย่างเอกสารประกวดราคาและแจ้งเวียนให้ส่วนราชการใช้เป็นแนวทางปฏิบัติมาแล้วครั้งหนึ่ง

⁸⁸ วรพันธ์ เข็นทรัพย์, เพิ่งอ้าง, น. 93.

และเมื่อมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 เพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจสอบผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันก่อนการเปิดซองใบเสนอราคา คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุได้จัดทำตัวอย่างเอกสารประกวดราคาและแจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติใหม่⁸⁹ โดยตัวอย่างเอกสารประกวดราคาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดูกำหนดและแจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) รายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปรายการละเอียดของงานที่ต้องการจ้าง กำหนดให้ส่วนราชการจัดทำรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุสำหรับการประกวดราคาซื้อหรือแบบรูปรายการละเอียดสำหรับการประกวดราคาจ้างไว้เป็นเอกสารแนบท้ายเอกสารประกวดราคา สำหรับหลักการในการจัดทำรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปรายการละเอียดมีหลักการเช่นเดียวกับการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปรายการละเอียดในการซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีสอบราคา กล่าวคือ การกำหนดตามความต้องการหรือความจำเป็นในการใช้งานภายใต้เงื่อนไขที่ว่ากำหนดรายละเอียดคุณลักษณะจะต้องเปิดกว้างเป็นธรรม ไม่ระบุยี่ห้อหรือกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะให้ใกล้เคียงพัสดุยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือกีดกันผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งเป็นเฉพาะ

(2) คุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคา กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาแยกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ส่วนราชการจะต้องกำหนดทุกครั้งในการจัดทำเอกสารประกวดราคาซื้อหรือจ้าง และส่วนที่ส่วนราชการจะเลือกกำหนดหรือไม่ก็ได้ ซึ่งส่วนที่ส่วนราชการผู้ดำเนินการประกวดราคาต้องกำหนดเป็นคุณสมบัติของผู้เสนอราคาทุกครั้ง ประกอบด้วย ผู้เสนอราคาต้องไม่เป็นผู้มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอการรายอื่นๆ ณ วันประกาศประกวดราคาหรือเป็นผู้กระทำการอันเป็นการขัดขวางการเสนอราคาอย่างเป็นธรรม ผู้เสนอราคาจะต้องเป็นผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างที่ประกวดราคา ผู้เสนอราคาต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกระบุชื่อไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ทำงานของทางราชการและได้แจ้งเวียนชื่อแล้ว ผู้เสนอราคาต้องไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกัน ซึ่งอาจปฏิเสธ ไม่ยอมขึ้นศาลไทย เว้นแต่รัฐบาลของผู้เสนอราคาได้มีคำสั่งให้สละสิทธิ์และความคุ้มกันเช่นว่านั้น

สำหรับในส่วนที่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการประกวดราคาสามารถเลือกจะกำหนดคุณสมบัติเหล่านั้นหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีของการดำเนินการของส่วนราชการนั้นๆ คือ คุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ต้องผ่านการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือจ้าง

⁸⁹ สำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือ ค่วนมาก ที่ นร (กพพ) 1305/ว 7286 เรื่อง การตรวจสอบผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน, 20 สิงหาคม 2542

ของกรม นอกจากนี้ ในการประกวดราคาจ้างก่อสร้างส่วนราชการอาจกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาให้ต้องมีผลงานการก่อสร้างของผู้ประสงค์จะเข้าเสนอรากับทางราชการด้วยก็ได้

(3) หลักฐานการเสนอรากำหนดให้ผู้ประสงค์จะเข้าเสนอรายื่นหลักฐานการเสนอราคาแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ เอกสารส่วนที่หนึ่ง เป็นเอกสารหลักฐานที่ใช้ในการตรวจสอบผู้เสนอราคาว่าเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอการรายอื่นหรือไม่ เอกสารหลักฐานส่วนที่หนึ่งจะประกอบไปด้วย สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคล สำเนาหนังสือบริคณห์สนธิ บัญชีรายชื่อกรรมการผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ส่วนเอกสารส่วนที่สอง โดยทั่วไปเป็นเอกสารที่ใช้ในการตรวจสอบข้อเสนอของผู้เสนอราคาในส่วนที่เกี่ยวกับรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปรายการละเอียดเพื่อเป็นการตรวจสอบยืนยันทั้งข้อเสนอของผู้เสนอราคาในเรื่องรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุแบบรูปรายการละเอียดและอาจรวมถึงคุณสมบัติของผู้เสนอราคาในเรื่องอื่น เช่น หนังสือรับรองการเป็นผู้แทนจำหน่ายสินค้าชนิดนั้น เป็นต้น

3.2) การเผยแพร่เอกสารประกวดราคา

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุด้วยวิธีประกวดราคานั้นเป็นการกระบวนการคัดเลือกที่มีวงเงินที่ใช้ในการดำเนินการสูง การเผยแพร่เอกสารประกวดราคาจึงเป็นหลักการสำคัญในการสร้างความโปร่งใสและการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมในการดำเนินการ ด้วยเหตุนี้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเผยแพร่เอกสารประกวดราคาไว้ ดังนี้

(1) วิธีการเผยแพร่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 45 กำหนดหน้าที่ให้มีการเผยแพร่เอกสารประกวดราคาไว้หลายประการ ได้แก่ การปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของหน่วยงาน และส่งประกาศประกวดราคาและหรือเอกสารประกวดราคาไปเผยแพร่ยังองค์กรหรือหน่วยงานต่างๆ หลายแห่ง คือ การประกาศทางวิทยุกระจายเสียง และหรือหนังสือพิมพ์ กรมประชาสัมพันธ์ องค์กรสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย ศูนย์รวมข่าวประกวดราคารวมทั้งการเผยแพร่ที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค นอกจากนี้ ระเบียบยังกำหนดให้คู่สัญญาของส่วนราชการที่จะส่งประกาศไปยังผู้มีอาชีพโดยตรงด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่มีคุณสมบัติตรงตามประกาศเข้าร่วมการแข่งขันการประกวดราคามากที่สุดและเกิดการแข่งขันการเสนอรากอย่างแท้จริง

(2) ระยะเวลาการเผยแพร่ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 45 วรรคสี่ กำหนดให้ส่วนราชการจะต้องเผยแพร่เอกสารประกวดราคาไปยังหน่วยงานต่างๆ

ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 45 วรรคหนึ่งก่อนวันแรกที่ส่วนราชการจะเริ่มให้หรือขายเอกสารประกวดราคา อย่างน้อย 7 วันทำการ

(3) ระยะเวลาในการให้หรือการขายเอกสารและคำนวณราคา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 46 วรรคสอง กำหนดระยะเวลาในการให้หรือการขายเอกสารประกวดราคา ว่า ส่วนราชการจะต้องกำหนดระยะเวลาในการให้หรือขายเอกสารประกวดราคาไว้อย่างน้อย 7 วันทำการ ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาในการเผยแพร่เอกสารตามที่กำหนดไว้ในข้อ 45 วรรคสี่ และกำหนดการให้หรือขายเอกสารประกวดราคาได้รายละเอียด 1 ชุดเท่านั้น และจะต้องเป็นการให้หรือขายเอกสารประกวดราคาโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น และหากเป็นกรณีการขายเอกสารประกวดราคาจะต้องกำหนดราคาพอสมควรกับค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการจัดทำสำเนาเอกสารนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันส่วนราชการกำหนดราคาขายเอกสารประกวดราคาสูง อันมีผลเป็นการกีดกันการเสนอราคาอย่างมีนัยสำคัญ แต่ปรากฏว่าส่วนราชการหลายแห่งกำหนดราคาขายเอกสารประกวดราคามูลค่าสูงซึ่งอาจเป็นการกีดกันการเสนอราคาไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม คณะกรรมการว่าด้วยพัสดุ จึงได้มีหนังสือแจ้งเวียนชักชวนความเข้าใจเพิ่มเติม⁹⁰

อีกทั้งจะต้องกำหนดระยะเวลาให้ผู้ประสงค์จะเข้าเสนอราคา มีระยะเวลาในการเตรียมการก่อนการเสนอราคา เช่น การคิดคำนวณ การถอดแบบรูปรายการ การจัดเตรียมเอกสารไม่น้อยกว่า 7 วันทำการ ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาในการให้หรือขายเอกสารประกวดราคา การกำหนดวันคำนวณนี้จะต้องคำนึงงานที่จะซื้อจะจ้างด้วยเป็นสำคัญ ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดระยะเวลาเตรียมการก่อนการเสนอราคามีส่วนสำคัญในการตัดสินใจเข้าร่วมเสนอราคา เพราะหากว่าส่วนราชการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและสินค้าหรืองานที่จะจ้าง มีความซับซ้อนและรายละเอียดที่มากซึ่งจำเป็นต้องจัดเตรียมเอกสารสำคัญหลายประการ การที่ส่วนราชการกำหนดระยะเวลาเตรียมการก่อนการเสนอราคาเพียง 7 วันทำการ แม้จะไม่ใช่การฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าวข้างต้นแต่ก็มีผลเป็นการกีดกันผู้ประสงค์เสนอราคาและอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่สามารถล่วงรู้ข้อมูลเอกสารสำคัญก่อนผู้มีสิทธิเสนอการรายอื่น

(4) การพิจารณาคัดเลือกคู่สัญญา กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการจำนวน 2 คณะ คือ คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา และคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา โดยมีหลักการว่า คณะกรรมการทั้ง 2 คณะจะแต่งตั้งจะบุคคลเดียวกันมิได้ และกำหนดให้คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคามีหน้าที่ คือ รับซองประกวดราคา ตรวจสอบหลักประกันของร่วมกับเจ้าหน้าที่การเงินและบัญชี รับเอกสารหลักฐานต่างๆ แต่โดยที่ระเบียบ

⁹⁰ หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยพัสดุ ค่วนที่สุด ที่ กค (กวพ) 0421.3/ว 338 ลงวันที่ 3 กันยายน 2555

สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ข้อ 5 กำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาทำหน้าที่ในการตรวจสอบผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันก่อนการเปิดซองใบเสนอราคา ดังนั้น ก่อนที่คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาจะทำหน้าที่เปิดซองใบเสนอราคา คณะกรรมการรับและเปิดซองใบเสนอราคาจะต้องส่งเอกสารที่ใช้ในการตรวจสอบผู้เสนอราคาว่ามีผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่ หรือที่เรียกว่าเอกสารส่วนที่ 1 ให้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาตรวจสอบก่อน และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาตรวจสอบผู้เสนอราคาทั้งหมดว่ามีผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่จากเอกสารส่วนที่ 1 แล้วเสร็จ จะต้องส่งรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับการเปิดซองใบเสนอราคาให้คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาเพื่อเปิดซองใบเสนอราคา และทำรายงานส่งให้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเพื่อพิจารณาต่อไป สำหรับคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา นอกจากจะต้องตรวจสอบผู้เสนอราคาว่ามีผลประโยชน์ร่วมกันหรือไม่แล้ว ระเบียบยังกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคามีหน้าที่ในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา แคล้วคลาดหรือแบบรูปและรายการละเอียด แล้วคัดเลือกผู้เสนอราคาที่ต้องทำตามเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาพิจารณาคัดเลือกคุณสมบัติของสิ่งของที่จะซื้อหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ และนำเสนอราคาหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างจากผู้เสนอราคาที่คัดเลือกไว้แล้วซึ่งเสนอราคาต่ำสุด

ในการนี้ ส่วนราชการจะต้องแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้เสนอราคาที่ไม่ผ่านการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาทราบทุกราย เพราะเป็นกรณีไม่รับคำเสนอราคาอันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย พ.ศ. 2539 เพื่อให้ผู้ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวใช้สิทธิตามกฎหมายต่อไป ผู้วิจัย เห็นว่า การไม่แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้เสนอราคาที่ไม่ผ่านการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคานั้น ไม่มีผลทำให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐไม่เป็นชอบด้วยกฎหมาย ในทางปฏิบัติพบว่า เจ้าหน้าที่พัสดุไม่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้ผู้เสนอราคาที่ไม่ผ่านการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาทราบเพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย ประกอบกับกระบวนการลงนามในสัญญายังคงดำเนินการต่อไป ด้วยเหตุที่ว่ากระบวนการคำสั่งทางปกครองไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แม้ภายหลังจะปรากฏว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่มีผลกับสัญญาพัสดุที่ได้ลงนามผูกพันไปแล้ว

4) วิธีพิเศษ

การซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีพิเศษ นั้น เป็นกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งเกิน 100,000 บาท และต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น

4.1) การซื้อโดยวิธีพิเศษ⁹¹ ส่วนราชการจะดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุด้วยวิธีนี้ได้ก็ต่อเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (1) เป็นพัสดุที่จะขายทอดตลาดโดยส่วนราชการหน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การระหว่างประเทศหรือหน่วยงานของต่างประเทศ (2) เป็นพัสดุที่ต้องการซื้อเร่งด่วน หากล่าช้าอาจจะเกิดความเสียหายต่อทางราชการ (3) เป็นพัสดุเพื่อใช้ในราชการลับ (4) เป็นพัสดุที่มีความต้องการใช้เพิ่มขึ้นในสถานการณ์ที่จำเป็นหรือเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์ของส่วนราชการ และจำเป็นต้องซื้อเพิ่ม (Repeat Order) (5) เป็นพัสดุที่จำเป็นต้องซื้อโดยตรงจากต่างประเทศหรือดำเนินการโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศ (6) เป็นพัสดุที่โดยลักษณะของการทำงานหรือมีข้อจำกัดทางเทคนิคที่จำเป็นต้องระบุข้อกำหนดเฉพาะ ซึ่งหมายความว่ารวมถึง อะไหล่ รถประจำตำแหน่ง หรือยารักษาโรคที่ไม่ต้องจัดซื้อตามชื่อสามัญในบัญชียาหลักแห่งชาติ⁹² (7) เป็นพัสดุที่เป็นที่ดินหรือหรือส่งก่อสร้างซึ่งจำเป็นต้องซื้อเฉพาะแห่ง (8) เป็นพัสดุที่ได้ดำเนินการซื้อโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผล

4.2) การจ้างโดยวิธีพิเศษ⁹³ ส่วนราชการจะดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุด้วยวิธีนี้ได้ก็ต่อเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (1) เป็นงานที่ต้องจ้างช่างผู้มีฝีมือ โดยเฉพาะ หรือผู้มีความชำนาญเป็นพิเศษ (2) เป็นงานจ้างซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องถอดตรวจ เพื่อให้ทราบถึงความชำรุดเสียหายก่อนจึงจะประมาณค่าซ่อมได้ เช่น งานจ้างซ่อมเครื่องจักร เครื่องมือกล เครื่องยนต์ เครื่องไฟฟ้า หรือเครื่องอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น (3) เป็นงานที่ต้องกระทำโดยเร่งด่วน หากล่าช้าอาจจะเสียหายแก่ทางราชการ (4) เป็นงานที่ต้องปกปิดเป็นความลับของทางราชการ (5) เป็นงานที่จำเป็นต้องการจ้างเพิ่มในสถานการณ์ที่จำเป็นหรือเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์ส่วนราชการและจำเป็นต้องจ้างเพิ่ม (Repeat Order) (6) เป็นงานที่ได้ดำเนินการจ้างโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผล

5) วิธีกรณีพิเศษ⁹⁴ ส่วนราชการจะดำเนินการด้วยวิธีกรณีพิเศษนี้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นการซื้อหรือจ้างจากส่วนราชการ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

⁹¹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 23

⁹² บัญชียาหลักแห่งชาติ หมายถึง รายการบัญชียา และราคากลางยาคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยคณะกรรมการพัฒนาระบบยาแห่งชาติ พ.ศ.2551 ประกาศกำหนดให้หน่วยงานของรัฐใช้ในการจัดซื้อ

⁹³ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยกาพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 24

⁹⁴ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยกาพัสดุ พ.ศ.2535 ข้อ 26

หน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ และมีเหตุตามกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (1) เป็นผู้ผลิตพัสดุหรือทำงานจ้างนั่นเอง และนายกรัฐมนตรีอนุมัติให้ซื้อหรือจ้าง (2) มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ซื้อหรือจ้าง และกรณีนี้ให้รวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย

สำหรับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคา พ.ศ. คณะกรรมการพิจารณา ร่างกฎหมายป้องกันการ สมยอมฯ ได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการตามร่างพระราชบัญญัติข้างต้น เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2541 ตามที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอและส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาต่อไป โดยในชั้นตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 10) มีความเห็นว่าการแก้ปัญหาค่าการสมยอมในการเสนอราคาควรที่จะเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาแทนที่จะตราเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องตามที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ ทั้งนี้ เพราะการกำหนดลักษณะของการกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคาให้ชัดเจนและให้ครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะต่างๆ ที่อาจทำให้การเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐไม่ตรงกับความเป็นจริง เป็นการเอาเปรียบหน่วยงานของรัฐหรือเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมด้วย ซึ่งการบัญญัติลักษณะความผิดดังกล่าวไม่จำเป็นต้องตราเป็นกฎหมายขึ้นใหม่เป็นเอกเทศแต่สมควรนำไปบัญญัติเป็นลักษณะความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่นเดียวกับการกำหนดความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำให้การทุจริตในการจัดซื้อหรือจัดจ้างที่ได้มีการกำหนดเป็นความผิดไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา และยังเป็นการสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส อิตาลี ญี่ปุ่น และสิงคโปร์ ที่มีการบัญญัติความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเหล่านั้น⁹⁵ อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2541 คณะรัฐมนตรีได้มีมติว่า การแก้ไขและป้องกันการสมยอมในการเสนอราคาสมควรกำหนดมาตรการ โดยมีกลไกพิเศษที่ช่วยดูแลปัญหาเพื่อมิให้มีการกระทำในลักษณะดังกล่าว จำเป็นต้องตรากฎหมายเป็นเอกเทศเฉพาะ จึงให้คงหลักการเดิมไว้ และให้สำนักงานกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการสมยอมในการเสนอราคา พ.ศ. อีกครั้งหนึ่ง สำนักงานกฤษฎีกาได้พิจารณาตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว โดยแก้ไขชื่อของร่างพระราชบัญญัติเป็น “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.” ได้ผ่านการตรวจพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา และประกาศให้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2542 โดยได้

⁹⁵ บันทึก เรื่องร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2541

กำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับกระบวนการเสนอราคา ต่อหน่วยงานของรัฐทุกประเภท อันเกี่ยวกับการซื้อ การจ้าง การแลกเปลี่ยน การเช่า การจำหน่าย ทรัพย์สิน การได้รับสัมปทานหรือได้รับสิทธิใด ตลอดจนกำหนดความผิดของผู้ดำรงตำแหน่ง ทางการเมือง หรือกรรมการหรืออนุกรรมการซึ่งมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐที่กระทำการใดๆ ต่อเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจในการอนุมัติ การพิจารณา หรือการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวกับการเสนอราคาเพื่อจูงใจหรือทำให้จำยอมรับการเสนอราคาที่มีการกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดกระทำต่อตำแหน่งหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหา ที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองใช้อำนาจในทางบริหาร โดยไม่ชอบกระทำการที่ขัดต่อ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542

2.8.3 ยุคกระบวนการคัดเลือกทางอิเล็กทรอนิกส์ (ระหว่าง พ.ศ. 2549 - 2560)

ภายหลังที่มีได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 3 ครั้ง คือ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2545 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552 โดยเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2535 ได้เพิ่มวิธีซื้อและวิธีจ้าง ซื้อ 18 จากเดิม 5 วิธี เป็น 6 วิธี โดยเพิ่มวิธีการประมูล ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด ต่อมาคณะรัฐมนตรีมีมติ เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2547 วันที่ 6 ธันวาคม 2548 และวันที่ 27 ธันวาคม 2548 เห็นควรให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และ ให้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไข กฎ ระเบียบ และแนวทางการปฏิบัติที่เกี่ยวกับการพัสดุด้วยวิธีการ ทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้สามารถนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ได้โดยกว้างขวางแพร่หลาย โปร่งใส มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ประหยัดงบประมาณ ของแผ่นดิน บังเกิด ความคุ้มค่า ความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และความรับผิดชอบต่อผลสำเร็จของงานเป็นประโยชน์แก่ ทางราชการ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(6) และ(8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงวางหลักเกณฑ์ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ขึ้นบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2549⁹⁶

1) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีสาระสำคัญ ดังนี้

⁹⁶ ราชกิจจานุเบกษา 31 มกราคม 2549, เล่ม 123 ตอนพิเศษ 15 ง, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2549

(1) องค์กรประกอบด้านองค์กร กำหนดให้หน่วยงานหรือองค์กรที่อยู่ในบังคับของระเบียบไว้ว่าเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรการมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่สังกัดการบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินหรือกฎหมายจัดตั้งหน่วยงาน ยกเว้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจะปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การซื้อหรือการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ 13 มกราคม 2548 และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งอยู่ภายใต้บังคับระเบียบนี้

(2) องค์กรประกอบด้านเนื้อหา⁹⁷ ด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง ได้ให้ความหมายคำว่า “การพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า การจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่ไม่รวมถึงการจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและความคุมงาน การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษที่สามารถทำได้ตามระเบียบอื่น ดังนั้น ย่อมหมายถึงการจัดหาพัสดุในลักษณะของการจัดทำเอง การซื้อการจ้าง การแลกเปลี่ยน และการเช่า ทั้งนี้ เนื่องจากการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หมายถึง การจัดทำเอง การซื้อหรือการจ้าง การแลกเปลี่ยน และการเช่าด้วย และข้อ 4 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดวงเงินของกิจกรรมที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบไว้ว่า เป็นกิจกรรม โครงการ การก่อสร้างที่มีมูลค่าตั้งแต่สองล้านบาทขึ้นไป การกำหนดวงเงินขั้นต่ำดังกล่าวเป็นผลให้ยกเว้นการดำเนินการด้วยวิธีสอบราคากรณีวงเงิน 2,000,000 บาท และวิธีประกวดราคา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ไปโดยปริยาย

หลังจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุด้วยระบบประมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ e-auction ใช้บังคับกับมากกว่า 10 ปี ปรากฏว่า ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการรั่วไหลของเงินงบประมาณแผ่นดินได้อย่างแท้จริง โดยระบบดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องเนื่องจากผู้ประมูลต้องมายื่นซองประมูลและเคาะราคาแข่งขัน ณ สถานที่ที่ราชการจัดให้ไว้ เป็นเหตุให้กลุ่มผู้ประมูลเจ้าหน้าที่ พบเจอกันอันนำไปสู่การฮั้วประมูลได้ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพว.) อาศัยอำนาจตามความในข้อ 12(2) และ(4) แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงได้วางแนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e-market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e-bidding) โดยมีผลใช้บังคับส่วนราชการตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2558 เป็นต้นไป

⁹⁷ วรพันธ์ เข็นทรัพย์, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 80, น. 30.

2) ประกาศแนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e-market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e-bidding)

ประกาศแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนั้นเป็นการเพิ่มเติมวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแบบแข่งขันอีก 2 วิธี ส่วนวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้นๆ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 18 ยังคงใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับประกาศแนวทางปฏิบัติดังกล่าว การดำเนินการโดยวิธีประกวดราคาทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2549 ไม่ใช้บังคับกับส่วนราชการแล้ว หลังจากที่แนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e-market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e-bidding) แต่สำหรับรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐยังคงอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ คือ การจัดหาพัสดุครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท เว้นแต่เป็นการจัดหาพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะที่มีความซับซ้อน มีเทคนิคเฉพาะหรือเป็นสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในระบบ e - market⁹⁸ โดยแบ่งการดำเนินการเป็น 2 ลักษณะคือ

1.1) การเสนอราคา โดยใบเสนอราคา (Request for Quotation : RFQ)⁹⁹ ได้แก่ การจัดหาพัสดุครั้งหนึ่ง ซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000 บาท

1.2) การเสนอราคา โดยการประมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Thai Auction)¹⁰⁰ ได้แก่ การจัดหาพัสดุครั้งหนึ่ง ซึ่งมีราคาเกิน 5,000,000 บาท

⁹⁸ ระบบ e - market คือ ระบบที่ประกอบรายละเอียดของสินค้า คำแนะนำสินค้า ภาพสินค้า พร้อมคำบรรยายประกอบ โดยจัดแบ่งประเภทสินค้าเป็นหมวดหมู่ตามที่กรมบัญชีกลางกำหนดเพื่อสะดวกต่อการสืบค้นของส่วนราชการผู้จัดหา

⁹⁹ การเสนอราคาโดยใบเสนอราคานั้น ให้ผู้ขาย ผู้ให้บริการ หรือผู้รับจ้าง ที่ได้รับใบคำขอเสนอราคา ทางระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ มีความประสงค์จะเสนอราคา ให้ส่งใบเสนอราคา มายังส่วนราชการผ่านทางระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ ในวัน เวลา ทำการ เมื่อถึงกำหนดวันเสนอราคา ให้ผู้เสนอราคา log in เข้าสู่ระบบการเสนอราคาเพื่อเสนอราคา โดยสามารถเสนอราคาได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น

¹⁰⁰ การจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยการเสนอราคา โดยการประมูลอิเล็กทรอนิกส์ นั้น ผู้ขาย ผู้ให้บริการ หรือผู้รับจ้าง ที่ได้รับใบคำขอเสนอราคา ทางระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ มีความประสงค์จะเสนอราคา ให้ส่งใบเสนอราคา มายังส่วนราชการผ่านทางระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ ในวัน เวลา ที่ส่วนราชการกำหนดเมื่อถึงกำหนดวันเสนอราคา ให้ผู้เสนอราคา log in เพื่อลงทะเบียนและทดสอบระบบ ภายในเวลาที่ส่วนราชการกำหนด ให้เริ่มกระบวนการเสนอราคา โดยการประมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในเวลาทำการผ่านระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ แต่จะสิ้นสุดนอกเวลาทำการก็ได้ ทั้งนี้ กระบวนการเสนอราคาให้กระทำภายในเวลาสามสิบนาทีระหว่างการเสนอราคา ผู้เสนอราคาไม่สามารถเห็นราคาของผู้เสนอการรายอื่น โดยมีเพียงสัญลักษณ์ปรากฏ

1.3) การกำหนดคุณลักษณะพัสดุ เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องจัดทำเอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ตามตัวอย่างที่ กวพ. กำหนดและหากมีกรณีที่เอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์รายใดจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากที่ กวพ. กำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างและไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้กระทำได้

1.4) การเผยแพร่เอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ให้จัดทำเป็นประกาศและต้องมีสาระสำคัญ (1) รายการพัสดุที่ต้องการซื้อ หรืองานจ้างที่ต้องการจ้าง (2) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคา (3) กำหนดวัน เวลา เสนอราคา ให้แน่ชัดจากวันที่นำประกาศและเอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์เผยแพร่ทางเว็บไซต์ของหน่วยงาน และเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง โดยต้องกำหนดวันเสนอราคาเป็นวันทำการเท่านั้น และกำหนดเวลาการเสนอราคาให้ถือตามเวลาของระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์เป็นเกณฑ์ เมื่อหัวหน้าส่วนราชการให้ความเห็นชอบร่างเอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุดำเนินการเผยแพร่ประกาศและเอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ทางเว็บไซต์ของส่วนราชการและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลางไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และให้ปิดประกาศอย่างเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้นด้วย และให้กรมบัญชีกลาง จัดส่งประกาศและเอกสารการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ขาย ผู้ให้บริการ หรือผู้รับจ้างที่ลงทะเบียนในระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งได้นำรายละเอียดของพัสดุลงไว้ในระบบ e-catalog และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน หรือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค แล้วแต่กรณี ผ่านระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์

วิธีการนี้มีเจตนารมณ์ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการพัสดุที่ส่วนราชการซื้อพัสดุที่คุณภาพไม่ดี แต่จัดซื้อมูลค่าสูงกว่าท้องตลาดทั่วไป โดยกรมบัญชีกลางจะกำหนดรายชื่อสินค้าที่ส่วนราชการต้องการลงไปในระบบ แล้วให้ผู้ประกอบการหรือผู้ค้าที่สนใจแสดงความจำนงเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ในระบบ เมื่อส่วนราชการประกาศความต้องการผู้ค้าที่ลงทะเบียนสินค้าชนิด ประเภท ตรงกับประกาศความต้องการก็จะเข้ามาเสนอราคา แต่พบว่าปัจจุบันสินค้าที่ลงในระบบตลาดอิเล็กทรอนิกส์ยังมีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับพัสดุนิตต่าง ๆ ที่ส่วนราชการประสงค์จัดซื้อ

2) วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์

บนหน้าจอของผู้เสนอราคาต่ำสุดเท่านั้นเมื่อสิ้นสุดการเสนอราคา แล้ว ให้เจ้าหน้าที่พัสดุพิจารณาผู้เสนอราคาต่ำสุด หากปรากฏว่ามีผู้เสนอราคาต่ำสุดหลายรายจน ไม่อาจชี้ขาดได้ ให้พิจารณาผู้ที่เสนอราคาดังกล่าวในลำดับแรกเป็นผู้ชนะการเสนอราคา

2.1) วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ คือ การจัดหาพัสดุครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท โดยเป็นการจัดหาพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะที่มีความซับซ้อน มีเทคนิคเฉพาะหรือเป็นสินค้าหรือบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในระบบ e - market มีกระบวนการดังนี้

2.2) การกำหนดคุณลักษณะ ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องจัดทำร่างเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ตามตัวอย่างเอกสารประกวดราคาซื้อหรือจ้างอิเล็กทรอนิกส์ที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้กระทำได้ เพื่อความรอบคอบ และเป็นประโยชน์แก่ทางราชการหัวหน้าส่วนราชการอาจแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง รับผิดชอบจัดทำรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะจัดหาได้ตามความจำเป็นและเหมาะสม เพื่อให้ตรงกับความต้องการของส่วนราชการ ได้การเผยแพร่เอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ให้จัดทำเป็นประกาศและมีสาระสำคัญ ดังนี้ (1) รายการพัสดุที่ต้องการซื้อ หรืองานจ้างที่ต้องการจ้าง (2) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคา (3) หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ชนะการเสนอราคา¹⁰¹ (4) กำหนดวัน เวลา เสนอราคา (5) กำหนดให้นำตัวอย่างพัสดุนมาแสดงในวัน เวลา สถานที่ ที่กำหนด

2.3) การเผยแพร่เอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อหัวหน้าส่วนราชการให้ความเห็นชอบร่างประกาศและร่างเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์แล้ว เผยแพร่ประกาศและเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ทางเว็บไซต์ของส่วนราชการและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลางเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และต้องมีช่วงเวลาสำหรับการจัดทำข้อเสนอของผู้ประสงค์จะเข้าเสนอราคาหลังปิดการให้หรือการจำหน่ายเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ก่อนวันเสนอราคาไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และให้ปิดประกาศอย่างเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น หากการจัดหาพัสดุใดมีรายละเอียดที่มีความจำเป็น โดยสภาพของการซื้อ

¹⁰¹ หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ชนะการเสนอราคา โดยให้เลือกใช้หลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์ราคา (Price) ให้ส่วนราชการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ผู้ชนะการเสนอราคาโดยใช้หลักเกณฑ์ราคา ในกรณีที่ส่วนราชการเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะจัดหาสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาก็เพียงพอที่จะได้มาซึ่งพัสดุที่มีคุณภาพดีตรงตามความต้องการ และเป็นประโยชน์แก่ทางราชการ

2) หลักเกณฑ์การประเมินค่าประสิทธิภาพต่อราคา (Price Performance) ให้ส่วนราชการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ชนะการเสนอราคา โดยใช้หลักเกณฑ์การประเมินค่าประสิทธิภาพต่อราคา ในกรณีที่ส่วนราชการเห็นว่า แม้ว่าจะมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะจัดหาแล้ว ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ส่วนราชการได้พัสดุที่มีคุณภาพดีตรงตามความต้องการและเป็นประโยชน์แก่ทางราชการ จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดปัจจัยต่าง ๆ เพิ่มเติมเพื่อใช้ในการประเมินค่าประสิทธิภาพต่อราคา ซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้ผู้เสนอราคาเสนอพัสดุที่มีคุณภาพแต่ไม่ได้เสนอราคาต่ำสุดสามารถชนะการประกวดราคาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการบริหารพัสดุภาครัฐที่ดี

หรือการจ้างที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขไว้ในเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ให้ผู้เสนอราคานำตัวอย่างพัสดุมาแสดงเพื่อทดลองหรือทดสอบ โดยให้ผู้เสนอราคานำพัสดุมาแสดงเพื่อทดลองหรือทดสอบ ณ ส่วนราชการที่จัดหาพัสดุ ภายใน 5 วันทำการนับถัดจากวันเสนอราคา

ในกรณีที่ส่วนราชการพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดหาพัสดุในครั้งดังกล่าวมีความจำเป็นต้องนำร่างประกาศและร่างเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เผยแพร่ให้สาธารณชนเสนอแนะ วิจารณ์ ให้อยู่ในดุลยพินิจของหัวหน้าส่วนราชการ โดยเผยแพร่ทางเว็บไซต์ของส่วนราชการและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ

2.4 การกำหนดหลักเกณฑ์จะต้องสอดคล้องกับหลักการบริหารพัสดุภาครัฐที่ดีดังต่อไปนี้

(1) คุ่มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของส่วนราชการมากที่สุด มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

(2) โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

(3) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุล่วงหน้าเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่อง และมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุทุกปี

ผู้วิจัย เห็นว่า วิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์มีขั้นตอนและวิธีการดำเนินการเหมือนกับการวิธีประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2549 แต่ที่แตกต่างกัน คือ ผู้ประสงค์จะเสนอราคาจะไม่มีโอกาสได้พบผู้ซื้อเอกสารประกวดการรายอื่นๆ เพราะระบบไม่เปิดเผยตัวตนบุคคลที่เข้าซื้อเอกสารประกวดราคา โครงการดังกล่าวจนกระทั่งถึงวันประกาศผลผู้ชนะการเสนอราคา และให้เสนอราคาได้เพียงราคาเดียวเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันปัญหาการฮั้วประมูลของเอกชนผู้เข้าร่วมเสนอราคากับทางราชการ แต่อย่างไรก็ตาม ทราบว่า การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุและคุณลักษณะเฉพาะยังเป็นอำนาจดุลยพินิจของส่วนราชการที่จัดหาอย่างอิสระ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ยังคงผูกขาดกับผู้ค้ารายที่ส่วนราชการนั้นคุ้นเคย กล่าวคือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ไม่ว่าจะเป็นประสบการณ์ทำงานหรือผลงานที่ผ่านมา ทุนจดทะเบียน หรือ การกำหนดมาตรฐาน ISO ที่มากเกินไปจนความจำเป็น หรือแม้กระทั่งการกำหนดคุณสมบัติความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอุปกรณ์ เครื่องจักร การกำหนดเรื่องศูนย์บริการที่มากเกินไปจนความจำเป็น เป็นผลให้มีเอกชนที่มีคุณสมบัติจะเสนอราคาได้

ไม่ที่ราย และ โดยปกติในวงการธุรกิจผู้ประกอบการจะทราบว่า ผู้ประกอบการรายใดที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขตามประกาศดังกล่าว ซึ่งเป็นกรกิดกันการเสนอราคาอย่างหนึ่ง ผู้ประกอบการผู้ซึ่งเป็นผู้เสียหายเนื่องจากไม่อาจเข้าเสนอราคาได้อาจร้องเรียนต่อหน่วยงานที่จัดหานั้น หรือฟ้องร้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนประกาศประกวดราคานั้น แต่กระบวนการคัดเลือกด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ก็ยังคงดำเนินการต่อไปได้แม้จะมีการร้องเรียน หรือฟ้องต่อศาลปกครองก็ตาม ประกอบกับโดยธรรมชาติของผู้ประกอบการที่จะเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐก็ไม่อยากเป็นความกับหน่วยงานของรัฐที่ตนจะเข้าร่วมเสนอราคา

โดยที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดขึ้นใช้สำหรับกระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือ ในต่างประเทศ โดยไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน ตลอดจนองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งมีกำหนดระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุนั้นบังคับเองเป็นการเฉพาะ ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่โดยข้อเท็จจริง ระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนเหล่านั้นได้นำหลักการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการจัดหาพัสดุ และวิธีการต่างๆ มาบัญญัติไว้ในระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือข้อบังคับของหน่วยงานเหล่านั้น¹⁰² ตลอดจนนำแนวทางปฏิบัติที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แจ้งเวียนให้ส่วนราชการที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบนำไปใช้บังคับโดยอนุโลม ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเป็นไปในมาตรฐานเดียวกันทุกหน่วยงาน กระทรวงการคลังจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2558 อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดกรอบการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เพื่อเป็นมาตรฐานกลางสำหรับใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งตามที่กระทรวงการคลังเสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา โดยให้ความเห็นของคณะรัฐมนตรีซึ่งเห็นควรให้ร่างพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับรวมถึงองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญด้วย เพื่อให้เกิดมาตรฐานเดียวกัน รวมทั้งให้รับข้อสังเกตของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงาน ก.พ. สำหรับกรณีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่

¹⁰² กิตติชัย ธรรมรัช, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 6

ผู้ดำรงตำแหน่งที่มาตรฐานกำหนดตำแหน่งให้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุ ในหน่วยงานที่ต้นสังกัด ซึ่งผ่านการอบรมหลักสูตรที่กรมบัญชีกลางกำหนด ให้ได้รับค่าตอบแทน ตามหลักเกณฑ์และอัตราที่กระทรวงการคลังกำหนด นั้น ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติตาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดให้การได้รับเงินเพิ่มสำหรับ ตำแหน่งที่มีเหตุพิเศษ เป็นไปตามระเบียบที่ ก.พ. กำหนด โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง ส่วนสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้าง บางประการ รวมทั้งฝ่ายกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม คณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีข้อสังเกตว่าควรเพิ่มหลักเกณฑ์ในการลงโทษผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้ชัดเจน เป็นต้น ไปประกอบการพิจารณาด้วย แล้วส่งให้คณะกรรมการประสานงานสถานีบัญญัติแห่งชาติ พิจารณาก่อนเสนอสถานีบัญญัติแห่งชาติต่อไป ต่อมาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการ บริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560

3) พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ใช้บังคับ เมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยมีสาระสำคัญ คือ เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็น มาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้ เป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุดเพื่อให้เกิดความโปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ ของการใช้งานเป็นสำคัญซึ่งจะก่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงิน รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตาม หลักธรรมาภิบาล ส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ผู้วิจัย เห็นว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น มีเจตนารมณ์ที่จะรวมระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ของหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง¹⁰³ ที่กำหนดระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติข้างต้นขึ้นใช้เป็นการเฉพาะ และไม่อยู่ภายใต้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ให้มาอยู่ภายใต้ กฎหมายฉบับเดียวกันทั้งนี้เพื่อให้กระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง

¹⁰³ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 มาตรา 4 “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการ งบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เป็นไปในมาตรฐานเดียวกันแต่วิธีการและขั้นตอนในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุไม่ได้แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แม้ว่าจะลดวิธีการคัดเลือกจากเดิม 6 วิธีเป็น 3 วิธี¹⁰⁴ คือ 1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป 2) วิธีคัดเลือก 3) วิธีเฉพาะเจาะจง แต่ก็เป็นการจัดประเภทของวิธีการคัดเลือกของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่เดิมจะแยกวิธีการคัดเลือกด้วยวงเงินงบประมาณ แต่หลักการตามพระราชบัญญัตินี้ให้พิจารณาถึงจำนวนผู้ประกอบการเป็นเกณฑ์ในการเลือกวิธี ซึ่งขั้นตอนและวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะกล่าวถึงในบทที่ 3 และให้มีคณะกรรมการต่างๆ ตามพระราชบัญญัติ คือ 1) คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เสนอแนะนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรี วินิจฉัยความเป็นโมฆะของสัญญาหรือข้อตกลง รวมทั้งตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับประกาศที่คณะกรรมการนโยบายออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ 2) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐหรือตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เรียกว่าคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) 3) คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ คณะกรรมการชุดนี้กำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับดูแลการกำหนดราคากลางหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง และกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการที่มีสิทธิยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเดิมการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการจะเป็นดุลพินิจของหน่วยงานที่จะจัดหา เช่น กรมทางหลวง กรมทางหลวงชนบท กรมชลประทาน เป็นต้น 4) คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินการ โครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ 5) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ และพิจารณาข้อร้องเรียน

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 มาตรา 55

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทยและต่างประเทศ

ในบทที่ 3 ในเบื้องต้นจะเป็นการศึกษาขั้นตอนจัดซื้อสินค้า การจ้างเหมาก่อสร้างและ การจัดหาบริการจากกฎหมายต้นแบบ (Model Law on Procurement of Goods ,Construction and Services) ซึ่งได้รับการรับรองจากคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่าง ประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ตลอดจนศึกษา ถึงขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมขั้นตอน กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานภาครัฐในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เพื่อจะได้เปรียบเทียบกับขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐ ในประเทศไทยว่าเหมือนหรือต่างกันอย่างไร รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมขั้นตอน กระบวนการคัดเลือก และปัญหาที่เกิดจากการใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าว ซึ่งจะได้นำมา ปรับปรุงแก้ไขขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐในประเทศไทย ให้มีประสิทธิภาพต่อไป

3.1 กฎหมายต้นแบบ (Model Law on Procurement of Goods ,Construction and Services 2011)¹⁰⁷

คณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ในการประชุมสมัยที่ 19 เมื่อปี ค.ศ. 1986 ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศต่างๆ จึงได้จัดทำ ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้า จ้างเหมาก่อสร้างและจัดหาบริการ (Model Law on Procurement of Goods ,Construction and Services) ขึ้น เพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับให้ประเทศ ต่างๆ ตรากฎหมายว่าด้วยการพัสดุขึ้นใช้บังคับแก่การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศของตน ทั้งนี้ ในการจัดทำต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ มีวัตถุประสงค์หลักที่สำคัญ คือ เพื่อให้ กระบวนการจัดซื้อจ้างมีการแข่งขันอย่างเสรี เป็นธรรมโปร่งใส อันมีผลเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจ

¹⁰⁷ ปกรณ์ นิลประพันธ์, (เอกสารคำแปล) ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้า จ้างเหมาก่อสร้างและจัดหา บริการ (Model Law on Procurement of Goods),Construction and Services)

ตลอดจนให้เกิดประสิทธิภาพและป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง ในการจัดทำต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ UNCITRAL เมื่อพิจารณาจากลักษณะและสภาพทั่วไปของการซื้อการจ้างแล้วจะเห็นว่า สาระของการซื้อสินค้าและการจ้างเหมาก่อสร้างนั้น จะมีความแตกต่างจากสาระของการจัดหาบริการอยู่ด้วยกันสองประการ คือ ประการที่หนึ่ง วัตถุประสงค์ของการซื้อสินค้าและการจ้างเหมาก่อสร้าง ได้แก่ ตัวสินค้าและงานที่จ้างเหมาก่อสร้าง ซึ่งวัตถุประสงค์กล่าวเป็นสิ่งที่สามารถกำหนดคุณภาพและองค์ประกอบอย่างเป็นรูปธรรมได้ ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการจัดหาบริการ ได้แก่ ตัวการบริการซึ่งการบริการจะดีหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับทักษะ ความชำนาญ และประสบการณ์ของผู้ให้บริการแต่ละรายเป็นสำคัญ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่จะสามารถกำหนดคุณภาพและองค์ประกอบอย่างเป็นรูปธรรมได้ ประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างกับผู้ให้บริการจะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ โดยปกติสินค้าทั่วไปจะผลิตจำนวนมาก หรือหากกล่าวถึงงานก่อสร้างโดยปกติจะเป็นงานตามแบบก่อสร้างซึ่งหากแบบก่อสร้างมีความสมบูรณ์ ประกอบกับผู้รับเหมาก่อสร้างมีเงินทุนที่เพียงพอก็จะทำให้สามารถดำเนินการก่อสร้างเป็นไปตามแบบก่อสร้างได้ ดังนั้น ในการซื้อสินค้าจากผู้ขายหรือผู้ผลิตรายใดหรือควรจ้างผู้รับเหมารายใดเป็นผู้ก่อสร้างควรเป็นการพิจารณาจากราคาที่ผู้ขาย ผู้ผลิตหรือผู้รับเหมาแต่ละรายได้ยื่นข้อเสนอมาเป็นสำคัญ แต่หากเป็นการคัดเลือกผู้ให้บริการรายใดเป็นผู้ให้บริการก็ต้องคำนึงถึงคุณภาพและความสามารถในการให้บริการของแต่ละรายเป็นสำคัญ จึงทำให้ไม่อาจใช้ราคาที่ผู้ให้บริการได้ยื่นข้อเสนอเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินใจคัดเลือก และด้วยเหตุของความแตกต่างทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น จึงทำให้ UNCITRAL ได้นำกระบวนการในการจัดซื้อสินค้าและการจ้างเหมาก่อสร้าง กับกระบวนการในการจัดหาบริการทั้งสองแยกออกจากกัน และกำหนดรายละเอียดของการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละกระบวนการไว้เป็นการเฉพาะ โดยในต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น โดยจะไม่กล่าวถึงกระบวนการที่ได้ดำเนินการภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาซื้อหรือจ้างเกิดขึ้น เช่น การบังคับให้เป็นไปตามสัญญา การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญา ทั้งนี้ด้วยเหตุเพราะแต่ละประเทศย่อมมีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะแล้ว คือ กฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ จะได้แยกกระบวนการในการจัดซื้อสินค้าและการจ้างเหมาก่อสร้างออกจากกระบวนการในการจัดหาบริการ แต่มีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะหลักทั่วไปในการดำเนินการร่วมกัน เช่น หน่วยงานของรัฐจะต้องเปิดโอกาส

ให้ประชาชนสามารถตรวจสอบข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง¹⁰⁸ ในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและคุณสมบัติของสินค้าหรืองานก่อสร้างจะต้องไม่กำหนดในลักษณะเป็นการเฉพาะและเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้ขายสินค้า ผู้รับเหมาก่อสร้าง หรือผู้ให้บริการบางราย¹⁰⁹ หรือการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างทุกครั้งที่มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดต่างๆ ตามที่ได้กำหนดไว้¹¹⁰ ดังนั้น ในเบื้องต้นจะขอก้าวถึงขั้นตอนและวิธีการจัดซื้อสินค้าและจ้างเหมาก่อสร้าง

1) วิธีการจัดซื้อสินค้าและจ้างเหมาก่อสร้าง (Procurement of Goods and Construction) ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ ได้กำหนดวิธีการจัดซื้อสินค้าและการจ้างเหมาก่อสร้าง 7 วิธี โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1.1) การประกวดราคาแบบซองเดียว (Tendering)

ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องใช้วิธีการประกวดราคาแบบซองเดียวเป็นหลัก โดยจะใช้วิธีการอื่นได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับวิธีการนั้นเท่านั้น การประกวดราคาแบบซองเดียวเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มิคุณสมบัติถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในประกาศและเอกสารประกวดราคาได้เข้ามาเสนอราคาแข่งขันกัน โดยผู้เข้าเสนอราคาแต่ละรายจะต้องแสดงว่าตนเป็นผู้มีคุณสมบัติตรงตามประกาศและเอกสารการประกวดราคาและยื่นซองเสนอราคาเพื่อแข่งขันกับผู้เสนอราคารายอื่น การประกวดราคาแบบซองเดียวแบ่งได้อีกเป็นสองประเภท คือ การประกวดราคานานาชาติ (International Tendering) และการประกวดราคาระหว่างผู้ขายหรือผู้รับเหมาภายในประเทศ (Domestic Tendering) ซึ่งโดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐจะต้องใช้วิธีการประกวดราคานานาชาติ เว้นแต่จะเข้าลักษณะที่กฎหมายหรือระเบียบพัสดุของแต่ละประเทศได้กำหนดให้ใช้วิธีการประกวดราคา ระหว่างผู้ขายหรือผู้รับเหมาภายในประเทศได้ หรือหน่วยงานของรัฐเห็นว่าพัสดุที่ซื้อหรืองานที่จ้างนั้น มีมูลค่าไม่สูงและน่าจะมีเฉพาะแต่ผู้ขายหรือผู้รับเหมาในประเทศเท่านั้นที่จะเข้าเสนอราคา¹¹¹ แต่อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนและวิธีการประกวดราคานานาชาติและการประกวดราคาระหว่างผู้ขายหรือผู้รับเหมาภายในประเทศจะมีลักษณะเหมือนกัน ดังนี้

1.1.1) การเชิญชวนให้เข้าร่วมการประกวดราคาและการเชิญชวนให้เข้าร่วมการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น การประกวดราคาแบบซองเดียวจะเป็นการแข่งขันด้านราคาเป็นหลัก

¹⁰⁸ มาตรา 5 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹⁰⁹ มาตรา 6 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁰ มาตรา 11 (1) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹¹ มาตรา 23 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

ซึ่งหากมีผู้เข้าร่วมการแข่งขันการประกวดราคาจำนวนมากก็ย่อมที่จะเป็นประโยชน์แก่ส่วนราชการ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีการออกประกาศเชิญชวนให้ผู้ที่สนใจได้เข้าร่วมการประกวดราคาหรือเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วมการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้น(ถ้ามี) โดยการออกประกาศเชิญชวน หน่วยงานของรัฐอาจทำโดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือสิ่งพิมพ์อื่นของทางราชการที่ลงข่าวการประกวดราคาก็ได้¹¹² ซึ่งในประกาศเชิญชวนให้ผู้ที่สนใจเข้าร่วมการประกวดราคาหรือประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วมการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดตามที่ได้กำหนดไว้ในต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ¹¹³ นอกจากนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำเอกสารประกวดราคา (Solicitation Document) เพื่อให้ผู้ขายหรือผู้รับเหมาก่อสร้างที่สนใจเข้าร่วมการประกวดราคาได้ทราบถึงความต้องการของหน่วยงานของรัฐที่จะจัดซื้อจัดจ้าง วิธีการในการยื่นข้อเสนอราคาและการดำเนินการประกวดราคา ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่ส่วนราชการใช้ในการพิจารณาผลการประกวดราคาซึ่งอย่างน้อยจะต้องมีรายละเอียดตามที่ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้าฯ กำหนดเช่นกัน¹¹⁴

1.1.2) การให้หรือขายเอกสารการประกวดราคา หน่วยงานของรัฐจะต้องให้หรือขายเอกสารการประกวดราคาแก่ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างที่สนใจจะเข้าร่วมการประกวดราคาตามวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศการประกวดราคา หรือในกรณีที่มีการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้น หน่วยงานของรัฐจะต้องให้หรือขายเอกสารประกวดราคาให้แก่ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเบื้องต้นทุกรายด้วย และหากในกรณีที่เป็นการขายเอกสารการประกวดราคา หน่วยงานของรัฐก็จะต้องขายเอกสารการประกวดราคาในราคาต้นทุนของการผลิตเอกสารการประกวดรานั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐกำหนดราคาขายเอกสารการประกวดราคาไว้สูงเกินควรจนทำให้ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ประสงค์หรือไม่สามารถที่จะเข้าร่วมการประกวดราคาได้¹¹⁵

1.1.3) การยื่นซองเสนอราคา ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างจะต้องยื่นซองเสนอราคาไปยังส่วนราชการภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนเท่านั้น ซึ่งหากผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างยื่นซองข้อเสนอมาภายหลังระยะเวลาที่กำหนดห้ามมิให้รับไว้พิจารณา และจะต้องคืนซองข้อเสนอดังกล่าวให้ผู้เสนอราคา¹¹⁶

¹¹² มาตรา 24(1) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹³ มาตรา 25(1) และ(2) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁴ มาตรา 27 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁵ มาตรา 26 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁶ มาตรา 30(6) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

1.1.4) การเปิดซองเสนอราคา เมื่อครบกำหนดระยะเวลาให้ยื่นข้อเสนอราคาแล้ว หน่วยงานที่จัดหาจะต้องเปิดซองข้อเสนอดังกล่าว ณ สถานที่ที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน และจะต้องอนุญาตให้ผู้ยื่นข้อเสนอหรือตัวแทนของบุคคลนั้นได้ร่วมการเปิดซองเสนอราคาด้วย หากผู้ยื่นข้อเสนอหรือตัวแทนไม่ร่วมการเปิดซองข้อเสนอดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งให้ผู้ยื่นข้อเสนอได้ทราบ ตลอดจนต้องมีการบันทึกรายละเอียดดังกล่าวไว้ด้วย¹¹⁷

1.1.5) การพิจารณาผลการประกวดราคา เจ้าหน้าที่จะต้องตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคาและซองข้อเสนอดังกล่าวว่าเป็นไปตามประกาศเชิญชวนหรือไม่ หากมีข้อสงสัยประการใดอาจให้ผู้ยื่นข้อเสนอมุ่งแจ้งข้อเท็จจริง รายละเอียดหรือแสดงเอกสาร แต่ต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อเสนอบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การเปลี่ยนแปลงราคาที่เสนอนอกจากนี้ หากผู้ยื่นข้อเสนอเสนอไม่ถูกต้อง หรือมีข้อผิดพลาดประการใดและได้แจ้งผู้ยื่นข้อเสนอรอบแล้ว แต่ผู้ยื่นข้อเสนอไม่ยอมรับการแก้ไขนั้น หน่วยงานที่จัดหาจะต้องไม่รับข้อเสนอบนซองข้อเสนอดังกล่าว¹¹⁸ โดยมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกข้อเสนอ¹¹⁹ ดังนี้
 (1) ให้หน่วยงานที่จัดหาคัดเลือกผู้เสนอราคาซึ่งเสนอราคาต่ำสุดเท่านั้นเป็นผู้ชนะการประกวดราคา
 (2) ในกรณีที่หน่วยงานที่จัดหาได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาว่าจะเลือกผู้ชนะการประกวดราคา โดยคำนึงถึงความเหมาะสมด้านอื่นๆ นอกเหนือจากราคา จะต้องกำหนดน้ำหนักของข้อพิจารณาในด้านอื่นไว้ในเอกสารประกวดราคาด้วย หน่วยงานที่จัดหาจะต้องเลือกผู้ที่ผ่านการประเมินความเหมาะสมที่มีคะแนนสูงสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา นอกจากนี้ ในระหว่างการพิจารณาผลการประกวดราคา ห้ามมิให้หน่วยงานที่จัดหาเจรจาต่อรองกับผู้ยื่นข้อเสนอเกี่ยวกับข้อเสนอดังกล่าว ที่ได้มีการยื่นไว้แล้วนั้น¹²⁰

1.2) การประกวดราคาแบบสองซอง (Two – Stages Tendering)

การประกวดราคาแบบสองซองเป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ผู้มีคุณสมบัติถูกต้องตรงตามที่กำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนและเอกสาร การประกวดราคาได้เสนอราคาเข้ามาแข่งขัน เช่นเดียวกับวิธีการประกวดราคาแบบซองเดียว แต่ก่อนการยื่นซองเสนอราคาแต่ละรายจะต้องยื่นซองข้อเสนออื่นๆ ก่อน ซึ่งในซองข้อเสนออื่นๆ นี้จะประกอบไปด้วยข้อเสนออื่นๆ ที่มีใช้ขอเสนอราคา เช่น คุณภาพหรือลักษณะ โดยเฉพาะของสินค้า รายละเอียดทางเทคนิค ความสามารถทางวิชาชีพ เงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบหรือการจัดทำสินค้า เมื่อหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อหรือจ้างพิจารณา

¹¹⁷ มาตรา 33 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁸ มาตรา 34(3) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹¹⁹ มาตรา 34(4)(b) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁰ มาตรา 35 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

แล้วเห็นว่า ข้อเสนออื่นๆ ดังกล่าวตรงตามความต้องการแล้ว ก็จะเชิญผู้ผ่านการพิจารณา ยื่นซองเสนอราคา เพื่อแข่งขันการประกวดราคาอีกครั้งหนึ่ง โดยได้กำหนดเงื่อนไขให้หน่วยที่ จัดหาดำเนินการโดยวิธีประกวดราคาแบบซองซองได้ในกรณีดังต่อไปนี้¹²¹ (1) กรณีเป็นการยากที่จะ กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าหรืองานก่อสร้างได้ เพื่อให้ได้สินค้าหรือ งานก่อสร้างตรงตามความต้องการมากที่สุด จึงจำเป็นต้องให้มีการยื่นข้อเสนออื่นๆ ก่อนเพื่อ ประกอบการพิจารณาเพื่อให้ตรงกับความต้องการมากที่สุด (2) เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ที่มีวัตถุประสงค์เพื่องานวิจัย ทดลองหรือการพัฒนา (3) เกี่ยวกับความมั่นคงและการป้องกันประเทศ และหน่วยที่จัดหาเห็นว่าจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้ดีที่สุด (4) เป็นกรณีที่ได้ดำเนินการประกวดราคา แบบซองเดียวแล้วไม่ได้ผลคือ ไม่มีผู้มายื่นซองประกวดราคา หรือมีผู้มายื่นซองประกวดราคา แต่ไม่มีผู้ใดผ่านการคัดเลือก และหน่วยที่จัดหาเห็นว่าหากดำเนินแบบเดิมอีกก็ไม่อาจหาผู้ขายหรือ ผู้รับจ้างได้

1.3) วิธีการประกวดราคาแบบจำกัดตัวผู้เสนอราคา (Restricted Tendering)¹²² โดยมี หลักเกณฑ์ ดังนี้ (1) เป็นกรณีที่สินค้า หรืองานก่อสร้างนั้นมีความซับซ้อนมาก หรือเป็นงานที่ ต้องการความชำนาญพิเศษ และจำนวนผู้ผลิตหรือผู้รับจ้างมีจำนวนน้อยที่สามารถดำเนินการได้ (2) เป็นกรณีที่ต้นทุนกับระยะเวลาที่จะต้องใช้ในการตรวจสอบผลการประกวดราคาไม่ได้สัดส่วน กับมูลค่าของสินค้าและงานก่อสร้างที่จัดหา หน่วยที่จัดหาจะต้องเชิญผู้ขายหรือผู้รับจ้างในจำนวนที่ พอสมควรมาเสนอราคาแข่งขันกัน¹²³

1.4) วิธีการเชิญให้ยื่นข้อเสนอ (Request for Proposals) เป็นวิธีที่หน่วยที่จัดหา มี หนังสือเชิญให้ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับจ้างที่หน่วยที่จัดหาต้องการให้เข้ามาเสนอราคาโดยวิธีการ แข่งขันกัน ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการเชิญให้มายื่นข้อเสนอ จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และน้ำหนัก ของหลักเกณฑ์แต่ละข้อก่อน โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเกี่ยวกับความสามารถในการบริหารจัดการ และทางเทคนิคของผู้ยื่นข้อเสนอ ต้นทุนการดำเนินการ ราคาที่เสนอ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา สินค้าหรืองานที่เสนอ¹²⁴ หลังจากนั้นหน่วยที่จะหาจะต้องส่งหนังสือเชิญไปยังผู้ขายหรือผู้รับจ้างให้ ได้มากที่สุด แต่อย่างน้อยต้องไม่น้อยกว่า 3 ราย และต้องมีการประกาศแจ้งถึงวิธีการจ้างดังกล่าวใน หนังสือพิมพ์ สิ่งพิมพ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการค้า หรือวารสารทางเทคนิคหรือวิชาชีพ เพื่อให้ ผู้ที่สนใจ ได้ทราบและเข้าร่วมการเสนอราคา เว้นแต่หน่วยที่จัดหาจะเห็นว่า การประกาศแจ้งดังกล่าว

¹²¹ มาตรา 19 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²² มาตรา 20 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²³ มาตรา 47 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁴ มาตรา 48(3) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

จะไม่คุ้มค่าเนื่องจากไม่มีผลกระทบต่อจำนวนผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอราคา¹²⁵ ภายหลังจากที่หน่วยที่จัดหาได้รับข้อเสนอจากผู้ขายหรือผู้รับจ้างแล้ว หน่วยที่จัดหาจะต้องพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นว่าตรงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดหรือไม่ ซึ่งหน่วยที่จัดหาจะต้องคัดเลือกจากข้อเสนอที่ตรงตามความต้องการมากที่สุดและผ่านการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ได้คะแนนสูงสุดด้วย¹²⁶ ต่อจากนั้นจึงจะเจรจาต่อรองกับผู้ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น¹²⁷

1.5) วิธีการเชิญให้เข้าร่วมแข่งขันเสนอซื้อต่อรอง (Competitive Negotiation) เพื่อให้หน่วยที่จัดหานำเอาผลจากการเจรจาต่อรองแต่ละรายมาเปรียบเทียบกันเพื่อเลือกผู้ขายหรือผู้รับจ้างที่มีข้อเสนอดีที่สุด โดยกำหนดเงื่อนไขที่สามารถดำเนินการด้วยวิธีไว้ 6 กรณี¹²⁸

1.6) วิธีการขอให้เข้าเสนอราคา (Request for Quotations) หน่วยที่จัดหาจะต้องมีหน้าที่เชิญให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างอย่างน้อย 2 ราย เข้าร่วมยื่นข้อเสนอซึ่งราคาที่เสนอนั้นจะต้องเป็นราคาเหมารวมโดยรวมค่าใช้จ่ายทั้งหมดแล้ว¹²⁹ และผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายจะเสนอราคาได้เพียงราคาเดียวโดยไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อเสนอได้ การพิจารณาคัดเลือกจะต้องพิจารณาคัดเลือกจากผู้เสนอราคาต่ำสุดเท่านั้น¹³⁰ และในระหว่างพิจารณาคัดเลือกห้ามมิให้มีการเจรจาต่อรองกับผู้เสนอราคา¹³¹

1.7) วิธีการจัดจ้างจากผู้ผลิตหรือผู้รับเหมารายเดียว (Single – Source Procurement) ได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับวิธีการจัดจ้างโดยวิธีนี้ไว้ 6 กรณี¹³² คือ (1) กรณีที่มีผู้ขายหรือผู้รับจ้างเพียงรายเดียวหรือผู้ขายหรือผู้รับจ้างมีเอกสิทธิ์ในการขายหรือการก่อสร้างนั้น และไม่มีสินค้าหรืองานก่อสร้างอื่นมาแทนได้ (2) กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน และไม่สามารถดำเนินการโดยวิธีการอื่นๆ ได้ทัน ทั้งนี้ ความจำเป็นเร่งด่วนดังกล่าวจะต้องเป็นเหตุให้ไม่อาจคาดหมายได้หรือมิใช่เกิดจากความล่าช้าหรือการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยที่จัดหานั้นเอง (3) กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องจัดหาสินค้าหรืองานก่อสร้างนั้น เนื่องจากมีภัยพิบัติธรรมชาติ และหากดำเนินการโดยวิธีอื่นก็ไม่สามารถจัดหาสินค้าหรือก่อสร้างได้ทัน (4) กรณีที่ได้จัดหาอุปกรณ์เทคโนโลยีจากผู้ขายหรือผู้รับจ้างแล้ว และเห็นว่าการจัดหาเพิ่มเติมจะต้องจัดหาจากรายเดิมเท่านั้น เพื่อให้ได้อุปกรณ์

¹²⁵ มาตรา 48(1) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁶ มาตรา 48(6) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁷ มาตรา 48(7) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁸ มาตรา 19 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹²⁹ มาตรา 50 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹³⁰ มาตรา 50(3) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹³¹ มาตรา 50(2) แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

¹³² มาตรา 22 แห่ง UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

เทคโนโลยีที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน หรือสามารถทำงานร่วมกับสินค้าที่ได้จัดซื้อไว้แล้วได้ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพสินค้าที่จัดซื้อไว้แล้ว ตลอดจนปริมาณการจัดซื้อครั้งใหม่ ความเหมาะสมด้านราคาและความของงานที่จะนำสินค้า อุปกรณ์เทคโนโลยีอื่นมาใช้แทนสินค้าที่จัดซื้อในครั้งนี้ด้วย (5) เป็นกรณีเพื่อการวิจัย ทดลองหรือการพัฒนา เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวทำให้มีการผลิตสินค้าในปริมาณที่เกินกว่าวัตถุประสงค์ เพื่อให้คุ้มต่อเงินทุนการวิจัยหรือการพัฒนา (6) กรณีที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศหรือความมั่นคงของชาติ และเห็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างจากผู้ผลิตหรือจำหน่ายรายเดียวเหมาะสมที่สุด

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของต่างประเทศ

3.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่เดิมนั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐบัญญัติ) หรือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (รัฐกฤษฎีกา) ซึ่งกฎหมายต่างๆ เหล่านั้นได้ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1993 และต่อมารัฐบาลได้พยายามรวบรวม (Codification) กฎหมายต่างๆ เหล่านี้ที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับมาจัดทำในรูปแบบประมวลกฎหมายโดยได้มีการตราประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (Code des marchés publics) ซึ่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุลฉบับดังกล่าวได้ใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ.1946 เป็นต้นมา และได้ปรับปรุงแก้ไขหลายครั้งด้วยกัน โดยเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997, ค.ศ. 2001, ค.ศ.2001, ค.ศ. 2004 และ ค.ศ.2011 โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศสได้วางหลักการอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐต้องมีความโปร่งใส และคำนึงหลักเสรีภาพในการเข้าถึงการสั่งซื้อสั่งจ้างโดยจะต้องปฏิบัติต่อผู้เสนอราคาอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้ให้ความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐคือ สัญญาที่มีค่าตอบแทนโดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานเอกชนกับบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดซื้อสิ่งของหรือการจัดให้มีบริการ¹³³ สำหรับประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุนำมาใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 2016-360 ลงวันที่ 1 เมษายน ค.ศ.2016 (Code des marchés publics 2016)¹³⁴

¹³³ นิพนธ์ ะกะมี, เอกสารคำแปลประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ค.ศ.2004 สาธารณรัฐฝรั่งเศส, น. 2.

¹³⁴ <http://www.marche-public.fr/CMP-2016/CMP-2016-Plan-decret.htm>

1) ขั้นตอนและวิธีการจัดหา

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไว้หลายวิธี ซึ่งโดยหลักแล้วกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะกระทำโดยวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอ (Appel d'offres) แต่อย่างไรก็ตามอาจมีข้อยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐสามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอได้ เช่น วิธีการตกลงราคา (négociées) วิธีการต่อรองราคาโดยเปิดให้มีการแข่งขัน (de dialogue compétitif) วิธีการจ้างออกแบบและก่อสร้าง (de conception - réalisation) วิธีการประกวดแบบ (concour) แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดไว้¹³⁵ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.1) วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอ (Appel d'offres) วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอหรือบางตำราเรียกว่าวิธีการเสนอราคา คือ วิธีการที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอต่างๆ ที่มีผู้ยื่นข้อเสนอเข้ามาโดยพิจารณาคำเนียงถึงประโยชน์สูงสุดของรัฐเป็นหลักและปราศจากการเจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมเพื่อเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้ยื่นเสนอราคาทุกคนได้ทราบเป็นการล่วงหน้าโดยวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออันเป็นวิธีการหนึ่งที่น่ามาใช้แทนที่วิธีการประกวดราคา (adjudication) ซึ่งปัจจุบันวิธีการประกวดราคาได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และหากพิจารณาวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอและวิธีการประกวดราคาจะมีกระบวนการที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ทั้งผู้เสนอราคาและผู้ประกวดราคาต่างก็ต้องยื่นข้อเสนอของตนต่อหน่วยงานของรัฐ แต่จะมีความต่างที่เป็นสาระสำคัญ คือ หากเป็นวิธีการประกวดราคา ผู้ที่ยื่นเสนอราคาที่ให้ราคาต่ำสุดจะได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะในการประกวดราคานั้น แต่หากเป็นวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอ ผู้ที่ยื่นข้อเสนอราคาที่มีข้อเสนอที่ดีที่สุดซึ่งอาจจะไม่ใช่ข้อเสนอที่ให้ราคาต่ำที่สุดก็สามารถที่จะได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะก็ได้ ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอเป็นวิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐเพราะสามารถที่จะเลือกคู่สัญญาได้โดยการพิจารณาจากข้อเสนอทั้งทางด้านเทคนิคและราคาอย่างรอบด้านเพื่อให้เหมาะสมกับความต้องการของหน่วยงานของตนได้

ในการดำเนินวิธีการเรียกให้ส่งเสนอนั้น ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอ (La Commission d'appel d'offres)” โดยคณะกรรมการคณะดังกล่าวจะทำหน้าที่หลายประการ เช่น ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีหน้าที่ดูแลให้

¹³⁵ นิพนธ์ ะกิมิ, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 133, น. 3.

การจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นผู้รับผิดชอบดูแลการปฏิบัติตามสัญญาและเป็นผู้ลงนามในสัญญา หรือปฏิเสธผู้เสนอราคา รายที่ยื่นข้อเสนอมาไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกผู้เสนอราคาหรือเป็นผู้เปิดซองบรรจุข้อเสนอราคา ซึ่งคณะกรรมการคณะดังกล่าว อาจตั้งเป็นการเฉพาะสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างบางครั้งหรืออาจตั้งเป็นกรรมการประจำก็ได้ เป็นต้น การคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุโดยวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนอสามารถที่จะกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ

1.1.1) วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออย่างกว้างหรือเป็นการทั่วไป (Appel d'offres ouvert)

วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออย่างกว้างหรือเป็นการทั่วไป ถือเป็นวิธีการที่บุคคลทั่วไปทุกคนสามารถเข้ามายื่นข้อเสนอเพื่อแข่งขันเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายรัฐได้ โดยขั้นตอนจะเริ่มต้นด้วยการที่หน่วยงานของรัฐที่มีความประสงค์จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องประกาศโฆษณาเชิญชวนและเปิดโอกาสให้ผู้สนใจทุกคนได้เข้าร่วมส่งข้อเสนอต่างๆ เพื่อเข้าแข่งขันกัน โดยรายละเอียดในประกาศโฆษณาเชิญชวนดังกล่าวนี้อย่างน้อยต้องมีข้อความเป็นสาระสำคัญ¹³⁶ เช่น วัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุ สถานที่หาข้อมูลหรือสถานที่ขอคำปรึกษาหากผู้สนใจที่จะเข้าร่วมยื่นข้อเสนอประสงค์จะสอบถามรายละเอียด หรือระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ ในส่วนระยะเวลาที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดให้ผู้สนใจเข้าร่วมยื่นข้อเสนอมายังหน่วยงานของรัฐนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดระยะเวลาให้ผู้สนใจได้ยื่นข้อเสนอไม่น้อยกว่า 52 วัน นับแต่วันที่ได้มีการประกาศโฆษณาเชิญชวน แต่ทั้งนี้ กำหนดระยะเวลาให้ผู้สนใจยื่นข้อเสนอมายังหน่วยงานของรัฐอาจกำหนดระยะเวลาไว้น้อยกว่า 52 วัน ก็ได้¹³⁷ เช่น ในกรณีที่ได้มีการส่งข้อมูลเบื้องต้นไปลงประกาศโฆษณาแล้วเป็นระยะเวลาตั้งแต่ 52 วัน ถึง 12 เดือน ก่อนที่จะมีการประกาศโฆษณาแจ้งผู้สนใจได้ทราบเพื่อให้ยื่นข้อเสนอและข้อมูลเบื้องต้นที่ได้ส่งไปลงประกาศโฆษณานั้น เป็นข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในประกาศโฆษณาเชิญชวนดังกล่าวด้วย ดังนั้น การประกาศโฆษณาเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วมยื่นข้อเสนออันก็สามารถกำหนดระยะเวลาให้ผู้ยื่นข้อเสนอไม่น้อยกว่า 52 วันก็ได้

เมื่อผู้สนใจได้ทราบประกาศโฆษณาเชิญชวนยื่นข้อเสนอดังกล่าวแล้ว และผู้สนใจมีความประสงค์ที่จะยื่นข้อเสนอมายังหน่วยงานของรัฐ ผู้สนใจนั้นจะต้องส่งข้อเสนอจำนวน 2 ซอง คือ ซองข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับผู้เสนอ และซองบรรจุข้อเสนอ¹³⁸ โดยในการเปิดซองข้อเสนอนั้น ผู้ที่ส่งข้อเสนอไม่สามารถที่จะเข้าร่วมในการเปิดซองข้อเสนอได้และจะเปิดซองข้อเสนอได้ต่อเมื่อซองข้อเสนอนั้น ได้ส่งมาภายในระยะเวลาที่กำหนด หลังจากที่ครบกำหนดระยะเวลาให้ผู้สนใจได้ยื่นข้อเสนอมายังหน่วยงานของรัฐแล้ว ขั้นตอนต่อไป คือ การเปิดซองข้อเสนอ โดยจะต้องมี

¹³⁶ มาตรา 39 และ 40 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹³⁷ มาตรา 57 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹³⁸ มาตรา 57 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

การเปิดซองที่บรรจุข้อมูลรายละเอียดของผู้เสนอก่อน ซึ่งจะเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างที่จะต้องทำหน้าที่เปิดซอง ในเบื้องต้นหากผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่าข้อเสนอดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคัดเลือกผู้เสนอราคา ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างสามารถที่จะปฏิเสธผู้เสนอราคารายนั้นก็ได้แต่ทั้งนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอเสียก่อน และเมื่อได้ปฏิเสธผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอรายใดแล้ว ห้ามมิให้มีการเปิดซองบรรจุข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นและจะต้องคืนซองดังกล่าวให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นต่อไป¹³⁹ เมื่อผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างได้พิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอจากซองบรรจุข้อเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ยื่นข้อเสนอแล้ว ประการต่อมา คือ การดำเนินการเปิดซองบรรจุข้อเสนอโดยเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอที่จะเป็นผู้เปิดซองดังกล่าวพร้อมจดแจ้งรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับรายละเอียดข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอต่างๆ¹⁴⁰ และในระหว่างการพิจารณาของข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอ ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเจรจาใดๆ กับผู้ยื่นข้อเสนอ ทำได้แต่เพียงกรณีจำเป็นต้องทราบรายละเอียดหรือข้อมูลใดๆ ที่เกี่ยวข้องข้อเสนอมของผู้ยื่นข้อเสนอโดยตรงเท่านั้น¹⁴¹

ขั้นตอนสุดท้าย คือ การตัดสินใจเลือกข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอเพื่อให้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างเป็นผู้พิจารณาคัดเลือกข้อเสนอที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานโดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่ได้เคยประกาศโฆษณาเชิญชวนไว้ และผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างสามารถที่จะตกลงกับผู้ยื่นข้อเสนอที่ได้รับคัดเลือกให้แก้ไขและปรับปรุงข้อเสนอดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้การแก้ไขหรือปรับปรุงข้อเสนอดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้าง นอกจากนี้ ในชั้นการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศโฆษณาเชิญชวนไว้ ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างย่อมมีอำนาจที่จะประกาศยกเลิกการเรียกให้ส่งข้อเสนอครั้งนั้นและแจ้งให้ผู้สนใจที่ได้ยื่นข้อเสนอได้ทราบทุกราย แต่ทั้งนี้การประกาศยกเลิกดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอ¹⁴²

¹³⁹ มาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴⁰ มาตรา 58 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴¹ มาตรา 59 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴² มาตรา 59 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

1.1.2) วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออย่างแคบหรือแบบจำกัด (Appel d'offres restreint)

วิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออย่างแคบหรือแบบจำกัดถือเป็นวิธีการที่จำกัดเฉพาะบุคคลที่หน่วยงานของรัฐได้คัดเลือกเบื้องต้นให้สามารถเป็นผู้ยื่นข้อเสนอขึ้นได้เท่านั้น โดยในการประกาศเรียกให้ผู้สนใจยื่นข้อเสนอขึ้น จะต้องเชิญผู้สนใจเข้ายื่นข้อเสนอเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 5 ราย และในการกำหนดระยะเวลาให้ผู้สนใจได้ยื่นข้อเสนอขึ้น จะต้องมียุทธศาสตร์ไม่น้อยกว่า 37 วันนับแต่วันที่ได้ประกาศโฆษณาเชิญชวน แต่ทั้งนี้ระยะเวลาดังกล่าวสามารถลดลงได้ เช่น กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนและสาเหตุของความจำเป็นเร่งด่วนมิได้เป็นความผิดของผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้าง กำหนดระยะเวลาให้ผู้สนใจได้ยื่นข้อเสนอก็จะลดระยะเวลาลงเหลือเพียง 15 วัน¹⁴³ ในการเปิดซองข้อเสนอ ผู้ที่ส่งข้อเสนอไม่สามารถที่จะอยู่ร่วมในการเปิดซองข้อเสนอได้และซองข้อเสนอที่จะเปิดซองได้จะต้องเป็นข้อเสนอที่ได้ส่งมาภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยในการเปิดซองข้อเสนอ นั้น ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างจะทำหน้าที่เป็นผู้เปิดซองข้อเสนอ และเมื่อผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างได้ทำการเปิดซองแล้ว ก็จะต้องจัดบันทึกรายละเอียดของข้อเสนอดังกล่าวพร้อมทั้งพิจารณารายละเอียดของผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายเพื่อจัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอที่จะได้รับอนุญาตให้มีสิทธิยื่นข้อเสนอครั้งที่สอง โดยในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอครั้งที่สองนั้น จะต้องรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอครั้งที่สองจำนวนไม่น้อยกว่า 5 ราย¹⁴⁴ นอกจากนี้ เมื่อได้จัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอครั้งที่สองแล้วผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีหนังสือแจ้งยังมีผู้มีรายชื่อที่อยู่ในบัญชีดังกล่าวเพื่อให้ยื่นข้อเสนอครั้งที่สอง โดยหนังสือดังกล่าวจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการยื่นข้อเสนอครั้งที่สอง เช่น วันที่จะเปิดรับซองข้อเสนอ สถานที่รับซองข้อเสนอ ที่ตั้งของหน่วยงานที่สำหรับผู้ยื่นข้อเสนอจะขอข้อมูลเพิ่มเติม แต่ทั้งนี้ระยะเวลาที่จะให้ผู้ยื่นข้อเสนอครั้งที่สองดังกล่าวจะต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 40 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือ¹⁴⁵

เมื่อครบกำหนดระยะเวลาให้ผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอได้ยื่นข้อเสนอครั้งที่สองมายังหน่วยงานของรัฐแล้ว ขั้นตอนต่อไป คณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอจะต้องทำหน้าที่เปิดซองที่ได้ส่งมาภายในระยะเวลาที่กำหนด และจะต้องจกรายละเอียดเกี่ยวกับข้อเสนอดังกล่าว แต่หากเห็นว่าข้อเสนอที่ส่งมานั้นไม่ถูกต้องหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอจะเสนอ

¹⁴³ มาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴⁴ มาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴⁵ มาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไปยังผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้มีคำสั่งให้ข้อเสนอดังกล่าวต่อไป¹⁴⁶ และในระหว่างการพิจารณาของข้อเสนอดังกล่าว ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเจรจาใดๆ กับผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอ ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างมีสิทธิแต่เพียงเรียกให้ผู้ยื่นข้อเสนอมาให้ข้อมูลหรือรายละเอียดที่เกี่ยวกับข้อเสนอดังกล่าวโดยตรงเท่านั้น¹⁴⁷

ขั้นตอนสุดท้าย คือ การตัดสินใจเลือกข้อเสนอของผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอครั้งที่สองเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ วิธีการนี้มีลักษณะคล้ายกับวิธีการเรียกให้ส่งข้อเสนออย่างกว้างหรือเป็นการทั่วไป กล่าวคือ หากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจเลือกข้อเสนอที่เป็นประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ โดยใช้หลักเกณฑ์ตามที่ได้เคยประกาศโฆษณาเชิญชวนไว้ ทั้งนี้การเสนอแนะจากคณะกรรมการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอ และผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างสามารถที่จะตกลงกับผู้ยื่นข้อเสนอที่ได้รับคัดเลือกให้แก้ไขและปรับปรุงข้อเสนอดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้การแก้ไขหรือปรับปรุงข้อเสนอดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้าง แต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเสนอของผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศโฆษณาเชิญชวนไว้ ผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างมีอำนาจที่จะประกาศยกเลิกการเรียกให้ส่งข้อเสนอครั้งนั้น และแจ้งให้ผู้สนใจที่ได้ยื่นข้อเสนอได้ทราบทุกราย แต่ทั้งนี้โดยการได้รับการเสนอแนะจากคณะกรรมการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างแบบเรียกให้ส่งข้อเสนอ และผู้มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้างย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้มีการส่งข้อเสนอใหม่อีกครั้งหนึ่ง หรือนำวิธีการจัดซื้อจัดจ้างแบบวิธีการเจรจามาใช้เป็นวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนี้ได้¹⁴⁸

2) มาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ

หลักทั่วไปในการทำสัญญามาจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าเงินที่จะใช้จ่ายในการทำสัญญาเป็นเงินภาษีของประชาชน ฉะนั้น การใช้จ่ายเงินของส่วนรวมจะต้องคำนึงถึงหลักสำคัญ 2 ประการ คือ (1) ต้องมีการเข้มงวดในการใช้จ่ายเงินเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยจะต้องมีการวางกลไกในการตรวจสอบอย่างเคร่งครัด เพื่อให้การใช้จ่ายเงินเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด และ (2) การเข้าทำสัญญาจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้เข้าแข่งขันทุกรายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน เพื่อให้หลัก 2 ประการนี้สัมฤทธิ์ผล หลักทั่วไปในการทำสัญญาจึงต้องคำนึงถึงหลักที่ต้องให้มีการแข่งขันกัน เพื่อให้รัฐได้ประโยชน์สูงสุดขณะเดียวกันจะต้องเปิดโอกาสให้ทุกๆ คน ได้มีส่วนเข้ามาแข่งขันกัน

¹⁴⁶ มาตรา 63 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴⁷ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

¹⁴⁸ มาตรา 64 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

อย่างเสมอภาค¹⁴⁹ ด้วยเหตุนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้วางระบบควบคุมตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุไว้หลายกรณี ดังนี้

2.1) การกำหนดราคากลางของพัสดุที่จะทำการซื้อหรือจ้างในแต่ละครั้ง โดยมีหลักว่าในการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลางที่ทางราชการกำหนดจะต้องทำการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบล่วงหน้าเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และเป็นมาตรการป้องกันการสมยอมในการเสนอราคา โดยราคากลางที่หน่วยงานของรัฐประกาศกำหนดไว้ล่วงหน้านั้น ผู้เข้าแข่งขันเสนอราคาจะเสนอราคาสูงกว่าราคากลางที่ตั้งไว้ไม่ได้ ถ้าเสนอมาสูงกว่าราคากลางที่กำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐจะไม่พิจารณาคัดเลือกผู้นั้นในการเสนอราคาครั้งนั้น และหากปรากฏว่าในการเสนอราคานั้น มีการสมยอมกัน ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ถือว่าเป็นความผิดและจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย¹⁵⁰

2.2) การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ หรือรายละเอียดของพัสดุ สาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการจัดหาพัสดุมาก โดยเฉพาะในขั้นตอนของการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ ซึ่งในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 75 บัญญัติว่า “การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ จำต้องตอบสนองต่อลักษณะและปริมาณ ของพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างอย่างสมบูรณ์ หน่วยงานเจ้าของเรื่องมีหน้าที่กำหนดรายละเอียดของพัสดุและความจำเป็นของการจัดซื้อจัดจ้าง ในลักษณะที่สมบูรณ์ที่สุดก่อนที่จะเปิดให้มีการแข่งขันหรือเจรจาจัดซื้อจัดจ้าง การจัดซื้อจัดจ้างจะต้องตรงตามข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดทางเทคนิคของพัสดุที่จัดทำโดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุ หรือเป็นไปตามมาตรฐานการผลิตของฝรั่งเศส ข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับมาตรฐานมีผลใช้บังคับโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้าง ข้อกำหนดพิเศษดังกล่าวอาจอยู่ในเอกสารกำหนดเงื่อนไขในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ หรือกำหนดไว้ในตัวสัญญาแล้วแต่กรณี ในกรณีที่มีการแก้ไขข้อกำหนดในรายละเอียดของพัสดุ หรือมาตรฐานของสินค้าจะต้องกำหนดไว้ในสัญญาว่าได้รับอนุญาตให้แก้ไข โดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุ ดังที่ได้กล่าวแล้วในวรรคก่อน การแก้ไขข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานที่ได้รับการรับรองจะกระทำได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 18 ของรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 84 - 74 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1984 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการมาตรฐาน และการแก้ไขรายละเอียดพัสดุ ซึ่งจัดทำโดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุ

¹⁴⁹สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,ผู้แปล,(สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง). โดย M.Philippe Turguet de Beauregard,วารสารกฎหมายปกครอง 18,1 (เมษายน 2542): น. 12.

¹⁵⁰ เพิ่งอ้าง, น. 13.

จะกระทำได้อีกภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 24-1”¹⁵¹ จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายบังคับให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะซื้อหรือจ้างทำพัสดุ จะต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุให้ตรงตามรายละเอียดทางเทคนิคที่กลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษากิจการพัสดุจัดทำขึ้น และตรงตามมาตรฐานของสินค้าที่ฝรั่งเศสรับรองด้วย ดังนั้น การกำหนดรายละเอียดของพัสดุจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรเชี่ยวชาญพิเศษที่เรียกว่า “กลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษากิจการพัสดุ” ดังนี้¹⁵²

(1) ดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐาน โดยกำหนดลักษณะเทคนิคของผลิตภัณฑ์ หรือของวัสดุ เพื่อนำเสนอให้ฝ่ายเทคนิคของคณะกรรมการกลางในการจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (commission centrale de marché) หรือนำเสนอโดยตรงต่อคณะกรรมการกลางในการจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นข้าราชการซึ่งโดยทั่วไปเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงการคลัง กำหนดหรือรับรองคุณลักษณะและรายละเอียดของพัสดุ ใช้บังคับเฉพาะการจัดซื้อจัดจ้างของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนอิสระ และรัฐวิสาหกิจ เว้นแต่ในกรณีพิเศษที่ไม่อาจนำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับคุณลักษณะรายละเอียด ไปใช้กับความต้องการ โดยเฉพาะของงานใดงานหนึ่ง ซึ่งการขอยกเว้นไม่ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นมติพร้อมการชี้แจงเหตุผลความจำเป็นของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดและได้ผ่านการหารือกับรัฐมนตรีกระทรวงการคลังเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

(2) ศึกษาความต้องการของพัสดุที่จะจัดซื้อและบริการที่รัฐต้องการและหลักเกณฑ์การบริหารพัสดุ รูปแบบที่แตกต่างจากขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีข้อกำหนดการทบทวนราคา ข้อเสนอของกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษากิจการพัสดุ ต้องนำเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ให้ความเห็นชอบโดยผ่านฝ่ายราคาของคณะกรรมการกลางว่าด้วยการพัสดุ หรืออาจนำเสนอความเห็นชอบได้โดยตรง

(3) จัดทำข้อเสนอแนะต่อฝ่ายเทคนิคของคณะกรรมการกลางว่าด้วยการพัสดุ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงเงื่อนไขทางเทคนิคในเอกสารข้อกำหนดเทคนิคทั่วไปของสัญญาพัสดุนอกจากการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุตามที่กล่าวมาแล้ว

¹⁵¹ Michel Guibal, Code des Marchés Publics(Paris Publication du Moniteur 1992), p.129 อ้างใน ปรมศวรรค์ สังข์เอี่ยม (2542) “ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535,” วิทยานิพนธ์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น. 145.

¹⁵² Michel Guibal, ibid, p.80 , เพิ่งอ้าง, น. 146.

(4) ควบคุมการพิจารณาคัดเลือก ในส่วนของการพิจารณาคัดเลือกนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสไว้วางมาตรการในการทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกของคณะกรรมการให้เป็นอิสระไม่ถูกแทรกแซงไว้ในขั้นตอนของการจัดหาในแต่ละวิธี เช่น การจัดหาพัสดุโดยวิธีสอบราคา จะมีเจ้าหน้าที่สองฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยฝ่ายแรก คือ ผู้รับผิดชอบในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจะเป็นเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการที่ทำการจัดซื้อจัดพัสดุกับอีกฝ่ายหนึ่ง คือ คณะกรรมการสอบราคาซึ่งจะได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจะประกอบไปด้วยข้าราชการจากส่วนต่างๆ เป็นองค์คณะทำหน้าที่ศึกษาข้อเสนอของผู้เสนอราคา และทำการวิเคราะห์ว่าแต่ละรายมีข้อเสนออย่างไร คณะกรรมการดังกล่าวจะมีผู้แทนของกระทรวงการคลังทำหน้าที่ดูแลการแข่งขันเพื่อมิให้มีการสมยอมกันในการเสนอราคา แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการพิจารณาคัดเลือกครั้งนั้น ในการตัดสินใจเลือกคณะกรรมการดังกล่าวจะพิจารณาจากของเสนอราคาที่เสนอมา ซึ่งจะมี 2 ของ ของแรกจะเป็นของที่เสนอรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ส่วนของที่สองจะเป็นของเทคนิค โดยคณะกรรมการจะเปิดซองแรกก่อนเพื่อคัดผู้มีคุณสมบัติถูกต้องตามเงื่อนไขแล้ว จึงพิจารณาของที่สองแล้วให้คะแนนตามลำดับว่าข้อเสนอของผู้เสนอราคารายใดอยู่ในลำดับใดแล้วคณะกรรมการก็จะส่งเรื่องไปยังผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นผู้ตัดสินใจว่าจะเลือกผู้ใดเป็นคู่สัญญา

2.3) ควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก การควบคุมโดยวิธีนี้เป็นการควบคุมโดยคณะกรรมการต่างๆ ซึ่งในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดให้มีองค์กรต่างๆ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการจัดหาพัสดุให้ถูกต้อง และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยกำหนดให้มีองค์กรต่างๆ¹⁵³ ดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการควบคุมการเสนอราคา (Commission d'appel d'offres) ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาจะต้องมีการตรวจสอบอย่างละเอียดโดยผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ ซึ่งในระดับชาติจะมีคณะกรรมการดูแล 6 คณะ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยประธานคณะกรรมการจะคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลปกครองหรือศาลบัญชี คณะกรรมการเหล่านี้จะมีความเป็นอิสระจะไม่รับคำสั่งหรือคำชี้แนะจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

(2) คณะกรรมการเชี่ยวชาญพิเศษ (passage devant la commission spécialisé de marché) คณะกรรมการชุดนี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการติดตามกระบวนการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งกระบวนการ และจะตรวจสอบว่ามีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ราคาที่เสนอหรือราคาที่ตกลงกันนั้นถูกต้องหรือไม่ และเมื่อตรวจสอบแล้วคณะกรรมการ

¹⁵³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชมอร์รทที่ 149, น. 18-20.

จะมีอำนาจให้ความเห็นว่า กระบวนการที่ผ่านมานั้นถูกต้องหรือไม่ แล้วแจ้งความเห็นไปยังหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้หน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างไม่ผูกพันจะต้องทำตามความเห็นของคณะกรรมการ ซึ่งหากหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเห็นต่างกับคณะกรรมการเชี่ยวชาญพิเศษ จะต้องรายงานต่อผู้บังคับบัญชาว่ามีเหตุผลอย่างไร ในการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวด้วย

(3) คณะกรรมการกลางในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (commission centrale de marché) คณะกรรมการคณะนี้จะประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นข้าราชการซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่ 1) เสนอแนะออกกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง 2) จัดเตรียมการทำหนังสือเวียน ข้อบังคับ หรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง 3) จัดทำสัญญาต้นแบบที่จะนำไปใช้ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ 4) เป็นที่ปรึกษาของหน่วยราชการในส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นในเรื่องเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง 5) สืบสวนเพื่อหาว่าราคากลางของพัสดุที่ถูกต้องว่าควรเป็นอย่างไร 6) อบรมให้ความรู้แก่หน่วยงานต่างๆ เพื่อให้เข้าใจหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในการทำสัญญา

ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกลางในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหลายประการเหมือนคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพว.) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

2.4) การควบคุมโดยศาลปกครอง (judge de référé précontractuel)¹⁵⁴

2.4.1) การควบคุมก่อนลงนามสัญญา ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านี้หากปล่อยให้จนกระทั่งสัญญามีผลใช้บังคับและมีการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจเป็นเรื่องที่กระทบต่อความมีอยู่ของสัญญาได้ ดังนั้น เพื่อมิให้ปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านั้นถูกยกขึ้นมาพิจารณาภายหลังจากที่สัญญามีผลใช้บังคับแล้วอันอาจก่อให้เกิดผลตามมามากมาย จึงมีการกำหนดให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) กำหนดให้มีมาตรการฉุกเฉินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพัสดุและสัญญา มอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ¹⁵⁵ เมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาในการดำเนินคดีปกครองโดยศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่ใช้เวลาค่อนข้างนาน ในบางครั้งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วรอให้ศาลปกครองวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดก็อาจไม่ทันการ เช่น หากมีการฟ้องร้องให้ศาลพิจารณาถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ หากศาลพิจารณา

¹⁵⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, กรุงเทพฯ:วิญญูชน, น. 352-355.

¹⁵⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์วิญญูชน พ.ศ.2544, น. 152-159.

คดีดังกล่าวแล้วเสร็จในหนึ่งหรือสองปี สัญญานั้นอาจเกิดขึ้นแล้วและในบางกรณีก็อาจมีการปฏิบัติตามสัญญาไปจนสัญญาจบสิ้นแล้วก็ได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการสร้างระบบวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนเกิดสัญญาขึ้นมาโดยผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวด้วยความรวดเร็ว นั่นก็คือการนำระบบ “คำขอลูกเงินก่อนทำสัญญา” (référé précontractuel) มาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการก่อนทำสัญญาทางปกครอง

(1.1) ที่มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของกฎหมายว่าด้วยสหภาพยุโรป โดยหลักกฎหมายสหภาพยุโรปยอมรับการฟ้องคดีเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายได้¹⁵⁶ กรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำสัญญาพัสดุสามารถนำหลักดังกล่าวมาใช้ได้ในสองกรณี คือ กรณีแรกเกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะทั่วไป และกรณีที่สองเกี่ยวกับสัญญาประเภทพิเศษ ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะด้านพลังงาน น้ำ ขนส่ง และโทรคมนาคม ในกรณีแรกนั้นเดิมได้มีการกำหนดไว้ในรูปแบบของแนวทางปฏิบัติ (directive)¹⁵⁷ เลขที่ 89-665 ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ.1989 กรณีที่สองก็ได้มีการกำหนดเป็นแนวทางปฏิบัติเลขที่ 92-13 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1992 ซึ่งต่อมาแนวทางปฏิบัติทั้งสองก็ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) กล่าวคือ แนวทางปฏิบัติแรกถูกนำมาใส่ไว้ในรัฐกำหนด (ordonnance) ที่ 92-10 ลงวันที่ 4 มกราคม ค.ศ.1992 และแนวทางปฏิบัติที่สองถูกนำมาใส่ไว้รัฐกำหนดที่ 93-1416 ลงวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ.1993

(1.2) อำนาจของผู้พิพากษา ตามมาตรา L.22 และ L.23 ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ กล่าวถึงอำนาจของผู้พิพากษาศาลปกครองในการพิจารณาสั่งการเกี่ยวกับคำขอลูกเงินก่อนการทำสัญญาไว้ โดยได้มอบอำนาจในการสั่งการดังกล่าวให้แก่ประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือผู้ที่ประธานศาลปกครองชั้นต้นมอบหมาย สามารถสั่งการแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาให้ปฏิบัติตามได้ รวมทั้งสั่งหยุดการทำสัญญาหรือสั่งให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาได้ รวมทั้งมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งต่างๆ รวมทั้งตัดข้อความหรือเงื่อนไขต่างๆที่อยู่ในสัญญาที่อาจก่อให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนทำสัญญาได้ มาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการชั่วคราวที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะมีคำสั่งได้ และ มาตรา R 241-21 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

¹⁵⁶ คำพิพากษาศาลแห่งประชาคมยุโรป (Cour de Justice de la Communauté Européenne) ลงวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ.1990 กรณี Factortame. อ้างในนันทวัฒน์ บรรณานันท์, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 154, น. 353.

¹⁵⁷ แนวทางปฏิบัติเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้อธิบายคำสั่งหรือกระบวนการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเอกสารที่รัฐมนตรีใช้อธิบายการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่ง หรือข้อบังคับให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา. อ้างในนันทวัฒน์ บรรณานันท์ เพิ่งอ้าง, น. 353.

ได้กำหนดให้การพิจารณาคำขอลูกเงินดังกล่าวต้องทำใน 20 วัน โดยให้อำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นที่จะพิจารณาเป็นศาลแรกและศาลสุดท้าย หากจะต้องอุทธรณ์ก็ต้องอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด

(1.3) เงื่อนไขหรือข้อจำกัดของการขอลูกเงินก่อนทำสัญญาอยู่ที่วัตถุประสงค์เพราะเป็นวิธีการที่นำมาใช้กับสัญญาพัสดุและสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น การทำสัญญาทั้งสองประเภทดังกล่าวจะต้องทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของผู้ร้อง ระยะเวลาในการร้องขอและเหตุผลในการร้องขอ กล่าวคือ

(1.3.1) ผู้ร้อง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญา และบุคคลผู้อาจได้รับความเสียหายจากการทำสัญญาร้องขอต่อประธานศาลปกครองชั้นต้นเพื่อพิจารณากำหนดมาตรการลูกเงินได้นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าเป็นคู่สัญญาเองก็สามารถเป็นผู้ร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการลูกเงินให้ตนเนื่องจากถูกตัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาได้

(1.3.2) ระยะเวลา มาตรา R 241-21 กำหนดไว้ว่าก่อนที่จะมีการใช้กระบวนการตาม มาตรา L.22 ผู้ร้องจะต้องสอบถามไปยังฝ่ายปกครองที่จะให้สัญญาว่าให้ทำตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลและการแข่งขันอย่างเป็นทางการแล้วหรือไม่ ประธานศาลปกครองชั้นต้นจะไม่พิจารณาคำขอลูกเงินหากยังมิได้รับคำตอบปฏิเสธจากฝ่ายปกครองผู้ที่จะให้สัญญา หรือฝ่ายนั้นมีได้ตอบมาภายในระยะเวลา 6 วัน และการร้องขอลูกเงินนี้จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา หากหลังจากลงนามไปแล้วผู้ร้องไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอลูกเงิน ได้รวมทั้งในระหว่างการพิจารณาคำขอลูกเงินหากมีการลงนามในสัญญา ศาลก็จะต้องสั่งจำหน่ายคดี

(1.3.3) เหตุผลในการร้องขอลูกเงิน เหตุผลหลักที่จะนำมาร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาลูกเงินได้จะต้องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากความลำเอียงในการประมูลความไม่เสมอภาคในระหว่างผู้เข้าประมูล รวมทั้งการกระทำต่างๆ ที่กระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรี¹⁵⁸

2.4.2) ควบคุมภายหลังทำสัญญา ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะได้มีการทำสัญญาพัสดุแล้วก็ตาม ก็ยังถือว่าการเข้าไปควบคุมการดำเนินการดังกล่าวของหน่วยงานต่างๆ สามารถทำได้ โดยวางระบบควบคุมหลังการทำสัญญาพัสดุไว้ ดังต่อไปนี้

(1) การควบคุมโดยผู้ตรวจราชการกระทรวง (mission interministerielle d'enquête)

ผู้ตรวจราชการระหว่างกระทรวง มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่สอบสวนและตรวจสอบการทำสัญญา และการดำเนินการตามสัญญาสัมปทาน (รวมถึงสัญญาพัสดุด้วย) ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะองค์กรดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นศาล

¹⁵⁸ Vandervaeeren, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A. 1994, numéro special, p.96. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น. 355.

แต่คำวินิจฉัยสามารถนำไปโต้แย้งศาลปกครองได้ องค์กรนี้ถูกตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1991 เพื่อทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยเฉพาะความผิดอาญาฐานหนึ่งซึ่งเรียกว่า favoritisme ซึ่งหมายถึง การเอื้ออำนาจให้กับผู้หนึ่งผู้ใดเป็นพิเศษโดยไม่มีเหตุผลอันชอบ องค์กรนี้ไม่สามารถทำการตรวจสอบด้วยตนเองได้ จะต้องได้รับคำร้องขอจากนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เข้าทำสัญญาในเรื่องนั้น ศาลบัญชีกรณีที่ตรวจสอบพบว่ามีความผิดปกติในการทำสัญญา หรือผู้ว่าราชการจังหวัดที่เห็นว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น การทำหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวสามารถทำหน้าที่ในการตรวจสอบความผิดปกติความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการทำสัญญาต่างๆ ทั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และส่วนราชการต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) การควบคุมโดยหน่วยงานราชการเอง (les contrôles par l'administration elle-même)

เมื่อมีการทำสัญญาพัสดุแล้ว หน่วยงานของรัฐที่ทำสัญญายังคงมีหน้าที่ตรวจสอบว่าคู่สัญญาได้ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมาย หรือตามข้อตกลงในสัญญาหรือไม่ เช่น ตรวจสอบผลการดำเนินการ (addit) หรืออาจสำรวจความคิดเห็นของประชาชนก็ได้ เพื่อให้คู่สัญญาทำหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองอาจยกเลิกสัญญาดังกล่าวได้

(3) การควบคุมโดยศาล (les contrôles par les juridictions)

(3.1) ศาลยุติธรรมในคดีอาญา ศาลอาญามีบทบาทสำคัญมากในการตรวจสอบสัญญาพัสดุ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการทุจริตประพฤติมิชอบและความโปร่งใสในทางเศรษฐกิจ ลงวันที่ 29 มกราคม 1993 ที่ได้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาไว้ 3 ฐานความผิดด้วยกัน คือ

ก. ความผิดฐานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ (délit d'ingérence) หมายถึง ความผิดที่เจ้าพนักงานที่รับผิดชอบในเรื่องสัญญาพัสดุหรือสัญญาสัมปทานเข้าไปมีผลประโยชน์ในเรื่องที่ตนเองมีหน้าที่รับผิดชอบไม่ว่าจะโดยตนเองหรือบุคคลในครอบครัวเข้าไปมีผลประโยชน์ในบริษัทที่ได้รับสัมปทานก็ตาม กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นบ่อยครั้ง โดยเฉพาะในระดับท้องถิ่น บางกรณีเมื่อทำสัญญากันไปแล้ว ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ได้รับสัมปทานมีความเกี่ยวพันในเชิงครอบครัวกับนายกเทศมนตรี ซึ่งโทษในความผิดฐานนี้มีโทษขึ้นสูงจำคุก 5 ปี หรือปรับ 500,000 ยูโร

ข. ความผิดฐานนำเอาทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ (délit de biens social) ความผิดฐานนี้ผู้ที่กระทำความผิด คือ เอกชนคู่สัญญา กล่าวคือ เป็นการกระทำของผู้บริหารบริษัทที่นำเอาทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ผิดจากวัตถุประสงค์หรือประโยชน์ของบริษัท องค์กรประกอบความผิดฐานนี้ไม่จำเป็นว่าผู้กระทำนั้นจะได้ประโยชน์จากการกระทำนั้นหรือไม่ เพียงเข้าข่ายว่าได้นำทรัพย์สินไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ของบริษัทก็ถือว่าการกระทำนั้นครบ

องค์ประกอบความผิดแล้ว ที่ผ่านมามีผู้บริหารที่เป็นผู้รับสัมปทานและนักการเมืองหลายคน ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในลักษณะดังกล่าว

ค. ความผิดฐานอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันชอบ (délit de favoritisme) คือ การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการเอื้อประโยชน์หรือพยายามเอื้อประโยชน์ต่อผู้เข้าแข่งขันรายหนึ่งรายใดในการทำสัญญาหรือในการให้สัมปทาน ผู้ที่จะถูกลงโทษตามความผิดฐานนี้โดยตรงคือเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุก 2 ปี หรือปรับ 200,000 ยูโร

(3.2) การควบคุมโดยศาลปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพัสดุและสัญญาสัมปทานใน 2 ลักษณะ คือ (1) คดีที่มีการฟ้องเรียกค่าเสียหาย (recours de plein contentieux) และ (2) คดีที่มีการฟ้องร้องเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรม (recours pour l'excès du pouvoir) ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายซึ่งโดยทั่วไปเรียกว่า juge du contrat มีหน้าที่พิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย บางครั้งอาจเป็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา หรือบางครั้งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความสัญญา ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญที่เกิดจากแนวคำพิพากษาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ผู้พิพากษาในกรณีนี้ไม่มีอำนาจที่ยกเลิกเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐในเรื่องของการปฏิบัติตามสัญญา แต่ผู้พิพากษาศาลปกครองจะพิจารณาเพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงาน ได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ชอบก็จะเป็นเงื่อนไขที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับเงินค่าชดเชยตรงกันข้ามกับคดีที่ฟ้องร้องเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรม ซึ่งการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมอาจทำได้โดยอาศัยเหตุ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ฟ้องว่าข้อความในสัญญาในส่วนที่เป็นข้อกำหนด (clauses réglementaires) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือฟ้องขอให้เพิกถอนเอกสารหรือสัญญา (cahiers des charges) ซึ่งถือว่าเป็นนิติกรรมที่แยกออกมาเป็นเอกสารหรือสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁹

ทฤษฎี “การกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable)”¹⁶⁰ จากข้อสัญญานั้น มีที่ใช้อย่างจำกัด เพราะต้องใช้กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป และมักจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาในคดีนั้นๆ ว่า

¹⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้แปล, (สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง), โดย M.Philippe Turquet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง, 18,1 (เมษายน 2542), น. 38-42.

¹⁶⁰ acte détachable หมายถึง การกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำหนึ่งๆ เป็นทฤษฎีที่นำมาใช้ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เรื่องการบริหารงานภายในของเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ และเรื่องสัญญาทางปกครอง

ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล (actes de gouvernement) ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำบางเรื่องแยกออกได้จากการกระทำที่ได้รับความคุ้มกันจากรัฐ (l'immunité)

สมควรหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณาหรือไม่ ทำให้มองไปได้ว่าคำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมายเป็นประเภทคำฟ้องคดีลำดับรองที่จะเสนอให้ศาลตรวจสอบความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครอง แต่การยอมรับหลักการเช่นนี้ กลับสร้างความสับสนแก่ผู้ฟ้องคดีที่ยังอาจจะไม่เข้าใจในขอบเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจำแนกประเภทคดีออกเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux de pleine juridiction) ที่ผู้พิพากษามีอำนาจพิจารณาข้อโต้แย้งอันเป็นผลมาจากสัญญา กับ คดีเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (contentieux de l'excès de pouvoir) ที่ศาลมีอำนาจเพียงเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเท่านั้น การแยกแยะดังกล่าวพอจะกำหนดเป็นข้อสังเกตเบื้องต้นได้ ดังนี้¹⁶¹ (1) กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ผู้ฟ้องคดี (ฝ่ายเอกชน) สามารถฟ้องเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งการใดๆ ที่เป็น “การกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable) จากข้อสัญญา” และเป็นการกระทำหรือคำสั่งการที่เกิดขึ้นในกระบวนการเข้าทำสัญญา (passation du contrat) (2) กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลภายนอกสัญญา ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นฟ้องเพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งการใดๆ ที่เป็น “การกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable) จากข้อสัญญา” และเป็นการกระทำหรือคำสั่งการที่เกิดขึ้นในกระบวนการเข้าทำสัญญา (passation du contrat) หรือที่เกิดขึ้นในกระบวนการปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญา (exécution du contrat) ก็ได้ และรวมไปถึงการโต้แย้งกฎระเบียบที่กำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญา (clause réglementaire) นั้น ๆ ได้ด้วยในกรณีที่เป็นสัญญาทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บุคคลภายนอกสัญญาอาจร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดใช้อำนาจพิเศษที่ตนมีอยู่¹⁶²

ในเรื่องการบริหารงานของเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ (gestion du domaine privé) การกระทำที่เป็นการบริหารจัดการ “ภายใน” ของเอกชนนั้น แยกออกได้จากการกระทำที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะ

ในเรื่องสัญญาทางปกครอง การกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญา อาทิเช่น ในกระบวนการก่อนทำความตกลง (passation du contrat) คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติตามภายใต้หลักเกณฑ์ต่างๆ เช่น ระเบียบ ข้อบังคับภายในหน่วยงาน มติของหน่วยงานที่ยอมรับหรือปฏิเสธการเข้าทำสัญญา เป็นต้น หรืออาจเป็นการกระทำในกระบวนการหลังทำสัญญา (exécution du contrat) เช่น การบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา การขอยกเลิกสัญญา หรือมติที่ปฏิเสธข้อเสนอปรับปรุงเงื่อนไขในสัญญา ทั้งหมดนี้ เป็น “การกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง” (acte administrative unilatérale) จึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (contrôle de légalité) อ้างใน ดร.ปิยะศาสตร์ ใจวัพันธุ์ (บทความ “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส”) ,เชิงอรรถที่ 4

¹⁶¹ V: Blehaut, Réflexion sur la distinction des contentieux au regard de l'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle, Mémoire, Université de Lille II, 1999, p. 62.

¹⁶² Déféré préfectoral หมายถึง อำนาจพิเศษของผู้ว่าราชการจังหวัด ในการฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดจะมิได้เป็นคู่สัญญา แต่กฎหมายก็ให้อำนาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

เสนอคำฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายในสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ได้

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดให้นิติกรรมทางปกครองบางประเภทสามารถแยกต่างหากจากสัญญาได้ และสามารถนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเฉพาะนิติกรรมทางปกครองส่วนที่แยกออกจากสัญญา มีขึ้นเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิของตนตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจหรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แม้สัญญาจะลงนามไปแล้วและมีผลบังคับใช้แล้วก็สามารถขอให้มีการตรวจสอบได้ เหตุที่ใช้ในการฟ้องขอให้เพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีด้วยกัน คือ 1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรม มีทั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันที่มาจากภายนอกและภายในนิติกรรม กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาจากภายนอกนิติกรรม เช่น คำสั่งให้มีการดำเนินการทำสัญญาอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งดังกล่าวเกิดจากเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจ(une autorité incompétente) หรือกรณีที่ทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นคำสั่งที่เกิดจากคณะกรรมการเสนอราคาที่มีข้อบกพร่องด้านองค์ประกอบที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย¹⁶³ และความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับว่าต้องทำการปรึกษาหารือก่อนการทำสัญญา (une consultation obligatoire) เป็นต้น และความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาจากภายในนิติกรรม เช่น นิติกรรมที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผังเมือง¹⁶⁴ หรือฝ่าฝืนสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (droit acquis)¹⁶⁵ และ 2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา เช่น กรณีข้อบกพร่องขึ้นในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี เป็นต้น นอกจากนี้ สัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการทำสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามตัวบทกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา(règles de procédure) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น¹⁶⁶

การร้องขอโดยผู้ว่าราชการจังหวัด กฎหมายกลางเกี่ยวกับการกระจายอำนาจ ลงวันที่ 2 มีนาคม ได้สร้างระบบร้องขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาโดยผู้ว่าราชการจังหวัด

¹⁶³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.1991 กรณี Le Chaton อ้างในนันทวัฒน์ บรมานันท์,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 154, น. 357.

¹⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ.1993 กรณี Soc” le Yacht-Club international de bornes-les-Mimosas. อ้างในนันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น. 358.

¹⁶⁵ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมือง Nantes ลงวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ.1991 กรณี Commune de Mauves-sur-Loire.อ้างในนันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น 357.

¹⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น. 355-358.

ขึ้นมาใหม่ จากการกำกับดูแลของผู้ว่าราชการจังหวัดด้วยวิธีการให้ความเห็นชอบกลายเป็น การกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการขอให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาแทน กล่าวคือ หากผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าสัญญาทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะสามารถร้องขอให้ ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาได้ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้

1) สัญญาที่จะต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา อันได้แก่ สัญญาคุ้มภัย สัญญา สัมปทาน สัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม และสัญญาที่เกี่ยวกับความร่วมมือในการกระจายอำนาจ

2) กระบวนการในการร้องขอ ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถตรวจสอบสัญญาและ นิติกรรมทาง ปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญาได้ว่าทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องร้อง ต่อศาลปกครองชั้นต้นให้พิจารณาสัญญาหรือนิติกรรมดังกล่าวภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่ ได้รับสัญญาหรือนิติกรรมนั้นจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งทางกฎหมายแล้วองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นจะต้องส่งสัญญาพัสดุหรือสัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะไปยังผู้ว่า ราชการจังหวัดภายใน 15 วันนับแต่วันลงนาม แต่อย่างไรก็ตามระยะเวลา 15 วันอาจขยายออกไป อีกได้หากการส่งสัญญาหรือนิติกรรมนั้นขาดเอกสารสำคัญและผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอให้จัดส่ง เอกสารเพิ่มเติม และนับแต่เวลาที่ผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาเพิกถอน สัญญาทางปกครอง ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อกำหนดมาตรการชั่วคราว ก่อนพิพากษาได้ หากเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง โดยสามารถขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อพักการใช้บังคับตามสัญญาได้ ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำสามารถ กำหนดมาตรการชั่วคราวได้ไม่เกิน 1 เดือน

3) สัญญาที่ไม่ได้บังคับว่าต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจถูกตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายโดยผู้ว่าราชการจังหวัดได้ใน 3 กรณีด้วยกัน คือ กรณีแรกนั้นสัญญาบางประเภทถือได้ ว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากการตัดสินใจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาจ้างงานของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญาที่จะต้องส่ง ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดตรวจสอบหากนิติกรรมดังกล่าวเกิดจากมติขององค์กรฝ่ายสภาของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยหากผู้ว่าราชการจังหวัดตรวจสอบมติขององค์กรฝ่ายสภาดังกล่าว แล้วพบว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ของสัญญานั้นได้ ส่วนในกรณีที่สามเป็นสัญญาที่ไม่ได้บังคับว่าต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด แต่อาจถูกตรวจสอบขอให้เพิกถอนได้หากบุคคลหรือนิติบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญานั้น ร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภายในระยะเวลา

2 เดือนนับแต่วันที่ลงในสัญญา ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะนำระบบการฟ้องคดีเพิกถอนการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย มาใช้ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมากขึ้น แต่ยังคงพัฒนาหลักกฎหมายให้เหมาะสมต่อไปอีกระยะหนึ่ง อย่างไรก็ตาม อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม Ville de Lisieux¹⁶⁷ และการยอมรับอำนาจฟ้องคดีปกครองของผู้ว่าราชการจังหวัด (déféré préfectoral) ก็มีผลผลักดันให้มีการริเริ่มสร้างหลักกฎหมายในเรื่องนี้ว่าเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น รวมทั้งบทสรุปที่นำรับฟังของ P. Delvolvé¹⁶⁸ ที่กล่าวว่า “คำฟ้องที่ดีที่สุดในการโต้แย้งสัญญาทางปกครอง มิใช่คำฟ้องโต้แย้งข้อสัญญา หากแต่เป็นคำฟ้องโต้แย้งการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย” และ “ผู้ปกป้องสิทธิของคู่สัญญาได้ดีที่สุด มิใช่คู่สัญญาด้วยกัน หากแต่เป็นบุคคลภายนอกสัญญา”¹⁶⁹

(3) การควบคุมโดยศาลบัญชี (la cour des comptes) ในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานต่างๆ ของรัฐในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 222 กำหนดให้ศาลบัญชีมีอำนาจในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลบัญชี ศาลบัญชีจะทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมบัญชีของหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงาน บัญชีของรัฐวิสาหกิจ และบัญชีขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นให้ถูกต้อง ซึ่งจะแบ่งการควบคุมออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

ก. การควบคุมในลักษณะของศาล (le contrôle juridictionnel) ได้แก่ การใช้อำนาจควบคุมบัญชี (les comptes) ต่างๆ ของสมุหบัญชี (comptables publics) ซึ่งในแต่ละปี สมุหบัญชีจะต้องส่งบัญชีงบประมาณรายจ่ายให้ศาลบัญชีเพื่อทำการตรวจสอบ โดยที่บัญชีนั้นไม่จำเป็นต้องมีข้อสงสัยหรือมิชอบด้วยกฎหมายแต่ประการใดก็จะต้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลบัญชีทุกครั้ง อันเป็นหน้าที่ของสมุหบัญชีตามพระราชกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 1 กันยายน 1936 ซึ่งหากปรากฏว่าบัญชีที่ส่งมานั้น ไม่ถูกต้องหรือมีข้อบกพร่อง ศาลบัญชีก็จะส่งให้สมุหบัญชีหาหลักฐานมายืนยันแจ้งแก่ศาลหรือหาเงินมาชดใช้ในจำนวนเงินที่เป็นปัญหา

ข. การควบคุมตรวจสอบในลักษณะฝ่ายบริหาร (contrôle administratif) การควบคุมทางด้านบริหารนี้มีลักษณะคล้ายกับการควบคุมในทางศาลต่อสมุหบัญชี คือ เป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลังที่ได้มีการปฏิบัติงานแล้ว แต่จะแตกต่างกันตรงที่ว่าในกรณีนี้ ศาลบัญชีจะมีหน้าที่เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษา คือ ไม่มีอำนาจพิพากษาหรือตัดสินลงโทษ แต่จะมีหน้าที่

¹⁶⁷ CE, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, AJDA 1998, p. 1041 – RFDA 1999, concl. Stahlp. 128, note Pouyaud – JCP 1999, p. 479, note Haïm. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น. 365.

¹⁶⁸ P. Delvolvé, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, Mélanges Perrot, 1996, p. 96. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น. 365.

¹⁶⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น. 365-367.

ควบคุมตรวจสอบในลักษณะของการให้ข้อมูลหรือข้อเสนอแนะแก่นักการเมือง หรือข้าราชการประจำ ผู้มีอำนาจตัดสินใจในการลงโทษหรือจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่ศาลบัญชีพิจารณาไม่ถูกต้อง การควบคุมในลักษณะนี้จะมีหลายรูปแบบ คือ การควบคุมผู้สั่งจ่าย การควบคุมองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้หลักเกณฑ์การจัดการบัญชีสาธารณะ และการควบคุมรัฐวิสาหกิจ

(4) การควบคุมโดยศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง

สาเหตุของการจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังในสาธารณรัฐฝรั่งเศสสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางการคลังของฝรั่งเศสได้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ. 1940 - 1945) ด้วยเหตุที่ไม่มีรัฐสภา รัฐบาลในยุคนั้นจึงทำทุกอย่างเองได้ตามอำเภอใจ เสนองบประมาณเอง พิจารณาเอง อนุมัติเอง ใช้เอง ตรวจสอบเอง จากรายงานสาธารณะประจำปีของศาลบัญชี ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งให้เห็นถึงข้อบกพร่องมากมายในการบริหารการคลังของประเทศ จึงได้กลายมาเป็นแรงกระตุ้นสำคัญให้บรรดาผู้แทนราษฎรค้นหาวิธีที่จะป้องกันปัญหาเดิมมิให้เกิดซ้ำขึ้นได้อีก ด้วยเหตุที่ศาลบัญชีซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลตรวจเงินแผ่นดินของฝรั่งเศสมีอำนาจหน้าที่ตรวจความถูกต้องเรื่องการเงินและการบัญชี หรือตรวจความถูกต้องของเอกสารดังกล่าว โดยไม่มีอำนาจลงโทษตัวบุคคลที่เป็นต้นเหตุของการมีขึ้นของเอกสารที่ไม่ถูกต้องนั้นๆ หรือเป็นผู้มีอำนาจทั้งทางกฎหมายหรือไม่มีอำนาจตามกฎหมายสั่งให้ผู้อื่นกระทำหรือกระทำการด้วยตนเอง เกี่ยวกับการเงินการคลังของรัฐ โดยทั่วไป กล่าวคือ ศาลไม่มีอำนาจลงโทษผู้มีอำนาจสั่งจ่ายนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ “ศาลวินัยทางงบประมาณ” จึงถือกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1948 โดยรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 1948 จนกระทั่งมีการเปลี่ยนชื่อมาเป็น “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง” โดยรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ทั้งนี้เพื่อเป็นการเยียวยาหรืออุดช่องโหว่ที่มีอยู่ในระบบงบประมาณการคลังของประเทศ และแม้ศาลที่ว่านี้มีการปรับปรุงเรื่อยมาในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ก็ตาม (ได้แก่ รัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1971, 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1980, 29 มกราคม ค.ศ. 1993, 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 แต่ก็ยังเป็นเพียงการแก้ไขเล็กน้อยเท่านั้น และมีการจำกัดอำนาจของศาลอย่างมาก โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับศาลบัญชีเอง¹⁷⁰ โดยกำหนดให้ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาการกระทำผิดในเชิงบริหารที่สามารถถูกลงโทษด้วยการปรับเป็นเงินได้ ซึ่งจำนวนเงินค่าปรับนี้อาจจะสูงเท่ากับรายรับจำนวนถึงหนึ่งปีของผู้กระทำผิด และมีค่าปรับนี้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับค่าปรับที่ศาลบัญชีสั่งลงโทษได้ในกรณีของการบริหาร โดยกฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ (gestion de fait) นอกจากนั้นกฎหมายยังกำหนดว่า “การดำเนินคดีในศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง หาได้เป็นอุปสรรค

¹⁷⁰ อรพิน ผลสุวรรณ ศรีบายรูป, โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, มกราคม 2549, น. 17-18.

ต่อการดำเนินการทางอาญาหรือการดำเนินการทางวินัยตามสายบังคับบัญชาไม่” กล่าวคือ การลงโทษทางอาญาและการลงโทษทางวินัยอาจกระทำได้โดยผนวกพ่วงไปกับโทษปรับของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง อย่างไรก็ตามการลงโทษดังกล่าวจะต้องไม่ขัดกับหลัก “non bis in idem”¹⁷¹

ลักษณะของความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง การกระทำความผิดที่จะต้องถูกลงโทษด้วย “โทษปรับทางปกครอง” นั้นถูกกำหนดไว้ใน หมวดที่ 3 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง¹⁷² 1) การละเลย หรือ ฝ่าฝืนต่อกฎ ข้อบังคับ วิถีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในเรื่องของรายรับ และรายจ่ายของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หรือที่เกี่ยวข้องกับการบริหารซึ่งทรัพย์สินของหน่วยงานนั้น การกระทำความผิดลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา L 313-1 ถึง L 313-4 กรณีที่เกิดขึ้นบ่อยมากที่สุดนั้น มักจะเกี่ยวข้องการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะในเรื่องของกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง สาธารณะ ตลอดจนเงื่อนไขการให้คำตอบแทนผู้บริหารและพนักงาน 2) การเอื้อประโยชน์หรือก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างไม่เป็นเหตุอันควรแก่บุคคลอื่นจนทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานนั้นหรือแก่รัฐตามมาตรา L 313-6 ของประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ อย่างไรก็ตามการลงโทษความผิดตามมาตรา L 313-6 นี้จะมีความผิดตามมาตรา L 313-4 ด้วย เนื่องจากศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง มักวินิจฉัยว่าการเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลใดจะเกิดได้ก็ด้วยการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับในเรื่องของรายรับ และรายจ่ายของหน่วยงานนั้นก่อน แม้ว่ามาตรา L 313-6 มิได้กล่าวครอบคลุมถึงการเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วย่อมรวมหมายถึงตนเองด้วย ซึ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดบุคคลอื่นได้รับสิทธิประโยชน์ที่สมควรทั้งในรูปของเงินทอง ทรัพย์สินหรือสิ่งของต่างๆ จนทำให้เกิดความเสียหายแก่คลังของรัฐ แก่องค์กรส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือเพียงแต่ได้พยายามที่จะกระทำให้เกิดสิทธิประโยชน์ดังกล่าวขึ้นหากมีหลักฐานชัดเจนก็นับว่าเป็นความผิดแล้ว ดังนั้น จะเห็นได้ว่าไม่มีความจำเป็นเลยที่การกระทำความผิดนั้นจะต้องเกิดขึ้นแล้วถึงจะมีการลงโทษได้ เพราะแม้แต่เพียงความตั้งใจหรือเจตนา หรือความพยายามที่จะกระทำให้เกิดสิ่งเหล่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้ได้รับโทษดังกล่าวได้

¹⁷¹ การไม่ลงโทษชนิดเดียวกันอย่างซ้ำซ้อน เช่น หากศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง มีคำพิพากษาให้ปรับเงินแล้ว โทษทางอาญา และโทษทางวินัยราชการก็จะต้องไม่ลงโทษที่เป็นการปรับเงินซ้ำอีก แต่อาจเป็นโทษลักษณะอื่นได้ เช่น โทษทางอาญาอาจเป็นการจำคุก และโทษทางวินัยเป็นการไล่ออกจากราชการ เป็นต้น อย่างไรก็ตามศาลเห็นเป็นการสมควรก็อาจเพิ่มความรุนแรงของโทษได้เช่นศาลอาญาอาจให้ปรับเงินแล้ว แต่ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังเห็นว่าน้อยเกินไปไม่เหมาะสมกับความผิดก็อาจให้ลงโทษปรับเพิ่มเติมได้อีก อ้างใน อรพิน ผลสุวรรณ ศรีสาทรกุล หน้า 19

¹⁷² Le Code des juridictions Financières อ้างใน อรพิน ผลสุวรรณ ศรีสาทรกุล, อ้างแล้ว หน้า 19.

3) เกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐ เจตนาไม่ยื่นหลักฐานทางภาษีให้แก่หน่วยงานรับผิดชอบทางภาษี (มาตรา L 313-5)¹⁷³

ลักษณะของโทษ การวินิจฉัยชี้ขาดลงโทษของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง นั้นมีลักษณะเป็น “โทษปรับ” ซึ่งโทษปรับขั้นต่ำสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือ 150 ยูโร ในกรณีทั่วไป หรือ 300 ยูโร ในกรณีของความผิดฐานเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้อื่นอย่างไม่มีเหตุผลอันควร (มาตรา L 313-6) และโทษปรับสูงสุดที่กำหนดไว้ คือ เงินเดือน หรือเงินได้จำนวน 1 ปี ในกรณีทั่วไป และเงินเดือน หรือเงินได้จำนวน 2 ปี ในกรณีของความผิดตามมาตรา L 313-6¹⁷⁴

(5) การควบคุมโดยรัฐสภา (contrôle parlementaire) การควบคุมโดยรัฐสภา จะเป็นกรณีที่มีปัญหารุนแรงเกิดขึ้น สภาผู้แทนราษฎรที่ดี หรือวุฒิสภาก็ดี อาจตั้งคณะกรรมการสอบสวนหาข้อเท็จจริงเพื่อนำข้อเท็จจริงมาตีแผ่กัน เช่น กรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมิมติให้ตั้งกรรมการสอบสวนหาข้อเท็จจริงเพื่อสอบสวนหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินที่เกาะกือชชิกา (Corse) รายงานที่นำมาเผยแพร่ชี้ให้เห็นว่ามีการใช้จ่ายเงินของรัฐอย่างไม่ถูกกฎหมายอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะการทุจริตคอร์รัปชันในเรื่องการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง¹⁷⁵

3.2.2 ญี่ปุ่น¹⁷⁶

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของญี่ปุ่นในระดับรัฐบาลกลางมีการกระจายอำนาจค่อนข้างมากส่วนราชการต่าง ๆ มีหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างเป็นของตนเอง โดยมี Accounts Law เป็นกฎหมายหลัก และมีกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ อีกเป็นจำนวนมาก ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของญี่ปุ่น โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 ระดับ คือ (1) กฎหมาย (laws) มี Accounts Law (Law No. 35 of 1947) เป็นกฎหมายหลักและมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในระดับรองลงมาอีกหลายฉบับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการงบประมาณ หนี้สาธารณะ การจ่ายเงิน ค่าจ้างของภาครัฐ เป็นต้น (2) มติคณะรัฐมนตรี (Government Ordinances) เป็นคำสั่งและระเบียบในเชิงนโยบายที่เกี่ยวกับการบัญชีและงบประมาณ รวมถึงการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และ (3) กฎระเบียบในระดับกระทรวง (Enforcement Regulations) เป็นคำสั่งและระเบียบในระดับปฏิบัติการสำหรับภารกิจต่าง ๆ เพื่อตอบสนองนโยบายตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น การลงบัญชีและการจัดทำเอกสาร การจัดเก็บรายได้ การเบิกจ่าย การทำสัญญา การบริหารสินทรัพย์ เป็นต้น ต่อมาเมื่อรัฐบาลญี่ปุ่นเตรียมตัวลงนาม

¹⁷³ อรุณ ผลสุวรรณ สบายรูป, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 170, น. 23-25

¹⁷⁴ เฟ็งอ้าง, น. 30

¹⁷⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ผู้แปล), อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 159, น. 42.

¹⁷⁶ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, (กันยายน 2551) รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาโครงสร้างระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย เสนอต่อ กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง

ในความตกลงว่างหลายฝ่ายด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Government Procurement Agreement หรือ GPA) จึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีเพิ่มเติมอีกหลายฉบับเพื่อแก้ไขให้กฎระเบียบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของญี่ปุ่นสอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว โดยรัฐสภาของญี่ปุ่นเห็นชอบให้รัฐบาลญี่ปุ่นลงนาม GPA บังคับใช้ตั้งแต่ 1 มกราคม 1996 ตัวอย่างมติคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการส่งเสริมการจัดซื้อจัดจ้างสินค้าและบริการบางประเภท และมีกฎกระทรวงในเรื่องเดียวกันนี้เพิ่มเติมด้วย การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในระดับท้องถิ่นอยู่ภายใต้การดูแลของ Ministry of Internal Affairs and Communications อาจเทียบเคียงได้กับกระทรวงมหาดไทยของประเทศไทยที่มีหน้าที่กำกับดูแลการบริหารงานของผู้ว่าราชการจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และองค์การบริหารส่วนจังหวัด อย่างไรก็ตามส่วนราชการในระดับท้องถิ่นของญี่ปุ่นมีความเป็นอิสระในด้านการบริหารจัดการท้องถิ่นของตนเองสูงมาก ซึ่งรวมถึงการจัดซื้อจัดจ้างภายในท้องถิ่นด้วย ในขณะที่การจัดซื้อจัดจ้างในระดับท้องถิ่นของประเทศไทยยังมีระดับความควบคุมจากส่วนกลางสูงมาก การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นของญี่ปุ่นใช้กฎหมาย Local Autonomy Law (Law No. 67 of 1947) ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในระดับท้องถิ่นอยู่ด้วย¹⁷⁷

1) ขั้นตอนและวิธีการจัดหา¹⁷⁸

เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง GPA รัฐบาลญี่ปุ่นจึงกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างได้ 3 วิธี คือวิธีประกวดราคาแบบเปิด (Open Tendering) วิธีประกวดราคาแบบคัดเลือก (Selective Tendering) วิธีประกวดราคาแบบจำกัด (Limited or Single Tendering) ดังนี้

1.1) วิธีประกวดราคาแบบเปิด สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างที่มีการประกาศเชิญชวนให้เสนอราคาซึ่งเผยแพร่ในเอกสารของทางราชการส่วนกลาง (Kanpo) หรือเอกสารทางราชการที่เทียบเท่ากันของหน่วยงานในส่วนภูมิภาคหรือท้องถิ่น (Kenpo) โดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบการที่สนใจเข้าร่วมประกวดราคาจะต้องเป็นผู้ประกอบการที่ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติเบื้องต้นตามที่หน่วยงานจัดซื้อกำหนดมาแล้ว

1.2) วิธีประกวดราคาแบบคัดเลือก สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ใช้วิธีประกวดราคาแบบเปิดแล้ว แต่มีผู้ประกอบการผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคาจำนวนน้อยราย หรือเป็นการจัดซื้อสินค้าหรือบริการที่มีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดจำนวนน้อยราย ส่วนราชการที่จัดซื้อจัดจ้างสามารถเชิญผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดเข้าเสนอราคาได้ทันที

¹⁷⁷ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, (กันยายน 2551) รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษา โครงสร้างระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น เสนอต่อ กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง, น. 21-22.

¹⁷⁸ เพิ่งอ้าง, น. 23-28.

1.3) วิธีประกวดราคาแบบจำกัด เป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่มีการแข่งขันกันของผู้ประกอบการซึ่งจะใช้ได้ต่อเมื่อมีเงื่อนไขในการจัดซื้อจัดจ้างตรงตามที่มีความตกลง GPA กำหนดไว้เท่านั้น เช่น หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างใช้วิธีประกวดราคาแบบเปิดแล้วแต่ไม่มีผู้ประกอบการรายใด ยื่นข้อเสนอ หรือเป็นการจัดซื้อจัดจ้างสินค้าหรือบริการที่มีสิทธิบัตร หรือเป็นงานก่อสร้างส่วนเพิ่มเติมที่มีมูลค่าเป็นสัดส่วนไม่เกินร้อยละ 50 ของมูลค่าสัญญาหลัก เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดใช้วิธีนี้เพื่อการส่งเสริมธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เพื่อกำกับดูแลให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของญี่ปุ่น สอดคล้องกับ GPA รัฐบาลญี่ปุ่น จึงกำหนดให้มี Action Program on Government Procurement และแต่งตั้ง The Committee for the Drawing Up and Promoting the Action Program ขึ้นเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลโครงการดังกล่าว วัตถุประสงค์ของโครงการคือเพื่อสร้างความมั่นใจว่าขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจะมีความโปร่งใส มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการต่างประเทศในการเข้าสู่ตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของญี่ปุ่น The Committee for the Drawing Up and Promoting the Action Program ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติด้านการจัดซื้อสินค้าของภาครัฐ (Procedures for Government Procurement on Products : Operational Guidelines) พร้อมทั้งเงื่อนไขในการใช้ในแต่ละขั้นตอนสำหรับหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของ GPA ดังนี้¹⁷⁹

(1) การกำหนดคุณสมบัติ สำหรับการจัดซื้อสินค้าทั่วไป ให้เผยแพร่คุณสมบัติของสินค้าที่ต้องการจัดซื้อในเอกสารประกาศข่าวประกวดราคาของทางราชการ เรียกว่า Kanpo สำหรับข่าวประกวดราคาของราชการส่วนกลาง หรือ Kenpo สำหรับข่าวประกวดราคาของราชการในท้องถิ่น ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อสินค้าที่มีความซับซ้อนสูง ยากต่อการกำหนดคุณสมบัติ (Specification) ที่เหมาะสม หรือพิจารณาราคาที่เหมาะสมได้หากไม่มีการตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าก่อนล่วงหน้า ให้ทำวิจัยตลาดของสินค้าที่ต้องการจัดซื้อหรือทดสอบสินค้าก่อน

(2) การทำวิจัยตลาดหรือทดสอบสินค้า สำหรับการจัดซื้อสินค้าที่มีความซับซ้อนสูง จำเป็นต้องขอข้อมูลสินค้าหรือทดสอบสินค้าจากผู้ผลิตล่วงหน้า และมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 800,000 SDR (ประมาณ 130 ล้านบาท หรือประมาณ 39.67 ล้านบาท) ให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างติดต่อผู้ผลิตสินค้าทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ โดยต้องมีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ ในกรณีที่มีผู้ผลิตรายใดร่วมกำหนดคุณสมบัติของสินค้า ห้ามไม่ให้ผู้ผลิตรายนั้นเข้าร่วมประกวดราคา เว้นแต่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างสามารถรับรองได้ว่าการปฏิบัติที่เป็นธรรมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ การทำวิจัยตลาดหรือตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าจะต้องดำเนินการตั้งแต่นับปีงบประมาณ หรือเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ก่อนเริ่มปีงบประมาณ เว้นแต่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีเร่งด่วน

¹⁷⁹ เพิ่งอ้าง, น. 29-37.

หรือเป็นการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาแบบจำกัด หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะต้องเผยแพร่ข่าวการวิจัตลาดหรือตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างใน Kanpo หรือ Kenpo และต้องให้ข่าวดังกล่าวแก่ผู้ที่สนใจหากมีการร้องขอ โดยมีข้อมูลเบื้องต้นดังนี้ 1) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง 2) สินค้าและปริมาณที่ต้องการจัดซื้อพร้อมทั้งข้อมูลเบื้องต้นของสินค้า 3) กำหนดวันสุดท้ายของการส่งข้อมูลหรือส่งตัวอย่างสินค้าเพื่อการตรวจสอบคุณสมบัติ 4) กำหนดวันประชุมเพื่อซักถาม (ถ้ามี) สำหรับระยะเวลาของการเปิดรับข้อมูลหรือรับตัวอย่างสินค้าคือ 30 วัน นับแต่วันประกาศข่าวจนถึงวันสุดท้ายของการปิดรับ เว้นแต่เป็นการจัดซื้อในกรณีเร่งด่วน เมื่อหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างรวบรวมข้อมูลที่จำเป็นต่อการกำหนดคุณสมบัติของสินค้าที่ต้องการจัดซื้อได้เรียบร้อยแล้วจึงจัดทำเอกสารกำหนดคุณสมบัติของสินค้าฉบับจริง หรือฉบับร่างในลำดับต่อไป

(3) การรับฟังความคิดเห็นต่อร่างข้อกำหนดคุณสมบัติของสินค้าสำหรับการจัดซื้อสินค้าที่มีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 800,000 SDR หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างคุณสมบัติของสินค้า ยกเว้นกรณีต่อไปนี้ 1) เป็นการจัดซื้อในกรณีเร่งด่วน หรือเป็นการประกวดราคาแบบจำกัด 2) เป็นสินค้าที่เป็นวัตถุดิบ เชื้อเพลิงหรืออื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน 3) เป็นการจัดซื้อสินค้าสำเร็จรูปที่มีมูลค่าต่อหน่วยไม่เกิน 500 SDR (24,854 บาท) รวมกันในปริมาณมาก (High-Volume Purchase of Off-the-Shelf Products) 4) ในกรณีที่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างมีความจำเป็นต้องใช้สินค้าที่มีคุณสมบัติเดิมที่เคยใช้มาแล้ว (Repeated use of Specifications) เพื่อความต่อเนื่องในการรับบริการจากผู้ประกอบการ หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรชี้แจงเหตุผลให้ผู้ประกอบการทุกรายทราบด้วย โดยควรแจ้งตั้งแต่ต้นปีงบประมาณ หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรเผยแพร่ข้อกำหนดคุณสมบัติของสินค้าฉบับร่างเพื่อรับฟังความคิดเห็นใน Kanpo หรือ Kenpo เป็นเวลาอย่างน้อย 30 วัน ก่อนวันที่จะนำข้อกำหนดคุณสมบัติฉบับร่างไปใช้จริงในการประกาศข่าวประกวดราคา และควรเผยแพร่ข่าวการเปิดรับฟังความคิดเห็นต่อร่างข้อกำหนดคุณสมบัติใน Kanpo หรือ Kenpo เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 20 วัน นับจากวันแรกที่เผยแพร่ข่าว

(4) มติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องเผยแพร่ข้อมูลที่จำเป็นสำหรับการเข้าร่วมประกวดราคา เช่น วัน เวลา สถานที่ วิธีการสมัครเข้าร่วมประกวดราคา ฯลฯ โดยการประกาศข่าวต้องประกาศอย่างน้อย 50 วัน ก่อนวันที่กำหนดยื่นข้อเสนอ หรือไม่น้อยกว่า 20 วัน ในกรณีที่การประกวดราคาแบบจำกัด หรือไม่น้อยกว่า 10 วัน ในกรณีเร่งด่วนก่อนวันยื่นข้อเสนอ ข่าวการยื่นข้อเสนอของหน่วยงานรัฐที่มีมูลค่าตั้งแต่ 800,000 SDR (ประมาณ 130 ล้านบาท) จะต้องประกาศในเอกสารข่าวจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ Kanpo เป็นเอกสารพิมพ์เผยแพร่รายวันเว้นวันหยุดราชการ ซึ่งมีร้านขายสิ่งพิมพ์ของทางราชการกระจายอยู่ทั่วประเทศ นอกจากนี้ยังสืบค้นได้

จากเว็บไซต์ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีข่าวการจัดซื้อจัดจ้างเผยแพร่ในเว็บไซต์ของแต่ละส่วนราชการ หรือเว็บไซต์รวมข่าวการจัดซื้อจัดจ้างของหลายกระทรวงเข้าด้วยกัน เช่น <http://www.I-ppi.jp> ซึ่งเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูลข่าวจัดซื้อจัดจ้างของ 4 กระทรวง คือ กระทรวงก่อสร้างและคมนาคม กระทรวงเกษตร กรมป่าไม้และประมง กระทรวงป้องกันประเทศ และสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้สนใจสามารถสืบค้นข่าวประกวดราคาได้หลายรูปแบบแยกตามหน่วยงานและแยกตามภูมิภาค ตรวจสอบความคืบหน้าของโครงการที่จัดให้มีการประมูลและผลการประมูล สำหรับการสืบค้นข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างของแต่ละส่วนราชการนั้น รัฐบาลญี่ปุ่นจัดให้มีเว็บไซต์ของรัฐบาล (Government Portal Site) <http://www.e-gov.go.jp> เป็นศูนย์กลางแหล่งเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ของแต่ละส่วนราชการต่าง ๆ เป็นการอำนวยความสะดวกให้กับผู้ใช้งานเพิ่มเติมอีกแหล่งหนึ่งด้วย

(5) เงื่อนไขการเข้าร่วมประกวดราคา แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีจะไม่มีข้อกำหนดในเรื่องการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ประกอบการที่สนใจเข้าร่วมประกวดราคา โดยให้เป็นอำนาจตัดสินใจของรัฐมนตรีประจำกระทรวงของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง แต่หากส่วนราชการใดจัดให้มีการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องประกาศเกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นให้ผู้ประกอบการทุกรายทราบล่วงหน้า ในเอกสารประกาศข่าวจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ Kanpo หรือ Kenpo โดยต้องประกาศพร้อมข่าวประกวดราคา ในทางปฏิบัติหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างหลายแห่งกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องผ่านการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นมาแล้ว โดยจะมีการให้คะแนนตามเกณฑ์ที่สามารถวัดได้ในเชิงปริมาณ เช่น ยอดขายเฉลี่ยต่อปี ทุนจดทะเบียน จำนวนพนักงาน จำนวนปีของประสบการณ์ในการทำงาน จำนวนเครื่องมือหรืออุปกรณ์ อัตราส่วนของทุนในการดำเนินงานต่อเงินทุนรวม (Working Capital Ratio) เป็นต้น การกำหนดคะแนนในการจัดชั้นผู้ประกอบการเป็นดุลพินิจของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างแต่ละแห่ง อย่างไรก็ตาม หน่วยงานราชการหลายแห่งใช้เกณฑ์เบื้องต้นร่วมกัน เว้นแต่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะพิเศษที่จำเป็นต้องพิจารณาเกณฑ์อื่นเพิ่มเติม นอกจากนี้ ยังมี การจัดชั้นผู้ประกอบการคล้ายกับการจัดชั้นผู้รับเหมาก่อสร้างของกรมทางหลวงประเทศไทยสินค้าและบริการที่มีการจัดชั้นผู้ประกอบการแบ่งเป็น 3 กลุ่ม คือกลุ่มผู้ผลิตอุปกรณ์เครื่องกล กลุ่มผู้ผลิตเฟอร์นิเจอร์ และกลุ่มผู้กระจายสินค้า ผู้ประกอบการที่ได้รับการจัดชั้นในระดับสูงจะมีสิทธิเข้าร่วมแข่งขันประกวดราคาที่มีมูลค่าสัญญาสูง ตัวอย่าง การจัดชั้นของผู้ประกอบการผู้ผลิตอุปกรณ์เครื่องกล โดยผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับสูงมีสิทธิเข้าร่วมประกวดราคาแบบทั่วไปที่มีมูลค่าสูงกว่าที่อยู่ในระดับต่ำกว่า

(6) เกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้น โดยทั่วไปแล้วเอกสารที่ต้องแสดงสำหรับการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้น มีดังนี้ 1) ใบสมัครเข้าร่วมการประกวดราคา 2) เอกสารจดทะเบียน

ธุรกิจ หรือเอกสารอื่นที่เทียบเท่า 3) ประวัติการดำเนินงานของบริษัท 4) เอกสารแสดงฐานะทางการเงิน 5) เอกสารหรือใบรับรองการเสี่ยภาษี ผู้ประกอบการที่ผ่านการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นแล้วจะมีชื่ออยู่ในรายชื่อผู้ประกอบการของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างแห่งนั้น ๆ และจะได้รับหนังสือรับรอง โดยหนังสือรับรองนี้จะมีอายุ 2-3 ปี แล้วแต่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างแต่ละแห่งจะกำหนด การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐบางแห่งอนุญาตให้ใช้หนังสือรับรองของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในสังกัดกระทรวงเดียวกันได้ โดยผู้ประกอบการไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นอีกครั้ง นับแต่เดือนเมษายน 2001 เป็นต้นมา รัฐบาลญี่ปุ่นกำหนดให้ใช้รูปแบบเดียวกันทั้งหมดสำหรับการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในส่วนกลางเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการและเพื่อให้การพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของหน่วยงานราชการในส่วนกลางมีมาตรฐานเดียวกันทั้งหมด อย่างไรก็ตาม หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในโครงการนี้ยังเป็นส่วนน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างในส่วนกลางทั้งหมด โดยมากเป็นระดับกระทรวง เช่น Ministry of Internal Affairs and Communications, Ministry of Economy, Trade and Industry, Ministry of Land, Infrastructure and Transportation, Ministry of Environment, House of Councilors, Cabinet Legislation Bureau, Cabinet Secretariat, Fair Trade Commission, National Police Agency เป็นต้น นอกเหนือไปจากการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นแล้วยังมีกฎระเบียบที่กำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าบางประเภทจะต้องมีใบอนุญาตจึงจะสามารถเข้าร่วมแข่งขันประกวดราคาของทางราชการได้เช่น Pharmaceutical Law กำหนดให้ผู้จำหน่ายอุปกรณ์ทางการแพทย์ต้องได้รับการขึ้นทะเบียนจากภาครัฐเสียก่อน เป็นต้น

(7) การพิจารณาผลการประกวดราคา มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างไม่กำหนดวิธีการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคา แต่ให้พิจารณาจากผู้ประกอบการที่มีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์กับทางราชการสูงสุดเมื่อเปรียบเทียบกับผู้เข้าแข่งขันรายอื่นๆ ทั้งนี้ หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างสามารถเลือกใช้เกณฑ์อื่น ๆ นอกเหนือจากเกณฑ์ราคาต่ำสุดได้ แต่ต้องให้ความมั่นใจได้ว่ามีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่โปร่งใส เป็นธรรม และเป็นการใช้งบประมาณอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม Account Law Art. 29 กำหนดให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาจากผู้เสนอราคาต่ำสุด เว้นแต่ (1) ผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขการประกวดราคา และ (2) การตัดสินใจให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคามีแนวโน้มทำให้เกิดผลเสียต่อความเป็นธรรมในระเบียบการค้าและจะทำให้เกิดความไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ในกรณีดังกล่าวให้ผู้เสนอให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นอันดับที่สองเป็นผู้ชนะการประกวดราคา นอกเหนือไปจากการพิจารณาราคาต่ำสุดแล้ว รัฐบาลญี่ปุ่นยังส่งเสริมให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างใช้

วิธีพิจารณาตามความคุ้มค่าที่ได้รับสูงสุด (Overall-Greatest-Value หรือ OGV Evaluation Method) อีกด้วย โดยส่งเสริมให้ใช้ในกรณีที่หากพิจารณาราคาต่ำสุดแล้วอาจไม่ได้ผลดี โดยเฉพาะสำหรับการจัดซื้อสินค้าและบริการในหมวดคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์และบริการโทรคมนาคม อุปกรณ์และบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ ทั้งนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นส่งเสริมให้หน่วยงานที่มีการจัดซื้อสินค้าในหมวดดังกล่าวในมูลค่าสูงใช้วิธี OGV ตามความสมัครใจ โดยในปี 2005 พบว่ามีหน่วยงานใช้วิธีดังกล่าวคิดเป็นร้อยละ 4.2 ของมูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างในปีดังกล่าว หรือเป็นจำนวน 484 สัญญา ในจำนวนนี้เป็นสัญญาที่มีผู้ประกอบการต่างประเทศเป็นผู้ชนะการประกวดราคา 78 สัญญา

สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างทุกวิธี เมื่อได้ผู้ชนะการประกวดราคาแล้วหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะต้องเผยแพร่ผลการคัดเลือกภายใน 72 วัน นับแต่วันที่ประกาศผล นอกจากนี้ในกรณีของการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีแบบเปิด แบบวิธีประกวดราคาแบบคัดเลือกหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะต้องแจ้งผลการประกวดราคาให้ผู้เข้าแข่งขันประกวดราคาทุกรายทราบเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ประกาศผล โดยต้องแจ้ง ชื่อ ที่อยู่ และราคา ของผู้ชนะการประกวดราคาด้วย

2) มาตรการควบคุมความชอบกฎหมายของกระบวนการคู่สัญญาพัสดุ

การทบทวนเรื่องร้องเรียนและการป้องกันการประกวดราคาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความสมบูรณ์และสอดคล้องกับความตกลง GPA รัฐบาลญี่ปุ่นจึงจัดระบบรับเรื่องร้องเรียนด้านการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นเป็นเฉพาะ เรียกว่า Government Procurement Challenge System มีหน่วยงานรับผิดชอบหลักคือ สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้ประกอบการหรือประชาชนทั่วไปสามารถส่งเรื่องร้องเรียนไปยังหน่วยงานนี้ได้ โดยในเบื้องต้นสำนักงานจะนำไปพิจารณาว่าจะรับเรื่องร้องเรียนหรือไม่ นอกจากนี้ ที่ผ่านมาญี่ปุ่นประสบปัญหาค่อนข้างมากเรื่องการสมยอมราคากันของผู้ประกอบการ จึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม โดยมีอำนาจหน้าที่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Monopoly Act) และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันระหว่างข้าราชการและผู้ประกอบการ และการลงโทษข้าราชการที่มีการกระทำอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคา (Act on Elimination and Prevention of Involvement Bid Rigging, etc. and Punishments for Acts by Employees that Harm Fairness of Bidding, Act No' 101 of 2002) กฎหมายทั้งสองฉบับครอบคลุมทั้งตลาดในภาคเอกชน และตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนั้น คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมได้จัดทำเอกสารคู่มือเรียกว่า Anti-Monopoly Act Guidelines on the Activities of Entrepreneurs and Trade Associations Involved in Public Tendering เผยแพร่ให้แก่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้รับทราบถึงพฤติกรรม หรือกิจกรรมของผู้ประกอบการหรือสมาคมการค้าต่างๆ ที่อาจนำไปสู่การสมยอมกันเสนอราคา (Bid-Rigging หรือภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า "dango")

หรือการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือ ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะต้องรายงานและร่วมมือกับ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมอย่างใกล้ชิดเมื่อพบพฤติกรรมดังต่อไปนี้¹⁸⁰

(1) พบว่าผู้ประกอบการหรือสมาคมการค้ามีพฤติกรรมหรือกิจกรรมที่อาจเป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(2) ได้รับข้อมูลที่บ่งชี้ถึงความเป็นไปได้ที่จะเกิดพฤติกรรมละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงาน โดยเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการกำหนดคุณสมบัติของสินค้าและบริการ ทั้งนี้ หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องรายงานและส่งข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างที่น่าสงสัยให้แก่คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมภายในระยะเวลาที่เหมาะสม พร้อมทั้งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อติดต่อกับคณะกรรมการฯ เพื่อร่วมสืบหาข้อเท็จจริงและดำเนินการตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่อไป ให้นำขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับสินค้าไปใช้ได้ เว้นแต่มีประกาศหรือระเบียบเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะสำหรับงานบริการแต่ละสาขา โดยรัฐบาลญี่ปุ่นแบ่งงานบริการที่ภาครัฐมีการจัดจ้างไว้เป็น 4 สาขา คือ (1) งานก่อสร้าง (2) งานบริการที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์โทรคมนาคมและบริการที่เกี่ยวข้อง (3) งานบริการที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และบริการที่เกี่ยวข้อง และ (4) งานบริการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีและอุปกรณ์ทางการแพทย์และบริการที่เกี่ยวข้อง

1) ระบบทบทวนข้อร้องเรียนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (System Complaint Review Procedures for Government Procurement) รัฐบาลญี่ปุ่นได้จัดตั้งระบบทบทวนข้อร้องเรียนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2538 เพื่อเป็นระบบรองรับระเบียบวิธีการร้องเรียน (Challenge Procedure) ตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (GPA) โดยระบบนี้มีหน้าที่พิจารณาเรื่องร้องเรียนหรือเรื่องร้องทุกข์ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อสินค้าและบริการ (รวมการก่อสร้าง) ของภาครัฐ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเป็นธรรม รวมถึงการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ระบบทบทวนข้อร้องเรียนที่จัดตั้งขึ้นนี้ ประกอบด้วย สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Office of Government Procurement Review : OGPR) และคณะกรรมการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Government Procurement Review Board : GPBR) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1) สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นหน่วยงานในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการสนับสนุนกระบวนการทบทวนข้อร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของราชการภายใต้รัฐบาลกลาง โดยเริ่มที่หน่วยงานนี้ดำเนินการรับเรื่องร้องเรียน

¹⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, น. 38.

มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 โครงสร้างของสำนักงานดังกล่าวประกอบด้วย เลขานุการคณะรัฐมนตรี เป็นประธาน รองเลขานุการคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีช่วยว่าการสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นรองประธาน และรัฐมนตรีช่วยว่าการฝ่ายบริหาร (Administrative Vice-Minister) ของทุกกระทรวง และหน่วยราชการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นสมาชิกคณะกรรมการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ¹⁸¹

1.2) คณะกรรมการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีหน้าที่ในการทบทวนข้อร้องเรียน เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คณะกรรมการจะดำเนินการอย่างเป็นอิสระตามระเบียบวิธีการ จัดซื้อจัดจ้างที่ระบุในความตกลง และระเบียบอื่น ๆ ที่ประกาศโดยประธานของสำนักงานทบทวน การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โครงสร้างของคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยกรรมการสามัญ 7 คน และคณะกรรมการวิสามัญ 16 คน ซึ่งมีที่มาจากนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยชั้นนำและหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีความเชี่ยวชาญด้านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยคณะกรรมการดังกล่าวแต่งตั้งโดยประธาน สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ¹⁸²

1.2.1) กระบวนการทบทวนข้อร้องเรียน ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีขอบเขต ของการรับพิจารณาเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในส่วนของรัฐบาลกลาง และหน่วยงานที่อยู่ภายใต้รัฐบาลกลางเท่านั้น เช่น รัฐวิสาหกิจ กรณีของข้อร้องเรียนใน ส่วนของรัฐบาลระดับท้องถิ่น ผู้ร้องเรียนจะต้องติดต่อหน่วยงานรัฐบาลท้องถิ่น โดยตรง สำหรับวิธีการ ร้องเรียนผู้ร้องเรียนจะต้องกรอรายละเอียดในแบบฟอร์มที่กำหนด ดังต่อไปนี้ 1) หมายเลขการ ประมวลราคาการจัดซื้อจัดจ้างที่ต้องการร้องเรียน 2) ชื่อหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างและชนิดของสินค้า หรือบริการที่จัดซื้อจัดจ้าง 3) วันที่ทราบมูลเหตุของข้อร้องเรียน 4) รายละเอียดเกี่ยวกับข้อร้องเรียน โดยสังเขป 5) เหตุผลที่ต้องการร้องเรียน 6) การหาหรือหรือใกล้เคียงกับหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง ในเบื้องต้นได้หาหรือแล้วหรือไม่หากมีการหาหรือกันให้ระบุรายละเอียด และ 7) ความประสงค์ที่จะ แสดงข้อเท็จจริงของผู้ร้องเรียนในประกาศทั้งนี้ ผู้ร้องเรียนสามารถร้องเรียนในนามปัจเจกบุคคล หรือในนามองค์กรก็ได้ ในกระบวนการพิจารณาข้อร้องเรียน ประชาชนทั่วไปที่มีความสนใจ สามารถเข้าร่วมในกระบวนการทบทวนข้อร้องเรียนได้ โดยจะต้องแจ้งความประสงค์ ต่อคณะกรรมการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ภายใน 5 วันหลังจากที่คณะกรรมการฯ ประกาศ ว่าได้รับข้อร้องเรียนเพื่อพิจารณา โดยคณะกรรมการฯ จะประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับการทบทวน ข้อร้องเรียนผ่านหนังสือพิมพ์ของรัฐ (Official Gazette) อินเทอร์เน็ต และสื่ออื่น ๆ ที่กำหนด

1.2.2) ขั้นตอนการทบทวนข้อร้องเรียน เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้ร้องเรียน สามารถยื่นข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ทราบมูลเหตุของข้อร้องเรียน

¹⁸¹ เรื่องเดียวกัน, น. 38.

¹⁸² เรื่องเดียวกัน, น. 39.

โดยเมื่อยื่นข้อร้องเรียนแล้ว คณะกรรมการฯ จะทำการตรวจสอบข้อร้องเรียนภายใน 7 วันทำการ และพิจารณาว่าจะรับพิจารณาข้อร้องเรียนดังกล่าวหรือไม่ หากคณะกรรมการมีมติรับพิจารณาข้อร้องเรียน ก็จะแจ้งทันทีไปยังผู้ร้องเรียน สำนักงานทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกร้องเรียน ในขั้นตอนนี้ คณะกรรมการฯ จะประชาสัมพันธ์เรื่องการรับพิจารณาข้อร้องเรียนผ่านหนังสือพิมพ์ของรัฐ (Kanpo หรือ Kenpo) ระบบอินเทอร์เน็ต และสื่ออื่น ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาได้ขั้นตอนต่อจากนั้น หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกร้องเรียนจะต้องจัดทำรายงานชี้แจงเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการฯ โดยที่ผู้ร้องเรียนและประชาชนผู้มีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการจะพิจารณารายงานดังกล่าวในขั้นต้น กล่าวคือ ในขั้นตอนนี้คณะกรรมการฯ ทำหน้าที่เหมือนเป็นสื่อกลางในการแก้ปัญหาระหว่างผู้ร้องเรียนและหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งหากผู้ร้องเรียนมีข้อโต้แย้งหรือไม่เห็นด้วยกับรายงานดังกล่าว ก็จะต้องแจ้งความประสงค์ให้คณะกรรมการฯ ทำการพิจารณา ทบทวนข้อร้องเรียนด้วยตนเอง ซึ่งคณะกรรมการฯ จะจัดทำรายงานผลการทบทวนภายใน 70 วัน ในกรณีของข้อร้องเรียนทั่วไป ทั้งนี้ ผู้ร้องเรียนสามารถเร่งรัดให้คณะกรรมการฯ ดำเนินการ ทบทวนให้เร็วกว่านี้ได้ หากคณะกรรมการฯ มีข้อสรุปว่าการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกร้องเรียน ไม่ชอบด้วยกฎระเบียบวิธีที่อยู่ในความตกลง ก็จะจัดทำรายงานข้อเสนอแนะเพื่อบังคับให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกร้องเรียนปฏิบัติตาม โดยเกณฑ์ในการพิจารณาข้อร้องเรียนนั้น คณะกรรมการฯ จะพิจารณาตัดสินข้อร้องเรียน โดยอ้างอิงตามระเบียบวิธีที่อยู่ในความตกลง อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกร้องเรียนจะไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะจะต้องจัดทำเอกสารชี้แจงเหตุผลที่เหมาะสมต่อคณะกรรมการภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้รับข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการฯ ผลการตัดสินของคณะกรรมการทบทวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นที่สุด ผู้ร้องเรียนที่ไม่พอใจในผลการตัดสินของคณะกรรมการฯ สามารถนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางศาลต่อไป¹⁸³

1.3) คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission หรือ JFTC)¹⁸⁴

1.3.1) คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปรามการผูกขาดและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในตลาดต่าง ๆ รวมทั้งตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของญี่ปุ่น ประกอบด้วย ประธานกรรมการ (Chairman) 1 คน และ กรรมการ (Commissioner) 4 คน ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายหรือเศรษฐศาสตร์ คณะกรรมการดังกล่าวเป็นหน่วยงานกึ่งนิติบัญญัติ (Quasi-Legislative) และกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) ในสังกัดของสำนักนายกรัฐมนตรีญี่ปุ่น โครงสร้างของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งจะมีประธาน

¹⁸³ เรื่องเดียวกัน, น. 40-41.

¹⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, น. 44-45.

คณะกรรมการและคณะกรรมการที่เป็นธรรมอยู่บนสุด และมีเลขาธิการ (General Secretarial) เป็นผู้ดำเนินการตามนโยบาย และมีสำนักงานในต่างจังหวัดอีก 6 แห่ง ในภาคต่าง ๆ ทั่วประเทศ

1.3.2) ด้านการดำเนินงาน คณะกรรมการดังกล่าวเป็นอิสระจากการสั่งงาน หรือการควบคุมจากหน่วยงานใด อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว ยังคงขึ้นอยู่กับฝ่ายการเมือง กล่าวคือ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการและประธานคณะกรรมการด้วยความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยคณะกรรมการทั้งหมดจะไม่สามารถถูกถอดออกได้ในระหว่างวาระการปฏิบัติภารกิจ 5 ปี

1.3.3) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม หน้าที่หลักของคณะกรรมการดังกล่าวคือ การเป็นหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับสนับสุนการแข่งขันที่เป็นอิสระและเป็นธรรมในตลาด ซึ่งกฎหมายที่สำคัญคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการสมยอมกันชนระหว่างข้าราชการกับผู้ประกอบการ และการลงโทษข้าราชการที่มีการทำอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการประกวดราคา และยังมีอำนาจอีกหลายประการอาทิ อำนาจบริหารตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนด การออกกฎระเบียบต่าง ๆ เช่น การกำหนดลักษณะการค้าที่ไม่เป็นธรรมรวมถึงอำนาจในการสอบสวนและตัดสินลงโทษผู้ละเมิดกฎหมาย โดยสรุปแล้ว อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว ได้แก่

- 1) การสอบสวนละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยสามารถเข้าไปตรวจสอบบริษัทที่ต้องสงสัยได้โดยตรง หากพบว่ามี การละเมิดกฎหมายคณะกรรมการสามารถสั่งผู้ละเมิด และสามารถปรับผู้ละเมิดได้
- 2) ขอมรับและตรวจสอบคำชี้แจงจากบริษัทเอกชน หรือสมาคมผู้ประกอบการที่คณะกรรมการดังกล่าวมีคำสั่งให้รายงาน
- 3) การวิจัยสภาพตลาดในอุตสาหกรรมที่มีการผูกขาดเพื่อระบุปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและเป็นข้อมูลพื้นฐานในการป้องกันการผูกขาด
- 4) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานราชการอื่น ๆ ในด้านการป้องกันการผูกขาด ในกรณีที่หน่วยงานนั้นกำลังจะทบทวนแก้ไขกฎหมายหรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาด
- 5) การประกาศแนวปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทย

1) ขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือก

โดยที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุในกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ข้อบัญญัติ และข้อกำหนดใดๆ ของหน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติ

นี้¹⁸⁵ และให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป¹⁸⁶ (ครบกำหนด 180 วัน ในวันที่ 24 สิงหาคม 2560) โดยในระหว่างนี้ให้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และบรรดาระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ ข้อบัญญัติ และข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานรัฐอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แล้วแต่กรณี รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับพัสดุ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศในเรื่องนั้น ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ¹⁸⁷ อย่างไรก็ตามเพื่อให้ทราบถึงขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกตามพระราชบัญญัตินี้ มีสาระสำคัญดังนี้

1) การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไป¹⁸⁸ อาจกระทำได้ 3 วิธีดังต่อไปนี้¹⁸⁹

1.1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ โดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป สามารถกระทำได้ 3 วิธี ดังต่อไปนี้¹⁹⁰

1.1.1 วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e - market)¹⁹¹ กระทำได้ 2 ลักษณะ ดังนี้ (1) การเสนอราคา โดยใบเสนอราคา (Request for Quotation: RFQ)¹⁹² และ (2) การเสนอราคาโดยการประมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Thai Auction)¹⁹³

1.1.2 วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์¹⁹⁴

¹⁸⁵ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁸⁶ มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁸⁷ มาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁸⁸ ยกเว้นงานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไป โดยจะมีหลักเกณฑ์สำหรับงานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างโดยเฉพาะ

¹⁸⁹ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁹⁰ ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ... ข้อ 30

¹⁹¹ คือ การจัดซื้อ จัดจ้างพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะที่ไม่ซับซ้อน เป็นสินค้าหรืองานบริการทั่วไป และมีมาตรฐานซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดซื้อสินค้าหรืองานบริการที่กำหนดไว้ในระบบข้อมูลสินค้า (e - catalog)

¹⁹² คือ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนิติหนึ่ง ซึ่งมีราคากิน 500,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000บาท

¹⁹³ คือ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนิติหนึ่ง ซึ่งมีราคากิน 5,000,000 บาท

1.1.3 วิธีสอบราคา¹⁹⁵

1.2 วิธีคัดเลือก ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายให้เข้ายื่นข้อเสนอ เว้นแต่ในงานนั้นมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย

1.3 วิธีเฉพาะเจาะจง ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอ หรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคารวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการ โดยตรงในวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2) การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุทั่วไปนั้น หน่วยงานของรัฐจะเลือกใช้วิธีใดให้เป็นไปตามความในมาตรา 56 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องเลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน

3) หน่วยงานของรัฐจะใช้วิธีคัดเลือกได้เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้ (1) ใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้ว แต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนอั้นไม่ได้รับการคัดเลือก (2) พัสคที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างมีคุณลักษณะเฉพาะเป็นพิเศษหรือซับซ้อนหรือต้องผลิตจำหน่าย ก่อสร้าง หรือให้บริการ โดยผู้ประกอบการที่มีฝีมือโดยเฉพาะ หรือมีความชำนาญเป็นพิเศษหรือมีทักษะสูง และผู้ประกอบการนั้นมีจำนวนจำกัด (3) มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้พัสดุนั้นอันเนื่องมาจากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งหากใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปจะทำให้ไม่ทันต่อความต้องการใช้พัสดุ (4) เป็นพัสดุที่โดยลักษณะของการใช้งาน หรือมีข้อจำกัดทางเทคนิคที่จำเป็นต้องระบุยี่ห้อเป็นการเฉพาะ (5) เป็นพัสดุที่จำเป็นต้องซื้อโดยตรงจากต่างประเทศ หรือดำเนินการโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศ (6) เป็นพัสดุที่ใช้ในราชการลับ หรือเป็นงานที่ต้องปกปิดเป็นความลับของหน่วยงานของรัฐหรือที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ (7) เป็นงานจ้างซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องถอดตรวจ ให้ทราบความชำรุดเสียหายเสียก่อนจึงจะประมาณค่าซ่อมได้ เช่น งานจ้างซ่อม

¹⁹⁴ คือ การจัดซื้อ จัดจ้างพัสดุครั้งหนึ่ง ซึ่งมีราคาเกิน 500,000 บาท โดยเป็นการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะที่มีความซับซ้อน มีเทคนิคเฉพาะ หรือเป็นสินค้าหรืองานบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในระบบข้อมูลสินค้า (e - catalog)

¹⁹⁵ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 500,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000 บาท ให้กระทำได้เฉพาะกรณีสภาพพื้นที่มีข้อจำกัดในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e - market) หรือวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding: e - bidding) หรือหากดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์แล้ว อาจก่อให้เกิดความล่าช้าหรือเป็นปัญหาอุปสรรคในการดำเนินงาน

เครื่องจักร เครื่องมือกล เครื่องยนต์ เครื่องไฟฟ้าหรือเครื่องอิเล็กทรอนิกส์ (8) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) หน่วยงานของรัฐจะใช้วิธีเจาะจงได้เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้ (1) ใช้ทั้งวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปและวิธีคัดเลือก หรือใช้วิธีคัดเลือกแล้วแต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือก (2) การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีการผลิต จำหน่าย ก่อสร้าง หรือให้บริการทั่วไป และมีวงเงินในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งหนึ่งไม่เกินวงเงินตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (3) การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีผู้ประกอบการซึ่งมีคุณสมบัติโดยตรงเพียงรายเดียวหรือการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจากผู้ประกอบการซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายหรือตัวแทนผู้ให้บริการ โดยชอบด้วยกฎหมายเพียงรายเดียวในประเทศไทย และไม่มีพัสดุอื่นที่จะใช้ทดแทนได้ (4) มีความจำเป็นต้องใช้พัสดุนั้น โดยฉุกเฉิน เนื่องจากเกิดอุบัติเหตุหรือภัยธรรมชาติหรือเกิดโรคติดต่ออันตรายตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ และการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปหรือวิธีคัดเลือกอาจก่อให้เกิดความล่าช้าและอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (5) พักที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างเป็นพัสดุที่เกี่ยวข้องกับพัสดุที่ได้ทำการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนแล้ว และมีความจำเป็นต้องทำการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมเพื่อความสมบูรณ์หรือต่อเนื่องในการใช้พัสดุนั้น โดยมูลค่าของพัสดุที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมจะต้องไม่สูงกว่าพัสดุที่ได้ทำการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนแล้ว (6) เป็นพัสดุที่จะขายทอดตลาดโดยหน่วยงานของรัฐ องค์การระหว่างประเทศหรือหน่วยงานของต่างประเทศ (7) เป็นพัสดุที่เป็นที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งจำเป็นต้องซื้อเฉพาะแห่ง (8) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้วิจัย เห็นว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดไว้ 3 วิธี นั้น ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่มีอยู่เดิม แต่เป็นเพียงการนำวิธีการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่อยู่เดิมมาจัดกลุ่มใหม่เท่านั้น โดยเปรียบเทียบได้ตามตารางที่ 3.1

ตารางที่ 3.1 “เปรียบเทียบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กับ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535”

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560	ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535	หมายเหตุ
1. วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป	วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ วิธีสอบราคา	การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งที่มีราคาเกิน 500,000 บาท
2. วิธีคัดเลือก	วิธีพิเศษ วิธีตกลงราคา	กรณีที่มีผู้รับจ้างหรือผู้ขายมากกว่า 1 ราย
3. วิธีเฉพาะเจาะจง	วิธีพิเศษ วิธีตกลงราคา	กรณีที่มีผู้รับจ้างหรือผู้ขายรายเดียว
4. เป็นพัสดุที่รัฐต้องการสนับสนุน	วิธีกรณีพิเศษ	กำหนดโดยกฎกระทรวง

ที่มา : ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.

2) มาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือก

การควบคุมฝ่ายปกครอง หรืออาจเรียกว่า การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา องค์กรอิสระ โดยที่การดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐนั้น จะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ในทุกขั้นตอน โดยเริ่มตั้งแต่ตั้งงบประมาณ จนกระทั่งลงนามในสัญญาพัสดุเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน จำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว ปัจจุบันมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยมีดังนี้

2.1) การควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง

การควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง สามารถแยกการควบคุมตรวจสอบได้ 3 ลักษณะ คือ

- (1) การควบคุมโดยตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับการกระบวนการคัดเลือก (2) การร้องทุกข์ และ
- (3) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

(1) การควบคุมโดยตำแหน่ง ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุจะมีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ คณะกรรมการต่างๆ ตลอดจนหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งในแต่ละขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1.1) ในการซื้อหรือการจ้างทุกวิธี เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้าง โดยผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุเพื่อความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการ ในฐานะผู้บังคับบัญชา เป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งในรายงานขอซื้อหรือขอจ้างนั้น จะประกอบได้ด้วยเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อหรือจ้าง รายการของพัสดุที่จะซื้อหรืองานที่จะจ้าง เช่น คุณลักษณะเฉพาะของพัสดุและจำนวน ที่ต้องการซื้อ หรือแบบรูปรายการรายละเอียดและปริมาณที่ต้องการจ้าง ราคาและรายละเอียดของราคากลาง วงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง วิธีที่จะซื้อหรือจ้าง และเหตุผลที่ต้องซื้อหรือจ้างโดยวิธีนั้น โดยในขั้นตอนนี้ยังเป็นการขึ้นเตรียมการภายในฝ่ายปกครอง

(1.2) คณะกรรมการกำหนดราคากลาง การกำหนดราคากลาง นั้น ถือเป็นปัญหาสำคัญในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ เพื่อให้ได้ราคากลางที่เหมาะสม อาจกำหนดโดยคณะกรรมการกำหนดราคากลางที่หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณากำหนดราคากลางที่ใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการกำหนดราคาต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การกำหนดราคากลางโดยเคร่งครัดและอยู่ในการควบคุมของหัวหน้าส่วนราชการ

(1.3) คณะกรรมการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างที่หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งขึ้นกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้าง เป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งอันเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริต ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดเพื่อให้พัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคา และการใช้ประโยชน์เหมาะสมกับงานของทางราชการ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดหาพัสดุที่เกี่ยวกับคุณภาพตามมาตรฐานด้วยว่า ห้ามกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะซึ่งอาจมีผลกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายพัสดุที่ผลิตในประเทศหรือเป็นกิจการของคนไทยสามารถเข้าแข่งขันกันในการเสนอราคากับทางราชการ แต่ได้ผ่อนคลายเป็นข้อยกเว้นโดยลำดับว่า ในกรณีพัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างทำมีประกาศมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมแล้ว ให้กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะหรือรายการในการก่อสร้างตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และในกรณีที่ยังไม่มีประกาศมาตรฐานผลิต

อุตสาหกรรมแต่มีผู้ได้รับจดทะเบียนไว้กับกระทรวงอุตสาหกรรมแล้ว ให้กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะให้สอดคล้องกับรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะตามที่ระบุไว้ในคู่มือผู้ซื้อที่กระทรวงอุตสาหกรรมจัดทำขึ้น และในกรณีจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการในการก่อสร้าง แตกต่างจากที่กล่าวข้างต้น ให้แจ้งสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และเมื่อได้รับหนังสือจากกระทรวงอุตสาหกรรมตอบรับทราบหรือไม่ ทักท้วงแล้ว ให้ดำเนินการซื้อหรือจ้างต่อไปได้ หรือไม่รับพิจารณารายนั้นแล้วแต่กรณี

จะเห็นได้ว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการให้การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างทำให้เป็นการเฉพาะ แต่ยังคงพบว่า ส่วนราชการหลายแห่งฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนกระบวนการที่กำหนดไว้ อันกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ เช่น (1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.725/2555 การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของรถเกี่ยดินแตกต่างไม่สอดคล้องรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะตามที่ระบุไว้ในคู่มือผู้ซื้อที่สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมจัดทำ โดยมีได้แจ้งให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมทราบก่อนดำเนินการ จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ กรณีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เพิกถอนประกาศประกวดราคา (2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2556 ประกาศซื้อครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่งรถยนต์ดับเพลิงโดยได้กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะ โดยไม่ได้กำหนดให้ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับมาตรฐานอุตสาหกรรม หรือผลิตจากโรงงานที่ได้รับรองระบบคุณภาพมาตรฐาน เป็นการไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานเป็นเหตุให้ประกาศประกวดราคาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะของพัสดุไม่ชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาให้เพิกถอนประกาศประกวดราคาเฉพาะส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้มีผลทำให้ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตามเมื่อส่วนหนึ่งส่วนใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเรื่องนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(1.4) ในการดำเนินการซื้อหรือการจ้างแต่ละครั้ง ให้หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้น เพื่อปฏิบัติตามระเบียบนี้พร้อมกับกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาของคณะกรรมการ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ คณะกรรมการตรวจการจ้าง และในการซื้อการจ้างครั้งเดียวกัน ห้ามแต่งตั้งผู้ที่เป็นกรรมการรับและเปิดซองเป็นกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา หรือแต่งตั้งเป็นกรรมการเปิดซองสอบราคา หรือกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา เป็น กรรมการตรวจรับพัสดุ

จะเห็นได้ว่าในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดผู้ทำหน้าที่ควบคุมกระบวนการจัดหาพัสดุในวิธีการต่างๆ แต่ละขั้นตอนในรูปของคณะกรรมการหลายคณะในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแต่ละวิธี กล่าวคือ เริ่มตั้งแต่คณะกรรมการกำหนดร่างคุณสมบัติของพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้าง คณะกรรมการกำหนดราคากลาง คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ แยกจากเจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ เพื่อ ทั้งนี้เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการต่างๆ เหล่านี้ก็ยังอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการอาจมีผลทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการขาดความเป็นอิสระ อีกทั้งคณะกรรมการที่แต่งตั้งก็เป็นเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานที่จัดหาโดยเฉพาะ ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลจากหน่วยงานภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมกระบวนการจัดหาโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเองนั้น เป็นการใช้อำนาจภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจแยกได้เป็น 3 กรณี คือ¹⁹⁶

(2) การร้องทุกข์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 41(2) บัญญัติรับรองสิทธิว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของรัฐและได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 43(2) ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนมีอำนาจพิจารณาข้อร้องเรียนกรณี que เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ก็ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่จะร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือร้องเรียนไปยังหน่วยงานระดับสูงขึ้นไปเพื่อกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวได้

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทย จะมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าหน่วยงานระดับกรม ปลัดกระทรวง จนถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ล้วนมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุทั้งสิ้น ดังนั้น การร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือร้องเรียนไปยังหน่วยงานระดับสูงขึ้นไปเพื่อกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวอาจไม่ได้ผลดี เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่พิจารณาข้อร้องเรียนอาจมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ร้องเรียนนั้น

¹⁹⁶ สุภวรรณ เข้มอุบล, (2547), มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง), น. 85-86.

(3) การอุทธรณ์

หลักความชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องให้การกระทำที่ปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไป คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นการเฉพาะรายย่อมอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวด้วย โดยองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และพิพากษาเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ ซึ่งนอกจากการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแล้ว การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอนคำสั่งเอง หรือ ทบทวนตามคำขอของคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์มีความมุ่งหมายสำคัญ 3 ประการด้วยกัน¹⁹⁷

1) ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน การอุทธรณ์มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดแก่คู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งคำสั่งและขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่ง โดยนัยนี้ การอุทธรณ์จึงเป็นกระบวนการที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนและเป็นวิธีการที่ช่วยแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายของคู่กรณีได้ ดีกว่ากระบวนการทางศาล เพราะการทบทวนภายในฝ่ายปกครองมีขั้นตอนการพิจารณาที่เรียบง่าย รวดเร็วกว่าวิธีพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ ในการพิจารณาอุทธรณ์ฝ่ายปกครองยังสามารถทบทวนคำสั่งในแนวทางที่ยืดหยุ่นและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม ต่างกับศาลที่ต้องวินิจฉัยคดีพิพาทไปตามบทกฎหมายและยึดถือแนวคำพิพากษาเป็นสำคัญ ยากที่จะพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมเฉพาะกรณี เพราะจะทำให้แนวคำพิพากษาไม่มีเอกภาพ

2) ส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง โดยที่การออกคำสั่งทางปกครองในแต่ละเรื่องมีความยุ่งยากซับซ้อน อีกทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีภาระงานจำนวนมาก และต้องปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จโดยเร็ว บางกรณีอาจมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดได้ว่าจะในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือเรื่องความเหมาะสม ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงเป็นโอกาสที่ฝ่ายปกครองจะได้ตรวจสอบการใช้อำนาจของตน ซึ่งหากเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสมอย่างไร ก็อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งได้ ซึ่งการ

¹⁹⁷ เอกสารประกอบการบรรยายตาม "หลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน สำหรับข้าราชการกรุงเทพมหานคร" จัดโดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 21 มีนาคม 2556 ณ โรงแรมรอยัล ซิตี้ กรุงเทพฯ อังใน สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ บทความ เรื่อง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง, น. 1-2.

ทบทวนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเอง โดยเจ้าหน้าที่
ชั้นเหนือขึ้นไปที่ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งได้

3) แบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง
ช่วยถ่วงดุลข้อพิพาทและลดจำนวนคดีพิพาทที่จะขึ้นสู่ศาล เนื่องจากข้อพิพาทอาจระงับลง
ในชั้นอุทธรณ์ โดยฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์และเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามคำ
ขอของคู่กรณี หรือคู่กรณีอาจพิจารณาเหตุผลของคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วยอมรับว่าคำสั่งทาง
ปกครองทำขึ้นชอบด้วยกฎหมายแล้วเหมาะสมแล้ว จึงไม่คิดที่จะโต้แย้งคำสั่งต่อไปในชั้นศาลอีก

ด้วยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของระบบกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติวิธี
ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเกณฑ์การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง
ว่า จะต้องมีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนเสมอ ในกรณีที่มิมีกฎหมายเฉพาะ กำหนดขั้นตอน
การอุทธรณ์แล้วก็ให้บังคับตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว แต่หากกรณีไม่มีกฎหมายกำหนด
ขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้ก็จะขึ้นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁹⁸ ดังนั้น การอุทธรณ์บังคับเป็นระบบที่มีทั้งข้อดีและข้อด้อย เพราะแม้
จะช่วยส่งเสริมให้มีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองและลดจำนวนคดีพิพาทที่จะไปสู่ศาล
หรือเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาพิพากษาของศาลหากมีการฟ้องคดี แต่หากมองอีกด้านขั้นตอน
การอุทธรณ์บังคับก็อาจเป็นสิ่งที่ตัดสิทธิประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้
หากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ หรืออุทธรณ์เกินกำหนดระยะเวลา หรืออุทธรณ์ไม่ถูกต้อง
ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ นั้นกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)
ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้
การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณี ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง
คือ (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์
(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิก
กระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ที่
งาน และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือ

¹⁹⁸ มาตรา 44 ภายใต้งบบังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมาย
กำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่
ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าวคำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อ
โต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วยการอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทาง
ปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง

ในเอกสารแนบท้าย ตามมาตรา 37 วรรคสอง ดังนี้ (5) คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว เมื่อกฎหมายกำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง การพิจารณาผลของคณะกรรมการ คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอราคา คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญา หรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางปกครองเหล่านี้ อาจไปกระทบสิทธิผู้ใดผู้หนึ่งที่เข้ามาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวได้ เช่น ประกาศประกวดราคาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบกำหนด ประกาศกำหนดคุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเข้าร่วมเสนอราคามีลักษณะเป็นการกีดกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลการพิจารณาของคณะกรรมการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น แต่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีของประกาศจัดซื้อจัดจ้างศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป¹⁹⁹ ที่ไม่อาจอุทธรณ์และไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี กล่าวคือ มีลักษณะเป็นคำสั่งทั่วไปของฝ่ายปกครองที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้ โดยเฉพาะเพียงแต่กำหนดคุณสมบัติกว้างๆ ไว้เพื่อให้ผู้ที่มีคุณสมบัติตามคำสั่งที่ประสงค์จะเสนอตัวเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐทราบ และมีสิทธิที่จะเสนอราคาตามเงื่อนไขและเวลาที่กำหนดทำนองเดียวกับ “กฎ” และขณะเดียวกันก็มีผลเป็นรูปธรรมโดยใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะในลักษณะเดียวกับ “คำสั่งทางปกครอง” เช่น ข้อพิพาทว่า ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย การกำหนดคุณสมบัติคุณลักษณะเฉพาะทั้งของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างหรือคุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเข้าเสนอราคากีดกัน เอื้อประโยชน์

แต่อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.468/2553 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ได้เข้าประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งพังตามประกาศของผู้ฟ้องคดี (กรมเจ้าท่า) จำนวน 4 โครงการ โดยกำหนดให้มีการแยกซองข้อเสนอเป็น 2 ซอง คือ ซองข้อเสนอด้านเทคนิค และซองข้อเสนอด้านราคา ผลปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับคัดเลือกทั้ง 4 โครงการ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือร้องเรียนต่อสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยตั้งข้อกำหนดการประกวดราคาของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกวดราคาให้ยื่นซองประกวดราคาเป็น 2 ซอง เป็นการกีดกันผู้ฟ้องคดีมิให้เข้าร่วมการประกวดราคา ซึ่งขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และมาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงนำคดีมาฟ้องศาลปกครองขอให้ยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำละเมิด

¹⁹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551 และ 367/2552

ของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประกวดราคามีผลเป็นการขอให้เพิกถอนผลการประกวดราคาซึ่งอนุมัติโดยผู้ถูกฟ้องคดีตามที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอ และถือว่าเป็นการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีด้วย อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติผลการประกวดราคาดังกล่าวตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนผลการประกวดราคา ส่วนกรณี que ผู้ฟ้องคดีชี้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งดังกล่าว แม้จะเป็นประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดแต่เป็นกรณีมูลเหตุแห่งคดีเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง การฟ้องคดีดังกล่าวว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองโดยตรงจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนจึงจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เมื่อผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่รับคำเสนอราคา จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธินำข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน

ผู้เขียน เห็นว่า คดีนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ประกาศประกวดราคาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประกาศประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่ไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามแนววินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดตามที่กล่าวข้างต้น และหากผลการพิจารณาปรากฏว่า ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมส่งผลให้การดำเนินการภายหลังจากนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และจะต้องเพิกถอนผลการประกวดราคาที่ได้ดำเนินการไปแล้วนั้น แต่ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประกวดราคามีผลเป็นการขอให้เพิกถอนผลการประกวดราคาซึ่งอนุมัติโดยผู้ถูกฟ้องคดีตามที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอ และถือว่าเป็นการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากจะทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าร่วมเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐแล้ว ยังไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาว่าประกาศประกวดราคานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ซึ่งมีผลเป็นการกีดกันผู้เสนอราคาอันขัดต่อหลักความเสมอภาคในการเข้าร่วมเสนอ งานต่อหน่วยงานของรัฐ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการอุทธรณ์เพิ่มเติมว่า ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้เป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ²⁰⁰ แต่ที่กำหนดข้อห้ามโดยอุทธรณ์ไว้ด้วย²⁰¹ โดยผู้มีสิทธิต้องยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายใน 7 วันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 3 วันทำการนับแต่วันที่ครบกำหนด 7 วัน โดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าวหากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้น ก็สามารถขยายได้ อีก 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วัน และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปการวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ ให้ยุติเรื่อง และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องตาม

²⁰⁰ มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและการบริหารพัสดุ พ.ศ.2560

²⁰¹ มาตรา 115 ผู้มีสิทธิอุทธรณ์จะยื่นอุทธรณ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่ได้ (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัตินี้ของหน่วยงานของรัฐ (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 (3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

พรรคี่และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว

2.2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอก

(1) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

การตรวจเงินแผ่นดินถือเป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้บัญญัติให้การตรวจเงินแผ่นดินกระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระ และเป็นกลาง มีหน้าที่และอำนาจ วางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน ตั้งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ²⁰² และมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบเงินแผ่นดิน ดังนี้ ตรวจสอบการรับจ่าย การเก็บรักษา และการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่นของหน่วยรับตรวจ หรืออยู่ความรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ และอาจตรวจสอบการใช้จ่ายเงิน การใช้จ่ายทรัพย์สินอื่นหรือการจัดซื้อจัดจ้างตามแผนงาน งานหรือโครงการของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ เป็นไปโดยประหยัด ได้ผลตามเป้าหมายและมีผลคุ้มค่าหรือไม่²⁰³ และให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินรายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน²⁰⁴ ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการตรวจสอบแล้วปรากฏว่ามีข้อบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี ให้คณะกรรมการมีหนังสือแจ้งให้หน่วยรับตรวจชี้แจงหรือแก้ไขข้อบกพร่องหรือปฏิบัติให้ถูกต้อง หรือให้ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดไว้แก่เจ้าหน้าที่หน่วยรับซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี และให้แจ้งให้คณะกรรมการทราบภายในหกสิบวัน ถ้าหน่วยรับตรวจไม่ดำเนินการตามที่แจ้งโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คณะกรรมการแจ้งต่อกระทรวงเจ้าสังกัด หรือผู้ควบคุมกำกับหรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดแก่ผู้รับตรวจ

²⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 240

²⁰³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 39 (2)

²⁰⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 43

และเจ้าหน้าที่หน่วยรับตรวจผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือไม่อาจดำเนินการได้ให้คณะกรรมการรายงานต่อผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี²⁰⁵ และเพื่อให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัย จึงให้มีคณะกรรมการวินัยการเงินและการคลังขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นแก่เจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐที่คณะกรรมการกำหนด คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 โดยมีบทกำหนดโทษเป็นโทษปรับทางปกครอง²⁰⁶ ซึ่งความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุมีองค์ประกอบความผิด ดังนี้ 1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่ดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แบ่งแยกวงเงินจัดซื้อหรือจัดจ้างเพื่อให้อำนาจสั่งซื้อสั่งจ้างหรือวิธีการสั่งซื้อสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไปจากที่กำหนดไว้เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ²⁰⁷ 2) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่กำหนดราคากลางกำหนดคุณสมบัติผู้เข้าเสนอราคาจัดทำรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในการประกวดราคาหรือสอบราคาจัดซื้อหรือจัดจ้างปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งมีผลเป็นการกีดกันหรือเอื้อประโยชน์แก่ผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างรายใดรายหนึ่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ²⁰⁸ 3) เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่ปิดประกาศหรือจัดส่งเอกสารสอบราคาหรือประกวดราคาจัดซื้อหรือจัดจ้าง ละเลยไม่ปิดประกาศหรือจัดส่งเอกสารดังกล่าวให้แก่บุคคลหรือหน่วยงานอื่นเพื่อทราบหรือเผยแพร่ข่าวการจัดซื้อหรือจัดจ้างตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และหากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐจะต้องรับโทษหนักขึ้น²⁰⁹ 4) เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่พิจารณาผลการประกวดราคาหรือเปิดซองสอบราคา รับพิจารณาผู้เสนอราคาที่ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามเงื่อนไข โดยรู้หรือควรจะรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ²¹⁰ 5) เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่พิจารณาเสนอความเห็นให้ซื้อหรือจ้าง ไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับ

²⁰⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 44

²⁰⁶ “โทษปรับทางปกครอง” หมายความว่า โทษปรับโดยการหักเงินเดือนหรือค่าจ้าง หรือการเรียกให้ชำระเงินตามอัตราที่กำหนดไว้ในระเบียบ โดยแบ่งอัตราโทษปรับทางปกครองออกเป็น 4 ชั้น คือโทษชั้นที่ 1 ปรับไม่เกินเงินเดือน 1 เดือน โทษชั้นที่ 2 ปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 2 เดือน ถึง 4 เดือน โทษชั้นที่ 3 ปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 5 เดือน ถึง 8 เดือน และโทษชั้นที่ 4 ปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 9 เดือนถึง 12 เดือน

²⁰⁷ ข้อ 37 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

²⁰⁸ ข้อ 39 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

²⁰⁹ ข้อ 40 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

²¹⁰ ข้อ 41 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

กับหน่วยรับตรวจ หรือไม่พิจารณาเสนอให้ซื้อหรือจ้างผู้เสนอราคาต่ำสุด โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ²¹¹ 6) เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายหรือจ้าง ปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจ โดยมีขอบ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ²¹²

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สอดส่องมิให้มีการปฏิบัติตามข้อ 16 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ หากพบการหลีกเลี่ยงให้รายงานผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป เพื่อดำเนินการทางวินัยแก่ผู้หลีกเลี่ยง และแจ้งให้ผู้รักษาการตามระเบียบทราบ หรือข้อ 135 แห่งระเบียบดังกล่าว

(2) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีหน้าที่และอำนาจได้สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง และได้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต²¹³ กรณีที่เป็นเรื่องฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้เสนอเรื่องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย ส่วนกรณีนอกจากนี้ให้ส่งสำนวนการได้สวนไปยังอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง²¹⁴

ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ นั้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ “หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดทำข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะราคากลางและการคำนวณราคากลาง ไว้ในระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้

²¹¹ ข้อ 42 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

²¹² ข้อ 43 แห่งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ.2544

²¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234

²¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 235

ประชาชนสามารถเข้าตรวจดูได้” และมาตรา 103/8 กำหนดให้ “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่รายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้หน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง” โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้เสนอแนวทางการเปิดเผยราคากลางและการคำนวณราคากลางต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามมาตรา 103/8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวในการจัดซื้อจัดจ้าง 7 ประเภท ได้แก่ การจ้างก่อสร้าง การจัดซื้อจัดจ้างที่มีช่างานก่อสร้าง การจ้างควบคุมงาน การจ้างออกแบบ การจ้างที่ปรึกษาการจ้างหรือการให้เงินทุนสนับสนุนเพื่อการวิจัย และการจ้างพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วมีมติเห็นชอบให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยราคากลางและการคำนวณราคากลางเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2556 เห็นชอบตามหลักเกณฑ์แนวทางปฏิบัติการเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลาง และการคำนวณราคากลางตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. และกระทรวงการเสนอ ซึ่งมีผลให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบ ซึ่งครบกำหนดในวันที่ 11 สิงหาคม 2556 และเพื่อให้การปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ประกอบกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้จัดทำคู่มือแนวทางการเปิดเผยรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลาง และการคำนวณราคากลาง เป็นมาตรการบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งคำว่า หน่วยงานของรัฐ หมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานธุรการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานอื่นของรัฐ และหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐตามกฎหมายและได้รับเงินอุดหนุนหรือทรัพย์สินลงทุนจากรัฐ และคำว่า การจัดซื้อจัดจ้าง หมายความว่า การจ้างก่อสร้าง การจ้างควบคุมงาน การจ้างออกแบบ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างงานวิจัยหรือเงินสนับสนุนให้ทุนการวิจัย การจ้างพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ การจัดซื้อจัดจ้างที่มีช่างานก่อสร้าง อันเป็นการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบข้อบังคับ หรือกฎว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่การจ้างวิจัยหรือเงินสนับสนุนให้ทุนวิจัย ไม่ว่าการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้นจะใช้เงินจากงบประมาณ เงินกู้ เงินช่วยเหลือ หรือเงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐเองก็ตาม หากหน่วยงานใดฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการ ให้ถือว่าผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องมีความผิดวินัย หรือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง²¹⁵ ดังนั้น ในการดำเนินการจัดหาสินค้าหรือบริการไม่ว่าด้วยวิธีการจัดซื้อหรือการจัดจ้างหรือวิธีอื่นใดของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งไม่ว่าจะดำเนินการโดยใช้

²¹⁵ ตามมาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง และมาตรา 103/8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ.2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554

เงินงบประมาณ เงินกู้ เงินช่วยเหลือ หรือรายได้ของหน่วยงานของรัฐจะต้องเปิดเผยราคากลางตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าวทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ป.ป.ช. ยังมีบทบาทและหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งในตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐ คือ กรณีที่ประชาชนหรือผู้ที่ได้รับความไม่เป็นธรรมสามารถร้องเรียนต่อ ป.ป.ช. ว่า มีเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป มีพฤติการณ์ใช้อำนาจในการจัดหาพัสดุโดยมีเจตนาทุจริต เนื่องจาก ป.ป.ช. มีหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐและมีอำนาจในการไต่สวนและวินิจฉัยกรณีที่มีการกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการทางการเมืองอื่นกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หากข้อกล่าวหาใดมีมูลก็ให้ส่งรายงานไปยังผู้บังคับบัญชาเพื่อลงโทษทางวินัย และหากมีมูลความผิดทางอาญาด้วยก็ให้ส่งรายงานและเอกสารความเห็นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินคดีอาญาในศาลที่มีเขตอำนาจพิพากษาคดีโดยให้ถือว่าเป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและศาลต้องประทับรับฟ้องไว้พิจารณา²¹⁶ และยังมีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริงในกรณีที่มีพฤติการณ์ปรากฏว่า การดำเนินการซื้อ การจ้าง การแลกเปลี่ยน การเช่า การจำหน่ายทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐได้มีการกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ กรณีดังกล่าว ป.ป.ช. สามารถดำเนินการกล่าวโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีต่อไป หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิดที่ลักษณะคดีมีความเป็นความผิดเกี่ยวเนื่องเป็นความผิดเดียวกันกับบุคคลอื่น ป.ป.ช. ยังสามารถสอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้ เพื่อส่งรายงานให้กับสำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการให้มีการฟ้องร้องคดีในชั้นศาลโดยให้ถือว่าเป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือส่งผลการสอบสวนให้แก่พนักงานสอบสวนหาก ป.ป.ช. เห็นว่าการกระทำความผิดสมควรให้ดำเนินการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และแต่กรณี²¹⁷

(3) กระทรวงอุตสาหกรรม โดยสำนักมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลตรวจสอบ กรณีหากพัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างทำมีมาตรฐานอุตสาหกรรมตามประกาศ

²¹⁶ สุรพล นิตไกรพจน์. (2547). คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) กับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, น. 82.

²¹⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 242 มาตรา 14.

กำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรม หรือผู้ได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์ไว้กับกระทรวงอุตสาหกรรม หน่วยงานที่จัดทำต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะตามมาตรฐานดังกล่าว หรือ ในกรณี พัสตุที่ต้องการซื้อหรือจ้างทำมีรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการ ในการก่อสร้างแตกต่างจากมาตรฐานดังกล่าว แต่หน่วยงานที่จัดทำมีจำเป็นต้องกำหนด รายละเอียดหรือคุณลักษณะดังกล่าว ก็ให้ขอความเห็นชอบเป็นหนังสือกับกระทรวงอุตสาหกรรม

(4) คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ ผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชน ตรวจสอบได้ตามมาตรา 9(8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 โดยให้ หน่วยงานของรัฐจัดทำสรุปผลการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นรายเดือนทุกๆ เดือน ให้มีรายละเอียดเกี่ยวกับงานที่จัดซื้อหรือจัดจ้างวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ราคากลาง วิธีซื้อหรือจ้าง รายชื่อผู้เสนอราคาและราคาที่เสนอ ผู้ได้รับการคัดเลือกและราคาที่ตกลงซื้อหรือจ้าง เหตุผลที่ คัดเลือกโดยสรุป เลขที่และวันที่ของสัญญาหรือข้อตกลงในการซื้อหรือจ้าง เพื่อให้ประชาชนเข้า ตรวจสอบได้ กรณีเดือนใดไม่มีการจัดซื้อหรือจัดจ้าง หรือมีการยกเลิกโครงการหรือสัญญาหรือ ข้อตกลงในการซื้อหรือจ้าง ให้รายงานไว้ด้วย²¹⁸

5) คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

5.1) คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีอำนาจหน้าที่ กำหนดแนวทางวิธีปฏิบัติ แบบหรือตัวอย่างที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบ กำกับดูแลการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามแนวทางของกฎหมาย

5.2) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีอำนาจ หน้าที่เสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ต่อคณะกรรมการนโยบาย ติความและวินิจฉัยข้อหาหรือเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ตลอดจนยกเว้น หรือผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้

5.3) คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ มีอำนาจหน้าที่ออกประกาศ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดราคากลาง ติความ วินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือ พิจารณา ข้อร้องเรียนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว ตลอดจนยกเว้นหรือผ่อนผันกรณีไม่สามารถปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้

5.4) คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต มีอำนาจหน้าที่ กำหนดแนวทาง และวิธีการในการดำเนินงานโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

²¹⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 65 ง ลงวันที่ 24 มีนาคม 2558

กำหนดแบบข้อตกลงคุณธรรม ดีความและวินิจัยปัญหาข้อหาหรือ ตลอดจนพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับแนวทางดังกล่าว

5.5) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน มีอำนาจหน้าที่ พิจารณาและวินิจัยอุทธรณ์ที่หน่วยงานของรัฐส่งมา และพิจารณาข้อร้องเรียนกรณีเห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้

ผู้วิจัย เห็นว่า อำนาจหน้าที่ โดยส่วนใหญ่ ของคณะกรรมการ คณะต่างๆ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กหว.) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่พระราชบัญญัตินี้ได้แยกหน้าที่ต่างๆ ออกจากกันให้ชัดเจนเท่านั้น ไม่ว่าจะ เป็นอำนาจดีความ วินิจัยปัญหา พิจารณาข้อร้องเรียน หรือแม้แต่การยกเว้นหรือผ่อนผันตามกฎหมายทุกอย่าง ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ล้วนเป็นอำนาจหน้าที่ของ กหว. ทั้งสิ้น

(6) ศาลปกครอง

การควบคุมโดยศาลเป็นรูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกที่เก่าแก่ และแพร่หลายที่สุด ซึ่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้ออกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ไม่บังคับใช้การกระทำนั้นแก่กรณีของตน หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนแล้วแต่กรณีจึงถือได้ว่าประเทศใดที่ไม่มีระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการควบคุมฝ่ายปกครองระบบอื่นๆ อยู่แล้วก็ตาม ก็ไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง²¹⁹

นับตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองมีคดีพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐเป็นจำนวนมาก ข้อพิพาทโดยส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ ขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ซึ่งถือว่าเป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. 2542 และ โดยที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 กำหนดให้

²¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ความหมายและความสำคัญของการจัดตั้งศาลปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง 14, 1 (เมษายน 2538), น.7-9

การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ ดังต่อไปนี้ (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่กำหนดให้ประกาศจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป²²⁰ เช่น ฟ้องว่าประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฟ้องว่าการกำหนดเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น รวมถึงอาจมีคำขอให้คู่กรณี(หน่วยงานของรัฐ) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ดังนั้น ข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ผู้มีส่วนได้เสียหรือได้รับความเสียหายจึงสามารถอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่ง และหากไม่พอใจในคำสั่งก็สามารถยื่นฟ้องต่อองค์กรตุลาการ ซึ่งศาลปกครองถือเป็นองค์กรตุลาการที่มีบทบาทในการควบคุมกระบวนการ ขั้นตอน หรือการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมตามระเบียบที่ว่าด้วยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ คดีที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่มักจะเกิดขึ้น ดังนี้²²¹

(1) เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ เช่น วงเงินที่จะซื้อหรือจ้างเป็นอำนาจของรัฐมนตรี แต่หัวหน้าส่วนราชการอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง จึงเป็นการกระทำที่ไม่อำนาจ ไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 65

(2) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น มีพฤติการณ์สมยอมราคาระหว่างเจ้าหน้าที่พัสดุของส่วนราชการกับผู้เสนอราคาบางราย

(3) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 กำหนดให้หน่วยงานที่ดำเนินการประกวดราคาจะต้องประกาศร่างขอบเขตของงานลงเว็บไซต์ของหน่วยงานและกรมบัญชีกลาง กรณีที่หน่วยงานมิได้ประกาศร่างขอบเขตของงานดังกล่าวลงเว็บไซต์ของหน่วยงานและกรมบัญชี ย่อมเป็นการกระทำผิดรูปแบบ ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

(4) เป็นกระทำโดยไม่สุจริต เช่น การที่เจ้าหน้าที่เปิดซองสอบราคาเรียกรับสินบนจากผู้เสนอราคาเพื่อแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยราคาของผู้เข้าเสนอราคารายอื่นๆ

²²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 744/25550 ที่ 57/2554 และ ที่ 567/2554

²²¹ สมาคมนักบริหารพัสดุแห่งประเทศไทย, (2555), เอกสารประกอบคำบรรยายสัมมนาทางวิชาการ เรื่องคดีปกครองด้านการพัสดุ, น. 5-9

(5) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เช่น การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะของผู้เสนอราคาให้ใกล้เคียงกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะให้ใกล้เคียงกับสินค้าหรือใดข้อใดข้อหนึ่ง

(6) เป็นการกระทำที่สร้างชั้นตอนขึ้นโดยไม่จำเป็น เช่น การเพิ่มเงื่อนไขในประกาศประกวดราคาว่า ผู้ประสงค์จะเสนอราคาต้องเข้ามาดูสถานที่ก่อสร้างก่อนวันเสนอราคา หากผู้ประสงค์จะเสนอการรายใดไม่เข้าร่วมการดูสถานที่ก่อสร้างตามวันและเวลาที่กำหนด จะถูกตัดสิทธิ์ไม่ให้เข้าร่วมการเสนอราคาในชั้นตอนต่อไป

(7) เป็นการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ผู้ประกอบการมากเกินไป เช่น การกำหนดราคาค่าเอกสารประกาศประกวดราคาให้มีราคาสูงตามจำนวนเงินในการก่อสร้าง ย่อมเป็นการเพิ่มภาระให้ผู้ประกอบการโดยไม่เหตุอันสมควร

(8) เป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจไม่รับราคาของผู้เสนอราคาต่ำสุดในกระบวนการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2549 ทั้งที่ผู้เสนอการรายดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นตามเงื่อนไขข้อกำหนดของหน่วยงานที่จัดหามาแล้ว และระเบียบดังกล่าวมิได้ให้อำนาจให้กระทำเช่นนั้นได้

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

เป็นทราบกันดีแล้วว่าขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวมากมายหลายฉบับ ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวนั้นจะอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีความเข้มงวดในการใช้จ่ายเงินเพื่อบริการสาธารณะต่างๆ อันเป็นประโยชน์มหาชนและจะต้องมีกลไกตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากที่สุด และมีกระบวนการคัดเลือกที่เป็นไปโดยโปร่งใสและเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิทุกรายเข้าแข่งขันอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐยังคงมีปัญหาในการดำเนินการที่ขัดต่อความโปร่งใสมีส่วนร่วม และขัดต่อความเสมอภาคในงานบริการสาธารณะที่ภาครัฐประสงค์จะดำเนินการและผลทางกฎหมายจากการดำเนินการไม่ชอบดังกล่าว ตลอดจนปัญหาของกลไกตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ขาดประสิทธิภาพ ส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะและการพัฒนาประเทศโดยส่วนรวมอีกด้วย ผู้วิจัยขอจำแนกการวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

หลักความโปร่งใสและเปิดเผยถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่เรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอย่างโปร่งใสและเปิดเผยโดยให้มีการตรวจสอบความถูกต้องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ซึ่งเงื่อนไขข้อกำหนดในประกาศเชิญชวนก็เป็นวิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนผู้ประสงค์จะเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง การเปิดเผยให้ประชาชนได้มีโอกาสได้รับรู้นโยบายต่างๆ ของภาครัฐ และมีความมั่นใจว่าภาครัฐตั้งใจจริงในการดำเนินการตามนโยบาย นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินนโยบายผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ ประชาชนสามารถตรวจสอบ

การดำเนินงาน คำชี้แจง และแถลงการณ์ต่างๆ ของภาครัฐอันจะเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักความโปร่งใสได้เป็นอย่างดี แต่เมื่อพิจารณาจากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการคัดเลือกโดยเฉพาะวิธีการที่ไม่แข่งขันของหน่วยงานภาครัฐ เช่น วิธีตกลงราคา หรือวิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ หรือการใช้ดุลพินิจในการโฆษณาเผยแพร่ประกาศประกวดราคาหรือการแบ่งวงเงินซื้อหรือจ้างเพื่อให้วิธีการคัดเลือกเปลี่ยนแปลงหรือผู้มีอำนาจอนุมัติเปลี่ยนแปลง หรือการใช้อำนาจอนุมัติตัดสินใจ ในการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายบริหาร การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการซึ่งขัดต่อความโปร่งใสตามหลักธรรมาภิบาล โดยมีรายละเอียด เช่น

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการดำเนินการ

เมื่อทราบยอดเงินในการจัดหาแล้ว²¹⁴ ในการซื้อหรือการจ้างทุกวิธี เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้างโดยผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุเพื่อขอความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการในฐานะผู้บังคับบัญชา โดยวิธีที่ใช้ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทยจะกำหนดวิธีการคัดเลือกหลักๆ ไว้ 5 วิธี ตามที่ได้อธิบายแล้วในบทที่ 3 หน่วยงานที่จัดหาคงต้องพิจารณาดำเนินการโดยวิธีการคัดเลือกแบบแข่งขันเป็นสำคัญ คือ วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ และวิธี สอบราคา เว้นแต่กรณีจะเข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นให้สามารถดำเนินการโดยวิธีไม่แข่งขันได้ ได้แก่ วิธีคัดเลือก หรือวิธีเฉพาะเจาะจง แต่ในทางปฏิบัติหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องในกระบวนการขั้นเตรียมการมีแรงจูงใจที่ไม่เหมาะสมก็จะพยายามทำให้เข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ตัวอย่างเช่น

(1) กรณีหัวหน้าหน่วยงานของรัฐใช้ดุลพินิจการดำเนินการคัดเลือกด้วยวิธีพิเศษ (เดิม) โดยไม่ชอบ²¹⁵ กล่าวคือ ตามระเบียบพัสดุว่าด้วยการจ้างโดยวิธีพิเศษซึ่งเป็นวิธีการที่ไม่มีการแข่งขันหรือวิธีคัดเลือก²¹⁶ ในปัจจุบันนั้น จะต้องใช้ด้วยความระมัดระวังละเอียดรอบคอบ จะใช้ได้ต่อเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ดังนี้ (1) เป็นงานจ้างซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องจ้าง

²¹⁴ “ทราบยอดเงิน” เดิมตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 ให้คำจำกัดความของคำว่า “ทราบยอดเงิน” หมายถึง จบประมาณผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแล้ว แต่ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ให้คำจำกัดความของคำว่า “ทราบยอดเงิน” หมายถึง การทราบยอดเงินประมาณรายจ่ายประจำปีของหน่วยงานของรัฐที่ผ่านการพิจารณาในวาระที่ 1 ของรัฐสภาหรือสภากลางอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐนั้น หรือตามที่ได้รับอนุมัติจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาอนุมัติการใช้จ่ายงบประมาณ

²¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.218/2554

²¹⁶ มาตรา 56(1) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

ช่างผู้มีฝีมือโดยเฉพาะหรือผู้มีความชำนาญเป็นพิเศษ (2) เป็นงานจ้างซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องถอดตรวจให้ทราบความชำรุดเสียหายก่อนจึงจะประมาณค่าซ่อมได้ (3) เป็นงานที่ต้องกระทำโดยเร่งด่วน หากล่าช้าอาจเสียหายแก่ราชการ (4) เป็นงานที่ต้องปกปิดเป็นความลับของทางราชการ (5) เป็นงานที่จำเป็นต้องจ้างเพิ่มในสถานการณ์ที่จำเป็น หรือเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์ของทางส่วนราชการ และจำเป็นต้องจ้างเพิ่ม และ (6) เป็นเงินจ้างที่ได้ดำเนินการจ้างโดยวิธีการอื่นแล้วไม่ได้ผลดี ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ หากดำเนินการ โดยใช้เงินงบประมาณแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า การขอเบิกจ่ายเงินจากคลังตามงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณใด ให้กระทำได้แต่เฉพาะภายในปีงบประมาณนั้น เว้นแต่ เป็นงบประมาณรายจ่ายข้ามปี หรือ เป็นงบประมาณรายจ่ายที่ได้ก่อนนี้ผูกพันไว้ก่อนสิ้นปีงบประมาณ หรือ ได้รับอนุมัติให้เบิกเหลืออปีและได้มีการกักเงินไว้ตามระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินจากคลัง ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องมีแผนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ในทางปฏิบัติคงปฏิเสธไม่ได้ว่า หน่วยงานของรัฐ หลายแห่งไม่ได้ดำเนินการตามแผนการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงงบประมาณรายจ่ายในช่วงปลายปีงบประมาณหรือนำเงินงบประมาณที่ได้รับจัดสรรในปีนั้นๆ ไปใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ในด้านอื่นๆ

ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า สำนักงาน ก (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้รับจัดสรรงบประมาณเพิ่มเติมประจำปี 2541 และได้มีการอนุมัติให้ดำเนินการจัดจ้างก่อสร้างและต่อเติมอาคารเรียนของโรงเรียนในช่วงเดือนกันยายนของปีงบประมาณ นาย อ ผู้ช่วยผู้อำนวยการประถมศึกษาจังหวัดรักษากรแทนผู้อำนวยการการประถมศึกษาได้ออกประกาศประกวดราคาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนดังกล่าว และมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา ต่อมาวันที่ 29 กันยายน 2541 คณะกรรมการดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัด (ผู้ฟ้องคดี) ว่า เห็นควรยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้เสนอราคาทุกรายทำผิดเงื่อนไขและควรดำเนินการจ้างโดยวิธีพิเศษ ผู้ฟ้องคดีจึงมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาและจัดให้มีการจ้างโดยวิธีพิเศษ โดยดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการจัดจ้าง โดยวิธีพิเศษ การคัดเลือกผู้เสนอราคาและการอนุมัติจ้างแล้วเสร็จภายในวันเดียว คือวันที่ 30 กันยายน 2541 ต่อมาผู้ร้องเรียนถึงความไม่โปร่งใสในการจัดจ้าง สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) จึงได้สอบสวนทางวินัย ขณะเดียวกันผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบผลการสอบทางวินัย ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีถูกลงโทษไล่ออก ผลการสอบสวนความรับผิดชอบทางละเมิดให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งชดใช้ค่าเสียหาย โดยอ้างว่า การสั่งยกเลิกการประกวดราคาและอนุมัติให้จ้างโดยวิธีพิเศษเป็นการตั้งตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาและ

เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับเป็นงานที่ดำเนินการโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผลดี และต้องดำเนินการโดยเร่งด่วน หากล่าช้าจะเกิดความเสียหายแก่ทางราชการ เพราะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 30 กันยายน 2541 อันเป็นวันสิ้นปีงบประมาณ หากงบประมาณในการจ้างตกไป อาจถูกดำเนินการทางวินัย และผู้ฟ้องคดีมีอำนาจตามข้อ 24 (3) และ (6) ประกอบข้อ 52 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ ด้วยกฎหมายศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในประเด็นต่าง ดังนี้

ประเด็นแรก การก่อสร้างอาคารเรียนซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการก่อสร้างอาคารเรียนซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่า จะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 30 กันยายน 2541 ถือเป็นงานที่ต้องกระทำโดยเร่งด่วน หากล่าช้าอาจเสียหายแก่ราชการ และการอ้างว่าผู้เสนอราคากระทำผิดเงื่อนไข ถือเป็นงานที่ได้ดำเนินการจ้างโดยวิธีการอื่นแล้วไม่ได้ผลดีหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่ได้รับการจัดสรรงบประมาณเพิ่มเติม เมื่อใกล้สิ้นปีงบประมาณ เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีคาดหมายได้ว่าอาจใช้เงินงบประมาณดังกล่าวไม่ทันภายในปีงบประมาณนั้น และชอบที่จะให้กระทรวงเจ้าสังกัดขอทำความตกลงเพื่อขอถอนเงินงบประมาณไว้เบิกเหลือปีตามข้อ 63 วรรคสอง ของระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง พ.ศ. 2520 ซึ่งหากได้มีการขอถอนเงินดังกล่าวแล้ว แม้การประกวดราคาครั้งแรกจะถูกยกเลิกไปก็ยังสามารถจัดให้มีการประกวดราคา ครั้งต่อไปได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษแต่อย่างใด การที่ผู้ฟ้องคดีจัดให้มีการจ้างโดยวิธีพิเศษ โดยอ้างว่า เป็นกรณีที่ดำเนินการจ้างโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผลดีตามข้อ 24 (6) และข้อ 52 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จึงไม่อาจรับฟังได้ และการจัดจ้างเพื่อก่อสร้างอาคารเรียนก็ไม่มีลักษณะหรือความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการจ้างโดยวิธีพิเศษตามข้อ 24 (1) ถึง (5) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ประเด็นที่สอง การที่ผู้ฟ้องคดียกเลิกการประกวดราคาและจัดให้มีการจ้างโดยวิธีพิเศษเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อการจัดจ้างก่อสร้างและต่อเติมอาคารเรียนโรงเรียนไม่มีลักษณะหรือความจำเป็นต้องดำเนินการโดยวิธีพิเศษตามข้อ 24 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ทั้งยังไม่ปรากฏด้วยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือกระทรวงเจ้าสังกัดได้เร่งรัดให้ดำเนินการโดยเร่งด่วนหรือ หากไม่สามารถดำเนินการได้จะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด ตรงกันข้าม การดำเนินการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษเป็นเหตุให้ได้ราคาก่อสร้างสูงกว่าราคาที่ผู้เสนอราคายกต่ำสุดในการประกวดราคาที่ยกเลิกไปแล้วเป็นเงินจำนวน 729,850.59 บาท อันถือเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ทางราชการ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งให้ยกเลิกการประกวดราคาและอนุมัติให้จัดจ้างโดยวิธีพิเศษจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้ทางราชการ

ได้รับความเสียหาย จึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดตามมาตรา 10 ประกอบมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

จากกรณีศึกษาข้างต้น จะเห็นได้ ผู้มีอำนาจในการอนุมัติดำเนินการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดหาจากประกวดราคาเป็นวิธีพิเศษโดยอาศัยช่องว่างของระเบียบที่กำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนว่ากรณีอย่างไรจะถือว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน จึงทำให้สามารถใช้ดุลพินิจในการตีความได้กว้าง เป็นช่องว่างให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบในการตีความให้เข้าเงื่อนไขเพื่อเร่งรัดกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุจนอันเป็นสาเหตุให้รัฐต้องจ่ายค่าก่อสร้างสูงกว่าที่ควรจะเป็น และวิธีพิเศษนี้โดยปกติจะเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีการดำเนินการใดๆ ที่ออกมากระทบสิทธิของบุคคลภายนอกอื่นจะทำให้เกิดสิทธิอุทธรณ์ร้องเรียนตรวจสอบ มีเพียงผู้ประกอบการรายที่หน่วยงานจัดหาใช้ดุลพินิจเชิญให้มาทำสัญญาเท่านั้นที่จะทราบ กรณีดังกล่าวอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายได้ และเป็นการยากต่อการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการ ทั้งนี้เพราะเอกสารหลักฐานและวิธีดำเนินการดังกล่าวอยู่ในขั้นเตรียมการของฝ่ายปกครองอันเป็นเรื่องภายในของหน่วยงานของรัฐนั้นเท่านั้น จึงเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อหลักความโปร่งใส เปิดเผยการที่หน่วยงานภายนอกจะรับรู้ได้ก็แต่เฉพาะกรณี สัญญาจ้างดังกล่าวมีมูลค่าเกินกว่า 1 ล้านบาทที่จะต้องจัดส่งให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน แต่ก็เป็นเวลาภายหลังจากที่ลงนามในสัญญาไปแล้วซึ่งไม่อาจยับยั้งความเสียหายได้ทันกาล แม้ว่าสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะตรวจสอบพบว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาที่ดำเนินการไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกัน ควบคุมการใช้ดุลพินิจในการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่มีการแข่งขัน และให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความโปร่งใส จึงควรที่จะต้องกำหนดเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาตีความให้ชัดเจนแต่ละกรณีว่ามีความหมายอย่างไร และก่อนที่จะดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ หน่วยงานจะต้องประกาศชี้แจงเหตุผลในการดำเนินการดังกล่าวให้สาธารณชนรับทราบโดยเปิดเผยด้วย ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจอย่างอิสระและเพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการ

(2) ในกรณีที่พัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างเป็นพัสดุที่ได้ดำเนินการจัดหาไว้ก่อนแล้ว และมีความจำเป็นต้องทำการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมเพื่อความสมบูรณ์หรือต่อเนื่องในการใช้พัสดุนั้น โดยมูลค่าของพัสดุที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมจะต้องไม่สูงกว่าพัสดุที่ได้ทำการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนแล้ว ให้ใช้วิธีเฉพาะเจาะจงได้²¹⁷ หรือเดิมเรียกว่าวิธีพิเศษ กล่าวคือ หน่วยงานที่จัดหาสามารถเรียกผู้ขายหรือผู้รับจ้างรายเดิมที่ทำสัญญาไว้กับหน่วยงานแล้วเข้ามายื่นข้อเสนอได้ทันที

²¹⁷ มาตรา 56(2)(จ) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

ไม่ต้องประกาศประกวดราคาเพื่อให้มีการแข่งขันราคาแต่อย่างใด เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่พัสดุใช้ดุลพินิจโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันหรือกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการชี้แจงเหตุผลความจำเป็นที่ต้องจัดซื้อจัดจ้างเพิ่มเติมเพื่อความสมบูรณ์หรือต่อเนื้ออย่างใดต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติสามารถเข้าร่วมเสนอราคาได้ หรือเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการอื่นรวมแสดงความคิดเห็นตรวจสอบการดำเนินการอย่างเปิดเผย โปร่งใส เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของญี่ปุ่น กรณีที่หน่วยงานที่จัดหา จำเป็นต้องซื้อหรือจ้างเพิ่มได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีดำเนินการไว้อย่างน่าสนใจว่า ในกรณีที่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างมีความจำเป็นต้องใช้สินค้าที่มีคุณสมบัติเดิมที่เคยใช้มาแล้ว (Repeated use of Specifications) เพื่อความต่อเนื่องในการรับบริการจากผู้ประกอบการหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรชี้แจงเหตุผลให้ผู้ประกอบการทุกรายทราบด้วย โดยควรแจ้งตั้งแต่ต้นปีงบประมาณหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรเผยแพร่ข้อกำหนดคุณสมบัติของสินค้าฉบับร่าง เพื่อรับฟังความคิดเห็นในเว็บไซต์ของหน่วยงานกลางเป็นเวลาอย่างน้อย 30 วัน เพื่อประกอบดุลพินิจในการตัดสินใจ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการโดยวิธีการดังกล่าวเป็นไปได้โดยเปิดเผย โปร่งใส และเพื่อเพิ่มโอกาสให้มีการแข่งขันกันเสนอราคาแท้จริงเห็นควรนำแนวทางดังกล่าวมากำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐต่อไป

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการกำหนดราคากลาง

หลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ คือ หลักความคุ้มค่า ซึ่งในการดำเนินการกิจของรัฐจะต้องมีการเปรียบเทียบต้นทุนค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการดำเนินงาน ทั้งภายในหน่วยงานตนเองและหน่วยงานภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการดำเนินการกิจในลักษณะเดียวกัน เพื่อผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นว่ามีความคุ้มค่ากับเงินลงทุนที่เกิดจากการนำภาษีของประชาชนในดำเนินการ หากไม่คุ้มค่าก็ไม่ควรดำเนินการต่อไป ดังนั้น การกำหนดราคากลาง ซึ่งเป็นราคาตั้งต้นในการแข่งขันกันเสนอราคาของผู้เสนอราคาจึงเป็นสิ่งที่ไม่ควรมองข้าม แม้ว่าปัจจุบันจะพยายามสร้างกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการกำหนดราคากลางไว้จะมีมากมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้ใช้ราคาที่ได้มาจากการคำนวณตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดก่อน หากไม่มีราคดังกล่าวก็ให้ใช้ราคาตามฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุที่กรมบัญชีกลางจัดทำขึ้น หรือราคามาตรฐานที่สำนักงานประมาณกำหนดหรือหน่วยงานอื่นกำหนด และหากไม่มีราคดังกล่าวก็ให้ใช้ราคาที่ได้มาจากการสืบราคาจากท้องตลาด หรือราคาที่เคยซื้อหรือจ้างครั้งล่าสุดภายในระยะเวลาสองปีงบประมาณเป็นเกณฑ์โดยให้คำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญด้วยเพื่อกำกับการใช้ดุลพินิจ แต่ทว่าปฏิเสธไม่ได้ว่า สินค้าและบริการที่หน่วยงานของรัฐมีความต้องการจัดซื้อจัดจ้าง

มีมากกว่าสินค้าและบริการที่หลักเกณฑ์กำหนด และสินค้าและบริการดังกล่าวซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเป็นการยากสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ตายตัวได้ และไม่อาจกำหนดให้ครอบคลุมสินค้าและบริการทุกรายการที่หน่วยงานของรัฐจะทำการจัดหาได้ ซึ่งในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องการซื้อหรือจ้างพัสดุที่มีความซับซ้อนและไม่มีการกำหนดราคาไว้ในราคารามาตรฐานจึงจำเป็นต้องสืบราคาจากผู้ขายหรือผู้รับจ้าง ในการสืบราคาดังกล่าวนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งเป็นช่องว่างให้เจ้าหน้าที่พัสดุหรือคณะกรรมการกำหนดราคากลางของหน่วยงานที่จัดหาใช้ดุลพินิจในการกำหนดราคาตั้งต้นในการซื้อหรือจ้างได้อย่างอิสระ หากเจ้าหน้าที่พัสดุหรือคณะกรรมการกำหนดราคากลางติดต่อสืบราคาหรือขอคำปรึกษาจากผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดย่อมก่อให้เกิดความได้เปรียบผู้ประกอบรายนั้น อันมีผลกระทบต่อความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ และเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่พัสดุสามารถกำหนดเลือกใช้ราคาได้อย่างอิสระโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการ เช่น การกำหนดราคากลางงานซื้อพัสดุบางชนิดสูงกว่าราคาท้องตลาดมาก โดยใช้วิธีการสืบราคาจากผู้ผลิตหรือผู้รับจ้างบางรายเป็นเหตุให้รัฐต้องจ่ายเงินงบประมาณไปมากกว่าราคาสินค้าและบริการที่แท้จริง และหากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเลือกใช้วิธีดำเนินการที่ไม่มีแข่งขันหรือวิธีพิเศษ หรือ อาจใช้วิธีที่มีการแข่งขันแต่กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติที่เป็นการกีดกันผู้เสนอราคาขายที่ไม่ได้เป็นพวกตนโดยมีจุดประสงค์เพื่อจะฮั้วประมูล และนำส่วนต่างของราคากลางที่กำหนดไว้สูงจ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือที่เรียกว่า “เงินทอน” ความเสียหายก็ยิ่งสูงขึ้น กรณีจึงเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อความโปร่งใสและก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐจำนวนมากแม้ว่าปัจจุบันคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปป.ช.) จะได้กำหนดแนวทางการเปิดเผยราคากลางโดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งต้องประกาศเปิดเผยราคากลางเพื่อแสดงถึงความโปร่งใส แต่การเปิดเผยราคากลางดังกล่าวมีผลเพียงให้ประชาชนหรือผู้สนใจเข้าร่วมประมูลงานได้ทราบจำนวนเงินราคาตั้งต้นการดำเนินการเท่านั้น มิใช่สิ่งยืนยันหรือรับรองความชอบด้วยกฎหมายในการกำหนดราคากลางของหน่วยงานของรัฐ และอีกทั้งกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างก็ไม่ได้กำหนดข้อห้ามมิให้ผู้เสนอราคาเสนอราคาเกินกว่าราคากลางที่กำหนด ในทางปฏิบัติกรณีที่ผู้เสนอราคาเสนอราคาเกินราคากลางที่กำหนด เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะเรียกผู้เสนอราคามาต่อรองราคา ก่อน หากไม่เป็นผล ก็อาจยกเลิกหรือของบประมาณเพิ่มเติม โดยที่กฎหมายมิได้กำหนดวิธีดำเนินการต่อรองไว้แต่อย่างใด การกระทำของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจขัดต่อความโปร่งใส และอาจเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดว่าการกำหนดราคากลางของพัสดุที่จะทำการซื้อหรือจ้างในแต่ละครั้ง ราคากลางที่ทางราชการกำหนดจะต้องทำการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบล่วงหน้า และเพื่อเป็นมาตรการป้องกันการสมยอมในการเสนอราคาได้กำหนด

ข้อห้ามโดยชัดแจ้งว่า กรณีประกาศราคากลางที่แจ้งให้ทราบล่วงหน้านั้น ผู้เสนอราคาจะเสนอราคาที่สูงกว่าราคากลางที่กำหนดไว้ไม่ได้ ถ้าเสนอราคาสูงกว่าก็จะต้องตัดสิทธิในการเป็นคู่สัญญาของรัฐ และหากปรากฏว่าในการเสนอราคานั้นมีการสมยอมกัน ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นความผิดและจะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย

จากผลการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินพบว่า มีการกำหนดราคากลางของหน่วยงานของรัฐหลายแห่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การคำนวณราคากลาง โดยกำหนดราคากลางไว้สูงกว่าราคากลางที่ควรจะเป็นตามหลักเกณฑ์ โดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะแจ้งผลการตรวจสอบให้หน่วยรับตรวจดำเนินการหาผู้ต้องรับผิดชอบกรณีเกิดความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการคำนวณราคากลางและให้หน่วยรับตรวจตั้งกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดจนนำไปสู่การเรียกเงินคืนจำนวนมาก เช่น การคำนวณราคากลางงานก่อสร้างไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดวัสดุและค่าแรงสูงกว่าหลักเกณฑ์ หรือวัสดุบางรายการที่ต้องสืบราคาก็จะกำหนดราคาไว้สูงกว่ามากเมื่อเทียบกับหน่วยงานอื่นในพื้นที่เดียวกัน หรือการกำหนดจำนวนปริมาณ วัสดุมากกว่าแบบรูปรายการจำนวนมากก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินของแผ่นดิน อนึ่ง ผลการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในกรณีนี้เป็น การตรวจสอบการคำนวณราคาของคณะกรรมการกำหนดราคากลางซึ่งเป็นกระบวนการก่อนทำสัญญาแต่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจพบจากเอกสารสัญญาพัสดุที่หน่วยรับตรวจจัดส่งให้ภายหลังจากลงนามในสัญญาพัสดุแล้ว ดังนั้น การเรียกให้เจ้าหน้าที่พัสดุ หรือคณะกรรมการกำหนดราคากลางต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ และไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้จากการที่รัฐต้องจ่ายเงินงบประมาณสูงกว่าที่ควรจะต้องจ่ายจริง อีกทั้งยังเป็นการบั่นทอนขวัญกำลังใจในการทำงานของเจ้าหน้าที่พัสดุหรือคณะกรรมการราคากลางที่ต้องมารับผิดชอบ ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการเปิดเผยราคากลางของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไม่อาจยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้อย่างแท้จริง

ผู้วิจัยเห็นว่า กระบวนการกำหนดราคากลางของเจ้าหน้าที่ที่ให้ดุลพินิจในการสืบราคา วัสดุ ตลอดจนการกำหนดปริมาณ วัสดุและค่าแรงในงานก่อสร้างนั้น ไม่มีระบบการตรวจสอบเพื่อความโปร่งใสและมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง เพราะเป็นเรื่องการดำเนินการภายในฝ่ายปกครองที่ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่ อีกทั้งยังเป็นการใช้จ่ายเงินที่ไม่คุ้มค่าและไม่เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เงินงบประมาณแผ่นดินอันขัดต่อหลักความคุ้มค่าซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการกำหนด

ราคากลางของหน่วยงานของรัฐเป็นไปโดยเปิดเผยโปร่งใส เห็นควรกำหนดเป็น หลักเกณฑ์ ในกฎหมายเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกำหนดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ ควบคุมการใช้ดุลพินิจ โดยอิสระของเจ้าหน้าที่กำหนดราคากลาง เช่น หากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้าง มีมูลค่าการดำเนินการตามโครงการที่สูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด จะต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับ ของหัวหน้าส่วนราชการหรือบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นข้าราชการที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับงานที่ จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการกำหนดราคากลางด้วยอย่างน้อย 1 คน กรณีบุคคลภายนอก ห้ามมิให้ข้าราชการเกษียณเข้าเป็นกรรมการในหน่วยงานที่ตนเคยสังกัดอยู่ และ กำหนด เป็นหลักการสำคัญด้วยว่าห้ามมิให้ผู้เสนอราคาเสนอราคาเกินกว่าราคากลางที่ประกาศ ป้องกันการเรียกผู้เสนอราคาต่อรอง ทั้งนี้เพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการ

4.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการโฆษณาเผยแพร่เอกสาร

การดำเนินการ โฆษณาเผยแพร่เอกสารนี้ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะต้อง ดำเนินการตามระเบียบที่กำหนดไว้ เพื่อให้ประชาชนหรือผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ โดยระเบียบได้กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำไว้ให้เจ้าหน้าที่พัสดุใช้ดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาที่ เหมาะสมกับงานที่จะซื้อหรือจ้าง สำหรับวิธีการแข่งขันในปัจจุบันการประกาศเผยแพร่ไม่ว่าจะเป็น วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุดำเนินการ เผยแพร่ประกาศและเอกสารการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ทางเว็บไซต์ ของส่วนราชการและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง ไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และต้องมีช่วงเวลา สำหรับการจัดทำข้อเสนอของผู้ประสงค์จะเข้าเสนอราคาหลังปิดการให้หรือการจำหน่ายเอกสาร ประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ก่อนวันเสนอราคาไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ จะเห็นได้ว่าระเบียบได้ให้ อำนาจดุลพินิจหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะกำหนดระยะเวลาในการประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสาร และระยะเวลาในการคำนวณจัดทำเอกสารข้อเสนอทั้งวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ และวิธีประกวดราคา อิเล็กทรอนิกส์ได้ตามความเหมาะสมกับเงื่อนไขตามโครงการที่จัดหา แต่การที่ระเบียบกำหนด ระยะเวลาขั้นต่ำไว้ค่อนข้างน้อยเช่นนี้อาจเป็นช่องทางให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุกำหนดระยะเวลา ประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารให้กระชั้นเพื่อกีดกันหรือเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการรายใด รายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ การกำหนดระยะเวลากระชั้นนี้มีผลต่อการตัดสินใจเข้าร่วมแข่งขัน เสนอราคาและจำนวนผู้ประกอบการที่เข้าร่วมแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ เช่น กำหนดระยะเวลา โฆษณาเผยแพร่และระยะเวลาในการคำนวณ จัดทำเอกสารข้อเสนอที่น้อยเกินสมควรเมื่อเทียบกับ ข้อกำหนดเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาที่จะต้องเตรียม เช่น หนังสือรับรองผลิตภัณฑ์ หนังสือรับรองการเป็นตัวแทนจำหน่าย หรือการสั่งซื้อหรือการส่งผลิตสินค้าจากผู้ผลิตโดยตรง เป็นต้น

ซึ่งต้องให้ระยะเวลาเตรียมการพอสมควรในการดำเนินการดังกล่าว การกำหนดระยะเวลาประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารที่สั้น โดยไม่มีเหตุผลชี้แจงอันสมควรอาจขัดต่อหลักความโปร่งใสในการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้ และหากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีการปรึกษาหรือให้ข้อมูลรายละเอียดข้อกำหนดคุณลักษณะของพัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งก่อนการประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารย่อมก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ การใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารดังกล่าวจึงอาจขัดต่อหลักความโปร่งใส มีส่วนร่วมอย่างมีนัยสำคัญ และแม้ว่ากำหนดระยะเวลาตามประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นผลร้ายต่อผู้ประกอบการ และมีผลเป็นการกระทบสิทธิบุคคลที่มีคุณสมบัติเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ และถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป และสามารถฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานที่จัดทำก่อนตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดก็ตาม แต่เรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นเรื่องยากต่อการพิสูจน์ว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวถูกต้องเป็นธรรมหรือเอื้อประโยชน์ต่อผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือไม่ และในบางกรณีที่ถูกกระทบสิทธิซึ่งไม่อาจทราบได้ว่าการดำเนินการของเจ้าหน้าที่พัสดุดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจนการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแล้วเสร็จ ยากแก่การแก้ไขเยียวยาความเสียหายหรือยกเลิกเพิกถอนได้ ตัวอย่างเช่น กรณีโครงการจัดซื้ออุปกรณ์รองรับโครงการยกระดับโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม มูลค่า 4,308 ล้านบาทของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง โดยกำหนดระยะเวลาโฆษณาเผยแพร่ประกาศประกวดราคาเพียง 18 วันและเลือกประกาศในช่วงวันหยุดเทศกาล อีกทั้งยังกำหนดให้ส่งมอบงวดแรกภายในเวลา 45 วัน นับแต่ลงนามในสัญญา ปรากฏว่า มีผู้มาซื้อเอกสารประกวดราคาและเข้าร่วมเสนอราคาจำนวนหลายราย แต่เมื่อประกาศผลการคัดเลือกปรากฏว่า ปรากฏว่ามีผู้ผ่านการคัดเลือกที่ถูกต้องตามเงื่อนไขประกาศประกวดราคาแต่ละโครงการเพียงหนึ่งถึงสองรายเท่านั้น และในหลายโครงการราคาที่ได้ยังเป็นราคาที่สูงสุดในบรรดาผู้เสนอราคาที่ยื่นเสนอราคา และพบว่า รายการที่มีผู้เสนอราคาเสนอราคาถูกต้องตามเงื่อนไขเพียงรายเดียวและเสนอราคาสูงสุดนั้น เป็นตัวแทนจำหน่ายของบริษัทผู้ผลิตสินค้าที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าวใช้เป็นราคาอ้างอิงในการสืบราคา และยังพบอีกว่า มีบริษัทที่เป็นตัวแทนจำหน่ายกับบริษัทผู้ผลิตมีความสัมพันธ์กันทางครอบครัว กรณีจึงมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำที่เป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใด ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดระยะเวลาให้ผู้ประกอบการเตรียมการที่กระชั้นเกินสมควรเมื่อเทียบกับมูลค่างานตามโครงการที่สูง และกำหนดระยะเวลาส่งมอบงวดแรกที่รวดเร็ว อาจส่งผลกระทบต่อตัดสินใจเข้าร่วมประมูลงาน การเตรียมเอกสาร การเตรียมสินค้าของตัวแทนจำหน่าย หรือการผลิตสินค้าของผู้ประกอบการ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กรอบของระเบียบ

ของหน่วยงานที่จัดหา แต่ก็อาจเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อความโปร่งใส และไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดอย่างมีนัยสำคัญ เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุในเรื่องกำหนดวันโฆษณาประกาศเผยแพร่เอกสารของต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุว่า สำหรับวิธีคัดเลือกที่มีการแข่งขันนั้น ให้กำหนดระยะเวลาโฆษณาเผยแพร่เอกสารเชิญชวนให้เสนอราคาว่าต้องไม่น้อยกว่า 52 วัน ซึ่งกำหนดระยะเวลาขั้นต่ำไว้สูงมากเมื่อเทียบกับกระบวนการโฆษณาเผยแพร่เอกสารเชิญชวนของไทย และญี่ปุ่นได้กำหนดกระบวนการโฆษณาเผยแพร่เอกสารไว้ค่อนข้างน่าสนใจว่า การโฆษณาประชาสัมพันธ์กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้นไม่เฉพาะแต่วิธีแข่งขันเท่านั้น แต่ยังรวมถึงวิธีเฉพาะเจาะจงหรือที่เรียกว่าวิธีพิเศษอีกด้วย กล่าวคือ วิธีเฉพาะเจาะจง (Repeated use of Specifications) ต้องไม่น้อยกว่า 30 วัน และต้องประกาศตั้งแต่ต้นปีงบประมาณเพื่อรับฟังความคิดเห็น หรือการประกวดราคาแบบจำกัดหรือวิธีคัดเลือกของไทยนั้น ต้องไม่น้อยกว่า 20 วัน ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนต้องไม่น้อยกว่า 10 วัน สำหรับวิธีประกวดราคาให้เผยแพร่ร่างข้อกำหนดคุณสมบัติในเว็บไซด์ของหน่วยงานกลางเป็นเวลานานไม่น้อยกว่า 20 วัน และรวมทั้งสิ้นต้องไม่น้อยกว่า 50 วัน ก่อนวันสุดท้ายของการเสนอราคานับจากวันแรกที่เผยแพร่ข่าวในเว็บไซด์ของหน่วยงานกลาง จะเห็นได้ว่ากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุในต่างประเทศให้ความสำคัญในโฆษณาเผยแพร่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสในการดำเนินการและเกิดการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมมากที่สุด

4.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับการให้หรือขายเอกสารประกวดราคา

การกำหนดอัตราค่าขายเอกสารเป็นอีกเงื่อนไขที่ให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่ประสงค์หรือไม่สามารถที่จะเข้าร่วมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาได้ แม้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 46 วรรคสาม จะกำหนดว่า ในกรณีที่มีการขายให้กำหนดราคาพอสมควรกับค่าใช้จ่ายที่ทางราชการต้องเสียไปในการจัดทำสำเนาเอกสารประกวดราคา²¹⁸ ให้เป็นดุลพินิจเจ้าหน้าที่พัสดุกำหนดได้ตามสมควร พบว่า หน่วยงานของรัฐหลายแห่งใช้ดุลพินิจกำหนดราคาค่าเอกสารประกวดราคาโดยไม่ได้คิดจากค่าใช้จ่ายเฉพาะที่ทางราชการต้องเสียไปในการจัดทำสำเนาเอกสารประกวดราคา แต่คิดเป็นอัตราร้อยละของมูลค่างานที่จะซื้อหรือจ้าง โดยเฉพาะโครงการก่อสร้างจะกำหนดราคาค่าขายแบบมูลค่าสูงส่งผลให้ผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคาน้อยกว่าที่ควรมีผลเป็นการกีดกันการแข่งขันการเสนอราคาอย่างเป็นธรรมอย่างหนึ่งขัดต่อหลักความโปร่งใสและ

²¹⁸ร่างระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ข้อ 52 วรรค 3 ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมากำหนดไว้เช่นกัน

มีส่วนร่วม²¹⁹ อย่างหนึ่ง อีกทั้งในปัจจุบันการเข้าประมูลงานกับหน่วยงานของรัฐที่เปลี่ยนรูปแบบเป็นระบบอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ประกอบการที่สนใจสามารถดาวน์โหลดจากระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอิเล็กทรอนิกส์ กรณีจึงไม่มีเหตุจำเป็นต้องกำหนดให้มีการขายเอกสารประกวดราคาแต่อย่างใด การให้ประชาชนทั่วไปหรือผู้ที่สนใจสามารถดาวน์โหลดเอกสารการประกวดราคาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายนั้น เป็นการส่งเสริมให้ประชาชนหรือผู้ที่สนใจได้เข้ามามีส่วนร่วมตรวจสอบได้อีกทางหนึ่งอันเป็นการแสดงถึงความโปร่งใสในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้ ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐมีความโปร่งใสเป็นตามหลักธรรมาภิบาลและประชาชนทั่วไปได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมตรวจสอบการดำเนินการของรัฐผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างอย่างแท้จริงเห็นควรกำหนดเป็นหลักเกณฑ์สำคัญว่า ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงประกาศประกวดราคาและเอกสารที่เกี่ยวข้องโดยไม่มีค่าใช้จ่าย เว้นแต่กรณีที่มีเหตุจำเป็นเท่านั้น เช่น เป็นเรื่องความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐกำหนดขายเอกสารการประกวดราคาไว้สูงเกินควรจนทำให้ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ประสงค์หรือไม่สามารถที่จะเข้าร่วมการประกวดราคาได้

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า หลักความเสมอภาคนั้นเป็นหลักสำคัญประการแรกของบริการสาธารณะ นอกจากเอกชนทั่วไปจะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมแล้ว ยังรวมถึงการที่เอกชนจะเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐ โดยการประกวดราคาหรือเสนอราคาแข่งขันกันอย่างเท่าเทียมด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้บุคคลที่มีคุณสมบัติมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นในการเป็นคู่สัญญาของรัฐอย่างเป็นธรรม เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่กระทำการที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางหรือกีดกันเอกชนรายใดรายหนึ่งเพื่อให้เอกชนรายหนึ่งรายใดเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ หลักความเสมอภาคนี้รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติรับรองไว้ด้วย ดังนั้น ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคดังกล่าวด้วยแต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ พบว่า มีหลักเกณฑ์ที่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากกรณีดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ

การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ นั้น เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุที่ต้องการไว้ในรายงานขอซื้อขอจ้าง โดยเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่พัสดุที่สามารถกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุได้ตามความต้องการของหน่วยงาน

²¹⁹ หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ค่วนที่สุด ที่ กค (กวพ) 0421.3/ว 338 ลงวันที่ 3 กันยายน 2555

และการใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะต้องคำนึงหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้บุคคลที่มีคุณสมบัติมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นในการเป็นคู่สัญญาของรัฐอย่างเป็นธรรม เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องไม่กำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางหรือกีดกันเอกชนรายใดรายหนึ่งเพื่อให้เอกชนรายหนึ่งรายใดเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และด้วยเหตุผลที่หน่วยงานของรัฐต้องการพัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคา และการใช้ประโยชน์เหมาะสมกับการใช้งานของทางราชการ กฎหมายว่าด้วยการพัสดุนั้นได้วางหลักเกณฑ์การจัดหาพัสดุที่เกี่ยวกับคุณภาพตามมาตรฐานไว้ด้วยการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างให้หน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงคุณภาพ เทคนิค และวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น และห้ามมิให้กำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง หรือของผู้ขายรายใดรายหนึ่ง โดยเฉพาะ เว้นแต่พัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างตามวัตถุประสงค์นั้นมียี่ห้อเดียวหรือจะต้องใช้ยี่ห้อเดียวใด ก็ระบุยี่ห้อได้²²⁰ แต่ได้ผ่อนคลายเป็นข้อห้ามดังกล่าวโดยลำดับว่า ในกรณีพัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างทำ มีประกาศมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมแล้ว ให้กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะหรือรายการในการก่อสร้างตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และในกรณีที่ยังไม่มีประกาศมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมแต่มีผู้ได้รับจดทะเบียนไว้กับกระทรวงอุตสาหกรรมแล้ว ให้กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะให้สอดคล้องกับรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะตามที่ระบุไว้ในคู่มือผู้ซื้อที่กระทรวงอุตสาหกรรมจัดทำขึ้น และในกรณีจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการในการก่อสร้าง แตกต่างจากที่กล่าวข้างต้น ให้แจ้งสำนักมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และเมื่อได้รับหนังสือกระทรวงอุตสาหกรรมตอบรับทราบหรือไม่ทักท้วงแล้ว ให้ดำเนินการซื้อหรือจ้างต่อไปได้ หรือไม่รับพิจารณารายการนั้นแล้วแต่กรณี และ ในกรณีที่พัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างทำเป็นพัสดุที่มีผู้ได้รับใบอนุญาตแสดงเครื่องหมายมาตรฐาน ประเภท ชนิด หรือขนาดเดียวกัน (มอก.) และในขณะที่เดียวกันเป็นพัสดุที่มีผู้ผลิตจากโรงงานที่ได้รับการรับรองระบบคุณภาพ (ISO 9001) โดยมีผู้ผลิตตั้งแต่สามรายขึ้นไปให้กำหนดพัสดุดังกล่าวได้²²¹ จะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการให้การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างทำไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ส่งเสริมให้ใช้พัสดุที่มีคุณภาพดีได้รับมาตรฐาน ตลอดจนส่งเสริมให้ผู้ประกอบการ

²²⁰ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

²²¹ ข้อ 69 (4) พักตร์ที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุน ตามร่างกระทรวงการคลังว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยจะนำเอาหลักเกณฑ์ตามระเบียบข้อ 16 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐประกาศใช้เป็น กฎกระทรวง

พัฒนาผลิตภัณฑ์ให้มีคุณภาพอีกด้วย แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่พัสดุสอบถามกระทรวงอุตสาหกรรมในกรณีจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะหรือรายการในการก่อสร้าง แตกต่างจากที่ระบุในใบคู่มือซื้อ แต่ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่พัสดุจะทราบได้ว่าพัสดุที่ซื้อหรือจ้างทำนั้นมีกำหนดไว้ในใบคู่มือซื้อหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากเจ้าหน้าที่พัสดุของหน่วยงานที่จัดหามีได้มีความชำนาญในการพิจารณาคุณภาพมาตรฐานต่างๆ ของผลิตภัณฑ์ จึงเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่พัสดุใช้ดุลพินิจสอบถามข้อมูลจากผู้ประกอบการบางรายโดยตรง เพื่อใช้ในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในการเข้าแข่งขันกันเสนอราคาอย่างมีนัยสำคัญ พบว่า หน่วยงานของรัฐหลายแห่งฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนกระบวนการที่กำหนดไว้ อันกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ตัวอย่างเช่น

1) หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งได้กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของรถเกี่ยดินแตกต่างไม่สอดคล้องรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะตามที่ระบุไว้ในคู่มือซื้อที่กระทรวงอุตสาหกรรมจัดทำ โดยมีได้แจ้งให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมทราบก่อนดำเนินการ จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เพิกถอนประกาศประกวดราคา²²² กรณีนี้หน่วยงานของรัฐต้องการที่จะจัดซื้อรถเกี่ยดินจากผู้ประกอบการหนึ่งจึงได้กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะตามที่ผู้ประกอบการรายนั้นเสนอ มา ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้าแข่งขันเสนอราคาได้ จึงเป็นที่มาของการฟ้องเพิกถอนประกาศประกวดราคาผู้วิจัยเห็นว่า หากการจัดซื้อครั้งนี้ไม่มีผู้ใดฟ้องร้อง ก็จะมีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียวที่เข้าเสนอราคาได้ และหน่วยงานก็จะใช้ดุลพินิจที่ระบียบพัสดุให้อ่านใจไว้ว่า กรณีมีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียวหรือมีผู้เสนอราคาหลายรายแต่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว โดยปกติให้เสนอหัวหน้าส่วนราชการยกเลิกการประกวดราคานั้นแต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า มีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไป โดยไม่ต้องยกเลิกการประกวดราคา ให้คณะกรรมการต่อรองราคากับผู้เสนอการารายนั้น แล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าส่วนราชการต่อไปตามข้อ 51 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535²²³

2) หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งได้ประกาศประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่งรถยนต์ดับเพลิงกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะพัสดุเครื่องสูบน้ำดับเพลิง – ระบบท่อทาง

²²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.725/2555

²²³ ร่างระเบียบกระทรวงการคลังการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ข้อ 59 ก็นำมากำหนดไว้เช่นกัน

ว่าต้องผลิตจากโรงงานที่ได้รับการรับรองระบบบริหารงานคุณภาพ (ISO 9001 หรือ ISO 9002) และเป็นเครื่องสูบน้ำดับเพลิงที่ได้รับอนุมัติจดทะเบียนผลิตภัณฑ์จากสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการจำหน่ายและติดตั้งรถยนต์ดับเพลิงชนิดต่างๆ เห็นว่า การกำหนดรายละเอียดดังกล่าวเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้เสนอราคาบางรายและกีดกันไม่ให้มีการแข่งขันในการเสนอราคา คดีนี้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) ชี้แจงต่อศาลปกครองชั้นต้นว่า ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวยังมีได้มีการประกาศกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเครื่องสูบน้ำดับเพลิง – ระบบท่อทาง และจากการตรวจสอบรายชื่อผู้ได้รับการรับรองระบบบริหารงานคุณภาพ ไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบการรายใดที่ทำผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมดังกล่าวได้รับการรับรองระบบบริหารงานคุณภาพ (ISO 9001 หรือ ISO 9002) ในกิจการและขอบข่ายที่ได้รับการรับรองจาก สมอ. แต่ประการใด แต่มีผู้ประกอบการที่ได้รับอนุมัติจดทะเบียนผลิตภัณฑ์เครื่องสูบน้ำ ชนิดดูดทางเดียว จำนวน 9 รายโดยมีผู้ประกอบการรายเดียวที่เป็นผู้ผลิตเครื่องสูบน้ำชนิดดูดทางเดียวซึ่งสามารถใช้งานดับเพลิงได้และได้รับอนุมัติจดทะเบียนผลิตภัณฑ์จากสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมและมีรายละเอียดผลิตภัณฑ์ตรงตามที่ถูกฟ้องคดีกำหนด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อ 11 วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุไม่ได้กำหนดเป็นการบังคับว่า การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะพัสดุที่ต้องการซื้อจะต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะดังที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดไว้แต่อย่างใด ประกอบกับในขณะที่จัดทำเอกสารรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะพัสดุ สมอ. ยังมีได้มีการประกาศกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเครื่องสูบน้ำดับเพลิง – ระบบท่อทาง และไม่มีผู้ประกอบการรายใดที่ทำผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเครื่องสูบน้ำดับเพลิงดังกล่าวได้รับการรับรองระบบบริหารงานคุณภาพในกิจการและขอบข่ายที่ได้รับการรับรองจาก สมอ. กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้กำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของเครื่องสูบน้ำดับเพลิงที่ต้องการซื้อ นอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ที่ระเบียบกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวได้กำหนดไว้โดยไม่มีเหตุผลอันควร ซึ่งอาจมีผลเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายพัสดुरายอื่นสามารถเข้าแข่งขันในการเสนอราคาได้อย่างเป็นธรรม อีกทั้งอาจเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการที่มีเครื่องสูบน้ำดับเพลิงที่มีคุณลักษณะเฉพาะพัสดุดูต้องตรงตามเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาที่ถูกฟ้องคดีกำหนด²²⁴

จากตัวอย่างคดีของศาลปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาของหน่วยงานของรัฐกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจสอบถามข้อมูลจากผู้ประกอบการรายหนึ่งเพื่อใช้ในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ ส่งผลให้มีผู้มีสิทธิเสนอราคาเพียงรายเดียวที่มีคุณสมบัติ

²²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.291/2556

ตรงตามคุณลักษณะเฉพาะที่กำหนดดังกล่าว อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาค
เอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ

3) การประกวดราคาจัดซื้อหรือซ่อมบำรุงผิวจราจรของหน่วยงานแห่งหนึ่ง หน่วยงานที่
ดำเนินการจัดซื้อได้กำหนดเป็นเงื่อนไขในการเสนอราคาว่า “เครื่องจักรที่จะเสนอราคานั้นจะต้อง
เป็นเครื่องจักรที่หน่วยงานของตนหรือหน่วยงานอื่นเคยซื้อไว้ใช้งานมาก่อน” การกำหนดเงื่อนไข
ในการเสนอราคาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ของหน่วยงานที่จัดหว่าประสงค์จะซื้อ
เครื่องจักรโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นยี่ห้อและรุ่นใด ซึ่งหากเป็นเครื่องจักรยี่ห้อหรือรุ่นอื่นที่แตกต่าง
ไปจากนี้ย่อมไม่ได้รับการพิจารณา กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
เพราะจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประสงค์จะเข้ามา
เสนอราคาแข่งขันในลักษณะเอื้อประโยชน์แก่ผู้ประสงค์จะเข้าประกวดราคาบางรายเท่านั้น²²⁵

4) กรณีจากการตรวจสอบประกาศประกวดราคาหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง พบว่า
หน่วยงานของรัฐต้องการจะจ้างประกอบรถบรรทุกโดยกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของวัสดุ
ที่จะใช้ในการประกอบว่าต้องเป็นวัสดุที่ผลิตจากโรงงานที่ได้รับการรับรองระบบคุณภาพ หรือ ISO : 9001
ทั้งที่วัสดุดังกล่าวมีประกาศมาตรฐานอุตสาหกรรมกำหนดไว้แล้ว กรณีนี้เจ้าหน้าที่พัสดุ
ของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวชอบที่จะกำหนดเลขที่ประกาศมาตรฐานอุตสาหกรรมเท่านั้นสำหรับ
กรณีจึงเป็นการกำหนดรายละเอียดที่ไม่เป็นตามระเบียบที่กำหนดในเรื่องมาตรฐานคุณภาพ
และเป็นการกำหนดที่มากเกินไปจนอาจเป็นการกีดกันผู้ประสงค์เสนอราคารายใดรายหนึ่ง
อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องเข้าใจในเบื้องต้นก่อนว่า เจ้าหน้าที่พัสดุของหน่วยที่จัดหามีได้
มีความรู้ความเข้าใจในพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้างได้ทุกประเภท จึงเป็นสาเหตุให้ต้องมีการติดต่อ
ขอคำปรึกษาจากผู้ประกอบการในการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้าง
และการดำเนินการดังกล่าวนั้นก็เป็นการปฏิบัติของหน่วยงานที่จะซื้อหรือจะจ้างที่จะดำเนินการได้
อย่างอิสระ ไม่มีระเบียบกฎหมายห้ามเอาไว้ ส่งผลต่อการเอื้อประโยชน์ต่อผู้ขายหรือผู้รับจ้างราย
ที่หน่วยงานที่จัดหาติดต่อขอคำปรึกษาในการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ ก่อให้เกิดความได้เปรียบ
เสียเปรียบขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ต้องการให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม อนึ่ง
การกำหนดคุณลักษณะของพัสดุที่ต้องการซื้อหรือจ้างมีคุณลักษณะเฉพาะเป็นพิเศษหรือซับซ้อน
นั้น กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของญี่ปุ่นได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้
ในกรณีที่เป็นการจัดซื้อสินค้าที่มีความซับซ้อนสูง ยากต่อการกำหนดคุณสมบัติ (Specification)
ที่เหมาะสม หรือพิจารณาราคาที่เหมาะสมได้หากไม่มีการตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าก่อน

²²⁵ คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 160/2540

ล่วงหน้า ให้ทำวิจัยตลาดของสินค้าที่ต้องการจัดซื้อหรือทดสอบสินค้าก่อน หรือกรณีจำเป็นต้องขอข้อมูลสินค้าหรือทดสอบสินค้าจากผู้ผลิตล่วงหน้า และกำหนดมูลค่าขั้นต่ำของโครงการไว้ เพื่อหลีกเลี่ยงโครงการขนาดเล็กซึ่งอาจไม่คุ้มต่อการวิจัยตลาด และให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างติดต่อกับผู้ผลิตสินค้าทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ โดยต้องมีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ และข้อสำคัญที่ควรกำหนดไว้เป็นหลักในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของไทย คือ ในกรณีที่มีผู้ผลิตรายใดร่วมกำหนดคุณสมบัติของสินค้า ห้ามไม่ให้ผู้ผลิตรายนั้นเข้าร่วมประกวดราคา เว้นแต่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างสามารถรับรองได้ว่ามีการปฏิบัติที่เป็นธรรมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ การทำวิจัยตลาดหรือตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าจะต้องดำเนินการตั้งแต่ต้นปีงบประมาณ หรือเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ก่อนเริ่มปีงบประมาณ

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคา

นอกจากการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาแล้ว เงื่อนไขที่สำคัญอันจะทำให้การคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุขัดต่อความเสมอภาคเป็นไปโดยไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม คือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาหรือคุณลักษณะเฉพาะของผู้เสนอราคา เช่น การกำหนดทุนจดทะเบียน ประสบการณ์และผลงานที่ผ่านมาโดยปกติการกำหนดผลงานที่ผ่านมาจะใช้สำหรับกรณีส่งงานจ้างทำของหรืองานก่อสร้างที่ต้องการประสบการณ์ของผู้ที่จะมารับจ้างด้วยเป็นสำคัญ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หน่วยงานของรัฐได้นำหลักเกณฑ์การไปใช้กับการซื้อสินค้าสำเร็จรูปที่มีขายทั่วไปว่าผู้ประกอบการต้องมีสัญญาที่ขายสินค้าให้กับส่วนราชการไม่น้อยกว่า...บาท ในเอกสารประกวดราคาซื้อสินค้า ซึ่งโดยปกติแล้วสินค้าสำเร็จรูปที่มีขายโดยทั่วไปนั้นจะมีมาตรฐานรับรองในตัวผลิตภัณฑ์นั้นอยู่แล้ว ดังนั้น การกำหนดเพียงแค่ว่าสินค้าที่จะขายให้หน่วยงานของรัฐต้องมีมาตรฐานรับรองก็น่าจะเพียงพอแล้ว การกระทำดังกล่าวเป็นการกีดกันการเสนอราคาอย่างหนึ่ง หรือรายละเอียดอื่นๆ เช่น การกำหนดความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของเครื่องมืออุปกรณ์บางชนิด หรือการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของผู้รับจ้างต้องได้รับ ใบประกอบวิชาชีพ โดยกำหนดมากเกินไปจนความจำเป็นกับงานที่จะซื้อหรือจะจ้างอันมีลักษณะเป็นการกีดกัน แม้ว่าเจ้าหน้าที่พัสดุจะมีดุลพินิจในการกำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับผู้เสนอราคาได้ตามความเหมาะสมและความจำเป็นของงานที่จะซื้อหรือจ้าง แต่ใช้ดุลพินิจดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการที่สำคัญของการใช้ดุลพินิจซึ่งได้แก่ หลักความจำเป็น และเหมาะสม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของผู้เสนอราคาที่จะซื้อหรือจ้างและเงื่อนไขของผู้เสนอราคาก็ดีจะต้องคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นในการกำหนด โดยจะต้องไม่เป็นการกำหนดที่มากเกินไปจนความจำเป็น แต่เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการพัสดุให้อำนาจดุลพินิจส่วนราชการที่จัดหาที่จะกำหนดรายละเอียด

และคุณลักษณะเฉพาะดังกล่าวอย่างอิสระ ซึ่งในขั้นตอนการดำเนินการจัดทำข้อกำหนดรายละเอียด และคุณลักษณะเฉพาะนี้ ส่วนราชการมีอิสระที่จะขอคำปรึกษาหรือสอบถามจากบุคคลที่มีส่วนได้เสียทางการค้าโดยไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด ส่งผลให้การกำหนดอาจเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บุคคลบางกลุ่มหรือบางราย หรือ เรียกว่า ปัญหาการล็อกสเปค หรือ การฮั้วประมูลได้ และสัญญาพัสดุอีกจำนวนมากที่พบปัญหาการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะขัดต่อความเสมอภาคเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับจ้างรายใดรายหนึ่ง ตัวอย่างเช่น กรณีกำหนดว่ากำหนดคุณสมบัติเบื้องต้น “ผู้เสนอราคาจะต้องมีผลงานก่อสร้างทำเทียบเรือคอนกรีตเสริมเหล็ก หรืองานอาคารคอนกรีตเสริมเหล็ก หรือคอนกรีตเสริมเหล็กในทะเลหรือชายฝั่งทะเลแต่ละสัญญามีมูลค่าต่อสัญญาฉบับเดียวไม่น้อยกว่า 90 ล้านบาท ทั้งที่ในขณะนั้นมีผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนเพียงรายเดียว²²⁶ ของผู้มีสิทธิเข้าประกวดราคาว่า “ผู้เสนอราคาจะต้องมีเอกสารแสดงผลการติดตั้ง Prefabricated Vertical Drains (PVD) ในประเทศไทยภายในระยะเวลา 3 ปี ไม่น้อยกว่า 5,000,000 เมตร” ทั้งที่ในขณะนั้นมีผู้รับจ้างเพียงรายเดียวเท่านั้นที่มีผลงานติดตั้ง PVD รวมกันมากกว่า 5,000,000 เมตร²²⁷ หรือกรณีที่กำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องมีผลงานติดตั้งเครื่องมือกับหน่วยงานอุดมศึกษาโลก โดยมีมูลค่าไม่น้อยกว่า 100,000,000 บาท ทั้งที่ผู้รับจ้างในขณะนั้นมีเพียงแค່รายเดียวเท่านั้นที่มีผลงานดังกล่าว จากตัวอย่างดังกล่าว ถือว่าเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาในลักษณะกีดกันและเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคอย่างชัดเจน ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะนั้น เป็นอำนาจดุลพินิจของส่วนราชการ อันเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครองหากยังไม่ได้มีการประกาศโฆษณาเผยแพร่ให้บุคคลภายนอกทราบ ก็ถือว่ายังไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนอราคางาน กรณีจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะใช้สิทธิอุทธรณ์ได้

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาดังกล่าวมิให้มีการกำหนดที่มากเกินไปหรือการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในการแข่งขันกันเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ควรที่จะกำหนดมาตรการหรือระบบที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลในการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการที่มีหน้าที่กำหนดคุณสมบัติดังกล่าวว่า หากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้างมีมูลค่าการดำเนินการตามโครงการที่สูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด จะต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ

²²⁶ หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค(กวพ) 0408.4/12871 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2547

²²⁷ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 67/2540

หัวหน้าส่วนราชการหรือบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นข้าราชการที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับพัสดุหรือผู้แทนจากสภาวิชาชีพต่างๆ เกี่ยวกับงานที่จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยอย่างน้อย 1 คน กรณีบุคคลภายนอกห้ามมิให้ข้าราชการเกษียณเข้าเป็นกรรมการในหน่วยงานที่ตนเคยสังกัดอยู่ ซึ่งจะทำให้การกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาเป็น โดยถูกต้องและเป็นธรรม ป้องกันการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่สนใจได้มีโอกาสเข้าร่วมแข่งขันกันเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐได้อย่างเสมอภาคตามหลักความเสมอภาคในงานบริการสาธารณะ

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือจ้าง

ในเบื้องต้นต้องอธิบายให้ทราบก่อนว่าโดยปกติคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคาของทางราชการจะเป็นไปตามตัวอย่างประกาศประกวดราคาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดไว้ผู้มีสิทธิเสนอราคาจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ 1) เป็นผู้มีอาชีพขายพัสดุที่ประกวดราคาซื้อดังกล่าว 2) ไม่เป็นผู้ที่ถูกกระบุชื่อไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ทำงานของทางราชการและได้แจ้งเวียนชื่อแล้ว 3) ไม่เป็นผู้มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้เสนอราคารายอื่นที่เข้ายื่นข้อเสนอ 4) ไม่เป็นผู้ได้รับเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกัน ซึ่งอาจปฏิเสธไม่ยอมขึ้นศาลไทย เว้นแต่รัฐบาลของผู้เสนอราคาได้มีคำสั่งให้สละสิทธิ์ความคุ้มกันเช่นนั้น 5) ผู้เสนอราคาต้องไม่เป็นผู้ที่ถูกประเมินสิทธิผู้เสนอราคาในสถานะที่ห้ามเข้าเสนอราคาและห้ามทำสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด 6) บุคคลหรือนิติบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาต้องไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้ไม่แสดงบัญชีรายรับรายจ่ายหรือแสดงบัญชีรายรับรายจ่ายไม่ถูกต้องครบถ้วนในสาระสำคัญ 8) บุคคลหรือนิติบุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Government Procurement : e-GP) ต้องลงทะเบียนในระบบอิเล็กทรอนิกส์ของกรมบัญชีกลางที่เว็บไซต์ศูนย์ข้อมูลจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ 9) คู่สัญญาต้องรับและจ่ายเงินผ่านบัญชีธนาคาร เว้นแต่การจ่ายเงินแต่ละครั้งซึ่งมีมูลค่าไม่เกินสามหมื่นบาทคู่สัญญาอาจจ่ายเป็นเงินสดก็ได้ และ 10) คุณสมบัติอื่นที่ส่วนราชการมีดุลพินิจกำหนดได้ตามความจำเป็น เช่น ผลงานประเภทเดียวกันกับงานที่จ้างในสัญญาอื่น ศูนย์บริการหลังการขาย เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าตัวอย่างประกาศที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดนั้น คือการนำมาตรการทางระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีต่างๆ มากำหนดไว้ แต่สำหรับการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือการจ้างให้กระทำในเฉพาะการซื้อหรือการจ้างที่มีลักษณะหรือประเภทเดียวกันซึ่งต้องดำเนินการเป็นประจำและจำเป็นต้องจำกัดเฉพาะผู้มีความสามารถโดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก ประกาศให้ผู้สนใจทราบโดยเปิดเผย พร้อมส่งให้คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุดูด้วย เมื่อหัวหน้าส่วนราชการอนุมัติแล้วให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำ

ประกาศเชิญชวนเพื่อคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น โดยรายการในประกาศอย่างน้อยต้องแสดงรายการดังนี้ 1) รายละเอียดเฉพาะของที่ต้องการซื้อ หรืองานที่ต้องการจ้าง 2) ประสบการณ์ และผลงานของผู้เสนอที่มีลักษณะและประเภทเดียวกัน 3) สมรรถภาพ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ เครื่องมือ และ โรงงาน 4) ฐานะการเงิน 5) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาคัดเลือก 6) สถานที่ในการรับหรือขอซื้อเอกสารคุณสมบัติเบื้องต้น

การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือการจ้างนี้ พิจารณาได้จากงานจ้างก่อสร้างขนาดใหญ่ของส่วนราชการ เช่น กรมทางหลวง กรมทางหลวงชนบท กรมชลประทาน เป็นต้น โดยหน่วยงานของรัฐเหล่านี้จะประกาศคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นและจัดทำบัญชีผู้ที่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้นดังกล่าวไว้ เรียกว่า “บัญชีผู้ประกอบการ” โดยแบ่งชั้นตามศักยภาพของเครื่องจักร เงินทุน และประสบการณ์ ในการประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานเหล่านี้ ก็จะกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าร่วมเสนอราคาว่า จะใช้บัญชีผู้ประกอบบัญชีใด โดยหน่วยงานที่จัดหาจะเป็นผู้พิจารณาเองว่าจะใช้บัญชีผู้ประกอบชั้นใดกับโครงการใด ตามความเหมาะสม สมบุคคลที่ไม่ได้ขึ้นบัญชีผู้ประกอบไว้จึงไม่มีสิทธิเข้าร่วมเสนอราคา การที่ระเบียบเปิดช่องให้มีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือการจ้างและจัดทำบัญชีผู้ประกอบไว้ ทำให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่มีบัญชีผู้ประกอบการเป็นของตนเองจะใช้ดุลพินิจกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาเฉพาะที่ขึ้นบัญชีผู้ประกอบไว้เท่านั้น ส่งผลสำคัญในการแข่งขันราคาอย่างเสมอภาค ลดโอกาสให้ผู้มีคุณสมบัติเข้ามาเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ อันขัดต่อหลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ

แม้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐจะได้กำหนดให้มีคณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการมาทำหน้าที่ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการที่มีสิทธิเป็นผู้ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐก็ตาม แต่ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดคณะกรรมการดังกล่าวขึ้นเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการเดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (กวพ.) และตามข้อ 30 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดว่าในกรณีที่หน่วยงานที่ประสงค์จะคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือการจ้างให้กระทำได้ในกรณีที่จำเป็นต้องจำกัดเฉพาะผู้ที่มีความสามารถ โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก ประกาศให้ผู้สนใจทราบโดยเปิดเผย พร้อมทั้งส่งให้ กวพ. ด้วย ดังนั้น อำนาจของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่แตกต่างจาก กวพ. มากนัก

ดังนั้น เพื่อป้องกันปัญหาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่มีบัญชีผู้ประกอบการไม่ให้ใช้ดุลพินิจเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง เห็นควรมีบุคคลภายนอกที่มีความรู้

ความเชี่ยวชาญกับพัสดุหรืองานที่หน่วยงานต้องการจ้าง เช่น ตัวแทนสภาวิชาชีพ นักวิชาการ เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นของรัฐเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการในการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคา โดยเฉพาะงานก่อสร้างที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐขนาดใหญ่

4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาของคณะกรรมการ

โดยที่การดำเนินการของคณะกรรมการในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุยังอยู่ในขั้นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครองยังไม่มีผลไปกระทบสิทธิผู้เสนอราคา แต่อย่างไรก็ตาม การกีดกันการเสนอราคายังสามารถดำเนินการผ่านคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาได้ ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการประกวดราคาพิจารณาคุณสมบัติผู้เสนอราคาโดยละเอียดเพื่อหาข้อผิดพลาดของผู้เสนอราคา เช่น การไม่รับรองเอกสารเสนอราคาทุกแผ่น ไม่ประทับตราลงในเอกสารทุกแผ่น เอกสารไม่ครบถ้วนในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน โดยจะเหลือผู้เสนอราคาไว้เพียงรายเดียวซึ่งหน่วยงานสามารถใช้ดุลพินิจไม่ยกเลิกการประกวดราคานั้นได้ กรณีนี้ ผู้เสนอราคารายอื่นที่ไม่ผ่านการคัดเลือกไม่สามารถตรวจสอบเอกสารการเสนอราคาของผู้เสนอราคาที่ผ่านมาเพียงรายเดียวนั้นได้ว่าถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ หรืออาจใช้วิธีที่แยบยลกว่านั้น คือ โดยให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดผ่านเพียงรายเดียว ส่วนผู้เสนอราคารายอื่นยื่นเอกสารไม่ครบถ้วนหรือไม่ถูกต้อง แล้วใช้ดุลพินิจยกเลิกการประกวดราคาตามที่ระเบียบให้อำนาจไว้แล้วดำเนินการโดยวิธีพิเศษโดยเรียกรายที่หน่วยงานที่จัดหาได้เตรียมการไว้ วิธีการต่างๆ นี้แม้ผู้เสนอราคารายที่ไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น หรือ รายที่เป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดแต่หน่วยงานยกเลิกโดยใช้อำนาจตามที่ระเบียบกำหนดไว้จะสามารถอุทธรณ์ผลพิจารณาดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่หน่วยงานที่จัดหาก็สามารถชี้แจงเหตุผลตอบอุทธรณ์ผู้ประกอบการได้โดยชอบ จะเห็นว่าได้ในขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นมีรายละเอียดที่ซับซ้อนเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ประกอบการรวมหัวกันทุจริตได้ เป็นการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาคอย่างหนึ่ง และมาตรการทางกฎหมายโดยเป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจหยุดยั้งการดำเนินการดังกล่าวได้ สาเหตุประการหนึ่งที่เกิดจากองค์ประกอบของคณะกรรมการพิจารณาผลนั้น แต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานเดียวกัน ไม่มีบุคคลภายนอกเข้าร่วมจึงเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาศัยโอกาสที่ตนมีหน้าที่แสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่และขาดความเป็นอิสระโดยอาจถูกแทรกแซงการทำหน้าที่จากผู้บังคับบัญชาได้ เปรียบเทียบกับกระบวนการสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางระบบควบคุมการทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกของคณะกรรมการให้เป็นอิสระ ไม่ถูกแทรกแซงไว้ในขั้นตอนของการจัดหา โดยจะมีเจ้าหน้าที่สองฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยฝ่ายแรก คือ ผู้รับผิดชอบในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจะเป็นเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการที่ทำการจัดซื้อจัดพัสดุ

กับอีกฝ่ายหนึ่ง คือ คณะกรรมการสอบราคาซึ่งจะได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจะประกอบไปด้วยข้าราชการจากส่วนราชการต่างๆ เป็นองค์คณะทำหน้าที่ศึกษาข้อเสนอของผู้เสนอราคา ดังนั้น เพื่อให้การตรวจสอบการทำหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาผลในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยมีความเป็นอิสระและมีการตรวจสอบถ่วงดุล ควรที่จะกำหนดมาตรการหรือระบบที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการ และเพื่อป้องกันการแทรกแซงโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือรัฐมนตรีเจ้าสังกัด เช่น หากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้างมีมูลค่าการดำเนินการตามโครงการที่สูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด ต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของหัวหน้าส่วนราชการหรือบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นข้าราชการที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับพัสดุหรือเกี่ยวกับงานที่จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยอย่างน้อย 1 คน กรณีบุคคลภายนอกห้ามมิให้ข้าราชการเกษียณเข้าเป็นกรรมการในหน่วยงานที่ตนเคยสังกัดอยู่ เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมีความเสมอภาคในทุกขั้นตอนการดำเนินการ

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

จากหลักที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานอันมีผลต่อการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่างๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น แต่เมื่อพิจารณามาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาในฐานะหัวหน้าส่วนราชการในขั้นเตรียมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ อันเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอาจจะเว้นไม่ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น หรือการควบคุมด้วยการร้องทุกข์ที่ดี หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ดี ก็ไม่อาจจะยับยั้งหรือหยุดยั้งความเสียหายได้ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐคู่กรณีอาจลงนามในสัญญากับผู้ชนะกระบวนการเสนอราคาไปแล้ว ประกอบกับโดยธรรมชาติของผู้ประกอบการที่จะเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ ก็ไม่ยากเป็นความกับหน่วยงานของรัฐที่ตน

จะเข้าร่วมเสนอราคา ส่วนมาตรการควบคุมโดยองค์กรภายนอก ไม่ว่าจะเป็นควบคุม โดยทางการเมืองซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้นเป็นที่ทราบกันว่า นักการเมืองประเทศไทยส่วนใหญ่ล้วน เกี่ยวข้องกับธุรกิจ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องการโดยเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐเสียเอง โดยทางอ้อม หรือแม้แต่การควบคุมโดยองค์กรอิสระ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ดี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ดี นั้น ก็เป็นการควบคุมภายหลัง กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดำเนินการไปแล้วเสร็จจนได้ลงนามในสัญญาแล้ว และเมื่อตรวจสอบพบการกระทำความผิดและเกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบใช้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แต่อย่างก็ตาม ก็ไม่อาจเรียกให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบได้เต็มจำนวนความเสียหาย หรือไม่อาจเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายได้เลย ทำให้ประเทศชาติต้องสูญเสียเงินงบประมาณ ไป จำนวนมาก ในส่วนของเอกชนคู่สัญญาพัสดุ เมื่อลงนามในสัญญาแล้วจะผูกพันตามสัญญาดังกล่าว ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องต้องรับผิดชอบต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยแต่ อย่างไม่ใด ในขณะที่เดียวกันการควบคุมโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบที่ได้รับการยอมรับ มากสุด ในส่วนเรื่องการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ของศาลปกครองนั้น ศาลมีแนวทางการวินิจฉัยเป็นไปในทางที่ไม่คุ้มครองประโยชน์ของผู้ประกอบการภาคเอกชน เช่น จำกัดสิทธิผู้มีสิทธิฟ้องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากสัญญาลงนามไปแล้วผู้เสียหายก็ไม่อาจฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอน สัญญาดังกล่าวได้ หรือแม้แต่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับ การดำเนินการลงนามในสัญญาก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามที่ขอเนื่องจากเป็นคำฟ้องไม่เกี่ยวกับ ประโยชน์สาธารณะ จากเหตุผลดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการทางกฎหมายในการควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุในปัจจุบันนั้น ไม่อาจหยุดยั้งหรือ ระงับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเงินของแผ่นดินได้อย่างแท้จริง โดยที่การร้องทุกข์ อุทธรณ์ หรือ ฟ้องศาลนั้นเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน แต่เป็นส่วนน้อยเมื่อเทียบการจัดซื้อจัดจ้าง ทั่วประเทศ จากการศึกษาพบว่า การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับหรือมติคณะมนตรีที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริต คอร์รัปชัน สาเหตุส่วนหนึ่ง มาจากองค์กรตรวจสอบไม่สามารถตรวจสอบได้อย่างทั่วถึง และการตรวจสอบขององค์กรต่างๆ นั้น ก็มักจะเป็นการตรวจสอบภายหลังดำเนินการตามสัญญาแล้วแทบทั้งสิ้น ผู้วิจัยขออธิบาย ดังนี้

4.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายปกครองด้วยตนเอง

ผู้วิจัยขอแยกปัญหาของระบบการควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง 3 ลักษณะ ดังนี้ 1) การควบคุมโดยตำแหน่งที่เกี่ยวข้องการกระบวนการคัดเลือก 2) การร้องทุกข์ และ 3) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

1) การควบคุมโดยตำแหน่งเกี่ยวข้องกับการกระบวนกรคัดเลือกในกระบวนกรคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุจะมีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ คณะกรรมการต่างๆ ตลอดจนหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งในแต่ละขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1.1) ในการซื้อหรือการจ้างทุกวิธี เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้าง โดยผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุเพื่อความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการ ในฐานะผู้บังคับบัญชา เป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่ง ในรายงานขอซื้อหรือขอจ้างนั้น จะประกอบด้วยเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อหรือจ้าง รายการของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างที่จะจ้าง เช่น คุณลักษณะเฉพาะของพัสดุและจำนวน ที่ต้องการซื้อ หรือแบบรูปรายการรายละเอียดและ ปริมาณที่ต้องการจ้าง ราคากลางและรายละเอียดของราคากลาง วงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง วิธีที่จะซื้อ หรือจ้าง และเหตุผลที่ต้องซื้อหรือจ้างโดยวิธีนั้น โดยในขั้นตอนนี้ยังเป็นการขึ้นเตรียมการภายใน ฝ่ายปกครอง

1.2) คณะกรรมการกำหนดราคากลาง การกำหนดราคากลาง นั้น ถือเป็นปัญหาสำคัญ ในกระบวนกรคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ เพื่อให้ได้ราคากลางที่เหมาะสม อาจกำหนดโดย คณะกรรมการกำหนดราคากลางที่หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งขึ้นเพื่อพิจารณากำหนดราคากลางที่ ใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง แม้คณะกรรมการกำหนดราคาต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การกำหนดราคากลาง โดยเคร่งครัดและอยู่ในการควบคุมของหัวหน้าส่วนราชการ

1.3) คณะกรรมการการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างที่หัวหน้า ส่วนราชการแต่งตั้งขึ้นเพื่อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้าง เป็นปัญหาสำคัญ อีกประการหนึ่งอันเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริต

1.4) ในการดำเนินการซื้อหรือการจ้างแต่ละครั้ง ให้หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้ง คณะกรรมการขึ้น เพื่อปฏิบัติตามระเบียบนี้พร้อมกับกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาของ คณะกรรมการ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการรับและเปิดซอง ประกวตราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดตราคา คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ คณะกรรมการตรวจการจ้าง และในการซื้อการจ้างครั้งเดียวกัน ห้ามแต่งตั้งผู้ที่เป็นกรรมการรับและ เปิดซองเป็นกรรมการพิจารณาผลการประกวดตราคา หรือแต่งตั้งเป็นกรรมการเปิดซองสอบราคา หรือกรรมการพิจารณาผลการประกวดตราคา เป็น กรรมการตรวจรับพัสดุ

ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ว่การกระบวนกรคัดเลือกคู่สัญญาตามกฎหมายว่าด้วยพัสดุจะได้กำหนด ผู้ทำหน้าที่ควบคุมกระบวนกรคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุในวิธีการต่างๆ แต่ละขั้นตอนในรูปของ คณะกรรมการหลายคณะ เริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ คณะกรรมการกำหนดร่าง

คุณสมบัติของพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้าง คณะกรรมการกำหนดราคากลาง คณะกรรมการเปิดซอง สอบราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ แยกจาก เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ ทั้งนี้เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการต่างๆ เหล่านี้ยังอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการที่สามารถให้คุณให้โทษได้มีผลทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการขาดความเป็นอิสระ อีกทั้งองค์ประกอบของคณะกรรมการที่แต่งตั้งนั้นส่วนใหญ่ก็เป็นเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานเดียวกัน ไม่มีบุคคลภายนอกเข้าร่วมขาดการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่ จึงเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาศัยโอกาสที่ตนมีหน้าที่แสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การร้องทุกข์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 41(2) บัญญัติรับรองสิทธิว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของรัฐและได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 43(2) ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนมีอำนาจพิจารณาข้อร้องเรียนกรณี เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ ก็ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่จะร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือร้องเรียนไปยังหน่วยงานระดับสูงขึ้นไปเพื่อกำกับดูแลการ ดำเนินการดังกล่าวได้ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐของไทย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ เกี่ยวข้อง เริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าหน่วยงานระดับกรม ปลัดกระทรวง จนถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงล้วนมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุทั้งสิ้น ดังนั้นการร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ ร้องเรียนไปยังหน่วยงานระดับสูงขึ้นไปเพื่อกำกับดูแลการดำเนินการดังกล่าวอาจไม่ได้ผลดี เพราะ เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่พิจารณาข้อร้องเรียนอาจมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ร้องเรียนไม่ว่าทางตรงหรือ ทางอ้อมอันขัดต่อหลักความเป็นกลาง อีกทั้ง การร้องเรียนก็ไม่เป็นเหตุให้กระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุต้องระงับ หน่วยงานที่จัดหายังสามารถดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุต่อไปได้ สำหรับประเทศไทยนั้น หากเรื่องร้องเรียนนั้นไม่เป็นข่าว เรื่องนั้นก็จะมีเจียบหายไปเอง ดังนั้น กระบวนการร้องเรียนต่อหน่วยงานไม่อาจยับยั้งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้

3) การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องให้การกระทำ ทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไป คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นการเฉพาะรายย่อมอยู่ ภายใต้หลักดังกล่าวด้วย โดยองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่

ฝ่ายปกครองทำขึ้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และพิพากษาเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ ซึ่งนอกจากการควบคุมตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการแล้ว การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอนคำสั่งเอง หรือทบทวนตามคำขอของกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ด้วยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของระบบกฎหมายไทย นั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเกณฑ์การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองว่า จะต้องมีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนเสมอ ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะขั้นตอนการอุทธรณ์แล้ว ก็ให้บังคับตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว แต่หากกรณีไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้ก็จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²²⁸ ดังนั้น การอุทธรณ์บังคับเป็นระบบที่มีทั้งข้อดีและข้อด้อย เพราะแม้จะช่วยส่งเสริมให้มีการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองและลดจำนวนคดีพิพาทที่จะไปสู่ศาลหรือเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาพิพากษาของศาลหากมีการฟ้องคดี แต่หากมองอีกด้านขั้นตอนการอุทธรณ์บังคับก็อาจเป็นสิ่งที่ตัดสิทธิประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้ หากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ หรืออุทธรณ์เกินกำหนดระยะเวลา หรืออุทธรณ์ไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ นั้นกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ 1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ 2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ 3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน 4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้าย ตามมาตรา 37 วรรคสอง คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว เมื่อกฎหมายกำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองจึงอยู่ในบังคับที่จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองการพิจารณาผลของคณะกรรมการ คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอราคา

²²⁸ มาตรา 44 ภายใต้นบังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง

คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญา หรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา เป็นต้น การกระทำทางปกครอง เหล่านี้อาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่เข้ามาในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวได้ เช่น กรณีประกาศประกวดราคาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบกำหนด หรือ ประกาศกำหนด คุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเข้าร่วมเสนอราคาเป็นการกีดกัน หรือ ผลการพิจารณาของ คณะกรรมการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาไม่ชอบด้วย กฎหมาย เป็นต้น แต่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีของประกาศจัดซื้อจัดจ้าง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย เป็นหลักการว่าเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป²²⁹ ที่ไม่อาจอุทธรณ์และไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี กล่าวคือ มีลักษณะเป็นคำสั่งทั่วไปของฝ่ายปกครองที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่กำหนดคุณสมบัติกว้างๆ ไว้ เพื่อให้ผู้ที่มีคุณสมบัติตามคำสั่งที่ประสงค์จะเสนอตัวเข้าเป็น คู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐทราบ และมีสิทธิที่จะเสนอราคาตามเงื่อนไขและเวลาที่กำหนดทำนอง เดียวกับ “กฎ” และขณะเดียวกันก็มีผลเป็นรูปธรรมโดยใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่งเป็นการ เฉพาะในลักษณะเดียวกับ “คำสั่งทางปกครอง” เช่น ข้อพิพาทว่า ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วย หลักเกณฑ์ตามกฎหมาย การกำหนดคุณสมบัติคุณลักษณะเฉพาะทั้งของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างหรือ คุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเข้าร่วมเสนอราคากีดกัน เอื้อประโยชน์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.468/2553 สรุปได้ดังนี้ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าได้เข้าประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่ง พังตามประกาศของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง (ผู้ถูกฟ้อง) จำนวน 4 โครงการ โดยกำหนดให้มีการ แยกซองข้อเสนอเป็น 2 ซอง คือ ซองข้อเสนอด้านเทคนิคและซองข้อเสนอด้านราคา ผลปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับคัดเลือกทั้ง 4 โครงการ ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือร้องเรียนต่อสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยการตั้งข้อกำหนดประกาศประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีเห็น ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกวดราคาให้ยื่นซองประกวดราคาเป็น 2 ซอง เป็นการกีดกัน ผู้ฟ้องคดีมิให้เข้าร่วมการประกวดราคา ซึ่งขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และมาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงนำคดีมาฟ้อง ศาลปกครองขอให้ยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจ ตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิก การประกวดราคามีผลเป็นการขอให้เพิกถอนผลการประกวดราคาซึ่งอนุมัติโดยผู้ถูกฟ้อง คดีตามที่

²²⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 165/2551 และ 367/2552

คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอ และถือว่าเป็นการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีด้วย อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติผลการประกวดราคาดังกล่าวตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนผลการประกวดราคา ส่วนกรณีที่ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งดังกล่าว แม้จะเป็นประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดแต่เป็นกรณีมูลเหตุแห่งคดีเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง การฟ้องคดีดังกล่าวว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองโดยตรงจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนจึงจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เมื่อผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่รับคำเสนอราคา จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดียังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธินำข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่นเดียวกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า คดีนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ประกาศประกวดราคาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่ไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามแนววินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งหากผลปรากฏว่า ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมส่งผลให้การดำเนินการภายหลังจากนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และจะต้องเพิกถอนผลการประกวดราคาที่ได้ดำเนินการไปแล้วนั้น แต่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าการที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประกวดราคามีผลเป็นการขอให้เพิกถอนผลการประกวดราคาซึ่งอนุมัติโดยผู้ถูกฟ้องคดีตามที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเสนอ และถือว่าเป็นการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากจะทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าร่วมเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐแล้ว ยังไม่วินิจฉัยในเนื้อหาว่าประกาศประกวดราคานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการกีดกันผู้เสนอราคาอันขัดต่อหลักความเสมอภาคในการเข้าร่วมเสนองานต่อหน่วยงานของรัฐ แต่หลังจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกาศใช้ หลักการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้เปลี่ยนไปโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) ผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์ คือ ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐผู้มีสิทธิอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการประกาศผลการเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ²³⁰

2) ข้อห้ามอุทธรณ์ ผู้มีสิทธิอุทธรณ์จะยื่นอุทธรณ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่ได้ คือ การใช้เลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 การละเว้นการอ้างถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศเอกสาร หรือหนังสือเชิญชวน และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

3) ระยะเวลาอุทธรณ์ โดยที่ พระราชบัญญัติได้กำหนดเรื่องระยะเวลาอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะว่า ให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายในกำหนดระยะเวลา 7 วันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง จึงไม่นำระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2544 มาใช้ การกำหนดให้วันประกาศผลผู้ชนะเป็นเกณฑ์การนับระยะเวลาซึ่ง ไม่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธในคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

4) ระบบการพิจารณาอุทธรณ์ ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็ให้ดำเนินการตามความเห็นภายในระยะเวลา 7 วันข้างต้น หากไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ส่งความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังคณะกรรมการอุทธรณ์ ภายใน 3 วันทำการนับแต่วันที่ครบกำหนด 7 วัน คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาภายใน 30 วัน และขยายได้อีก 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วัน ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ส่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดก็ตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปการวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จให้ยุติเรื่อง และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องและเห็นว่าหน่วยงานของรัฐ

²³⁰ มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐค่าใช้จ่ายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนาม

ผู้วิจัยเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงระบบอุทธรณ์ดังกล่าว มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณา ดังนี้

1) การจำกัดสิทธิอุทธรณ์ในเรื่องการห้ามมิให้อุทธรณ์ การใช้เลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการคัดเลือกโดยไม่ชอบและเป็นมีการกีดกันการเสนอราคาอันขัดต่อหลักความเสมอภาค ผู้เสียหายจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวได้หรือไม่ การจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจเป็นช่องทางให้หน่วยงานของรัฐใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์การพิจารณาได้อย่างอิสระขาดการควบคุมตรวจสอบ

2) ระยะเวลาอุทธรณ์และการแจ้งผลอุทธรณ์ เห็นว่า การให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐนั้นภายในกำหนดระยะเวลา 7 วันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางกรณีจึงไม่นำระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2544 มาใช้ทำให้ระยะเวลาอุทธรณ์สั้นลงกว่าเดิม ส่วนการนับระยะเวลา 7 วันให้เริ่มนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางนั้น ไม่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองเฉพาะตัวโดยกำหนดให้วันประกาศผลผู้ชนะเป็นเกณฑ์การนับระยะเวลาซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวน่าจะเป็นการไม่ชอบ

3) ระบบการอุทธรณ์ที่มีสภาพเป็นการคุ้มครองชั่วคราวโดยอัตโนมัติโดยมีระยะเวลาอย่างน้อยกว่า 70 วัน ที่หน่วยงานที่จัดหาไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ระบบนี้อาจมีข้อดี กล่าวคือ หากยึดหลักการอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เกรงครัดเกินไปก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการเอกชนซึ่งไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ การที่อุทธรณ์เป็นเหตุให้ระงับยับยั้งกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอัตโนมัติจึงแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ในระดับหนึ่งภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่หากกรณีที่สัญญาพัสดุดังกล่าวนั้นเป็นบริการสาธารณะที่สำคัญ การที่คุ้มครองชั่วคราวโดยอัตโนมัติดังกล่าวโดยไม่มีข้อยกเว้นอาจส่งผลเสียมากกว่าผลดีที่จะได้รับจะการคุ้มครองผู้ประกอบการเอกชนเพียงรายเดียว ซึ่งรัฐต้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าประโยชน์ของผู้ประกอบการเอกชนเพียงไม่กี่ราย เป็นไปตามหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของ

ประชาชนโดยส่วนรวม อีกทั้ง อาจเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการอาศัยอำนาจของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ระดับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ผู้วิจัยเห็นว่า เพื่อประโยชน์สาธารณะและให้บริการสาธารณะได้รับการคุ้มครอง ควรจะกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายดังกล่าวว่า “เว้นแต่กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าคำสั่งที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการให้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไข ในภายหลัง และการคุ้มครองชั่วคราวหรือทุเลาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ” ตามแนวทางระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 72 วรรคสาม

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายฉบับนี้มีที่จากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหารอาจทำให้การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ขาดความเป็นอิสระได้

4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

1) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีหน้าที่และอำนาจได้สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง และได้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีที่เป็นเรื่องฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้เสนอเรื่องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย ส่วนกรณีนอกจากนี้ให้ส่งสำนวนการได้สวนไปยังอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ นั้น ป.ป.ช. ได้จัดทำคู่มือแนวทางการเปิดเผยรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลาง และการคำนวณราคากลางเป็นมาตรการที่บังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานว่าต้องประกาศเปิดเผยราคากลางตามแนวทางดังกล่าว หากหน่วยงานใดฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการ ให้ถือว่าผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องมีความผิดวินัย หรือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง ดังนั้น

ในการดำเนินการจัดหาสินค้าหรือบริการไม่ว่าด้วยวิธีการจัดซื้อหรือการจัดจ้างหรือวิธีอื่นใดของหน่วยงานของรัฐทุกแห่งไม่ว่าจะดำเนินการโดยใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ เงินช่วยเหลือหรือรายได้ของหน่วยงานของรัฐจะต้องเปิดเผยราคากลางตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าวทั้งสิ้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในทางปฏิบัติการเปิดเผยราคากลางมีประโยชน์เพียงเพื่อแสดงมูลค่าสูงสุดของสัญญาพัสดุให้กับประชาชน ผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคาทราบ แต่ไม่ใช่สิ่งที่ยืนยันว่าราคากลางดังกล่าวเป็นราคาที่ได้คำนวณตามหลักเกณฑ์ของมติคณะรัฐมนตรีหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องโดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ ตามที่ได้วิเคราะห์แล้วในปัญหาการกำหนดราคากลางว่าเป็นอำนาจดุลพินิจภายในฝ่ายปกครองของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุที่กำหนดได้ภายใต้หลักเกณฑ์โดยที่ปัจจุบันยังไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบการกำหนดราคากลางของหน่วยงานที่จัดหากรณีการกำหนดราคากลางนี้

นอกจากนี้ ป.ป.ช. ยังมีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริงในกรณีที่มีพฤติการณ์ปรากฏว่าการดำเนินการซื้อ การจ้าง การแลกเปลี่ยน การเช่า การจำหน่ายทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐใดมีการกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ กรณีดังกล่าว ป.ป.ช. สามารถดำเนินการกล่าวโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีต่อไป หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดที่ลักษณะคดีเป็นความผิดเกี่ยวเนื่องกับความผิดเดียวกันกับบุคคลอื่น ป.ป.ช. สามารถสอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ได้ เพื่อส่งรายงานให้กับสำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการเพื่อฟ้องร้องคดีในชั้นศาลโดยให้ถือว่าเป็นสำนวนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือส่งผลการสอบสวนให้แก่พนักงานสอบสวน หาก ป.ป.ช. เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นสมควรให้ดำเนินการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และแต่กรณี การดำเนินการทางอาญากับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้น เป็นการตรวจสอบภายหลังกระทำความผิดอาญาสำเร็จแล้ว ซึ่งจะต้องมีการกระบวนการสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดีกันทางศาลยุติธรรมต่อไป พบว่า การตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของ ป.ป.ช. เป็นการตรวจสอบหลังจากที่มีการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง การแสวงหาพยานหลักฐาน ความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดีส่งผลให้คดีขาดอายุความไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเงินงบประมาณที่เสียไป

2) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

การตรวจเงินแผ่นดินถือเป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติให้การตรวจเงินแผ่นดินกระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระ และเป็นกลาง มีหน้าที่และอำนาจวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบเงินแผ่นดิน ดังนี้ ตรวจสอบการรับจ่าย การเก็บรักษา และการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่นของหน่วยรับตรวจ หรืออยู่ความรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรีหรือไม่ และอาจตรวจสอบการใช้จ่ายเงิน การใช้จ่ายทรัพย์สินอื่นหรือการจัดซื้อจัดจ้างตามแผนงาน งานหรือโครงการของหน่วยรับตรวจ และแสดงความเห็นว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ เป็นไปโดยประหยัด ได้ผลตามเป้าหมายและมีผลคุ้มค่าหรือไม่ และให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินรายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการตรวจสอบแล้วปรากฏว่ามีข้อบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี ให้คณะกรรมการมีหนังสือแจ้งให้หน่วยรับตรวจชี้แจงหรือแก้ไขข้อบกพร่องหรือปฏิบัติให้ถูกต้อง หรือให้ดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดไว้แก่เจ้าหน้าที่หน่วยรับซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี และให้แจ้งให้คณะกรรมการทราบ ถ้าหน่วยรับตรวจไม่ดำเนินการตามที่แจ้ง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คณะกรรมการแจ้งต่อกระทรวงเจ้าสังกัด หรือผู้ควบคุมกำกับหรือรับผิดชอบของหน่วยรับตรวจดำเนินการตามกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนที่ราชการหรือหน่วยรับตรวจกำหนดแก่ผู้รับตรวจและเจ้าหน้าที่หน่วยรับตรวจผู้รับผิดชอบตามควรแก่กรณี ในกรณีที่มิข้อโต้แย้งหรือไม่อาจดำเนินการได้ให้คณะกรรมการรายงานต่อผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี จะเห็นได้ว่าเป็นการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินภายหลังดำเนินการไปแล้วว่าเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ อย่างไร และแจ้งให้หน่วยรับตรวจดำเนินการตามข้อสังเกตเท่านั้น และมีคณะกรรมการวินัยการเงินและการคลังคณะทำหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ นั้น โดยที่องค์ประกอบของความคิดตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2542 นั้น

ผู้กระทำผิดจะต้องจงใจละเลย ฝ่าฝืนข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องการแบ่งซื้อแบ่งจ้าง การกำหนดราคากลาง การกำหนดคุณสมบัติ การพิจารณาผลไม่ชอบ จะต้องเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐด้วย ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการทางวินัย ทางงบประมาณและการคลังจึงเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุภายหลังจากที่ได้ลงนามในสัญญาไปแล้ว ทั้งสิ้น การลงโทษตัดเงินเดือนผู้กระทำ ความผิดกฎหมายวินัยการเงินและคลัง ตลอดจนประกาศในราชกิจจานุเบกษาถึงการกระทำผิด ดังกล่าว ซึ่งไม่อาจยับยั้งความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายใน กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุได้

ตามที่ได้กล่าวแล้วก่อนหน้าว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น มีเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องตั้งแต่เจ้าหน้าที่พัสดุจนถึงรัฐมนตรี ดังนั้น หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน แจ้งผลการตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแล้ว หัวหน้าหน่วยงานไม่ดำเนินการ รายงานให้ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปเพื่อดำเนินการทางวินัยแก่ ผู้หลักเลียงนั้น อาจไม่เป็นผล เพราะผู้บังคับบัญชาดังกล่าวอาจเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น ดังนั้น การแจ้งให้ดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ ผู้หลักเลียงอาจไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ

3) คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ

คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการกำหนดให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ ผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องจัดไว้ให้ประชาชน ตรวจสอบได้ตามมาตรา 9(8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 โดยให้ หน่วยงานของรัฐจัดทำสรุปผลการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นรายเดือนทุกๆ เดือน ให้มีรายละเอียดเกี่ยวกับงานที่จัดซื้อหรือจัดจ้างวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ราคากลาง วิธีซื้อหรือจ้าง รายชื่อ ผู้เสนอราคาและราคาที่เสนอ ผู้ได้รับการคัดเลือกและราคาที่ตกลงซื้อหรือจ้าง เหตุผลที่คัดเลือก โดยสรุป เลขที่ และวันที่ของสัญญาหรือข้อตกลงในการซื้อหรือจ้าง เพื่อให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ กรณีเดือนใด ไม่มีการจัดซื้อหรือจัดจ้าง หรือมีการยกเลิกโครงการหรือสัญญาหรือข้อตกลงในการ ซื้อหรือจ้าง ให้รายงานไว้ด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่า รายงานสรุปข้อมูลจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวนี้ จะมีประโยชน์ในแง่การแสดงความ โปร่งใสในการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุเท่านั้น แต่ไม่สามารถยืนยันได้ว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดังกล่าวกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และเป็นการ ดำเนินการภายหลังจากที่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแล้วเสร็จ การแสดงข้อมูลจัดซื้อจัดจ้าง ที่จะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ควรจะเป็นการจัดทำแผนจัดซื้อจัด

จ้างในปีงบประมาณหนึ่งๆ ของหน่วยงานให้ประชาชนทั่วไปได้สามารถเข้าถึงได้และอย่างน้อย ต้องไม่ครบเกิน 1 เดือนหลังจากขึ้นปีงบประมาณใหม่

4) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐหรือเดิม คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ ตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัติ ผู้วิจัยเห็นว่า การให้คำปรึกษาแนะนำ หรือการตีความและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง หรือระเบียบ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินั้นจะเป็นเป็นการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีๆ ไป ไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ดำเนินการไปแล้ว โดยอาจจะเป็นประโยชน์ ในแง่ที่เป็นแนวทางการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างในอนาคตเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐยังมีอำนาจ ในการพิจารณาอนุมัติยกเว้นหรือผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกตาม ความในพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ การยกเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายใช้สำหรับกรณี ฝ่ายปกครองยังไม่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างแต่มีความจำเป็นต้องขอยกเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง ส่วนกรณีการผ่อนผันไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครอง ได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างไปแล้วปรากฏว่ามีกรณีไม่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการ จัดซื้อจัดจ้างเกิดขึ้นทำให้การดำเนินการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองดังกล่าวสามารถ ขออนุมัติผ่อนผันกับคณะกรรมการดังกล่าวได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โดยที่คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้มีรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลังรักษาการ การแต่งตั้งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการต่างๆ ก็อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่จะพิจารณา ทำให้การทำหน้าที่ของคณะกรรมการ อาจขาดความเป็นอิสระ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ให้อำนาจคณะกรรมการดังกล่าวให้สามารถอนุมัติยกเว้นไม่ดำเนินการตามกฎหมายได้ อาจเป็น ช่องทางให้ฝ่ายบริหารหรือนักการเมืองใช้เป็นเครื่องมือของอนุมัติยกเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ที่เกี่ยวกับการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน การยกเว้นไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายที่มีเจตนารมณ์ต้องการให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการ แข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน และ ตรวจสอบได้นั้น เกิดความไม่โปร่งใสในการดำเนินการ และทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ

และคณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาขออนุมัติผ่อนผันกรณีมีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเกิดขึ้นทำให้การดำเนินการไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

แสดงให้เห็นว่ามาตรการตามกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ไม่มีสภาพบังคับอย่างจริงจัง ขาดประสิทธิภาพ เพราะสามารถขออนุมัติผ่อนผันได้ และการทำงานที่ของคณะกรรมการดังกล่าวในการอนุมัติผ่อนผันก็ขาดการตรวจสอบถ่วงดุล และเกิดปัญหาในทางกฎหมายว่า หากกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดของระเบียบคณะกรรมการว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน การอนุมัติผ่อนผันกรณีดังกล่าวของคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ จะทำให้ความผิดระงับลงหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมีผลใช้บังคับอย่างแท้จริง เห็นควรยกเลิกอำนาจยกเว้นหรือผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของคณะกรรมการดังกล่าว

5) ศาลปกครอง

การควบคุมโดยศาลเป็นรูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกที่เก่าแก่และแพร่หลายที่สุด ซึ่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้ออกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้น เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ไม่บังคับใช้การกระทำนั้นแก่กรณีของตน หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน นับแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองได้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐเป็นจำนวนมาก ข้อพิพาทโดยส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ให้ศาลปกครองวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ โดยถือว่าเป็นการฟ้องเพิกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาทงปกครอง พ.ศ. 2542 และโดยที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ ดังต่อไปนี้ (1) การตั้งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่กำหนดให้ประกาศจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป²³¹ เช่น ฟ้องว่าประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฟ้องว่าการกำหนดเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น รวมถึงอาจมีคำขอให้คู่กรณี(หน่วยงานของรัฐ) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจากกระบวนการ

²³¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 744/25550 ที่ 57/2554 ที่ 567/2554

คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวทางคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่อง การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(1) กรณี ฟ้องเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายหลัง หน่วยงานของรัฐ ลงนามในสัญญาพัสดุไปแล้ว

ตัวอย่างเช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ผู้ฟ้องคดี โครงการจ้างเหมาก่อสร้างที่ทำการ ตำรวจภูธรจังหวัดหนึ่งพร้อมส่วนประกอบจำนวน 1 หลัง ผลการประกวดราคาปรากฏว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด ส่วนผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำลำดับสอง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ผู้ว่าราชการจังหวัด และคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และ 2 กระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่คัดเลือกให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เป็นผู้ชนะการประกวดราคา เนื่องจากหนังสือรับรองผลงานของห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เป็นหนังสือรับรองผลงานที่ไม่ถูกต้อง เป็นเหตุให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. ขาดคุณสมบัติในการยื่นซองประกวดราคา ประกอบกับการเสนอราคา ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เป็นการเสนอราคาโดยมีเงื่อนไขซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ผู้ฟ้องคดีได้ ทำหนังสือร้องเรียนไว้แล้ว แต่ต่อมาผู้ฟ้องคดีที่ 1 ได้ลงนามในสัญญาจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. ผู้ฟ้องคดี เห็นว่า ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีจึงขอให้ศาลพิพากษาระงับ โครงการก่อสร้างอาคารที่ทำการตำรวจภูธรดังกล่าวไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด และ ขอให้สั่งเพิกถอนคำสั่งรับราคาและสัญญาผูกพันของผู้ฟ้องคดีที่ 1 และเพิกถอนการกระทำของผู้ฟ้องคดีที่ 2 ไว้จนกว่าจะมีความคำพิพากษาถึงที่สุด ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีได้ นำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยมิได้กล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่าหากศาลพิพากษาให้เพิกถอนสัญญาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้มีสิทธิได้รับจ้างตามกฎหมายหรือไม่ กรณีจึงไม่เป็นที่แน่นอนว่าถ้าศาลพิพากษาให้ ตามคำขอผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้รับจ้างในประกวดราคาค้างนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายโดย มิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะนำประเด็นดังกล่าวมาฟ้องศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่รับคำฟ้อง ในประเด็นนี้ไว้พิจารณา²³² กรณี ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ศาลไม่รับคำฟ้องในประเด็นขอเพิกถอนสัญญา ที่ได้ลงนามไปแล้ว โดยตีความพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 42 วรรคแรก ในเรื่อง ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงไม่รับคำฟ้องในประเด็นดังกล่าว โดยยังมีได้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีที่กล่าวอ้างกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าจะมีการเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้หรือไม่ แม้ต่อมาศาลจะวินิจฉัยว่าคำสั่งรับราคาผู้เสนอราคา ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้อีก

²³² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 245/2549

หรือคำสั่งศาลปกครองกลางที่ไม่รับคำฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญา โดยเห็นว่า ผู้ฟ้องคดี มิได้เป็นคู่สัญญาในการซื้อขายรถยนต์บรรทุกเป็นแต่เพียงผู้ร่วมยื่นซองประกวดราคาเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาที่จะมีสิทธิ ฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาข้างต้นได้²³³ หรือคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ว่า บุคคลที่อาจได้รับ ผลกระทบจากข้อสัญญาย่อมมีเพียงผู้ที่เป็คู่สัญญาเท่านั้น ผู้ที่มีได้เข้าเป็นคู่สัญญาไม่เป็นผู้ได้รับความ เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²³⁴

อาจกล่าวได้ว่า หากหน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญากับผู้เสนอราคารายใดไปแล้ว ผู้เสนอ ราคาก็ได้รับความเสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ จะฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญาที่ทำไป แล้วไม่ได้ เห็นว่าศาลปกครองไทยได้นำแนวคิดระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีทฤษฎีว่า ด้วย “การกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable) จากข้อสัญญานั้นมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดี

(2) กรณีศาลรับคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ แต่กระบวนการทำสัญญายังดำเนินต่อไป ตัวอย่างเช่น

(2.1) กรณี บริษัท อ. ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาของ หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ปฏิเสธไม่รับซองข้อเสนอ ของผู้ฟ้องคดี และขอให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ โดยให้ระงับ การพิจารณาด้านเทคนิคและการประกาศผลการพิจารณาของด้านเทคนิคครั้งนี้ไว้ก่อน จนกว่าจะมีคำพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำวินิจฉัยว่า เหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับซองข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีเนื่องจาก ผู้ฟ้องคดียื่นหนังสือคัดค้านซองไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคา แม้ผู้ถูกฟ้องคดี จะรับซองข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีไว้ ก็มีได้แน่นอนว่าคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาจะต้อง พิจารณาข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีต่อไป กรณีจึงยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพาทฯ โดยออกคำสั่งให้ระงับการพิจารณาของด้านเทคนิคและ การประกาศผลการพิจารณาของด้านเทคนิคในการประกวดราคาครั้งนี้ไว้ก่อนจนกว่าศาล จะมีคำพิพากษาในคดีได้²³⁵

²³³ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1884/2545

²³⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 93/2544

²³⁵ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1147/2545

(2.2) แม้คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีจะเป็นคำฟ้องที่รับไว้พิจารณาได้ แต่การระงับการประกวดราคาซ่อมแซมผิวจราจร ค.ส.ล. และระงับการทำงานของผู้ชนะการประกวดราคาจะมีผลกระทบต่อบริการสาธารณะ ทำให้การซ่อมแซมถนนดังกล่าวต้องล่าช้าออกไป และส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริตที่ได้ซื้อของประกวดราคาหรือที่ได้รับพิจารณาให้ชนะการประกวดราคาครั้งนี้ นอกจากนี้ หากศาลพิพากษาถึงที่สุดว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีอาจได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยนอกจากจะได้รับหนังสือหรือเงินค่าประกันคืนแล้วยังอาจเรียกดอกเบี้ยและค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องได้ กรณียังไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว²³⁶

(2.3) ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ระงับการลงนามในสัญญาก่อสร้างโรงงานผลิตน้ำมหาสวัสดิ์ 3 เนื่องจากเห็นว่า ระยะเวลาการก่อสร้างโรงงานผลิตน้ำดังกล่าวได้ล่วงเลยมาพอสมควรแล้ว จนอาจทำให้ระยะเวลางานก่อสร้างดังกล่าวล่าช้าไปมากจนอาจมีผลกระทบต่อการบริหารงานด้านจัดหาน้ำประปาอันเป็นสาธารณูปโภคสำคัญจึงมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องเร่งรัดดำเนินการแก้ไขปัญหาการขาดแคลนน้ำประปา และหากศาลปกครองมีคำสั่งระงับการทำสัญญาซ่อมมีผลกระทบต่อราคาของกลุ่มบริษัท ส. เสนอราคาไว้ จนอาจทำให้ไม่มีการทำสัญญาเป็นเหตุให้ต้องการมีการประกวดราคาใหม่ ซึ่งย่อมทำให้ราคาในงานก่อสร้างโรงงานผลิตน้ำประปาดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะเศรษฐกิจอันพึงคาดการณ์ได้ว่าย่อมมีราคาสูงขึ้น²³⁷

จากคดีตัวอย่างดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวข้องกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น ศาลได้นำแนวคิดระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำที่แยกออกได้ (acte détachable)” จากข้อสัญญานั้นมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดี กล่าวคือ หากกระบวนการดังกล่าวมีการลงนามในสัญญาไปแล้ว ศาลปกครองจะไม่รับฟ้องหรือยกเลิกเพิกถอนสัญญาด้วยเหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้เสียหายในสัญญาเป็นแต่เพียงผู้เข้าร่วมเสนอราคาเท่านั้น ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและเรียกค่าเสียหายกับหน่วยงานของรัฐเท่านั้น และถึงแม้กระบวนการลงนามในสัญญาจะยังไม่เกิด และผู้ฟ้องคดีมีสิทธิจะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ โดยขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการทำสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ที่ได้รับคัดเลือกได้ก็ตาม แต่การที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้นั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงในคดีด้วยว่าคำฟ้องนั้นมีมูลและมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าฝ่าย

²³⁶ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1973/2544

²³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 262/2546

ปกครองกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อ
บรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้นจะไม่ใช่เป็นอุปสรรคต่อการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง กรณีนี้ศาล
จะต้องชี้แจงน้ำหนักระหว่างความเสียหายของรัฐอันเป็นประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายของ
เอกชนผู้เสนอราคา และมีแนวโน้มที่ศาลจะให้น้ำหนักคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่า
คุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน อาจกล่าวได้ว่า มาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล
ปกครองนี้ ก็ไม่สามารถระงับยับยั้งความเสียหายที่เกิดจากระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่
ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินแผ่นดินได้

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยที่ไม่
สามารถระงับยับยั้งความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาค โปร่งใส และการ
แข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ขัดต่อหลักการจัดทำบริการสาธารณะโดยมีนัยสำคัญ เนื่องจากระบบ
การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง
การควบคุมโดยคณะกรรมการต่างๆตามระเบียบการควบคุมองค์การภายนอกฝ่ายปกครองยัง
ประสบปัญหาสำคัญหลายประการตามที่ได้วิเคราะห์ ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาการ
ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทย โดยนำแนวทางการ
ควบคุมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของสหพันธรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีระบบควบคุมการใช้จ่าย
เงินแผ่นดินอย่างเคร่งครัดมาเป็นแนวทาง ดังนี้

1) ระบบควบคุมก่อนทำสัญญา โดยการควบคุมก่อนลงนามสัญญา มีแนวคิดไว้ใน
กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งปัญหา
หรือข้อพิพาทเหล่านี้หากปล่อยไว้จนกระทั่งสัญญามีผลใช้บังคับและมีการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจ
เป็นเรื่องที่กระทบต่อความมีอยู่ของสัญญาได้ ดังนั้น เพื่อมิให้ปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านั้นถูก
ยกขึ้นมาพิจารณาภายหลังจากที่สัญญามีผลใช้บังคับแล้วอันอาจก่อให้เกิดผลตามมามากมาย
จึงมีการกำหนดให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาเข้าสู่การพิจารณา
ของศาลได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้ กำหนดให้มีมาตรการฉุกเฉินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพัสดุ
และสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาในการ
ดำเนินคดีปกครอง โดยศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่ใช้เวลาค่อนข้างนาน ในบางครั้งเมื่อ
เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วรอให้ศาลปกครองวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดก็อาจไม่ทันการ เช่น หากมีการฟ้องร้อง
ให้ศาลพิจารณาถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ หากศาล
พิจารณาคดีดังกล่าวแล้วเสร็จในหนึ่งหรือสองปี สัญญานั้นอาจเกิดขึ้นแล้วและในบางกรณีก็อาจมี
การปฏิบัติตามสัญญาไปจนสัญญาจบสิ้นแล้วก็ได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการ
สร้างระบบวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนเกิดสัญญาขึ้นมาโดยผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาข้อพิพาท

ดังกล่าวด้วยความรวดเร็ว ระบบ “คำขอลูกเงินก่อนทำสัญญา” มาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการก่อนทำสัญญาทางปกครอง โดยผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาสั่งการเกี่ยวกับคำขอลูกเงินก่อนการทำสัญญาไว้ โดยให้เป็นอำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือผู้ที่ประธานศาลปกครองชั้นต้นมอบหมาย สามารถสั่งการแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาให้ปฏิบัติตามได้ รวมทั้งสั่งหยุดการทำสัญญาหรือสั่งให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาได้ รวมทั้งมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งต่างๆ รวมทั้งตัดข้อความหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่อยู่ในสัญญาที่อาจก่อให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนทำสัญญาได้ มาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการชั่วคราวที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะมีคำสั่งได้ การพิจารณาคำขอลูกเงินดังกล่าวต้องทำใน 20 วัน โดยให้อำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นที่จะพิจารณาเป็นศาลแรกและศาลสุดท้าย หากจะต้องอุทธรณ์ก็ต้องอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด ผู้มีสิทธิยื่นคำขอ คือ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาและบุคคลผู้อาจได้รับความเสียหาย นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าเป็นคู่สัญญาเองก็สามารถเป็นผู้ร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการลูกเงินให้ตนเนื่องจากถูกตัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ โดยมีรูปแบบขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญว่า ผู้ร้องจะต้องสอบถามไปยังฝ่ายปกครองที่จะให้สัญญาว่าให้ทำตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลและการแข่งขันอย่างเป็นธรรมแล้วหรือไม่ ประธานศาลปกครองชั้นต้นจะไม่พิจารณาคำขอลูกเงินหากยังมิได้รับคำตอบปฏิเสธจากฝ่ายปกครองผู้ที่จะให้สัญญาหรือฝ่ายนั้นมิได้ตอบมาภายในระยะเวลา 6 วัน และการร้องขอลูกเงินนี้จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา หากหลังจากลงนามไปแล้วผู้ร้องไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอลูกเงินได้รวมทั้งในระหว่างการพิจารณาคำขอลูกเงินหากมีการลงนามในสัญญา ศาลก็จะต้องสั่งจำหน่ายคดี โดยเรื่องที่ศาลจะตรวจสอบจะเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากความลำเอียงในการประมูลความไม่เสมอภาคในระหว่างผู้เข้าประมูล รวมทั้งการกระทำต่างๆ ที่กระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรี

ผู้วิจัยเห็นว่า หากหลักเกณฑ์ของระบบการยื่นคำขอลูกเงินดังกล่าวข้างต้นมาบัญญัติไว้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคำพิพากษาศาลปกครอง พ.ศ. 2542 น่าจะแก้ไขปัญหาเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาตรวจสอบคำสั่งทางปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของศาลปกครองไทยได้ อีกทั้งลดความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดี และไม่เป็นอุปสรรคในการบริการงานของรัฐหรือแก่บริการสาธารณะ

2) ระบบควบคุมภายหลังทำสัญญา

ระบบควบคุมภายหลังทำสัญญานี้ เป็นระบบที่ผู้ว่าราชการจังหวัดใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ผู้วิจัยเห็นว่า หากระบบดังกล่าวมาบัญญัติให้ไว้เป็นกฎหมายในประเทศไทยน่าจะเกิดประโยชน์ต่อการควบคุมตรวจสอบกระบวนการ

คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ และเป็นการยับยั้งความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นกับเงินแผ่นดินได้เป็นอย่างดี โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) กฎหมายกำหนดบังคับว่าจะต้องส่งสัญญาพัสดุหรือสัญญามอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดภายใน 15 วันนับแต่วันลงนาม หากส่งสัญญาไม่ครบหรือเอกสารสำคัญระยะเวลา 15 วันอาจขยายออกไปอีกได้และผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอให้จัดส่งเอกสารเพิ่มเติม ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อให้กำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้ หากเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงโดยสามารถขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อพักการใช้บังคับตามสัญญาได้ ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ไม่เกิน 1 เดือน

(2) สัญญาที่ไม่ได้บังคับว่าต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้ว่าราชการจังหวัด หากบุคคลหรือนิติบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญานั้นร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่ลงนามในสัญญา

ผู้วิจัยเห็นว่า ระบบการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภายหลังจากลงนามสัญญาแล้วตามระบบการควบคุมภายหลังทำสัญญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะแก้ไขปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีที่ผู้ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เสียสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องหากเพิกถอนสัญญาพัสดุที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมาย และควบคุมการตรวจสอบสัญญาพัสดุที่กระทำโดยไม่ชอบได้เป็นอย่างดี หากนำระบบนี้มาใช้ในประเทศไทยหน่วยงานตรวจสอบที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสัญญาพัสดุอยู่แล้วคือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจากการที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องส่งสัญญาพัสดุให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบและมีสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคกระจายอยู่ทั่วประเทศ ตามที่ได้วิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบสัญญาพัสดุของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาแล้วว่า เป็นการตรวจสอบภายหลังจากลงนามในสัญญาจึงไม่อาจยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ไม่ให้เกิดความเสียหายร้ายแรงบางกรณีสัญญาที่จัดส่งมาให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินก็มีการส่งมอบพัสดุและเบิกจ่ายเงินไปแล้ว ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การเพิ่มอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบเช่นเดียวกับระบบกำกับดูแลโดยผู้ว่าราชการจังหวัดตามแนวทางสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและเงินแผ่นดินซึ่งเป็นเงินของประชาชนทั้งชาติ ดังพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ที่ว่า เงินแผ่นดินนั้น คือ เงินประชาชนทั้งชาติสืบต่อไป

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับบุคลากรในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

นอกจากปัญหาด้านการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุแล้ว ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ส่งผลให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพ เกิดปัญหาทุจริตคอร์รัปชันเป็นจำนวนมาก ก็คือ ปัญหาด้านบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็น เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ รวมถึงหัวหน้าหน่วยงาน ผู้มีอำนาจสั่งซื้อสั่งจ้าง ที่อาจไม่มีความรู้ความเข้าใจในพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้างอย่างเพียงพอ ขาดความชำนาญ ไม่มีความเป็นมืออาชีพ อาศัยช่องว่างการใช้อำนาจโดยไม่ชอบแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

4.4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความรู้ความเข้าใจของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า เงินงบประมาณของประเทศกว่าครึ่งนำไปใช้โดยผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ แต่เมื่อพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการดำเนินการให้ได้มาซึ่งพัสดุของส่วนราชการ โดยส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในกฎหมาย ระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอย่างแท้จริง จนเป็นสาเหตุทำให้การจัดซื้อพัสดบบางอย่างไม่ได้คุณภาพ ไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือแม้กระทั่งไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้ตามวัตถุประสงค์ของพัสดุนั้น เช่น การจัดซื้อเครื่องตรวจวัดถูระเบิดของหน่วยงานกลาโหม สาเหตุหลักมาจากหน่วยงานไม่มีการศึกษาวิจัยพัสดุที่จะซื้อหรือปรึกษาหน่วยงานที่เชี่ยวชาญให้รอบคอบก่อนการตัดสินใจดำเนินการจัดซื้อ ทำให้ประเทศชาติสูญเสียงบประมาณในการจัดซื้ออุปกรณ์ดังกล่าวไปจำนวนมาก โดยได้พัสดุที่ไม่มีคุณภาพหรือตอบสนองวัตถุประสงค์ในงานของหน่วยงานของรัฐได้หรือไม่สามารถปฏิบัติงานได้จริงขัดต่อหลักความคุ้มค่าอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

สาเหตุที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบขาดความรู้ความเข้าใจในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุก็เนื่องด้วยกฎหมาย ระเบียบและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดังกล่าวมีอยู่จำนวนมาก ทำให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ หรือบางหน่วยงานที่มีจำนวนข้าราชการเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอ จึงทำให้ต้องมีการแต่งตั้งมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ที่มีภาระหน้าที่ประจำอยู่แล้วต้องมาทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งตนไม่มีความรู้ความเข้าใจการขั้นตอน หลักเกณฑ์อย่างถ่องแท้ ทำให้มีการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ หรือหลักเกณฑ์ซึ่งหากการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องก็จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ทำขวัญกำลังใจในการทำงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างเสียไปด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ด้วยภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พัสดุที่มาก เพื่อเป็นการจูงใจให้

เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มความสามารถ และรักษาประโยชน์ของทางราชการอย่างเต็มที่ ควรที่จะกำหนดให้ตำแหน่งสายงานเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่พัสดุเป็นตำแหน่งที่ได้รับค่าตอบแทนพิเศษนอกเหนือจากเงินเดือนปกติ และควรมีการจัดฝึกอบรมโดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบอย่างจริงจัง หรือให้สถาบันอุดมศึกษานำไปบรรจุเป็นหลักสูตรการเรียนการสอนว่าการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต่อไป

4.4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่

กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นวิธีใดก็ตามจะมีบุคคลหรือคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น เจ้าหน้าที่พัสดุ หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ คณะกรรมการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ คณะกรรมการกำหนดราคากลาง คณะกรรมการประกวดราคา ตลอดจนคณะกรรมการตรวจรับ หัวหน้าส่วนราชการ ตลอดจนรัฐมนตรีเจ้าสังกัด และในการแต่งตั้งคณะกรรมการต่างๆ แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ดุลพินิจหัวหน้าส่วนราชการสามารถนำบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคณะกรรมการ แต่ในทางปฏิบัติจะไม่มีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้าร่วมทำหน้าที่คณะกรรมการแต่อย่างใด จะแต่งตั้งเฉพาะเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานเท่านั้นทำให้การพิจารณาผลของคณะกรรมการต่างๆ ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลจากบุคคลภายนอก เป็นช่องทางให้คณะกรรมการต่างๆ เหล่านั้นแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งระบบราชการของประเทศไทยเป็นระบบบังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอาจถูกหัวหน้าส่วนราชการใช้อำนาจแทรกแซงการทำงานได้ โดยอาจมิได้สั่ง หรือบีบบังคับให้ดำเนินการให้เอื้อประโยชน์กับผู้ประกอบการที่ตนมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสีย เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการต่างๆ ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุมีความเป็นอิสระและมีการตรวจสอบถ่วงดุล ควรที่จะกำหนดมาตรการหรือระบบที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการ และเพื่อป้องกันการแทรกแซงโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือรัฐมนตรีเจ้าสังกัด เช่น หากเป็นกรณีการจัดซื้อจัดจ้างมีมูลค่าการดำเนินการตามโครงการที่สูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดจะต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของหัวหน้าส่วนราชการหรือบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นข้าราชการที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับพัสดุหรือเกี่ยวกับงานที่จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยอย่างน้อย 1 คน กรณีบุคคลภายนอกห้ามมิให้ข้าราชการเกษียณเข้าเป็นกรรมการในหน่วยงานที่ตนเคยสังกัดอยู่

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง นั้น จะแตกต่างจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของเอกชนกับเอกชน โดยที่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ กล่าวคือ กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย สำหรับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของระบบราชการไทย เดิมวิธีการและขั้นตอนการดำเนินการจะอยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดขึ้นใช้สำหรับกระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือ ในต่างประเทศ โดยไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เนื่องจากราชการส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนอิสระ ได้มีการออกระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือข้อบังคับใช้ขึ้นเองเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2534 ซึ่งใช้บังคับกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ซึ่งใช้บังคับกับกรุงเทพมหานคร แต่อย่างไรก็ตาม แม้ตามกฎหมายส่วนท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนอิสระจะไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่โดยข้อเท็จจริงแล้วระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนอิสระเหล่านั้นได้นำหลักการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการจัดหาพัสดุ และวิธีการต่างๆ มาบัญญัติไว้ในระเบียบ ข้อบัญญัติ หรือข้อบังคับของหน่วยงานเหล่านั้นด้วย²³⁸ ดังนั้น ขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของหน่วยงานของรัฐต่างๆ ที่กล่าวมาจึงมีขั้นตอนและวิธีการที่เป็นหลักการเดียวกันกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

²³⁸ กิตติชัย ธรรมรัช, “แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ,” วารสารกฎหมายปกครอง 17,3 (ธันวาคม 2541), น. 39.

หลังจากที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560²³⁹ ประกาศใช้ซึ่งจะมีผลใช้บังคับในวันที่ 23 สิงหาคม 2560 หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานจะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการพัสดุฉบับเดียวกัน แต่ขั้นตอนและวิธีการคัดเลือกที่เป็นหลักการสำคัญไม่ได้แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นทราบกันดีแล้วว่าขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวมากมายหลายฉบับ ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวจะอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีความเข้มงวดในการใช้จ่ายเงินเพื่อบริการสาธารณะต่างๆอันเป็นประโยชน์มหาชนและจะต้องมีกลไกตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากที่สุด และจะต้องมีกระบวนการคัดเลือกที่เป็นไปโดยโปร่งใสและเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิทุกรายเข้าแข่งขันอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐยังมีปัญหาในการดำเนินการที่ขัดต่อความโปร่งใสมีส่วนร่วม และขัดต่อความเสมอภาคในงานบริการสาธารณะที่ภาครัฐประสงค์จะดำเนินการและผลของทางกฎหมายจากการดำเนินการไม่ชอบดังกล่าว ตลอดจนปัญหาของกลไกหรือมาตรการควบคุมตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ขาดประสิทธิภาพ ส่งผลกระทบต่อบริการสาธารณะและการพัฒนาประเทศโดยรวม โดยสาเหตุที่สำคัญของการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดอาจพิจารณาได้สองประการ คือ ประการแรก เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุดำเนินการของ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือพวกพ้องโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สอง มาตรการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชาในฐานะหัวหน้าส่วนราชการ ในขั้นเตรียมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุซึ่งเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอาจจะเว้นไม่ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น ได้ หรือการควบคุมตรวจสอบด้วยการร้องทุกข์ก็ดี หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็ดี ก็ยังไม่อาจจะยับยั้งหรือหยุดยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ หรือแม้แต่มาตรการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นควบคุมโดยการเมือง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ดี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ดี นั้น ส่วนใหญ่เป็นการควบคุมตรวจสอบภายหลังกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดำเนินการ ไปเสร็จจนได้ลงนามในสัญญาแล้วทั้งสิ้น ในขณะที่

²³⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 24 ก ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการในส่วนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุของศาลปกครองนั้น ศาลมีแนวทางการวินิจฉัยไปในทางที่ว่า การกระทำทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแยกออกจากสัญญาได้ และให้ความสำคัญกับหลักประโยชน์สาธารณะมากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จากเหตุผลดังกล่าวผู้วิจัย เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุในปัจจุบันนั้น ไม่อาจหยุดยั้งหรือระงับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเงินของแผ่นดินได้ อย่างแท้จริง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา จึงได้การศึกษา ปัญหาในระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐก่อน ลงนามผูกพันในสัญญาพัสดุหรืออาจจะเรียกว่า การตรวจสอบก่อนการใช้จ่ายเงิน ทั้งนี้ เพื่อจะช่วย ป้องกันหรือเป็นการระงับยับยั้งความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น หรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้วิจัยขอจำแนกการวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไข ดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับความโปร่งใสของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

หลักความโปร่งใสและเปิดเผยถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในกระบวนการ คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่เรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุอย่างโปร่งใสและเปิดเผยโดยให้มีการตรวจสอบความถูกต้องในกระบวนการคัดเลือก คู่สัญญาพัสดุ ซึ่งเงื่อนไขข้อกำหนดในประกาศเชิญชวนก็เป็นวิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันกัน ระหว่างเอกชนผู้ประสงค์จะเข้าทำสัญญาพัสดุกับฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการเลือก คู่สัญญาของฝ่ายปกครอง การเปิดเผยให้ประชาชนได้มีโอกาสได้รับรู้นโยบายต่างๆ ของภาครัฐ และมีความมั่นใจว่าภาครัฐตั้งใจจริงในการดำเนินการตามนโยบาย นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การดำเนินนโยบายผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาภาครัฐ ประชาชนสามารถตรวจสอบ การดำเนินงาน คำชี้แจง และแถลงการณ์ต่างๆ ของภาครัฐอันจะเป็นการสะท้อนให้เห็นถึง หลักความโปร่งใสและเปิดเผยและการมีส่วนร่วมซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักความโปร่งใส ได้เป็นอย่างดี แต่เมื่อพิจารณาจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจเลือกวิธีการคัดเลือกโดยเฉพาะวิธีการที่ไม่แข่งขัน ของหน่วยงานภาครัฐก็ดี ปัญหาการกำหนดราคากลางที่ดี การใช้ดุลพินิจในการโฆษณาเผยแพร่ ประกาศประกวดราคาก็ดี ปัญหาการให้หรือการขายเอกสารประกวดราคาก็ดี เกิดปัญหา ในการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อความโปร่งใสตามหลักธรรมาภิบาล

2) ปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า หลักความเสมอภาคนั้นเป็นหลักสำคัญประการแรกของบริการสาธารณะ นอกจากเอกชนทั่วไปจะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมแล้ว ยังรวมถึงการที่เอกชนจะเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐโดยการประกวดราคาหรือเสนอราคาแข่งขันกันอย่างเท่าเทียมด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้บุคคลที่มีคุณสมบัติมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นในการเป็นคู่สัญญาของรัฐอย่างเป็นธรรม เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่กระทำการที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางหรือกีดกันเอกชนรายใดรายหนึ่งเพื่อให้เอกชนรายหนึ่งรายใดเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักความเสมอภาคนี้อธิบายโดยรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติรับรองไว้ด้วย ดังนั้น ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาขั้นตอนกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ พบว่า มีหลักเกณฑ์ที่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุก่อสร้าง ปัญหาการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาก็ดี ปัญหาการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อหรือจ้างก็ดี ปัญหาการพิจารณาผลของคณะกรรมการก็ดี มีปัญหาการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อความเสมอภาค สาเหตุประการหนึ่งที่เกิดจากองค์ประกอบของคณะกรรมการพิจารณาผลนั้น แต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานเดียวกัน ไม่มีบุคคลภายนอกเข้าร่วมจึงเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาศัยโอกาสที่ตนมีหน้าที่แสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่และขาดความเป็นอิสระโดยอาจถูกแทรกแซงการทำหน้าที่จากผู้บังคับบัญชาได้ เพื่อให้การตรวจสอบการทำหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาผลในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยมีความเป็นอิสระและมีการตรวจสอบถ่วงดุล

3) ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

จากหลักที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานอันมีผลต่อการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่างๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น²⁴⁰ แต่เมื่อพิจารณามาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการไม่จะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชาในฐานะหัวหน้าส่วนราชการในชั้นเตรียมการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้นเป็นการดำเนินการภายในฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็น

²⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), น.34

ส่วนหนึ่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุอาจจะเว้นไม่ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุนั้น หรือการควบคุมด้วยการร้องทุกข์ก็ดี หรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็ดี ก็ไม่อาจจะยับยั้งหรือหยุดยั้งความเสียหายได้ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐคู่กรณีอาจลงนามในสัญญากับผู้ชนะกระบวนการเสนอราคาไปแล้ว ประกอบกับโดยธรรมชาติของผู้ประกอบการที่จะเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐก็ไม่อยากเป็นความกับหน่วยงานของรัฐที่ตนจะเข้าร่วมเสนอราคา ส่วนมาตรการควบคุมโดยองค์กรภายนอก ไม่ว่าจะเป็นควบคุมโดยทางการเมืองซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่านักการเมืองประเทศไทยส่วนใหญ่ล้วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจ เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องการ โดยเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐเสียเอง โดยทางอ้อม หรือแม้แต่การควบคุมโดยองค์กรอิสระ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ดี คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ดี นั้น ก็เป็นการควบคุมภายหลังกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุดำเนินการไปแล้วเสร็จจนได้ลงนามในสัญญาแล้ว และเมื่อตรวจสอบพบการกระทำผิดและเกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แต่อย่างก็ตาม ก็ไม่อาจเรียกให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจำนวนความเสียหายหรือไม่อาจเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายได้เลย ทำให้ประเทศชาติต้องสูญเสียเงินงบประมาณไปจำนวนมาก ในส่วนของเอกชนคู่สัญญาพัสดุ เมื่อลงนามในสัญญาแล้วจะผูกพันตามสัญญาดังกล่าว ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องต้องรับผิดชอบกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยแต่อย่างใด ในขณะที่เดียวกันการควบคุมโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของศาลปกครองนั้น ศาลมีแนวทางการวินิจฉัยเป็นไปในทางที่ว่า การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแยกออกจากสัญญาได้ และให้ความสำคัญกับหลักประโยชน์สาธารณะมากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ไม่คุ้มครองประโยชน์ของผู้ประกอบการภาคเอกชน เช่น จำกัดสิทธิผู้มีสิทธิฟ้องในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากสัญญาลงนามไปแล้ว ผู้เสียหายก็ไม่อาจฟ้องขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญาดังกล่าวได้ หรือแม้แต่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับการดำเนินการลงนามในสัญญาก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามที่ขอเนื่องจากเป็นคำฟ้องไม่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ จากเหตุผลดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่อาจหยุดยั้งหรือระงับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเงินของแผ่นดินได้อย่างแท้จริง จากการศึกษาพบว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับหรือมติคณะมนตรีที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากองค์กรตรวจสอบไม่สามารถ

ตรวจสอบได้อย่างทั่วถึง และการตรวจสอบขององค์กรต่างๆ นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการตรวจสอบภายหลังการดำเนินการตามสัญญาแล้วแทบทั้งสิ้น

4) ปัญหาด้านบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ

ปัญหาด้านบุคลากรขาดความรู้ความเข้าใจและความเป็นมืออาชีพในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ สาเหตุที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบขาดความรู้ความเข้าใจในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุก็เนื่องด้วยกฎหมาย ระเบียบและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดังกล่าวมีอยู่จำนวนมากทำให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ หรือมีการแต่งตั้งมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ที่มีภาระหน้าที่ประจำอยู่แล้วต้องมาทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งตนไม่มีความรู้ความเข้าใจการขึ้นตอน และโดยการพิจารณาผลของคณะกรรมการต่างๆ ขาดการตรวจสอบถ่วงดุลจากบุคคลภายนอก จึงเป็นช่องทางให้คณะกรรมการต่างๆ เหล่านั้นแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีความเป็นมืออาชีพขาดการตรวจสอบถ่วงดุล

5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทย มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนสภาพปัญหาและและแนวทางการแก้ไข ปัญหาที่เกิดขึ้นจากมาตรการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไปแล้วนั้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอข้อเสนอแนะเพื่อประกอบการปรับปรุงกฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ ดังนี้

1) ปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการพัสดุในส่วนที่เกี่ยวข้องการกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาดังนี้

1.1) เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจในการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่แข่งขันราคาหรือวิธีพิเศษ จึงควรที่จะต้องกำหนดเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาตีความให้ชัดเจนว่าแต่ละกรณีมีความหมายอย่างไร และก่อนที่จะดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ หน่วยงานจะต้องประกาศชี้แจงเหตุผลในการดำเนินการดังกล่าวให้สาธารณชนรับทราบโดยเปิดเผย

1.2) เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างคุ้มค่าแล้วเกิดประโยชน์สูงสุดเห็นควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์กรณีที่หน่วยงานที่จัดหาจำเป็นต้องซื้อหรือจ้างเพิ่มในสินค้าที่มีคุณสมบัติเดิมที่เคยใช้มาแล้ว (Repeated use of Specifications) เพื่อความต่อเนื่องในการรับบริการจากผู้ประกอบการ หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้าง ให้ชี้แจงเหตุผลให้ผู้ประกอบการทุกรายทราบด้วย โดยควรแจ้งตั้งแต่ต้น

ปีงบประมาณหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างควรเผยแพร่ข้อกำหนดคุณสมบัติของสินค้าฉบับร่างเพื่อรับฟังความคิดเห็นในเว็บไซต์ของหน่วยงานกลางเป็นเวลาอย่างน้อย 30 วัน เพื่อประกอบดุลพินิจในการตัดสินใจ

1.3) เพื่อป้องกันการเสนอราคาเกินราคากลางที่ประกาศ เห็นควรกำหนดเป็นหลักการในกฎหมายว่า ห้ามมิให้เสนอราคาเกินราคากลางที่ประกาศกำหนดผู้เข้าแข่งขันเสนอราคาจะเสนอราคาสูงกว่าราคากลางที่ตั้งไว้ไม่ได้ ถ้าเสนอมาสูงกว่าราคากลางที่กำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐจะไม่พิจารณาคัดเลือกผู้นั้นในการเสนอราคาครั้งนั้น

1.4) ในส่วนขององค์ประกอบของคณะกรรมการต่างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ เพื่อให้การดำเนินการเป็น โดยอิสระ และมีการตรวจสอบถ่วงดุล เห็นควรกำหนดหลักเกณฑ์องค์ประกอบของคณะกรรมการดังต่อไปนี้ เช่น คณะกรรมการกำหนดราคากลาง คณะกรรมการที่มีหน้าที่กำหนดคุณสมบัติเฉพาะ คณะกรรมการพิจารณาผล ดังนี้ กรณีการจัดซื้อจัดจ้างมีมูลค่าการดำเนินการตามโครงการที่สูงหรือเป็นไปตามที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนด จะต้องมีเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนราชการหรือบุคคลภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับงานที่จะซื้อหรือจ้างเข้าร่วมเป็นกรรมการอย่างน้อย 1 คน ด้วยเสมอ กรณีบุคคลภายนอกห้ามมิให้ข้าราชการเกษียณเข้าเป็นกรรมการในหน่วยงานที่ตนเคยสังกัดอยู่

1.5) กำหนดหลักเกณฑ์ระยะเวลาประกาศโฆษณาเผยแพร่เอกสารการจัดซื้อจัดจ้างตามแนวทางสากล โดยเฉพาะวิธีประกวดราคาให้มีระยะเวลาอย่างน้อยตั้งแต่วันแรกที่ประกาศเผยแพร่จนถึงวันยื่นข้อเสนอต้องไม่น้อยกว่า 50 วัน

1.6) กรณีการให้หรือขายเอกสารประกวดราคา กำหนดเป็นหลักเกณฑ์สำคัญว่า ให้ประชาชนสามารถเข้าถึงประกาศประกวดราคาและเอกสารที่เกี่ยวข้องโดยไม่มีค่าใช้จ่าย เว้นแต่กรณีที่มีเหตุจำเป็นเท่านั้น เช่น เป็นเรื่องความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้หน่วยงานของรัฐกำหนดขายเอกสารการประกวดราคาไว้สูงเกินควรจนทำให้ผู้ขายสินค้าหรือผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ประสงค์หรือไม่สามารถที่จะเข้าร่วมการประกวดราคาได้

2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทยที่ไม่สามารถระงับยับยั้งความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ขัดต่อความเสมอภาค โปร่งใส และการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ขัดต่อหลักการจัดทำบริการสาธารณะโดยมีนัยสำคัญ เนื่องจากระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมโดยคณะกรรมการต่างๆตามระเบียบการควบคุมองค์กภายนอก ฝ่ายปกครองยังประสบปัญหาสำคัญหลายประการตามที่ได้วิเคราะห์ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางแก้ไข

ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของไทย โดยนำแนวทางการควบคุมกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของสหพันธรัฐฝรั่งเศสซึ่งมีระบบควบคุมการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอย่างเคร่งครัดมาเป็นแนวทาง ดังนี้

2.1) ระบบควบคุมก่อนทำสัญญา โดยการควบคุมก่อนลงนามสัญญา มีแนวคิดว่า ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านี้หากปล่อยไว้จนกระทั่งสัญญามีผลใช้บังคับและมีการปฏิบัติตามสัญญา ก็อาจเป็นเรื่องที่กระทบต่อความมีอยู่ของสัญญาได้ ดังนั้น เพื่อมิให้ปัญหาหรือข้อพิพาทเหล่านี้ ถูกยกขึ้นมาพิจารณาภายหลังจากที่สัญญามีผลใช้บังคับแล้ว อันอาจก่อให้เกิดผลตามมามากมาย จึงมีการกำหนดให้คู่กรณีสามารถนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้ กำหนดให้มีมาตรการจุกเงินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพัสดุ และสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาในการดำเนินคดีปกครองโดยศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่ใช้เวลาค่อนข้างนาน ในบางครั้งเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วรอให้ศาลปกครองวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดก็อาจไม่ทันการ เช่น หากมีการฟ้องร้องให้ศาลพิจารณาถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ หากศาลพิจารณาคดีดังกล่าวแล้วเสร็จในหนึ่งหรือสองปี สัญญานั้นอาจเกิดขึ้นแล้วและในบางกรณี ก็อาจมีการปฏิบัติตามสัญญาไปจนสัญญาจบสิ้นแล้วก็ได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการสร้างระบบวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนเกิดสัญญาขึ้นมา โดยผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวด้วยความรวดเร็ว ระบบ “คำขอจุกเงินก่อนทำสัญญา” มาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการก่อนทำสัญญาทางปกครอง โดยผู้พิพากษาศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาสั่งการเกี่ยวกับคำขอจุกเงินก่อนการทำสัญญาไว้ โดยให้เป็นอำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือผู้ที่ประธานศาลปกครองชั้นต้นมอบหมาย สามารถสั่งการแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาให้ปฏิบัติตามได้ รวมทั้งสั่งหยุดการทำสัญญาหรือสั่งให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาได้ รวมทั้งมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งต่างๆ รวมทั้งตัดข้อความหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่อยู่ในสัญญาที่อาจก่อให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนทำสัญญาได้ มาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการชั่วคราวที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะมีคำสั่งได้ การพิจารณาคำขอจุกเงินดังกล่าว ต้องทำใน 20 วัน โดยให้อำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นที่จะพิจารณาเป็นศาลแรกและศาลสุดท้าย หากจะต้องอุทธรณ์ก็ต้องอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด ผู้มีสิทธิยื่นคำขอ คือ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญา และบุคคลผู้อาจได้รับความเสียหาย นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ถูกคัดสิทธิไม่ให้เข้าเป็นคู่สัญญาเองก็สามารถเป็นผู้ร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการจุกเงินให้ตน เนื่องจากถูกคัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ โดยมีรูปแบบขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญว่า ผู้ร้องจะต้อง

สอบถามไปยังฝ่ายปกครองที่จะให้สัญญาว่าให้ทำตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูล และการแข่งขันอย่างเป็นธรรมแล้วหรือไม่ ประธานศาลปกครองชั้นต้นจะไม่พิจารณาคำขอกฎเงิน หากยังมีได้รับคำตอบปฏิเสธจากฝ่ายปกครองผู้ที่จะให้สัญญาหรือฝ่ายนั้นมิได้ตอบมาภายใน ระยะเวลา 6 วัน และการร้องขอกฎเงินนี้จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา หากหลังจากลงนามไปแล้วผู้ร้องไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอกฎเงินได้รวมทั้งในระหว่างการพิจารณาคำ ขอกฎเงินหากมีการลงนามในสัญญา ศาลก็จะต้องสั่งจำหน่ายคดี โดยเรื่องที่ศาลจะตรวจสอบ จะต้องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากความลำเอียงในการประมูลความไม่เสมอภาคในระหว่าง ผู้เข้าประมูล รวมทั้งการกระทำต่างๆ ที่กระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรี หากนำหลักเกณฑ์ของระบบ การยื่นคำขอกฎเงินดังกล่าวข้างต้นมาบัญญัติไว้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคำปกครอง พ.ศ. 2542 น่าจะแก้ไขปัญหาเรื่องความล่าช้าในการพิจารณาตรวจสอบคำสั่ง ทางปกครองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุของของศาลปกครองไทย และลดความเสียหายที่ อาจเกิดขึ้นแก่รัฐและผู้ประกอบการ ตลอดจนไม่เป็นอุปสรรคในการบริการงานของรัฐหรือ แก่บริการสาธารณะ

2.2 ระบบควบคุมภายหลังทำสัญญา ระบบควบคุมภายหลังทำสัญญานี้ เป็นระบบที่ผู้ว่า ราชการจังหวัดใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เห็นว่า หาก ระบบดังกล่าวมาบัญญัติให้ไว้เป็นกฎหมายในประเทศไทยน่าจะเกิดประโยชน์ต่อการควบคุม ตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุ และเป็นการยับยั้งความเสียหายที่กำลังเกิดขึ้นหรือ เกิดขึ้นกับเงินแผ่นดินได้เป็นอย่างดี โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

2.2.1) โดยมีกฎหมายกำหนดบังคับว่าจะต้องส่งสัญญาพัสดุหรือสัญญามอบให้เอกชน จัดทำบริการสาธารณะไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดภายใน 15 วันนับแต่วันลงนาม หากส่งสัญญาไม่ครบ หรือเอกสารสำคัญระยะเวลา 15 วันอาจขยายออกไปอีกได้และผู้ว่าราชการจังหวัดร้องขอให้จัดส่ง เอกสารเพิ่มเติม ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อให้กำหนดมาตรการ ชั่วคราวก่อนนพิพากษาได้ หากเห็นว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง โดยสามารถขอให้ศาลปกครองกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อพักการใช้บังคับตามสัญญาได้ ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญามอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัดทำสามารถกำหนด มาตรการชั่วคราวได้ไม่เกิน 1 เดือน

2.2.2) สัญญาที่ไม่ได้บังคับว่าต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจอุทธรณ์ตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายโดยผู้ว่าราชการจังหวัด หากบุคคลหรือนิติบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากสัญญานั้น ร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาภายใน ระยะเวลา 2 เดือน นับแต่วันที่ลงในสัญญาระบบการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการ

คัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภายหลังลงนามสัญญาแล้วตามระบบการควบคุมภายหลังทำสัญญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะแก้ไขปัญหาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีในคดีที่ผู้ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่เสียสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องหากเพิกถอนสัญญาพัสดุที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมาย และควบคุมการตรวจสอบสัญญาพัสดุที่กระทำโดยไม่ชอบได้เป็นอย่างดี หากนำระบบนี้มาใช้ในประเทศไทย หน่วยงานตรวจสอบที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสัญญาพัสดุอยู่แล้วคือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน จากการที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องส่งสัญญาพัสดุให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบ และมีสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคกระจายอยู่ทั่วประเทศ ตามที่ได้วิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบสัญญาพัสดุของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาแล้วว่า เป็นการตรวจสอบภายหลังจากลงนามในสัญญาจึงไม่อาจยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ บางกรณีสัญญาที่จัดส่งมาให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินก็มีการส่งมอบพัสดุและเบิกจ่ายเงินไปแล้ว ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการเพิ่มอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบเช่นเดียวกับระบบกำกับดูแลโดยผู้ว่าราชการจังหวัดตามแนวทางสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและเงินแผ่นดินซึ่งเป็นเงินของประชาชนทั้งชาติ ดังพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ที่ว่า เงินแผ่นดินนั้นคือ เงินประชาชนทั้งชาติ

3. ควรส่งเสริมหรือสนับสนุนกำหนดให้ตำแหน่งสายงานเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่พัสดุเป็นตำแหน่งที่ได้รับค่าตอบแทนพิเศษนอกเหนือจากเงินเดือนปกติ และควรมีการจัดฝึกอบรมโดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบอย่างจริงจัง หรือให้สถาบันอุดมศึกษานำไปบรรจุเป็นหลักสูตรการเรียนการสอนว่าการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เพื่อเป็นการจูงใจให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มความสามารถ และรักษาประโยชน์ของทางราชการอย่างเต็มที่

เมื่อได้มีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมตามที่นำเสนอมาแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาต่างที่เกิดจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาพัสดุภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นจากหน่วยงานภายในฝ่ายปกครองก็ดี หน่วยงานภายในฝ่ายปกครองก็ดี ก็จะลดน้อยลงหรือไม่เกิดขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติสืบต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกววงศ์, (2534), ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน, บทบัญญัติ, 47(1) สำนักงานศาลยุติธรรม.

กมลชัย รัตนสกววงศ์, (2537), พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน กรุงเทพฯ:นิติธรรม.

กมลชัย รัตนสกววงศ์, (2544), กฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน.

กรมบัญชีกลาง, (2554), วารสารกรมบัญชีกลาง ปีที่ 50 ฉบับที่ 2 เดือนมีนาคม – เมษายน.

กิตตินัย ธรรมรัช, (2547), “แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ,” วารสารกฎหมายปกครอง 17,3.

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, (2555), หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ:วิญญูชน.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, (2542), สาระน่ารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, (2542), คำอธิบายกฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ไชยวัฒน์ คำชู, ประทุมพร วัชรเสถียร, กุลลดา เกษบุญชู และศุภมิตร ปิติพัฒน์, (แปล), (2545), Good Governance การบริหารการปกครองที่โปร่งใสด้วยจริยธรรม ธรรมภิบาล.

ธีระ สุธีวรานุกร, (2541), “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2546), สัญญาทางปกครอง, กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.

นันทวัฒน์ บรมานันท์, (2544), หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, วิญญูชน : กรุงเทพฯ.

นิพนธ์ สะกิมี่, เอกสารคำแปลประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ค.ศ. 2004 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.

บรรเจิด สิงคะเนติ, (2551), หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, กรุงเทพฯ วิญญูชน.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2538), กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ:นิติธรรม.

ปกรณ์ นิลประพันธ์, เอกสารคำแปลต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้า จ้างเหมาก่อสร้างและจัดหาบริการ (Model Law on Procurement of Goods), Construction and Services).

ปรเมศวร์ สังข์เอี่ยม, (2542), “ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535”, วิทยานิพนธ์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- ประยูร กาญจนกุล, (2523), คำอธิบายกฎหมายปกครอง, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ภิรมย์ สิมะเสถียร, (2541), ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย” จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและมูลนิธิ Konrad Adenauer.
- มนตรี รูปสุวรรณ, (2530), หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6 ตอน 3.
- มานิตย์ จุมปา, (2554), คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, (2551), รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาโครงสร้างระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศญี่ปุ่น เสนอต่อ กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง.
- บุษนา ทิณรัตน์, (2547), “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบสัญญาในสัญญาทางปกครอง”, วิทยานิพนธ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (2546), หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์, (2544), ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์, (2538), ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์, (2540), “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ” ในหนังสือข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์, (2534), การควบคุมการใช้ดุลพินิจการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, บทบัญญัติ, 47(1).
- วรพันธ์ เย็นทรัพย์, (2549), การจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรพันธ์ เย็นทรัพย์, (2548), คำอธิบายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เล่ม 1 ว่าด้วยเรื่องวิธีการซื้อและการจ้าง พร้อมด้วยระเบียบและหนังสือเวียนเชื่อมความเข้าใจที่เกี่ยวข้อง, กรุงเทพฯ : บริษัท เสีย จำกัด.
- วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, (2551), ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป.

- สมาคมผู้บริหารพัสดุแห่งประเทศไทย, (2555), เอกสารประกอบคำบรรยายสัมมนาทางวิชาการ เรื่องคดีปกครองด้านการพัสดุ.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (2558), เรื่อง แนวทางการเสริมสร้างธรรมาภิบาล ในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐในบริบท, บริษัทวิชั่น พรินท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด.
- สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, (2554), รายงานผลการปฏิบัติงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2554.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ผู้แปล), (2542), สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดย M.Philippe Turquet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง, 18,1.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (2552), คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์กรภาครัฐ ตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating).
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, (2545), “การควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครอง ตามกฎหมายเยอรมัน, (เอกสารอัดสำเนา).
- สุภวรรณ เข้มอุบล, (2547), “มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535,” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุรพล นิตไกรพจน์, (2547), คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) กับ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐธรรมนุญ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, (2556), เอกสารประกอบคำบรรยาย การฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนา นักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ 10 หัวข้อวิชาประเด็นร่วมสมัยเกี่ยวกับ จริยธรรมและกฎหมาย จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ.
- หยุด แสงอุทัย, (2548), ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, กรุงเทพฯ:ประกายพริก.
- อรทัย ก๊กผล, (2547), การพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, นนทบุรี: บริษัท เอ.พี.กราฟฟิค ดีไซน์และการพิมพ์ จำกัด.
- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, (2549), โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน.
- เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ, (2541), เรื่อง “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมาย เยอรมันและกฎหมายไทย จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและมูลนิธิ Konrad Adenauer กรุงเทพฯ.

ภาษาต่างประเทศ

CE, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, AJDA 1998, p. 1041 – RFDA 1999, concl. Stahlp. 128,
note Pouyaud – JCP 1999, p. 479, note Haïm.

Kenneth C.Davis, Administrative Law Text, 3rd ed. (p.91), 1972, N.P. : West Publishing Copyright
1972 by West Publishing Co.Ltd.

Michel Guibal, Code des Marchés Publics (Paris Publication du Moniteur 1992), p.129

P. Delvolvé, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats,
Mélanges Perrot, 1996, p. 96.

S.A.de Smith and J.M. Evans, Judicial Review of Administrative Action (p.278),
1980, London: Stevens ones. Copyright 1980 by Stevens ones.

V: Blehaut, Réflexion sur la distinction des contentieux au regard de l'évolution du rôle du juge
de l'excès de pouvoir en matière contractuelle, Mémoire, Université de Lille II, 1999, p. 62.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

เฉลิม ลิขิตศิริมงคล

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2551 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

พ.ศ. 2553 เนติบัณฑิตไทย

ตำแหน่ง และที่สถานที่ทำงานอดีตถึงปัจจุบัน

พ.ศ. 2551 นิติกร สำนักความรับผิดชอบทางแพ่ง กรมบัญชีกลาง

พ.ศ. 2552 นิติกร สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
กรมบัญชีกลางพ.ศ. 2554 นิติกร สำนักการสอบสวนและนิติการ
กรมการปกครองพ.ศ. 2556 – ปัจจุบัน นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดิน
สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน