

ปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์
ศึกษากรณีการฟ้องคดีและการริบหลักประกันของ

วันวิสาข์ เนียมมณี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2557

**Problems on procurement by e-auction : A study on litigation and
confiscation of bid bond**

Wanvisa Niummanee

**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

2014

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ศึกษากรณีการฟ้องคดีและการริบหลักประกันของ
ชื่อผู้เขียน	วันวิสาข์ เนียมมณี
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่สำคัญอันได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคาและปัญหาการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อพิพาทอันเกิดจากการริบหลักประกันของอันเป็นหลักประกันที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาให้ไว้แก่หน่วยงานทางปกครองเพื่อเป็นการรับรองว่าจะเข้าสู่กระบวนการประกวดราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกวดราคาตามที่หน่วยงานทางปกครองกำหนด

จากการศึกษาพบว่าสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป เนื่องจากไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลผู้อยู่ในบังคับของประกาศดังกล่าว แต่มีผลใช้บังคับกับการซื้อหรือจ้างครั้งนั้นเป็นการเฉพาะ อันจะเป็นปัญหาการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคาดังกล่าว ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของเกิดจากหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันมีลักษณะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาทำไว้กับหน่วยงานทางปกครองเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะทำให้การดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองบรรลุผล กล่าวคือ เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้รับจ้างก่อสร้างหรือวัสดุอุปกรณ์ในการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งอยู่ในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญา การริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จึงเห็นควรให้เพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับ

การกำหนดสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคา โดยกำหนดให้การประกาศจัดซื้อหรือจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกประกาศจัดซื้อหรือจัดจ้าง และเป็นแนวทางในการฟ้องคดีของคู่กรณีที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล รวมทั้งเป็นแนวทางในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครองด้วย ส่วนข้อพิพาทอันเกิดจากการริบหลักประกันซองในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองนั้น เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนของการให้ลักษณะทางกฎหมายของข้อพิพาทดังกล่าว จึงเห็นควรให้แก้ไขนิยามของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้สัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทางปกครองเพื่อความสะดวกแก่คู่สัญญาในการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส



Thesis Title	Problems on procurement by e-auction : A study on litigation and confiscation of bid bond
Author	Wanvisa Niummanee
Thesis Advisor	Professor Dr. Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

This thesis aims to study problems on public procurement by e-auction under the Office of the Prime Minister's Regulation on E-Auction B.E. 2549 (2006). These problems are legal status of bid and legal characters of dispute from confiscation of bid bond. A bid bond is given by an auctioneer to an administrative agency to guarantee that an auctioneer will enter into a bid and comply with any conditions specified by an administrative agency.

The study finds that a legal status of a notification to bid is a general administrative order because it does not specify whom are under this notification even though such notification applies only to a specific procurement. Regarding a dispute from confiscation of bid bond under a condition on procurement by e-auction, it is a contractual dispute, not an administrative order. A condition on procurement by e-auction entered into between an auctioneer and an administrative agency is a mechanism to facilitate an administrative act. In other words, a condition on procurement by e-auction is an administrative contract because it is a process to find a contractor or materials to operate an administrative act which is one of the processes of selecting a party to the contract.

This thesis recommends to amend the provision in the Ministerial Regulation No. 12 B.E. 2543 (2000) under the Administrative Procedure Act B.E.2539 (1996) in order to solve a problem concerning a legal status of bid. It should specify that a "Procurement Notification" is an administrative order. This can be a guideline for a civil servant when issuing a procurement notification as well as a guideline for any party when bringing a case to the court. Moreover, this can be a guideline for the administrative court to consider whether to accept the case or not. Regarding a dispute concerning confiscation of bid bond during the selection process, an unclear

legal character of such dispute should be solved. This can be done by amending a definition of an administrative contract under Article 3 of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999). A contract made under the Prime Minister's Regulation on E-Auction B.E. 2549 (2006) should be considered as an administrative contract as well. The objective is to facilitate parties when bringing a case to the administrative court which is similar to the practice in France.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์จากอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณาเสาะเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาคอยให้คำแนะนำ ตลอดจนตรวจร่างวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน จึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.วีระ โลจายะ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรชัย เลื่อนฉวี และรองศาสตราจารย์ ดร.ภูริชญา วัฒนรุ่ง คณะกรรมการตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาชี้แนะประเด็นอันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งได้ให้ข้อคิดเห็นต่าง ๆ และตอบข้อสงสัยที่เกิดจากการทำวิทยานิพนธ์ด้วยความเมตตา ตลอดจนให้ความช่วยเหลือในการตรวจสอบวิทยานิพนธ์จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นอกจากคณาจารย์ข้างต้นแล้วผู้เขียนยังขอขอบคุณ คุณชนวีรัตน์ ชนพิทักษ์ คุณไชยรัตน์ แขวงโสภา คุณสิรินาถ วิสุทธิวัชรกุล คุณพจนีย์ แคนประเทือง คุณวรวรรณ ชลินทรวัฒน์ และคุณพัชรพล เตียววัฒนานนท์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนยังขอบคุณ นายพสธร พันธุ์สุวรรณ ประธานนักศึกษาปริญญาโท หมวดวิชา กฎหมายมหาชน รุ่นปีการศึกษา 2551 ที่คอยแนะนำช่วยเหลือเกี่ยวกับการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ผู้เขียนขอโน้มรำลึกถึงพระคุณบิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ซึ่งไม่ว่าจะกล่าวไว้ได้ทั้งหมด ณ ที่นี้ สำหรับกำลังใจและความห่วงใย ตลอดจนจรรยาบรรณและรสนิยมของนักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชนรุ่น 52 เพื่อนร่วมงานที่ศาลปกครองทุกคนที่ตลอดเวลาให้ความช่วยเหลือในการให้คำปรึกษา ค้นคว้าหาข้อมูล จนเป็นผลให้การศึกษาระดับมหาบัณฑิตของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงไปได้

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

วันวิสาข เนิมมณี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	8
2.1 แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	9
2.1.1 ประวัติความเป็นมาของระเบียบว่าด้วยการพัสดุ.....	9
2.1.2 ประเภทของการจัดหาและวิธีการเกี่ยวกับการพัสดุตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535	12
2.1.3 หลักธรรมาภิบาล	14
2.1.4 แนวความคิดเกี่ยวกับระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่นำมาซึ่ง ความตกลงระหว่างประเทศ.....	17
2.1.5 หลักการสำคัญของการจัดหาพัสดุตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ.....	21
2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ	24
2.2.1 ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ	24
2.2.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	26
2.2.3 หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่นำมาใช้กับกระบวนการจัดหาพัสดุ.....	28
2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง	29
2.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองในต่างประเทศ	29
2.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองในประเทศไทย.....	51

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. การตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของต่างประเทศและไทย.....	71
3.1 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ ในต่างประเทศ.....	71
3.1.1 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหา พัสดุในประเทศฝรั่งเศส.....	71
3.1.2 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหา พัสดุในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	87
3.2 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหา พัสดุของไทย	96
3.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดหาพัสดุ.....	96
3.2.2 การดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549	100
3.2.3 หลักเกณฑ์ในการรับหลักประกันของตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549.....	105
3.2.4 รูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในระเบียบว่าด้วย การพัสดุ.....	109
3.2.5 แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ.....	118
4. ปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ศึกษากรณี การฟ้องคดีและการรับหลักประกันของ.....	139
4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์และแนวทางการแก้ไขปัญหา.....	139
4.1.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการ ทางอิเล็กทรอนิกส์.....	139
4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้าง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์.....	146

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง และแนวทางการแก้ไขปัญหา.....	150
4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในกรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง	150
4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องขอเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ.....	151
4.3 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการริบหลักประกันของและแนวทางการแก้ไขปัญหา	152
4.3.1 ปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายของข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของ.....	153
4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการกำหนดสถานะของข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของ.....	157
4.3.3 ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม.....	159
4.3.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของว่าที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม.....	161
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	166
5.1 บทสรุป.....	166
5.2 ข้อเสนอแนะ	167
บรรณานุกรม	169
ประวัติผู้เขียน	174

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ส่วนราชการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคหรือราชการส่วนท้องถิ่น ต่างก็ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็นในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน อาคารสถานที่ วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ รวมถึงระบบสารสนเทศต่าง ๆ ซึ่งการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการของส่วนราชการทั้งหลายเหล่านี้ ต้องผ่านกระบวนการจัดหาพัสดุหรือที่เรียกว่า การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ด้วยการทำสัญญาเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป โดยส่วนราชการไม่สามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้บุคคลหรือนิติบุคคลใดเข้าทำสัญญากับตน โดยที่บุคคลหรือนิติบุคคลนั้นไม่ยินยอมดังเช่นการออกคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือที่เรียกว่า สัญญาพัสดุของส่วนราชการนั้น ส่วนราชการไม่ได้มีเสรีภาพในการคัดเลือกคู่สัญญาเหมือนเช่นเอกชนทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ อันได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

โดยในอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอยู่หลายฉบับ แต่ที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับราชการส่วนท้องถิ่น และต่อมาเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเป็นไปโดยโปร่งใสและเป็นธรรม ลดปัญหาการทุจริต ตลอดจนเพื่อเป็นการประหยัดงบประมาณของแผ่นดินให้บังเกิดความคุ้มค่า จึงได้มีการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยปัจจุบันอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 สำหรับใช้กับการจัดหาพัสดุของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในสังกัดการบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินหรือกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าว

สำหรับกิจการ โครงการหรือการก่อสร้างที่มีมูลค่าตั้งแต่ 2 ล้านบาทขึ้นไป ส่วนราชการ ส่วนท้องถิ่น นั้น ข้อ 12 วรรคสองของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการ ส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 กำหนดให้หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นจัดซื้อหรือจัดจ้างด้วย ระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นกำหนด ในกรณีที่ไม่มี หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวกำหนดไว้ให้นำหลักเกณฑ์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

โดยที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง 1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ 2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ 3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดใน ลักษณะเดียวกัน และ 4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ดังนั้นข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ของส่วนราชการ ไม่ว่าสัญญาที่มุ่งจัดทำนั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่ง โดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งอนุมัติให้ผู้เสนอราคารายอื่นเป็นผู้ชนะการประกวดราคา แทนผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การอนุมัติสั่งจ้าง ผู้เสนอราคารายอื่นมีผลเป็นคำสั่งไม่รับราคาของผู้ฟ้องคดีไปด้วยในตัว ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งอนุมัติสั่งจ้างดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง¹ เป็นต้น และหากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายดังกล่าว ก็จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรณีฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหาย อันเกิดจากการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุเป็นการกีดกันผู้เสนอราคาบางราย ศาลปกครอง สูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง

¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.426/2551.

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการออกคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง² เป็นต้น

อย่างไรก็ตามกรณีที่ส่วนราชการที่จัดให้มีการซื้อจัดจ้างกำหนดหลักเกณฑ์ในประกาศประกวดราคาเป็นการเอื้อประโยชน์กับผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใด แล้วผู้มีอาชีพบริการหรือค้าขายพัสดุตามที่ประกาศประกวดราคากำหนด ซึ่งไม่สามารถเข้าแข่งขันเพื่อเสนอราคาหรือเข้าทำงานกับส่วนราชการได้น่าคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศประกวดราคานั้น ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยขึ้นไปในแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดว่าประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับกับผู้เสนอราคาเป็นการทั่วไป โดยมีได้เจาะจงผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ซึ่งมีได้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับในระบบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง” ไว้ กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหากับผู้ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองว่าจะต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องหรือไม่ และจะต้องนำคดีมาฟ้องภายในระยะเวลาการฟ้องคดีอย่างไร

สำหรับสัญญาระหว่างส่วนราชการและเอกชนหรือระหว่างส่วนราชการด้วยกันเองที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุนั้น จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นเครื่องมืออันจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการนั้นหรือไม่ หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีได้เป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะและไม่ใช่เป็นเครื่องมืออันจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการ สัญญานั้นจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด⁴ รวมทั้งคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาแก่ทั้งส่วนราชการและเอกชนที่จะนำข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลว่าจะต้องฟ้องคดีภายในอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือต้องฟ้องคดีภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากกำหนดระยะเวลาของกฎหมายทั้งสองฉบับไม่เท่ากัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีได้

² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2554.

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 744/2550, ที่ 57/2554, ที่ 521/2554 และที่ 567/2554 เป็นต้น.

⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551 และที่ 251/2553 เป็นต้น.

นอกจากนี้ภายหลังจากมีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้าง โดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์⁵ โดยกรมบัญชีกลางได้วางแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการยึดหลักประกันของตามหนังสือที่ กค. (กวพอ) 0408.4/ว0365⁶ ไว้ว่า “คำสั่งยึดหลักประกันของเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลจึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง” อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองสูงสุดจะมีคำวินิจฉัยว่าปัญหาข้อโต้แย้งกรณีการยึดหลักประกันของระหว่างส่วนราชการที่จัดซื้อจัดจ้างกับเอกชนที่ถูกยึดหลักประกันของมีลักษณะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา⁷ ซึ่งต่างจากแนวทางปฏิบัติของกรมบัญชีกลาง กรณีจึงนำมาซึ่งปัญหาไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดีว่าจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีหรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี รวมทั้งปัญหาในการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากหากเป็นการกำหนดค่าบังคับในการฟ้องขอให้คืนหลักประกันของ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว ศาลปกครองสูงสุดถือว่าหลักประกันของนั้นเป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า อันเข้าลักษณะการเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับลดลงได้ตามมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน แต่หากเป็นการกำหนดค่าบังคับในการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลมีอำนาจเพียง

⁵ ผู้รับบริการ (ประธานคณะกรรมการประกวดราคา) จะยึดหลักประกันที่ผู้รับบริการกำหนดให้มีในการเข้าเสนอราคาจากผู้มีสิทธิเสนอราคา ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด
- 2) ผู้มีสิทธิเสนอราคาที่มาลงทะเบียนแล้ว ไม่ LOG IN เข้าสู่ระบบ
- 3) ผู้มีสิทธิเสนอราคา LOG IN แล้ว แต่ไม่สามารถเสนอราคาหรือเสนอราคาผิดเงื่อนไขที่กำหนด โดยการเสนอราคาสูงกว่าหรือเท่ากับราคาเริ่มต้นของการประมูล
- 4) ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ลงลายมือชื่อในแบบ บก.008 แบบยื่นยื่นราคาสุดท้ายในการเสนอราคา.

⁶ หนังสือกรมบัญชีกลาง เรื่อง การชักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549.

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2556 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551, ที่ 660/2551 และที่ 95/2552 เป็นต้น.

พิพาทษาเพิกถอนคำสั่งยึดหลักประกันของเท่านั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปพิจารณาเรื่องของจำนวนเงินในการยึดหลักประกันของว่ามีจำนวนเหมาะสมหรือไม่ได้ โดยหากศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งยึดหลักประกันของไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีคำพิพากษาให้คืนหลักประกันของทั้งจำนวน แต่หากศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งยึดหลักประกันของชอบด้วยกฎหมายแล้วก็จะต้องมีคำพิพากษายกฟ้อง ส่วนราชการก็จะได้หลักประกันของไปทั้งจำนวน

สรุปปัญหาต่าง ๆ ข้างต้น คือ ปัญหาที่หนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาที่สองตามมาเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี (การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง) และปัญหาที่สาม เกี่ยวกับการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อพิพาทอันเกิดจากการยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ปัญหาสุดท้ายปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำเสนอความคิดเห็นและทฤษฎีในต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับใช้สำหรับกำหนดลักษณะข้อพิพาทแห่งคดีในแต่ละปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ และเพื่อประโยชน์แก่กรณีในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล รวมทั้งเพื่อประโยชน์แก่ศาลปกครองในการพิจารณารับคำฟ้องต่อไปด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
2. เพื่อศึกษาถึงกระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุของไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงการให้ลักษณะทางกฎหมายในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ของศาลปกครอง
4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และการนำหลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมาปรับใช้กับคดีปกครอง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในกระบวนการจัดหาพัสดุของส่วนราชการด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น 3 ประการ ได้แก่ ปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคา ปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายของคำสั่งยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย) ซึ่งเป็นขั้นตอนที่เพิ่มเติมจากกระบวนการจัดหาพัสดุของส่วนราชการโดยวิธีทั่วไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และปัญหาการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีอันสืบเนื่องจากความไม่ชัดเจนใน 2 กรณีข้างต้น

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และผลของประกาศประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วเห็นได้ว่า ประกาศประกวดราคามีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปซึ่งไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ประสงค์จะฟ้องโต้แย้งการประกวดประกวดราคาดังกล่าวจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดีตามที่มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนด อย่างไรก็ตามเพื่อให้ส่วนราชการมีโอกาสได้ทบทวนความเหมาะสมและถูกต้องของประกาศประกวดราคาดังกล่าวอีกครั้ง ประกอบกับเพื่อเป็นช่องทางในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงเห็นสมควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่สามารถอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ส่วนคำสั่งยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่ายนั้น แม้กรมบัญชีกลางกระทรวงการคลัง จะมีหนังสือแจ้งเวียนให้ส่วนราชการทราบว่า คำสั่งยึดหรือริบหลักประกันของเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่โดยที่การยึดหรือริบหลักประกันของดังกล่าวส่วนราชการอาศัยข้อกำหนดตามหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่ายอันเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นโดยส่วนราชการที่จะจัดหาพัสดุ โดยประธานคณะกรรมการประกวดราคาในฐานะผู้รับบริการและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ฝ่ายหนึ่ง กับเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคา อีกฝ่ายหนึ่ง โดยเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาตกลงยินยอมรับเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติในการเข้าร่วมประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามรายละเอียดข้อกำหนดในเอกสารจัดซื้อจัดจ้างและประกาศจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุตามประกาศจัดซื้อจัดจ้าง จึงเห็นได้ว่าหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาเข้าร่วมการประกวดราคา อันเข้าลักษณะของการเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดหรือริบหลักประกันของตามข้อกำหนดในหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย จึงเป็น

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงสมควรแก้ไขบทนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงแนวคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ รวมทั้งกระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศสและศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของข้อพิพาทอันเกิดจากกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ของศาลปกครอง รวมถึงการนำหลักการที่เหมาะสมมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ วารสาร บทความ และสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รวมทั้งคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง และหนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารดังกล่าวด้วยวิธี Descriptive and Analytical Method

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
2. ทำให้ทราบถึงกระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุของไทยและต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงการให้ลักษณะทางกฎหมายในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ของศาลปกครอง
4. ทำให้ทราบถึงปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และการนำหลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมาปรับใช้กับคดีปกครอง

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองมีวิธีการอยู่ 2 วิธีคือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่งหรือปฏิบัติการทางปกครอง อันเป็นการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งเอกชนจะถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามและอีกวิธีหนึ่ง คือ การใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญไม่ว่าจะเป็นการจ้างก่อสร้าง จ้างบริการหรือในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ เพื่อดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองและด้วยเหตุที่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายปกครองจะเป็นผู้จ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาและเงินที่ใช้จ่ายเป็นเงินภาษีของประชาชน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจึงมีความแตกต่างกับสัญญาทางแพ่ง โดยวิธีการในการจัดหาพัสดุตลอดจนการจัดทำสัญญาต้องอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบว่าด้วยการพัสดุซึ่งมีแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองปรากฏอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจัดหาคู่สัญญาของรัฐที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้จัดซื้อจัดจ้างไม่มีอิสระในการเลือกคู่สัญญาดังเช่นการจัดหาคู่สัญญาทางแพ่งของเอกชน นอกจากนี้การจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) หลักความเป็นกลางโดยการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เสนอราคา หลักการเกี่ยวกับการแข่งขัน โดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม เปิดเผย โปร่งใส ป้องกันการสมยอมเสนอราคา ซึ่งจะส่งผลสำคัญ 2 ประการ คือ ความเป็นธรรมแก่ราคาของเอกชน และในขณะที่เดียวกันรัฐก็ได้ประโยชน์สูงสุดจากการแข่งขันอย่างเป็นธรรมนั้น คือ เสียค่าใช้จ่ายต่ำสุดหรือได้รับประโยชน์ตอบแทนสูงสุด นอกจากหลักการดังกล่าวแล้ว ระเบียบว่าด้วยการพัสดุยังปรากฏแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย ดังนั้นในส่วนของบทที่ 2 นี้จะเป็นการนำเสนอแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ อันประกอบด้วยแนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง ทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและทฤษฎีว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาและทำความเข้าใจการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุและการฟ้องคดีในเรื่องที่เกี่ยวข้องดังกล่าว ดังจะได้กล่าวถึงในบทต่อไปให้มากยิ่งขึ้น โดยแนวคิดและทฤษฎีดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

สำหรับแนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนี้จะเป็นการอธิบายเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ประเภทของการจัดหาและวิธีการเกี่ยวกับการพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หลักธรรมาภิบาล แนวความคิดเกี่ยวกับระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่นำมาซึ่งความตกลงระหว่างประเทศ และหลักการสำคัญของการจัดหาพัสดุตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ เพื่อสร้างความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับสาระสำคัญและหลักการพื้นฐานของระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.1.1 ประวัติความเป็นมาของระเบียบว่าด้วยการพัสดุ

ระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของไทย (Government Procurement) อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้นเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับกับกระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รวมถึงหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ อันได้แก่องค์การมหาชนทั้งหลายด้วย อย่างไรก็ตามรัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์การมหาชน ก็ได้นำหลักการอันเป็นสาระสำคัญของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุไปกำหนดไว้ในระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติของตน ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนี้จึงเป็นเสมือนระเบียบกลางเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของภาครัฐไทยที่มีความมุ่งหมายสำคัญเพื่อจัดหาวัสดุอุปกรณ์สำหรับใช้ในการบริหารงานและการจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของแต่ละหน่วยงานให้บรรลุผล ทั้งนี้พัฒนาการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุของภาครัฐไทยนั้น มีประวัติความเป็นมาที่น่าสนใจ ดังนี้

การบริหารพัสดุในระบบราชการไทยเริ่มมีขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อมีการจัดตั้งกรมพัสดุแห่งชาติในปี พ.ศ. 2475 เพื่อรวมการจัดหาและจำหน่ายพัสดุนั้นเป็นเครื่องใช้ในราชการซึ่งแยกกันอยู่ตามส่วนราชการต่าง ๆ มาไว้ในส่วนราชการเดียวกัน โดยขึ้นตรงต่อกระทรวงพระคลังมหาสมบัติ แต่ต้องประสบปัญหาต่าง ๆ มากมายทั้งทางด้านการเมืองและการบริหารงานภายใน เช่น ขาดเจ้าหน้าที่ผู้มีประสบการณ์ด้านการบริหารพัสดุ กรมพัสดุแห่งชาติจึงต้องยุบเลิกไป⁸

การดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุในรูปแบบปัจจุบัน ได้มีการปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นระบบขึ้นอีกครั้งโดยหน่วยราชการฝ่ายทหารได้ริเริ่มให้มีการปรับปรุงการบริหารงานพัสดุนั้นด้วยความ

⁸ จาก *สารานุกรมเกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (น. 1-5), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2542, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ช่วยเหลือจากรัฐบาลของสหรัฐอเมริกา โดยมีการจัดตั้งโรงเรียนส่งกำลังบำรุงทหารบกขึ้น เพื่อฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ทางด้านนี้โดยเฉพาะ สำหรับส่วนราชการฝ่ายพลเรือนได้เริ่มต้นปรับปรุงการบริหารงานพัสดุเมื่อปลายปี พ.ศ. 2511 ด้วยความริเริ่มของกรมวิเทศสหการ สำนักงานประมาณ และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ด้วยความร่วมมือจากองค์กรให้ความช่วยเหลือของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า USOM (United States Operation Mission) แต่ปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อเป็น USAID (United States Agency for International Development)⁹

ในส่วนของระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัสดุนั้น ได้มีการประกาศใช้ และปรับปรุงให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปหลายครั้ง ดังต่อไปนี้

2.1.1.1 ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุระหว่างปี พ.ศ. 2498-พ.ศ. 2521

ประเทศไทยได้นำเอาแนวความคิดและการบริหารงานพัสดุในภาคเอกชนมาใช้ ในการพัสดุของทางราชการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2498 โดยแยกการจ้างกับการพัสดูออกจากกันโดยกำหนดไว้ในระเบียบ 2 ฉบับ ดังนี้

1) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498

ระเบียบฉบับนี้ได้ยกเลิกระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี และคำสั่งต่าง ๆ ของทางราชการ เกี่ยวกับการจ้างที่ใช้อยู่ก่อนหน้านั้น แล้ววางเป็นระเบียบเกี่ยวกับการจ้างของทางราชการใหม่โดย ใช้บังคับกับการจ้างแรงงาน การจ้างทำของและการรับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2) ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498

ระเบียบฉบับนี้ใช้บังคับการซื้อพัสดุของทางราชการซึ่งรวมถึงการซื้อของทุกชนิด และครุภัณฑ์เพื่อใช้ในราชการ มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการใช้บังคับ วิธีการที่ใช้ในการจัดหาพัสดุ ตลอดจนวิธีการหรือขั้นตอนในการคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งไม่แตกต่างจากระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498

2.1.1.2 ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุระหว่างปี พ.ศ. 2521 - พ.ศ. 2535

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 เป็นการรวบรวมระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 กับระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 เข้าเป็นระเบียบเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติของส่วนราชการต่าง ๆ ในด้านการจัดซื้อจัดจ้างและให้มีมาตรฐานเดียวกัน

⁹ จาก คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญาเกี่ยวกับทางราชการ (รายงานผลการวิจัย) (น. 10), โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ก, 2545, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.1.1.3 ระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุระหว่างปี พ.ศ. 2535 - ปัจจุบัน

โดยที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ครอบคลุมเฉพาะการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุเท่านั้น ส่วนการใช้จ่ายเงินประเภทอื่น ๆ จะมีระเบียบอื่นวางกรอบแนวทางปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้การดำเนินการทางพัสดุของทางราชการอยู่ภายใต้ระเบียบหลายฉบับ เช่น การดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศจะอยู่ภายใต้ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการซื้อ การจ้าง และการจ้างที่ปรึกษาภายใต้โครงการที่ดำเนินการด้วยเงินกู้จากต่างประเทศ พ.ศ. 2527 ส่วนการจ้างเอกชนออกแบบและควบคุมงานจะต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2521 เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าวคณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้น ซึ่งสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและสำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้ร่วมกันดำเนินการปรับปรุงระเบียบต่าง ๆ เกี่ยวกับการพัสดุเพื่อให้มีระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุของทางราชการเพียงฉบับเดียว ซึ่งต่อมาได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยใช้บังคับกับการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการทั้งที่ใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ เงินช่วยเหลือ และใช้บังคับกับการจัดหาทุกประเภท รวมทั้งได้นำระเบียบที่เกี่ยวกับการพัสดุด้านอื่น ๆ เช่น ระเบียบเกี่ยวกับการจ้างการออกแบบควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจ้างที่ปรึกษามากำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ด้วย นอกจากนี้ยังได้นำเอาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีต่าง ๆ มากำหนดเพิ่มเติมไว้อีกหลายเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการสร้างความโปร่งใสในการจัดหาพัสดุ

2.1.1.4 การแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งเช่นเดียวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521¹⁰ เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นระเบียบกลางที่ใช้ในการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการเพื่อให้เกิดความเหมาะสมถูกต้องและถือปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกัน ก่อให้เกิดความโปร่งใสเป็นที่เชื่อถือในการปฏิบัติทั้งส่วนราชการและเอกชนที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง ประกอบกับสถานการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมทั้งเทคโนโลยีที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างต่อเนื่อง จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขระเบียบพัสดุหลายครั้งภายหลังจากได้ประกาศใช้ระเบียบฉบับนี้รวม 7 ฉบับ ได้แก่

¹⁰ จาก การจัดหาพัสดุภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 16), โดย วรพันธ์ เข็นทรัพย์, 2551, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- 1) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2538
- 2) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2539
- 3) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541
- 4) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542
- 5) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2545
- 6) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552

2.1.2 ประเภทของการจัดหาและวิธีการเกี่ยวกับการพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดประเภทของการจัดหาพัสดุไว้ 6 ประเภท คือ

- 1) การซื้อ
- 2) การจ้าง
- 3) การจ้างที่ปรึกษา
- 4) การจ้างออกแบบและควบคุมงาน
- 5) การแลกเปลี่ยน
- 6) การเช่า

สำหรับวิธีการซื้อหรือการจ้างนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดไว้ 6 วิธีด้วยกัน คือ (ข้อ 18)

- 1) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท (ข้อ 19)
- 2) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท (ข้อ 20)
- 3) การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 2,000,000 บาท (ข้อ 21)
- 4) การซื้อการจ้างโดยวิธีพิเศษ เป็นการซื้อการจ้างซึ่งเป็นการยกเว้นของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการสอบราคาและวิธีการประกวดราคา เนื่องจากการซื้อหรือการจ้างที่มีวงเงินที่จะใช้ในการซื้อหรือจ้างครั้งหนึ่งเกินกว่า 100,000 บาท และไม่มีวงเงินที่เป็นขีดจำกัดขั้นสูงกำหนดไว้ โดยกระทำได้เฉพาะกรณี คือ เป็นพัสดุที่จะขายทอดตลาด เป็นพัสดุที่ต้องซื้อเร่งด่วน หากล่าช้าอาจจะเสียหายแก่ราชการ เป็นพัสดุเพื่อใช้ในราชการลับ เป็นพัสดุที่มีความต้องการใช้เพิ่มขึ้นในสถานการณ์ที่จำเป็นหรือเร่งด่วน หรือเพื่อประโยชน์ของส่วนราชการและจำเป็นต้อง

ซื้อเพิ่มเป็นพัสดุที่จำเป็นต้องซื้อโดยตรงจากต่างประเทศหรือดำเนินการโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศเป็นพัสดุที่โดยลักษณะของการทำงานหรือมีข้อจำกัดทางเทคนิคที่จำเป็นต้องระบุชี้แจงเป็นการเฉพาะ เป็นพัสดุที่เป็นที่ดินและ/หรือสิ่งก่อสร้างซึ่งจำเป็นต้องซื้อเฉพาะแห่งและเป็นพัสดุที่ได้ดำเนินการซื้อโดยวิธีอื่นแล้วไม่ได้ผล (ข้อ 23 และข้อ 24)

5) การซื้อการจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษเป็นการซื้อหรือการจ้างจากส่วนราชการ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจ ในกรณีที่เป็นผู้ผลิตพัสดุหรือทำงานจ้างนั่นเอง และนายกรัฐมนตร้อนุมัติให้ซื้อหรือจ้างหรือมีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ซื้อหรือจ้าง และรวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย แต่ถ้การซื้อหรือการจ้างครั้งนั้นมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท ให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุจัดซื้อหรือจ้างได้ภายในวงเงินที่ได้รับความเห็นชอบจากหัวหน้าส่วนราชการ (ข้อ 26)

6) การซื้อการจ้างด้วยวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด¹¹

ก่อนการประกาศใช้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 การจัดหาพัสดุภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ถือตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง หลักเกณฑ์การซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ 13 มกราคม 2548 โดยกระทรวงการคลังได้กำหนดรูปแบบในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่ 1 เป็นการจัดหาพัสดุในวงเงินไม่เกิน 100,000 บาท หรือที่เรียกว่า วิธีการตกลงราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Shopping) ส่วนรูปแบบที่ 2 เป็นการจัดหาพัสดุตามประกาศกระทรวงการคลังที่เรียกว่า วิธีการดำเนินการจัดหาพัสดุโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) ซึ่งระยะต่อมามีมติคณะรัฐมนตรีหลายฉบับไม่ได้ใช้คำว่า “ประมูล” แต่ใช้คำว่า “ประกวดราคา” อย่างไรก็ดี เมื่อมีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 การจัดหาพัสดุตามประกาศกระทรวงการคลัง ซึ่งเรียกว่า วิธีดำเนินการจัดหาพัสดุโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือการประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) จึงถูกยกเลิกตามไปด้วย ส่วนวิธีดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการตกลงราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Shopping) จะถูกยกเลิกไปด้วยหรือไม่ นั้น น่าจะเป็นปัญหาในการตีความ อย่างไรก็ดี ในชั้นนี้อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีรูปแบบในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ 2 รูปแบบ คือ การจัดหาพัสดุด้วยวิธี

¹¹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 18 แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2545.

ตกลงราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Shopping) ตามประกาศกระทรวงการคลังและการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

2.1.3 หลักธรรมาภิบาล (Good Governance)

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 หมวด 4 ว่าด้วยเรื่องการบริหารราชการอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ มาตรา 23 บัญญัติว่า

“ในการจัดซื้อหรือจัดจ้างให้ส่วนราชการดำเนินการโดยเปิดเผยและเที่ยงธรรม โดยพิจารณาถึงประโยชน์และผลเสียทางสังคม ภาระต่อประชาชน คุณภาพ วัตถุประสงค์ที่จะใช้ราคา และประโยชน์ระยะยาวของส่วนราชการที่จะได้รับประกอบกัน

ในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการใช้เป็นเหตุให้ต้องคำนึงถึงคุณภาพและการดูแลรักษาเป็นสำคัญ ให้สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องถือราคาต่ำสุดในการเสนอซื้อหรือจ้างเสมอไป

ให้ส่วนราชการที่มีหน้าที่ดูแลและเกี่ยวข้องกับการพัสดุปรับปรุงระเบียบที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ส่วนราชการดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสองได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการนำหลักธรรมาภิบาลมากำหนดเป็นหลักการพื้นฐานในการปฏิบัติราชการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้นในการทำความเข้าใจสาระสำคัญของระเบียบว่าด้วยการพัสดุซึ่งเป็นระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ จึงจำเป็นต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาลประกอบด้วย ดังรายละเอียดต่อไปนี้¹²

2.1.3.1 ความหมายของหลักธรรมาภิบาล

การประชุมระดับรัฐมนตรีของประเทศสมาชิกองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development: OECD) เกี่ยวกับเรื่องอนาคตของการให้บริการสาธารณะ ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงปารีสในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1996 ได้ให้ความหมายของธรรมาภิบาลในแง่ของความสัมพันธ์ซึ่งครอบคลุมมากกว่าเรื่องการบริหารงานภาครัฐ โดยรวมถึงลักษณะความสัมพันธ์ วิธีการและเครื่องมือ ซึ่งจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนพลเมือง ทั้งในส่วนที่เป็นการดำเนินการในฐานะของปัจเจกบุคคลและที่เป็นการดำเนินการในลักษณะที่เป็นสถาบัน เช่น พรรคการเมือง หน่วยการผลิต กลุ่มผลประโยชน์

¹² จาก ปัญหาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุภาครัฐตามระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 30-34), โดย จิตเกษม น้อยไร่ภูมิ, (2556), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

และสื่อมวลชน เป็นต้น สอดคล้องกับธนาคารโลกซึ่งเป็นองค์กรที่นำคำจำกัดความนี้มาเผยแพร่ ในรายงานฉบับแรกของธนาคารโลกที่ว่าด้วยเรื่องการจัดการปกครองและการบริหารทรัพยากร ทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยในเบื้องต้นหลักธรรมาภิบาลจะถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ ในการพิจารณาให้ความช่วยเหลือทางการเงินในแต่ละประเทศเพื่อให้แน่ใจว่าเงินที่ได้รับความ ช่วยเหลือจะถูกนำไปใช้อย่างชอบธรรม ไม่รั่วไหลไปสู่ข้าราชการด้วยวิธีฉ้อราษฎร์บังหลวง หากประเทศผู้ได้รับความช่วยเหลือมีระบบกฎหมาย การปกครองที่ขัดแย้งกับหลักธรรมาภิบาล ย่อมไม่ได้รับความช่วยเหลือ แต่หากมีระดับธรรมาภิบาลอยู่ในเกณฑ์ที่สูงย่อมมีสิทธิได้รับความ ช่วยเหลือเป็นจำนวนเงินที่สูงตามไปด้วย ต่อมาโครงการเพื่อการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nation Development Programme: UNDP) ได้นิยามธรรมาภิบาลไว้ไม่แตกต่างจากแนวทาง ที่ได้กล่าวมาแล้วมากนัก แต่ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษแก่เรื่องการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์อย่าง ยั่งยืน บทบาทของหลักธรรมาภิบาลในระดับสากลจึงเป็นสถานะของการพัฒนาและการบริหาร กิจกรรมและนโยบายสาธารณะขั้นสูงสุด

2.1.3.2 องค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาล

หลักธรรมาภิบาล มีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักพื้นฐาน 6 ประการ คือ

1) หลักนิติธรรม คือ การตรากฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับและกติกาต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม ตลอดจนเป็นที่ยอมรับของสังคมและสมาชิก โดยมีการยินยอมพร้อมใจ และถือปฏิบัติร่วมกันอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม กล่าวโดยสรุป คือ สถาปนาการปกครองภายใต้ กฎหมาย มิใช่กระทำกันตามอำเภอใจหรืออำนาจของบุคคล

2) หลักคุณธรรม คือ การยึดถือและเชื่อมั่นในความถูกต้องดีงามโดยการธรรมรงค์ เพื่อสร้างค่านิยมที่ดีงามให้ผู้ปฏิบัติงานในองค์กรหรือสมาชิกของสังคมถือปฏิบัติ ได้แก่ ความซื่อสัตย์สุจริต ความเสียสละ ความอดทน ความขยันหมั่นเพียร ความมีระเบียบวินัย เป็นต้น

3) หลักความโปร่งใส คือ การทำให้สังคมไทยเป็นสังคมที่เปิดเผยมูลค่าข่าวสาร อย่างตรงไปตรงมาและสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ โดยการปรับปรุงระบบและกลไก การทำงานขององค์กรให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือเปิดให้ประชาชนสามารถ เข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวก ตลอดจนมีระบบหรือกระบวนการตรวจสอบและประเมินผลที่มี ประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นการสร้างควมไว้วางใจซึ่งกันและกัน และช่วยให้การทำงานของภาครัฐ และภาคเอกชนปลอดจากการทุจริตคอร์รัปชัน

4) หลักความมีส่วนร่วม คือ การทำให้สังคมไทยเป็นสังคมที่ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้ และร่วมเสนอความเห็นในการตัดสินใจสำคัญ ๆ ของสังคม โดยเปิดโอกาสให้ประชาชน มีช่องทางในการเข้ามามีส่วนร่วม ได้แก่ การแจ้งความเห็น การไต่สวนสาธารณะ การประชา

พิจารณาการแสดงผลประชาตหรืออื่น ๆ และจัดการผูกขาดทั้งโดยภาครัฐหรือโดยภาคธุรกิจเอกชน ซึ่งจะช่วยให้เกิดความสามัคคีและความร่วมมือกันระหว่างภาครัฐและภาคธุรกิจเอกชน

5) หลักความรับผิดชอบ ผู้บริหาร ตลอดจนคณะข้าราชการทั้งฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำต้องตั้งใจปฏิบัติภารกิจตามหน้าที่อย่างดียิ่ง โดยมุ่งให้บริการแก่ผู้มารับบริการ เพื่ออำนวยความสะดวกต่าง ๆ มีความรับผิดชอบต่อความบกพร่องในหน้าที่การงานที่ตนรับผิดชอบอยู่ และพร้อมที่จะปรับปรุงแก้ไขได้ทันทั่วถึง

6) หลักความคุ้มค่า ผู้บริหารต้องตระหนักว่ามีทรัพยากรค่อนข้างจำกัด ดังนั้นในการบริหารจัดการจำเป็นจะต้องยึดหลักความประหยัดและความคุ้มค่า ซึ่งจำเป็นจะต้องตั้งจุดมุ่งหมายไปที่ผู้รับบริการหรือประชาชนโดยส่วนรวม

2.1.3.3 วัตถุประสงค์ของหลักธรรมาภิบาล

หลักธรรมาภิบาลถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ควรนำไปปรับใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเพื่อสร้างรูปธรรมในการพัฒนากระบวนการทำงานและสร้างความโปร่งใสในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้

1) การบริหารราชการที่มุ่งให้เกิดประโยชน์สุขแก่ประชาชน โดยยึดประชาชนเป็นศูนย์กลาง (Citizen Centered) เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและก่อให้เกิดผลกระทบในทางที่ดีต่อการพัฒนาชีวิตของประชาชน

2) เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐโดยยึดการบริหารแบบบูรณาการ ซึ่งมุ่งเน้นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติงาน ที่สอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยการจัดทำคำรับรองการปฏิบัติราชการไว้ล่วงหน้า ที่สามารถแสดงผลและวัดผลงานได้อย่างชัดเจน

3) มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ ในการดำเนินภารกิจของรัฐ จะต้องมีการเปรียบเทียบต้นทุนค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการดำเนินงาน ทั้งภายในหน่วยงานตนเองและระหว่างหน่วยงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการดำเนินภารกิจในลักษณะเดียวกัน เพื่อผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นว่ามีความคุ้มค่ากับเงินลงทุนที่เกิดจากการนำภาษีของประชาชนไปดำเนินการ หากไม่คุ้มค่าก็ไม่ควรดำเนินการต่อไป

4) ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น โดยลดขั้นตอนและระยะเวลาการปฏิบัติราชการลงจากที่เป็นอยู่เดิม มอบอำนาจการตัดสินใจให้กับผู้ใกล้ชิดกับประชาชนจัดบริการ ให้ประชาชนสามารถรับบริการให้แล้วเสร็จในที่เดียวกัน เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการที่สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น

5) มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อเหตุการณ์ โดยจะต้องมีการ ทบทวนและปรับปรุงกระบวนการขั้นตอนทำงานใหม่อยู่เสมอ ส่วนราชการจึงควรจัดลำดับ ความสำคัญและความจำเป็นของงาน หรือโครงการที่จะทำให้ออกคล่องกับแผนการบริหารราชการ แผ่นดินและงบประมาณของประเทศ ซึ่งอาจมีผลต้องพิจารณาขยับเลิกส่วนราชการที่ไม่จำเป็น และการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ให้เหมาะสม

6) ประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการใน การปฏิบัติราชการของส่วนราชการที่มุ่งเน้นความต้องการและความพึงพอใจของประชาชน ผู้รับบริการเป็นหลัก ดังนั้น จึงต้องมีการสำรวจความต้องการของประชาชนและความพึงพอใจของ ประชาชนผู้รับบริการอย่างสม่ำเสมอ เพื่อจะได้จัดสิ่งอำนวยความสะดวกและเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ที่ให้ประชาชนทราบและเข้าใจง่ายเวลาติดต่อ

7) มีการประเมินผลการปฏิบัติงานอย่างสม่ำเสมอ ส่วนราชการจะต้องสร้างระบบการ ควบคุมตนเองโดยมีการตรวจสอบ ติดตาม วัดผลการปฏิบัติงานอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งจะทำได้สามารถ ผลักดันการปฏิบัติงานของหน่วยงานให้บรรลุเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ยังช่วย ให้การพิจารณาให้บำเหน็จความชอบและรางวัลแก่ข้าราชการเป็นไปตามผลการปฏิบัติงานอย่าง จริงจัง

จากหลักธรรมาภิบาลข้างต้น หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างจึงต้องดำเนินการ โดยเปิดเผยและเป็นธรรม นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึง คุณภาพพัสดุและการดูแลรักษาเป็นสำคัญโดยอาจไม่จำเป็นต้องถือราคาต่ำสุดในการเสนอซื้อหรือ จ้างเสมอไปตามหลักธรรมาภิบาลว่าด้วยเรื่องความโปร่งใสและความคุ้มค่า ซึ่งหลักธรรมาภิบาล ดังกล่าวนี้กลายมาเป็นหลักการสำคัญของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามระเบียบว่าด้วย การพัสดุ ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2.1.4 แนวความคิดเกี่ยวกับระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่นำมาซึ่งความตกลงระหว่างประเทศ

หลายทศวรรษที่ผ่านมาประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างตระหนักถึงผลร้ายที่เกิดขึ้นจาก ปัญหาการทุจริต เพราะผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทุจริตนั้นส่งผลกระทบอย่างใหญ่หลวง หลายประการ เช่น การก่อให้เกิดภาวะการถดถอยของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ปัญหาสังคม เพิ่มมากยิ่งขึ้นเพราะขาดปัจจัยในการแก้ปัญหา การเกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติและให้อภิสิทธิ์แก่ บุคคลที่เอื้อผลประโยชน์ในภาครัฐ นอกจากนี้การทุจริตยังถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมอันเป็นปฏิปักษ์ ต่อหลักธรรมาภิบาล หลักการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม อันเป็นหลักการสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นสังคมโลกจึงได้สร้างเครื่องมือ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตร่วมกันขึ้น เพราะต่างตระหนักดีว่าการแก้ไขปัญหา

การทุจริตนั้น ไม่สามารถกระทำได้โดยลำพัง จึงได้เกิดความร่วมมือในการต่อต้านการทุจริตระหว่างประเทศขึ้น ทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับนานาชาติ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติตระหนักถึงความรุนแรงของปัญหาและภัยคุกคามอันเกิดจากการทุจริตที่ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของสังคม จึงได้ตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจขึ้น เพื่อการเจรจาจัดทำ “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต” และในคราวประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2546 ที่ประชุมได้มีมติที่ 58/4 เปิดการลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตและอนุสัญญาดังกล่าวก็ได้มีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ 14 ธันวาคม 2548 เป็นต้นมา โดยเป้าหมายสุดท้ายของอนุสัญญานี้ คือ ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้อย่างทั่วถึงครอบคลุมทั่วทุกภูมิภาคของโลก เพื่อให้เกิดการประสานความร่วมมือระหว่างกันอันจะทำให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตทั้งระดับภายในประเทศและในระดับสากลเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹³ ในปัจจุบันมีภาคีสมาชิก 124 ประเทศ โดยไทยได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2546 โดยกำลังเตรียมให้สัตยาบันเพื่อเข้าเป็นภาคีสมาชิกซึ่งการเข้าเป็นสมาชิกประเทศไทยจะได้รับสิทธิและประโยชน์หลายประการจากการเข้าเป็นภาคี ซึ่งหากมีการให้สัตยาบันแล้วประเทศไทยอาจจะต้องมีการปรับปรุงกฎหมาย นโยบายตลอดจนวางมาตรการในการต่อต้านการทุจริตอย่างจริงจังเพื่อพัฒนาปรับปรุงมาตรการการป้องกันให้มีความเป็นรูปธรรมตามพันธกรณีในอนาคตต่อไป

สำหรับสาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention Against Corruption 2003 (UNCAC)) นั้นแบ่งออกเป็น 8 หมวด โดยแต่ละหมวดมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

หมวด 1 บทบัญญัติทั่วไป

กล่าวถึง ความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา บทนิยาม ขอบเขตการใช้บังคับของอนุสัญญา และหลักการเคารพอธิปไตยแห่งรัฐ

หมวด 2 มาตรการป้องกันการทุจริต

กล่าวถึง พันธกรณีของรัฐภาคีที่จะต้องจัดทำนโยบายป้องกันการทุจริตที่มีประสิทธิภาพ การกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในภาครัฐและเอกชน ตั้งแต่การจัดตั้ง

¹³ ปณิษฐ์ พทุมวัฒน์. (ม.ป.ป.). อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003: United Nations Convention against Corruption 2003 ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีในการกำหนดมาตรการป้องกันการทุจริตของภาคี. สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2556, จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1689>.

องค์กรพิเศษเพื่อการต่อต้านการทุจริต นโยบายและแนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการส่งเสริม
ธรรมาภิบาล หลักนิติธรรม ความโปร่งใสตรวจสอบได้

หมวด 3 ความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย

กำหนดให้การกระทำบางอย่างที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐภาคี
เป็นความผิดทางอาญา เพื่อให้ครอบคลุมการทุจริตได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้นซึ่งการกระทำ
ความผิดอาญาบางประการภายใต้ข้อบทแห่งอนุสัญญานี้กำหนดให้รัฐภาคีต้องกำหนดให้เป็น
ฐานความผิดเพิ่มเติม

หมวด 4 ความร่วมมือระหว่างประเทศ

กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดรูปแบบความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างกันในการรวบรวม
และนำส่งพยานหลักฐาน การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การติดตาม आयัด ยึดและริบทรัพย์สินที่ได้
จากการทุจริต

หมวด 5 การติดตามทรัพย์สินคืน

กล่าวถึง ความร่วมมือและการให้ความช่วยเหลือระหว่างรัฐภาคีในการคืนทรัพย์สิน
ที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้แก่รัฐภาคีที่ร้องขอ ตลอดจนการพิจารณาถึงผลประโยชน์หรือ
ส่วนได้เสียของผู้เสียหายและเจ้าของ โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำ
ความผิด

หมวด 6 ความช่วยเหลือทางวิชาการและการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร

กล่าวถึง มาตรการในการฝึกอบรม วิจัยและการแลกเปลี่ยนข้อมูลรวมทั้ง การให้ความ
ช่วยเหลือแลกเปลี่ยนประสบการณ์ระหว่างรัฐภาคีและองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

หมวด 7 กลไกการปฏิบัติตามอนุสัญญา

กำหนดให้มีที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคีอนุสัญญา การประชุมของรัฐภาคี รวมทั้งบทบาท
หน้าที่ของฝ่ายเลขานุการในที่ประชุมใหญ่ของรัฐภาคี

หมวด 8 บทบัญญัติสุดท้าย

กล่าวถึง การปฏิบัติตามอนุสัญญา การระงับข้อพิพาท การลงนาม การให้สัตยาบัน
การยอมรับ การให้ความเห็นชอบและการภาคยานุวัติ การมีผลใช้บังคับ การแก้ไขเพิ่มเติม
การบอกเลิก ผู้เก็บรักษาและภาษาที่ใช้ในการจัดทำอนุสัญญา

สำหรับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น อนุสัญญาฯ ได้กำหนดหลักการไว้ในหมวด 2 มาตรการป้องกันการทุจริต ข้อ 9 การจัดซื้อจัดจ้างและการจัดการการคลังของรัฐ¹⁴ ดังนี้

1) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินขั้นตอนที่จำเป็นในการจัดทำระบบการจัดซื้อจัดจ้างที่เหมาะสมที่มีประสิทธิผล โดยนอกจากประการอื่นแล้ว ได้แก่การป้องกันการทุจริตบนพื้นฐานของความโปร่งใสการแข่งขัน และหลักเกณฑ์ที่วัดได้ในการตัดสินใจ ทั้งนี้โดยเป็นไปตามหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายของตนระบบเช่นว่า ซึ่งอาจคำนึงถึงวงเงินในการบังคับใช้ที่เหมาะสมด้วย นอกจากประการอื่นแล้วต้องระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้

(ก) การเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับวิธีการและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างรวมทั้งข้อมูลข่าวสารในการเชิญให้เข้าร่วมเสนอราคาและข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์โดยตรงเกี่ยวกับการได้รับเลือกให้ทำสัญญา ทั้งนี้โดยให้ผู้เสนอราคาที่อยู่ในเกณฑ์มีเวลาเพียงพอในการเตรียมและยื่นเสนอราคาของตน

(ข) การจัดทำเงื่อนไขในการเข้าร่วมเสนอราคาไว้ล่วงหน้า ซึ่งรวมทั้งการคัดเลือกและการได้รับเลือกให้ทำสัญญาและกฎเกณฑ์ในการเสนอราคาและการประกาศให้ทราบทั่วกันถึงเงื่อนไขดังกล่าว

(ค) การใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นกลางและเป็นข้อวินิจฉัยล่วงหน้าสำหรับการตัดสินใจจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ เพื่ออำนวยความสะดวกในการพิสูจน์ตรวจสอบความถูกต้องในการใช้บังคับกฎเกณฑ์และกระบวนการดังกล่าวในภายหลัง

(ง) ระบบการทบทวนภายในที่มีประสิทธิผล รวมถึงระบบการอุทธรณ์ที่มีประสิทธิผลเพื่อประกันการไล่เบียดและการเยียวยาความเสียหายในทางกฎหมายในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือกระบวนการที่จัดทำตามวรรคนี้

(จ) ในกรณีที่เหมาะสมมาตรการในการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคลากรผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง อาทิเช่น การเปิดเผยเกี่ยวกับส่วนได้เสียในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ กระบวนการคัดเลือกและข้อกำหนดการฝึกอบรมนั้น ๆ

2) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อส่งเสริมความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดการการคลังของรัฐ โดยสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายของตน มาตรการเช่นว่านอกจากประการอื่นแล้วต้องรวมเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

¹⁴ จาก คำแปลอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (น. 8-9), โดยคณะกรรมการพิจารณาพันธกรณีอนุคณะกรรมการพิจารณาพันธกรณีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, 2548, กรุงเทพฯ: กระทรวงยุติธรรม.

- (ก) กระบวนการในการรับเองประมาณแผ่นดิน
- (ข) การรายงานรายรับและค่าใช้จ่ายในเวลาอันควร
- (ค) ระบบมาตรฐานด้านบัญชีและการสอบบัญชีและการควบคุมดูแลที่เกี่ยวข้อง
- (ง) ระบบการจัดการความเสี่ยงและการควบคุมภายในที่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ และ

(จ) ในกรณีที่เหมาะสม การปรับปรุงแก้ไขในกรณีไม่สามารถดำเนินการตามข้อกำหนดซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคนี้

3) รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการทางแพ่งและทางปกครองเท่าที่อาจจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความครบถ้วนสมบูรณ์ของสมุดบัญชี บันทึก รายงานการเงินหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับรายจ่ายและรายรับของรัฐ และเพื่อป้องกันการปลอมแปลงเอกสารดังกล่าว ทั้งนี้โดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายของตน

2.1.5 หลักการสำคัญของการจัดหาพัสดุตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ

โดยที่การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีความแตกต่างกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีทั่วไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ก็แต่ในเรื่องวิธีการเสนอราคาซึ่งเป็นการนำเอาระบบเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ (เคาะราคาด้วยระบบคอมพิวเตอร์) ซึ่งสามารถเคาะราคาได้หลายครั้งภายในเวลาที่หน่วยงานกำหนด แต่การประกวดราคาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นการยื่นซองเสนอราคาซึ่งเป็นซองเอกสารและจะยื่นได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการจัดหาพัสดุของส่วนราชการไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการจัดทำรายงานการขอซื้อหรือขอจ้าง การอนุมัติซื้อหรือจ้าง การจัดทำสัญญา การแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 อีกทั้งยังคงหลักการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานสำคัญเดียวกันและสอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลเช่นเดียวกัน ดังต่อไปนี้

2.1.5.1 หลักความเสมอภาค

การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุจะต้องดำเนินการอย่างเป็นธรรมแก่เอกชนทุกฝ่ายที่ประสงค์จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐในการจัดหาพัสดุ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม หน่วยงานของรัฐที่จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีการจัดให้มีการแข่งขันราคาอย่างเปิดเผยต่อสาธารณชน ให้โอกาสแก่ทุกฝ่ายในการรับทราบข้อมูลอย่างเท่าเทียมกันในกระบวนการแข่งขันตามรายละเอียดและกฎเกณฑ์ที่กำหนด ตั้งแต่กระบวนการประกาศเชิญชวน การกำหนดคุณลักษณะของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาหรือคุณสมบัติของพัสดุ การคัดเลือกผู้ผ่านการพิจารณา

เบื้องต้น การยื่นและรับซอง รวมทั้งการพิจารณาของคณะกรรมการต่าง ๆ เพื่อให้เอกชนทุกฝ่าย มีความเสมอภาคกันในการแข่งขัน หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วก็อาจทำให้เอกชนรายหนึ่งรายใด ได้เปรียบหรือเสียเปรียบเอกชนรายอื่น¹⁵

2.1.5.2 หลักความโปร่งใสและเปิดเผย

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 15 ทวิ กำหนดให้ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในแต่ละขั้นตอนของการจัดหาต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใสและ เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้โดยคำนึงถึงคุณสมบัติและความสามารถ ของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน เว้นแต่กรณีที่มีลักษณะเฉพาะอันเป็นข้อยกเว้นตามที่กำหนดไว้ ในระเบียบนี้ ในการดำเนินการแต่ละขั้นตอนนั้น ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องมีการบันทึกหลักฐาน ในการดำเนินการ พร้อมทั้งต้องระบุเหตุผลในการพิจารณาสั่งการในขั้นตอนที่สำคัญไว้เพื่อความ โปร่งใสตรวจสอบได้ ตัวอย่างเช่น การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีประกวดราคากำหนดให้หัวหน้า เจ้าหน้าที่พัสดุมีหน้าที่รับผิดชอบควบคุมดูแลและจัดทำหลักฐานการเผยแพร่และการปิดประกาศ ประกวดราคาภายในระยะเวลาที่กำหนดและ โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น การปิด ประกาศดังกล่าวให้กระทำในตู้ปิดประกาศที่มีกุญแจปิดตลอดเวลา ส่งไปประกาศทาง วิทยุกระจายเสียง และส่งประกาศประกวดราคาพร้อมทั้งเอกสารเผยแพร่ไปยังองค์กรหรือ หน่วยงานต่าง ๆ โดยในการดำเนินการแต่ละขั้นตอน ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องมีการบันทึกหลักฐาน ในการดำเนินการ พร้อมทั้งต้องระบุเหตุผลในการพิจารณาสั่งการในขั้นตอนที่สำคัญไว้เพื่อ ประกอบการพิจารณาด้วย เป็นต้น และตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการ ทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ข้อ 8 (1) ได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการที่จะจัดหาพัสดุแต่งตั้ง คณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference: TOR) และร่างเอกสารประกวด ราคา และให้นำร่างขอบเขตของงานที่ได้รับการอนุมัติแล้วเผยแพร่ทางเว็บไซต์ของหน่วยงานและ ทางเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลางเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน ซึ่งในร่าง TOR จะประกอบ ไปด้วยความเป็นมา วัตถุประสงค์ คุณสมบัติของผู้เสนอราคา แบบรูปรายการ หรือคุณลักษณะ เฉพาะ ระยะเวลาดำเนินการ ระยะเวลาส่งมอบงาน หรือส่งมอบของ วงเงินในการจัดหา เป็นต้น คณะกรรมการกำหนดร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคา เมื่อได้รับฟังคำวิจารณ์ ก็ให้พิจารณา ว่าสมควรปรับปรุงร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคาตามนั้นหรือไม่ หากเห็นสมควรปรับปรุง ก็ให้ดำเนินการปรับปรุงให้แล้วเสร็จ แล้วนำเสนอหัวหน้าหน่วยงาน เพื่อขอความเห็นชอบนำลง

¹⁵ จาก ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 20), โดย ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม, 2542, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เว็บไซต์ของหน่วยงานและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลางเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน อีกครั้งหนึ่งอันเป็นการยืนยันหลักเกณฑ์ความเปิดเผยโปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

หลักการเปิดเผยเป็นหลักการที่สำคัญในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ที่แสดงถึงความโปร่งใส ความถูกต้องชอบธรรมในการกระทำหรือการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อที่จะให้ประชาชนสามารถที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชนหรือจากบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ก็เพื่อให้คำว่า “ความลับทางราชการ” คลายความศักดิ์สิทธิ์ลงและหน่วยงานของรัฐต้องมีเหตุผลสามารถอธิบายทั้งในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแก่ประชาชนได้ มิฉะนั้นอาจเป็นการกระทำทางปกครองโดยอำเภอใจ ขาดความถูกต้องอันเป็นเหตุสำคัญของการใช้อำนาจในทางมิชอบและก่อให้เกิดปัญหาคอร์รัปชัน¹⁶

2.1.5.3 หลักความคุ้มค่า

การที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดให้มีการแข่งขันก็เพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสมและในขณะเดียวกันก็ต้องได้พัสดุที่มีคุณภาพ หากไม่มีการแข่งขันคัดเลือกพัสดุที่ประสงค์จะจัดซื้อจัดจ้าง เมื่อมีการติดต่อกับเอกชนรายเดียวหรือน้อยรายก็จะไม่เกิดการเปรียบเทียบของพัสดุที่รัฐต้องการ ว่าพัสดุจากเอกชนรายใดจะทำให้รัฐได้ประโยชน์สูงสุด เมื่อพิจารณาจากเวลาในการจัดหา ราคาพัสดุ คุณภาพของพัสดุหรือสิ่งอื่น ๆ ที่จะบ่งชี้ว่าเป็นข้อพิจารณาของการจัดซื้อพัสดุ โดยปกติการคัดเลือกกว่าเอกชนรายใดจะผ่านการคัดเลือกหน่วยงานของรัฐจะพิจารณาจากรายการที่มีการเสนอราคาต่ำสุดจากผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและผ่านเกณฑ์การพิจารณาของหน่วยงานของรัฐแล้วจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกจากรัฐ แต่บางกรณีผู้ผ่านการคัดเลือกอาจจะไม่ใช่ผู้เสนอราคาต่ำสุดก็ได้ เนื่องจากส่วนราชการจะต้องคัดเลือกคุณสมบัติของพัสดุหรืองานจ้างที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการมากที่สุด หากพิจารณาข้อเสนอของเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้วเห็นว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐมากกว่า¹⁷ ซึ่งเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุดหรือราคาหนึ่งราคาใดหรือราคาที่เสนอทั้งหมดก็ได้ และอาจพิจารณาเลือกซื้อในจำนวนหรือขนาดหรือเฉพาะรายการหนึ่งรายการใด หรืออาจจะยกเลิกการประกวดราคาด้วยวิธีการทางระบบ

¹⁶ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 26), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์.

¹⁷ *ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (น. 20-21). เล่มเดิม.

อิเล็กทรอนิกส์โดยไม่พิจารณาจัดซื้อเลยก็ได้สุดแต่จะพิจารณา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ เป็นสำคัญ เป็นต้น¹⁸

2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะ¹⁹

หลักการจัดทำบริการสาธารณะเป็นหลักการสำคัญที่ใช้สำหรับควบคุมการดำเนินกิจกรรมทั้งหลายที่อยู่ในความอำนาจการของรัฐและถือเป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยรวม (Public Interest) ในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐก็เช่นเดียวกัน การเข้าถึงการประมูลงาน และการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการให้กับรัฐ แขนงรัฐ หรือร่วมกับรัฐ ก็ต้องคำนึงถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้นในหัวข้อนี้จึงขอกล่าวถึง ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่นำมาใช้กับกระบวนการจัดหาพัสดุ

2.2.1 ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของคำว่าบริการสาธารณะไว้ว่า²⁰ บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม

จากความหมายของคำว่าบริการสาธารณะดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะออกได้ 2 ประการ คือ²¹

1) บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง ลักษณะสำคัญที่สุดของบริการสาธารณะ คือ ต้องเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน นั่นก็คือเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการของรัฐ แต่เนื่องจากปัจจุบันภารกิจของรัฐมีมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เทคโนโลยีในการจัดทำสูง ใช้เงินลงทุนสูง หรือรัฐไม่มีความพร้อมที่จะจัดทำ จึงต้องมอบให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งเมื่อรัฐมอบหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นทำแล้ว บทบาทของรัฐในฐานะผู้จัดทำหรือผู้อำนาจการก็จะเปลี่ยนเป็นผู้ควบคุม โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมมาตรฐาน

¹⁸ หนังสือกรมบัญชีกลางด่วนที่สุด ที่ กค (กวพอ) 0421.3/0289, ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

¹⁹ จาก *สัญญาทางปกครอง* (น. 26), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁰ จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (น. 108), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²¹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 153), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ของบริการสาธารณะ ควบคุมความปลอดภัย รวมทั้งควบคุมค่าบริการ ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์ตอบแทนมากที่สุดและเสียคร็อนน้อยที่สุด

2) บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์อันเป็นความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ความต้องการที่จะมีชีวิตอยู่อย่างสงบสุข และความต้องการที่จะอยู่อย่างปลอดภัย ดังนั้น บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำจึงต้องมีลักษณะที่สนองความต้องการของประชาชนทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นนี้ กิจการใดที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต่อการอยู่อย่างปลอดภัยหรือการอยู่อย่างสบายของประชาชน รัฐก็ต้องเข้าไปจัดทำกิจการนั้น นอกจากนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่าเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยรวมหรือการดำเนินการอย่างอื่นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน²² โดยวิธีการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น ฝ่ายปกครองมีวิธีอยู่ 2 วิธี คือ 1) วิธีการใช้อำนาจฝ่ายเดียวด้วยการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือปฏิบัติการทางปกครองต่าง ๆ อันเป็นการใช้อำนาจมหาชน และ 2) วิธีการใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ เนื่องจากกิจการทางปกครองหลายประเภทนั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับ หรือไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาฝ่ายเดียวได้ จึงต้องใช้รูปแบบสัญญาทางปกครองเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล โดยสัญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อจัดระเบียบองค์กรหรือเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะถือเป็นสัญญาทางปกครอง²³

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาทางปกครองมีความเชื่อมโยงกับการบริการสาธารณะ เนื่องจากสัญญาทางปกครองนั้นเกิดขึ้นมาจากการที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่หลักที่สำคัญคือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ หรืออาจต้องว่าจ้างให้เอกชนเข้ามาทำการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ ให้ฝ่ายปกครองหรือในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้เอกชนไปดำเนินการแทนการทั้งหลายเหล่านี้ฝ่ายปกครองสามารถทำได้ด้วยการตกลงทำสัญญากับเอกชนซึ่งใน

²² สัญญาทางปกครอง (น. 26). เล่มเดิม.

²³ จาก ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 205), โดย วิษณุ วรรณุญ ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรสีลพร, 2551, กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ.

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครอง มีระบบกฎหมายพิเศษแยกต่างหากจากสัญญาระหว่างเอกชนต่อเอกชน²⁴

2.2.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ²⁵

บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือจัดทำโดยผู้ใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่องและหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค (principe d' égalité) หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กล่าวคือประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้นกิจการใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจึงไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะสำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสในส่วนที่เกี่ยวกับความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนั้นสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ การเลือกปฏิบัติในระหว่างผู้ใช้บริการสาธารณะอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะไม่สามารถทำได้

การเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง การเลือกปฏิบัติไม่รับเข้าทำงานด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งนอกจากเหตุที่เกี่ยวกับความรู้ความสามารถซึ่งเป็นคุณสมบัติส่วนตัวของผู้สมัครจะกระทำมิได้ จากหลักดังกล่าวมีผลทำให้พลเมืองทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง ความแตกต่างทางด้านศาสนา แนวความคิดทางการเมืองหรือเพศจะไม่สามารถเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองสร้างเงื่อนไขที่จะไม่รับเข้าทำงานหรือปฏิเสธไม่ให้เข้าทำงานได้ คงมีเพียงความรู้ความสามารถเท่านั้นที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเป็นเงื่อนไขในการรับบุคคลเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองได้

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (principe de continuité) เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ

²⁴ สัญญาทางปกครอง (น. 528). เล่มเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม. (น. 28-31).

หลักการสำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีเกิดการหยุดชะงักจะต้องมีความรับผิดชอบและในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีข้อพิจารณาออกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วในประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทนด้วยการจัดทำเป็นสัญญาทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน แต่ฝ่ายปกครองยังต้องมีส่วนร่วมในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปจัดทำโดยเอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) การเปลี่ยนแปลงสัญญาซึ่งให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของบริการสาธารณะ

(2) การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินการของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปแทนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

(3) หลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ กล่าวคือ เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นและมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้ารับภาระบางส่วนกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง

จะเห็นว่าเงื่อนไขหรือวิธีการทั้ง 3 ประการดังกล่าวมานี้ มีความแตกต่างจากหลักสัญญาทางกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น ซึ่งเหตุที่แตกต่างกันเช่นนี้ก็เนื่องมาจากสภาพกิจการที่เกิดขึ้นสัญญาทางปกครองเป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมีกฎเกณฑ์พิเศษเพื่อรักษาความเป็นประโยชน์สาธารณะเอาไว้

3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (principe d' adaptation หรือ principe de mutabilité) บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะรวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย

หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหมายความถึงการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการ สาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอเพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่าย ปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างกับหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องที่มีลักษณะเป็นกฎหมายของบริการสาธารณะหรือหลักว่าด้วยความเสมอภาค ที่มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไม่ได้ถูกกล่าวถึง อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่เป็นการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็นว่าเป็นสภาพ ของการจัดทำบริการสาธารณะโดยทั่วไปที่มีวัตถุประสงค์ในการตอบสนองความต้องการของ ประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้น ก็น่าจะได้รับเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย

2.2.3 หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่นำมาใช้กับกระบวนการจัดหาพัสดุ

ในกระบวนการจัดหาพัสดุมิหลักการสำคัญที่ต้องคำนึงถึง 2 หลัก ดังต่อไปนี้²⁶

1) หลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เสนอราคา เช่น จะมีการกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่า จะจัดซื้อหรือจัดจ้างจากผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่ว่าเงินที่จะดำเนินการ มีจำนวนน้อย โดยอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ใช้วิธีการตกลงราคาได้

2) หลักการเกี่ยวกับการแข่งขัน โดยการดำเนินการจะต้องมีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม เปิดเผย โปร่งใส ป้องกันการสมยอมในการเสนอราคา ซึ่งหากส่วนราชการดำเนินการ ตามหลักการดังกล่าวจะส่งผล 2 ประการ คือ

- (1) ทำให้ผู้ยื่นข้อเสนอกับทางราชการสามารถแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม
- (2) รัฐได้ประโยชน์สูงสุดจากการแข่งขันอย่างเป็นธรรมนั้น

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการนำหลักการจัดทำบริการสาธารณะมาใช้ในการจัดหาพัสดุ ของทางราชการนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้ทางราชการมีโอกาสพิจารณาคัดเลือกเอกชน รายที่เหมาะสมและไว้วางใจได้ว่าจะมีความสามารถที่จะจัดหาพัสดุให้ตรงกับความต้องการของทาง ราชการ ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดหาพัสดุดังกล่าว ซึ่งก็คือการจัดทำบริการ สาธารณะให้มีประสิทธิภาพนั่นเอง

²⁶ จาก คดีปกครองเกี่ยวกับการการพัสดุและสัญญาทางปกครอง (ถอดความจากคำบรรยาย), โดย กิตติชัย ธรรมรัช (ตุลาการศาลปกครองกลาง), เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุมสำนักงานศาลปกครอง.

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเกี่ยวกับฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 อันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการประกาศประกวดราคา การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา การพิจารณาราคา ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาค หลักความโปร่งใสและเปิดเผย หลักความคุ้มค่าหรือหลักการแข่งขันราคา ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนที่จะทำสัญญากับฝ่ายปกครองไม่ว่าสัญญาที่ทำนั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม จะถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง แต่ภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากับฝ่ายปกครองแล้ว จะต้องแยกพิจารณาว่า สัญญาที่จัดทำขึ้นดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลต่างระบบกันและมีวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 อาจเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองในชั้นก่อนการทำสัญญาได้ อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่าคำสั่งริบหลักประกันซองมีสถานะทางกฎหมายเป็นเช่นใด เป็นคำสั่งทางปกครองหรือเข้าลักษณะการเป็นสัญญา และหากเป็นสัญญาแล้วจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวได้ จึงเห็นควรศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองทั้งของไทยและต่างประเทศ

2.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองในต่างประเทศ

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการปฏิบัติการอันเป็นประโยชน์สาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวปรากฏเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทต่าง ๆ และด้วยเหตุที่ภารกิจในทางปกครองมีความหลากหลาย ประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครองจึงมีความหลากหลายตามไปด้วย²⁷ และในการพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการคือ ประการแรก พิจารณาจากองค์กรใช้อำนาจซึ่งต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการกระทำทางการเมือง²⁸ และประการที่สองพิจารณาจาก

²⁷ จาก *กฎหมายปกครองทั่วไป* (น. 95), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

²⁸ จาก “การกระทำทางปกครอง,” โดย สมยศ เชื้อไทย, 2530, *วารสารนิติศาสตร์*, 3, น. 67-68. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เนื้อหาของสาระของการกระทำซึ่งต้องมีฐานในการใช้อำนาจจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด มิใช่การใช้อำนาจ โดยอาศัยฐานจากกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ²⁹

สำหรับประเภทของการกระทำทางปกครองนั้น จำแนกได้ 2 รูปแบบ คือ รูปแบบแรก นิติกรรมทางปกครอง และรูปแบบที่สองปฏิบัติการทางปกครอง โดยนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือ อีกนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายเดียวกรณีหนึ่ง กับนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายอีกกรณีหนึ่ง

1) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ให้ปรากฏต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง โดยมุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมายในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ ซึ่งสิทธิหรือกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล³⁰

2) นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาสองฝ่ายระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนหรือระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเอง กล่าวคือต้องมีการเสนอสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน³¹ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดอันทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ซึ่งก็คือ สัญญาทางปกครอง เป็นต้น

สำหรับความหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นคำที่ใช้ในทางวิชาการกฎหมาย ปกครอง แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสว่า actes juridiques administratifs หรือ actes juridiques du droit administratif³² Administrative Act ในภาษาอังกฤษ หรือคำว่า Verwaltungsakt ในภาษาเยอรมัน³³ อย่างไรก็ตามความหมายของคำวาณิชกรรมทางปกครองในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คำวาณิชกรรมทางปกครองปรากฏตามมาตรา 35 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ให้ความหมายของ

²⁹ จาก การกระทำทางปกครอง ในอาจริยบุชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ (น. 147), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2545, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

³⁰ แหล่งเดิม. (น. 147).

³¹ การกระทำทางปกครอง (น. 62). เล่มเดิม.

³² จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง (น. 109-112), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2539, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³³ การกระทำทางปกครอง (น. 59). เล่มเดิม.

Verwaltungsakt คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก³⁴ ซึ่ง รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์³⁵ ได้ให้คำจำกัดความคำสั่งทางปกครองว่า นิติกรรมทางปกครอง (Rechtseschaft des Verwaltungsrechtes หรือเรียกกันทั่วไปว่า Verwaltungsakt) เป็นศัพท์เทคนิคในทางกฎหมายที่คิดและกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปกระทบสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลปกครอง

สำหรับประเทศฝรั่งเศส คำว่านิติกรรมทางปกครองนอกจากจะหมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ใช้บังคับเฉพาะรายแล้ว ยังหมายความรวมถึง นิติกรรมทางปกครองประเภทที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือกฎหมายลำดับรองด้วย เช่น กฎกระทรวง ระเบียบ เป็นต้น นอกจากนี้ Jean Rivero แห่งมหาวิทยาลัยปารีส ประเทศฝรั่งเศส ยังได้กล่าวไว้ว่าในแง่การก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครอง อาจแยกนิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายด้วย เช่นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

2.3.1.1 ฝรั่งเศส

1) นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง (Act Administrative) ในประเทศฝรั่งเศส มีทั้งรูปแบบที่มีลักษณะเป็นกฎและรูปแบบที่มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะราย³⁶ บางครั้งเป็นนิติกรรมที่เห็นได้โดยแจ้งชัด บางครั้งเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยปริยาย ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยไม่ตัดสินใจเกี่ยวกับคำขอของเอกชนเรื่องใดเรื่องหนึ่งจนล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้การนิ่งเฉยนั้นมีผลเป็นการปฏิเสธไปในตัว (décision implicite de rejet) อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองในกรณีที่กล่าวมานี้จะมีได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐบัญญัติหรือกฎบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งในกรณีเช่นนี้นิติกรรมทางปกครองย่อมเกิดขึ้นเมื่อระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดได้ล่วงพ้นไป อาจกล่าวได้ว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นโดยผลของข้อเท็จจริง ซึ่งก็คือระยะเวลาที่ล่วงไปนั่นเอง โดยกฎหมายจะถือว่าเกิดคำสั่งปฏิเสธ (โดยปริยาย) ขึ้น เหตุที่สร้างระบบ

³⁴ ตรงกับนิยาม Art 118 Abgabeordnung. 1977. อ้างถึงใน *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 143). โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก, 2544, กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³⁵ แหล่งเดิม. (น. 143).

³⁶ จาก *คดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ*, โดย สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง. (น. 208), 2548, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมายนี้ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาการละเลยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเดิมไม่มีผู้ใดนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องร้องต่อศาลได้³⁷ นอกจากนั้นการปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าไม่ออกนิติกรรมทางปกครองก็ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่งเช่นกัน เช่น การปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร โดยทั่วไปแล้วนิติกรรม (acte juridique) หมายถึง การแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือสองฝ่าย แม้ว่าโดยหลักแล้ว acte administratif จะหมายถึงสัญญาทางปกครองด้วย แต่ว่าโดยทั่วไปการใช้คำว่า acte administrative จะมุ่งประสงค์เฉพาะการกระทำฝ่ายเดียว acte administrative จะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การกระทำของรัฐสภาหรือของศาลจึงไม่สามารถเป็น acte administrative ได้ acte administratif ไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดขึ้นจากองค์กรฝ่ายปกครองเสมอไป แต่อาจเกิดจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองก็ได้

กรณีจึงกล่าวได้ว่า องค์ประกอบสำคัญของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีดังนี้

(1) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจกระทำการในนามของนิติบุคคลมหาชน เช่น รัฐ ภาค จังหวัด คอมมูน และองค์กรนิติบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามในบางกรณีนิติกรรมทางปกครองอาจออกโดยองค์กรเอกชนก็ได้ แต่ต้องเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ในการบริการสาธารณะ

(2) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย ซึ่งการกระทำที่จะแสดงว่าก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือไม่ก็คือ ส่วนที่เป็นข้อกำหนดหรือข้อบังคับ นอกจากนี้การก่อให้เกิดผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองต้องเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้นการตอบข้อหารือหรือการให้ข้อมูลไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายหรือไม่มีผลเป็นการบังคับ หรือแม้แต่การนิ่งเฉยก็ไม่มีผลทางกฎหมายเช่นกัน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องให้ข้อมูล รวมถึงคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการเตรียมการหรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่มีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครองและมีผลเป็นการบังคับเฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเช่นนี้จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

³⁷ กติฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 208). เล่มเดิม.

(3) ฝ่ายปกครองกระทำโดยสมัครใจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นอย่างใดอย่างหนึ่ง การกระทำทางปกครองที่ขาดเจตนาไม่อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองได้

(4) อยู่ในรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองทั่วไปหรือนิติกรรมทางปกครองเฉพาะ เรื่องเฉพาะบุคคลก็ได้

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการขอให้ฝ่ายปกครองพิจารณาทบทวนนิติกรรมทางปกครอง อันได้แก่ คำสั่งทางปกครองและกฎ ทั้งในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายและความไม่เหมาะสม โดยไม่ใช้บังคับกับการกระทำทางกายภาพ ละเมิดและสัญญาทางปกครอง³⁸ โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นหลัก การที่ศาลปกครองใช้วางแนวทางเกี่ยวกับการจัดกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในการตรวจสอบ ทบทวนคำสั่งทางปกครอง อันมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะพิจารณารับรองสภาพบังคับของขั้นตอน การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและสร้างระบบตรวจสอบ รวมทั้งเพื่อช่วยลดคดีที่จะขึ้นสู่ศาล ปกครองด้วย โดยระยะแรกศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวทางบังคับใช้ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองเป็นแบบไม่บังคับหรือเพื่อเลือก กล่าวคือในกรณีทั่วไปคู่กรณีหรือผู้เสียหายอาจ อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ หรืออาจอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและ ฟ้องศาลปกครองพร้อม ๆ กันก็ได้ ดังนั้นประชาชนจะได้รับประโยชน์มากกว่าหากเลือกใช้วิธีการ ดังกล่าวทั้งสองทาง อีกทั้งฝ่ายปกครองเองก็สามารถแก้ไขข้อผิดพลาดของตนเองได้ และยังเป็น การแบ่งเบาภาระศาลปกครองทำให้ไม่ต้องใช้กระบวนการพิจารณาทางศาล³⁹ เว้นแต่กรณีต้องห้าม ไม่ให้พิจารณาด้วยเหตุผลอื่น กล่าวคือ มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่าย ปกครองก่อนที่จะมีการฟ้องคดี คู่กรณีหรือผู้เสียหายต้องมีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทาง ปกครองก่อนนำคดีมาฟ้อง มิฉะนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา⁴⁰ ส่วน ข้อความคิดว่าด้วยคำสั่งทั่วไปทางปกครองจะไม่ได้รับการสนใจเท่าที่ควร กล่าวคือ แม้จะมีการ ขอมรับการมีอยู่ของคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ก็มีสถานะเป็นเพียงประเภทหนึ่งของคำสั่งทางปกครองไม่แตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่มีผล เป็นการเฉพาะตัวและกำหนดไว้อย่างเป็นทางการหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัว

³⁸ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. (น. 368-369). เล่มเดิม.

³⁹ จาก “บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522),” โดย อมร จันทรสมนบูรณ์, ธันวาคม 2531, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 7(3). น. 921. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁴⁰ จาก “รูปแบบและวิธีควบคุมฝ่ายปกครอง,” โดย โภคิน พลกุล, *วารสารนิติศาสตร์*, 12(1), น. 53. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

และกำหนดไว้อย่างเป็นทางการ มิได้มีการแยกเป็นประเภทต่างหากจาก กฎ หรือคำสั่งทางปกครอง เหมือนอย่างในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนั้นคำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองจึงมีผลทางกฎหมายไม่ต่างกับคำสั่งทางปกครอง⁴¹

2) สัญญาทางปกครอง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป มีสัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ซึ่งสัญญาเหล่านั้นเป็น สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrat de l'administration) ที่เรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” (contrat de droit privé de l'administration) ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาในการทำสัญญาว่า ประสงค์ที่จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่งที่เอกชนทำกัน สัญญาดังกล่าวนำระบบกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับและข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม⁴²

สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น ด้วยเหตุที่ประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาด้านกฎหมายมหาชนมากกว่าร้อยปี แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนอกเหนือจากสัญญาทางปกครองที่กำหนดโดยกฎหมายแล้ว สัญญาทางปกครองยังเป็นผลมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) โดยสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เป็นกรณีที่เกิดจากการวางหลักของศาลปกครอง เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลและศาลเห็นว่าเนื้อหาของสัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมากในสัญญา ซึ่งหากมีกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าว สัญญานั้นก็จะเป็สัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature)⁴³ โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ ประการแรก คู่สัญญาจะต้องมีฝ่ายปกครอง (personne publique) เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของสัญญา จะต้องเป็นการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเนื้อหาหรือข้อกำหนดของสัญญานั้นแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือ

⁴¹ จาก “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส,” โดย พูนศักดิ์ ใสสารวจ, 2531, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 7, น. 754. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁴² แหล่งเดิม. (น. 378).

⁴³ *สัญญาทางปกครอง* (น. 402). เล่มเดิม.

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องยินยอม⁴⁴ ข้อกำหนดในสัญญาใดไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากที่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง โดยข้อกำหนดใดจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ส่งผลให้สัญญานั้น เป็นสัญญาที่อยู่ในระบบกฎหมายมหาชนได้จะต้องเป็นข้อกำหนดที่มีการนำเอากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนที่ใช้กันอยู่ในสัญญาทางปกครองซึ่งก็คือ การนำเอาระบบกฎหมายมหาชนมาใช้ไว้ในสัญญานั้นเอง กฎเกณฑ์ดังกล่าวเหล่านี้ ได้แก่ อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้แต่เพียงฝ่ายเดียวหรืออำนาจในการกำกับดูแลกิจการที่ให้สัมปทาน เป็นต้น⁴⁵

(2) สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งจะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือในบางกรณีกฎหมายกำหนดโดยทางอ้อมว่าให้คดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ก็ต้องถือว่าเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเช่นกัน เช่น สัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณประโยชน์ของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงิน โดยรัฐ เป็นต้น ในขณะที่สัญญาจัดหาเสบียงอาหารของทหารและสัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเกษตรกรรมนั้นเป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม⁴⁶

การกำหนดของกฎหมายว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง นอกจากการกำหนดโดยตรงว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ยังอาจเป็นการกำหนดว่าหากมีข้อพิพาทให้คดีเกี่ยวกับสัญญานั้นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง เช่น ทฤษฎีส่วนควบ (la théorie l'accessoire) ทฤษฎีส่วนควบนี้ถูกนำมาใช้กับสัญญาที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ หากสัญญาทางปกครองฉบับหนึ่งส่งผลให้เกิดสัญญาขึ้นมาซึ่งสัญญานั้นเป็นส่วนขยายของสัญญาทางปกครอง ถือว่าสัญญาที่เป็นส่วนขยายเหล่านั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือสาระของสัญญา เพราะเหตุว่าสัญญาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ทฤษฎีส่วนควบนี้นำมาใช้ในกรณีการรับรองหรือการค้ำประกันโดยศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำพิพากษา เช่น สัญญาซึ่งทางจังหวัดรับรองว่าจะชดใช้เงินให้แก่วิสาหกิจเอกชนที่กู้ยืมเงินจากกองทุนเกษตรแห่งชาติ ในกรณีดังกล่าวสัญญากู้ยืมเงินอันเป็นสัญญา

⁴⁴ ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

⁴⁵ สัญญาทางปกครอง (น. 406). เล่มเดิม.

⁴⁶ ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

แม่เป็นสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว เนื่องจากเป็นสัญญาที่ผู้ยืมเงินเพื่อจัดทำบริการสาธารณะประเภทพัฒนาการเกษตร ดังนั้นสัญญารอง คือ สัญญาใช้เงินจึงเป็นสัญญาทางปกครองคงไปด้วย⁴⁷

3) นิติกรรมทางปกครองที่แยกจากสัญญาทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ acte détachable หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกจากนิติกรรมอื่น⁴⁸ ในเรื่องสัญญานี้ acte détachable หมายถึง นิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญา แต่นิติกรรมนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับสัญญา รวมทั้งนิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญา โดยปกติแล้วการร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่นอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) เป็นมาตรการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองพิจารณาออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองมิใช่นิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น ผู้ใช้บริการสาธารณะ ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ใช้บริการสาธารณะไม่สามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้ แต่ฟ้องได้ในกรณีมีปัญหาหรือได้รับความเดือดร้อนอันมีที่มาจากข้อกำหนดข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

(1) การรับพิจารณากรณีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ

แนวความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกจากสัญญา (acte détachable) นี้ บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับสัญญา เช่น คู่สัญญา ยังถือว่าเป็นบุคคลภายนอกอยู่ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา เช่น มติของฝ่ายปกครองที่ทำให้มีการกระทำสัญญานั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาจึงไม่ใช่คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากมติดังกล่าว แต่ก็ถือว่าเป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญา สามารถฟ้องขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่นิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายเอกชน⁴⁹

⁴⁷ สัญญาทางปกครอง (น. 412 - 413). เล่มเดิม.

⁴⁸ แหล่งเดิม. (น. 433).

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1994 กรณี GIF Groupetubois อ้างถึงใน สัญญาทางปกครอง (น. 434). เล่มเดิม.

เช่นเดียวกับบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งหรือมติที่อนุญาตให้มีสัญญา เช่น วิชาสหกิจที่เข้าแข่งขันในการประกวดราคาก่อสร้างถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดอุปสรรคแก่วิชาสหกิจในการเข้าร่วมในการแข่งขันนั้น⁵⁰ เช่นเดียวกันกับการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่นำออกขอบอำนาจทั่ว ๆ ไป การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาจะต้องฟ้องโดยเจาะจงนิติกรรมที่แยกออกมานั้นไว้โดยเฉพาะ นิติกรรมที่ฟ้องกันบ่อยในกรณีดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องนิติกรรมที่มีผลเป็นการตกลงให้มีการทำสัญญา เช่น มติของคณะกรรมการเสนอราคา การอนุมัติเบื้องต้นก่อนเข้าทำสัญญาหรือการต้องได้รับความยินยอมจากองค์กรกำกับดูแล

นิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาและสามารถนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเฉพาะนิติกรรมทางปกครองส่วนที่แยกออกจากสัญญามีขึ้นเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบสิทธิของตน ตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจหรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้แม้กระทั่งสัญญานั้นได้ลงนามไปแล้วและมีผลใช้บังคับไปแล้วก็ตาม

(2) เหตุในการฟ้องขอเพิกถอน

การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาเป็นเช่นเดียวกับการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั่ว ๆ ไป โดยผู้ฟ้องคดีจะฟ้องด้วยเหตุที่ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมเอง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา

(2.1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกต่างหากจากสัญญา นิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจมีข้อบกพร่องเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายในและภายนอกของนิติกรรม เช่น

ก. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกนิติกรรม ได้แก่ ตัวนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญานั้น เช่น คำสั่งให้มีการดำเนินการทำสัญญาอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากคำสั่งดังกล่าวทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ หรือคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดมาจากคณะกรรมการเสนอราคาที่มีข้อบกพร่องในเรื่ององค์ประกอบของ

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1995 กรณี.Dép.De 1 Aveyron. อ้างถึงในแหล่งเดิม. (น. 434).

คณะกรรมการ⁵¹ นอกจากนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากกรณีการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับว่าต้องทำการปรึกษาหารือก่อนการทำสัญญาด้วย เป็นต้น

ข. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายในนิติกรรม ได้แก่ กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในตัวนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างหากจากสัญญานั้นเอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อความฝ่าฝืนเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง หรือฝ่าฝืนสิทธิที่ได้รับไปแล้ว ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา นิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาซึ่งทำขึ้นตามสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนได้ โดยสัญญานั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายในหลายกรณี เช่น กรณีเกิดจากข้อบกพร่องในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี⁵² นอกจากนี้สัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการทำสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามตัวบทกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น ศาลปกครองวางหลักว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคาในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และขัดกับหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อผู้เข้าเสนอราคา ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีผลให้กระบวนการประกวดราคาต้องเสียไป

(2.2) ความสำคัญในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา

เมื่อนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาถูกเพิกถอน ผลก็คือนิติกรรมทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย ทำให้อาจเกิดผลกระทบต่อสภาพของสัญญา เพราะนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นได้ จึงมีการตั้งคำถามที่ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังยังมีความสมบูรณ์หรือไม่ เรื่องดังกล่าว แผนกวิเคราะห์ของศาลปกครองสูงสุด (la Section du rapport et des études) ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า คงต้องถือเอาคำพิพากษาที่กำหนดให้ การที่ผู้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาที่ได้ทำลงนอกเขตอำนาจซึ่งฟ้องโดยบุคคลอื่น ไม่มีผลกระทบต่อสัญญา สัญญาหลักยังคงเป็นกฎหมายระหว่างคู่สัญญาและการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญายังคงเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการต่อไป ในส่วนเกี่ยวกับฝ่ายปกครองนั้นทำได้เพียงขอให้ศาลปกครองประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาหรือฟ้องขอเพิกถอนสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ได้บังคับว่าฝ่ายปกครอง

⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 กรณี Le Chaton. อ้างถึงใน *สัญญาทางปกครอง* (น. 435). เล่มเดิม.

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1992 กรณี Martin. อ้างถึงใน *แหล่งเดิม*. (น. 436).

ต้องดำเนินการหากฝ่ายปกครองเห็นว่ายังสามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้หรือคู่สัญญาเห็นว่าความบกพร่องนั้นไม่เป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

(2.3) ผลกระทบต่อการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญา

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา ผลก็คือนิติกรรมทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย ผลดังกล่าวทำให้อาจเกิดผลกระทบต่อสภาพของสัญญาด้วย หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดในสัญญาการเพิกถอนนั้นจะส่งผลกระทบต่อสัญญา ตัวอย่างเช่น การเพิกถอนข้อกำหนดเกี่ยวกับสัญญาจะนำไปสู่การเป็นโมฆะของข้อกำหนดเกี่ยวกับราคาในสัญญา นอกจากนี้นิติกรรมทางปกครองอาจถูกเพิกถอนได้ในกรณีเกิดข้อบกพร่องขึ้นในตัวนิติกรรมเอง เช่น การได้รับข้อมูลผิดพลาดจึงทำให้สภามหาวิทยาลัยต้องตัดสินใจทำสัญญา เป็นต้น กรณีนี้เป็นกรณีที่การตัดสินใจทำสัญญาเกิดข้อผิดพลาดอันเนื่องมาจากข้อมูลที่ได้รับ นอกจากนี้ผลที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนนิติกรรมนั้นย่อมกระทบโดยตรงต่อสัญญาคือถือว่าสัญญาเป็นโมฆะเพราะกระบวนการสำคัญในการทำให้เกิดสัญญาหายไป กระบวนการที่ทำต่อไปคือ การขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนสัญญาดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้พิพากษาศาลปกครองเท่านั้นที่จะตัดสินว่าสัญญาใดเป็นโมฆะ นอกจากนี้บุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาได้ เพราะตนอาจเป็นผู้เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียก่อนการทำสัญญาแต่การเพิกถอนสัญญาจะต้องร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องมีการร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเพื่อขอให้ศาลสั่งให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ส่วนการเพิกถอนที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อปฏิบัติตามสัญญา เช่น ในเรื่องที่ไม่ใช่เป็นส่วนที่สำคัญของสัญญาหรือนิติกรรมที่ถูกเพิกถอนมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบของสัญญาหลักอาจไม่ทำให้สัญญาเสียไปทั้งหมด

2.3.1.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1) นิติกรรมทางปกครอง

คำว่านิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น มีความหมายแคบกว่าคำว่านิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยมาตรา 35 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดนิยามของนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) คือ คำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการใด ๆ ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก⁵³ ดังนั้นนิติกรรม

⁵³ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 143). เล่มเดิม.

ทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันจึงหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย⁵⁴ และมีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นคำสั่งจากฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว หรืออาจเรียกได้ว่านิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันหมายความถึง คำสั่งทางปกครองเท่านั้น

สำหรับองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง⁵⁵ นั้นจากนิยามของนิติกรรมทางปกครอง (หรือคำสั่งทางปกครอง) ตามที่บัญญัติในมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ดังกล่าว อาจแยกพิจารณาสาระสำคัญของ การกระทำฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองได้ 6 ประการ คือ 1) คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ 2) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 3) กฎเกณฑ์ 4) อำนาจปกครอง 5) ความมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก 6) กรณีเฉพาะเรื่อง

(1) คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ (Maßnahme)

หมายถึง การกระทำทุกอย่างที่มีวัตถุประสงค์ ซึ่งอาจจะแสดงด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงท่าทางเคลื่อนไหวร่างกายหรือวิธีการอื่น ๆ องค์ประกอบข้อนี้เป็นการกระทำฝ่ายเดียว ไม่ได้เกิดจากการร่วมเจรจาตกลงกับประชาชนอีกฝ่าย เช่น สัญญาทางปกครอง แต่ไม่ได้หมายความว่าประชาชนจะไม่มีส่วนร่วมในการพิจารณาเลือกของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพียงแต่ผู้ถูกระทบสิทธิไม่มีบทบาทไปร่วมวินิจฉัยถึงเนื้อหาของกฎเกณฑ์ข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองนั้น

(2) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Behörde)

องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามมาตรา 1 วรรค 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 หมายถึง ตำแหน่งใด ๆ ที่ปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครองในทางมหาชน โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะองค์กรที่เป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงองค์กรของรัฐอื่น ๆ ที่ปฏิบัติภารกิจในทางปกครองด้วย

อนึ่งการปฏิบัติภารกิจในทางปกครองนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่งปฏิบัติภารกิจทางปกครองในนามของรัฐได้ในบางเรื่อง กรณีเช่นนี้การกระทำของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวก็เป็นการใช้อำนาจทางปกครองเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การที่สมาคมตรวจสอบมาตรฐานในการใช้งานของรถออกใบตรวจสอบสภาพรถ ให้แก่เจ้าของรถ เป็นต้น

⁵⁴ จาก “นิติกรรมทางปกครอง: ความหมายและขอบเขต,” โดยฤทัย หงส์ศิริ, *วารสารคุณภาพ*, 43(2), น. 106. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.

⁵⁵ *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 144-153). เล่มเดิม.

(3) กฎเกณฑ์ (Regelung)

นิติกรรมทางปกครองมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะรายอันมีผลทางกฎหมาย กล่าวได้ว่านิติกรรมทางปกครองนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และประชาชนที่อยู่ในรูปของกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและนามธรรม มาเป็นรูปของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลและเป็นรูปธรรม

(4) อำนาจปกครอง (Hoheitlich)

หมายความว่า กฎเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในทางปกครอง กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอื่น ๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่อยู่ในความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายมิได้ถือเอาองค์การที่กระทำการเป็นหลัก เช่น การที่ประธานาธิบดีประกาศใช้กฎหมายตามมาตรา 82 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นการกระทำตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่การเลิกจ้างหรือปลดข้าราชการรัฐสภา เป็นการกระทำทางปกครอง

(5) ความมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก (Außenwirkung)

องค์ประกอบข้อนี้เป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างเสรีภาพของเอกชนและรัฐว่ากรณีใดเป็นการก้าวไปสู่ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ข้อเสนอให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในองค์กรส่วนราชการ หรือกรณีผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของตนให้กระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขตของงาน ซึ่งอาจอยู่ในรูปของหนังสือเวียนคำสั่งภายใน แนวปฏิบัติหรือแนวทางในการใช้ดุลยพินิจ เหล่านี้เป็นเพียงกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองไม่มีผลกระทบโดยตรงไปสู่ภายนอก ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาอย่าเพิ่งมอบงานให้ผู้รับเหมาก่อสร้างถนนจนกว่าคดีความของผู้รับก่อสร้างถนนที่ศาลอาญาจะเสร็จสิ้นเสียก่อน กรณีนี้ผู้รับเหมาจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองไม่ได้

(6) กรณีเฉพาะเรื่อง (Einzelfall)

หมายถึง เป็นการออกคำสั่ง ใบนุญาต ให้แก่เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง และเฉพาะข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้ข้อพิจารณาสำหรับองค์ประกอบข้อนี้สรุปได้ ดังนี้

ก. กรณีเฉพาะเรื่อง หมายถึง นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม และระบุถึงตัวผู้รับนิติกรรมให้กระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมจำนนต่อสิ่งใด เช่น การออกใบนุญาตประกอบการต่าง ๆ

ข. การระบุตัวผู้รับนิติกรรมเฉพาะราย หมายถึงถึง กลุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วย เช่น คำสั่งให้สลายการชุมนุม ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง คือ ผู้ที่ร่วมชุมนุมในเวลานั้น

ค. คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) มาตรา 35 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติเพื่อขยายและยืดหยุ่นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า ในกรณีที่เป็นกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง (Concrete) แต่มีลักษณะเป็นการทั่วไปกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ (General) ซึ่งเรียกว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง โดยได้ระบุว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวนหรือคำสั่งห้ามมิให้บุคคลเข้าไปในบริเวณอาคารที่ชำรุดหรือคำสั่งห้ามขับรถผ่านถนนที่กำหนดไว้ เป็นต้น

ง. เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องหรือเป็นรูปธรรม และใช้บังคับกับบุคคลที่ขณะออกกฎข้อบังคับนั้น ไม่อาจกำหนดจำนวนได้แน่นอน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) และถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

การแยกการกระทำทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองก็เพื่อเป็นการช่วยกำหนดสิทธิของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิให้แจ้งชัดในการอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อองค์กรผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองภายในอำนาจบริหารและอำนาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) หรือกรณีการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องมีกรอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 กำหนดว่า ในกรณีที่คำสั่งซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือก่อภาระผู้รับคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ การเสนอคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครองในกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่ง ศาลปกครองอาจไม่รับคำฟ้องในคดีทั้งสองประเภทไว้พิจารณาโดยปราศจากการอุทธรณ์ภายในก่อนฟ้องคดีได้ หลักการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นระบบอุทธรณ์บังคับ⁵⁶ สำหรับการพิจารณาทาง

⁵⁶ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 375). เล่มเดิม.

ปกครองต่อคำสั่งทั่วไปทางปกครองนั้น โดยหลักแล้วคำสั่งทั่วไปทางปกครองสามารถถูกเพิกถอนได้ทำนองเดียวกันกับคำสั่งทางปกครอง ก็ต่อเมื่อได้มีการอุทธรณ์คำสั่งทั่วไปทางปกครองแล้ว⁵⁷ หลักเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงนำมาใช้กับกรณีคำสั่งทั่วไปทางปกครอง รวมถึงการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วย⁵⁸ ระบบกฎหมายเยอรมัน การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Aufschiebende Wirkung) กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองนั้นถึงแม้จะมีการแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบแล้ว ซึ่งโดยหลักแล้วจะมีผลบังคับทันที แต่โดยที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แย้งคำสั่งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการฟ้องคดีต่อศาล ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองได้กำหนดเอาการยื่นคำฟ้องโต้แย้งสิทธิ ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่มีผลบังคับเป็นการชั่วคราว เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองในระยะเวลาดังกล่าวได้ ยกเว้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการชำระเงินภาษีอากร มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นต้น⁵⁹

2) สัญญาทางปกครอง

ความหมายของสัญญาทางปกครอง ในมาตรา 54 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครอง คือ นิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายมหาชนอาจได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยสัญญา (สัญญามหาชน) ครอบคลุมที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำสัญญาทางมหาชนแทนการออกคำสั่งทางปกครองได้กับผู้ที่เกี่ยวข้องแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางปกครองขึ้น⁶⁰

โดยการเกิดของสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาและคู่สัญญาทั้งสองได้รับทราบการแสดงเจตนาดังกล่าวนี้ หรือเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน คู่สัญญาที่มุ่งผลของกฎหมาย และการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ตกลงเข้าทำสัญญานั้น ถือเป็น การแสดงเจตนาในทางปกครองที่ไม่ใช่การออกคำสั่ง

⁵⁷ F.Kopp/Ramsauer, VwVfG Komm, München 2003 §35 Rn. 102a. อ้างถึงใน “คำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” โดย เพ็ญศรี วงศ์เสรี, 2548 (มกราคม-เมษายน), *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4(1). น. 48, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁵⁸ P. Stelkens/U.Stelkns, VwVfG Komm. อ้างถึงใน *คำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (น 48). เล่มเดิม .

⁵⁹ จาก *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง* (รายงานผลการวิจัย) (น. 414), โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ข, 2549, กรุงเทพฯ.

⁶⁰ จาก “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” โดย วรเจตน์ ภาศิริตัน ข, *วารสารนิติศาสตร์*, 29(2), 2542 (มิถุนายน), น. 264. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ทางปกครอง ส่วนการแสดงเจตนาของเอกชนนั้น ถึงแม้เป็นการกระทำในทางแพ่งแต่ก็ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน และเนื่องจากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนา โดยเฉพาะ ดังนั้นในเรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา เรื่องคำเสนอและคำสนอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย⁶¹

สำหรับลักษณะของสัญญาทางปกครองนั้น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น เป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง ซึ่งนักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่า ข้อพิจารณาว่าคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น ไม่ใช่เรื่องชี้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญา แต่ควรใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” เป็นเครื่องบ่งชี้ โดยพิจารณาเอาจากเนื้อหาของสัญญา ซึ่งหากมีลักษณะข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้ ก็จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง คือ⁶²

(1) มีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) เช่น ความตกลงของคู่สัญญาระหว่างกระบวนการเวนคืนตามมาตรา 110 แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

(2) สัญญาที่ทำขึ้นโดยมีการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

(3) สัญญาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน (หน้าที่ทางปกครอง) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้เอกชนผู้ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารต้องดำเนินการจัดให้มีสถานที่จอดรถ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เป็นต้น

สัญญาทางปกครองที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้อำนาจทางปกครอง อาจเข้ามามีอิทธิพลต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ทำได้ก็เพียงในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Gesetzmäßigkeit) และมาตรา 54 VwVfG ก็ได้ยืนยันหลักการนี้โดยจากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวที่ว่า “ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย” แต่สำหรับในสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ โดยฝ่ายปกครองอาจกระทำการในรูปแบบตาม

⁶¹ แหล่งเดิม. (น. 265).

⁶² จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 7), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

กฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับเอกชนทั้งหลาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ หรือจัดจ้างงานบริการ โดยรัฐ (fiskalische Tätigkeit) อันได้แก่ การจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุต่าง ๆ การก่อสร้างและการซ่อมแซม เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน กิจการดังกล่าวถูกจัดอยู่ในประเภทที่เรียกว่า “กิจการเพื่อช่วยฝ่ายปกครอง” (sog. fiskalische Hilfsgeschäfte) และมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง⁶³ ซึ่งต้องปรับด้วยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง กรณีจึงเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมีการใช้อย่างเคร่งครัดมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาทางปกครองในการทำสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการไม่ได้

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาทางแพ่ง สัญญาทางปกครองและคำสั่งทางปกครอง⁶⁴ นั้นมีดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง

การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากประเภทของสัญญาจะมีผลต่อการนำหลักกฎหมายมาใช้บังคับตลอดจนการนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา จากการที่รัฐฝ่ายปกครองสามารถทำสัญญาได้ทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและสัญญาตามกฎหมายมหาชน และในบางกรณีเอกชนบางรายก็อาจได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายให้ทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนอื่นได้ ดังนั้นจึงไม่อาจใช้ฐานะของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งได้ การที่จะพิจารณาว่าสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาประเภทใดจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงตามภาวะวิสัย ซึ่งย่อมหมายถึงความเข้าใจหรือเจตนาของคู่สัญญาว่าตนได้ตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น ไม่ใช่เครื่องบ่งชี้ธรรมชาติทางกฎหมาย (Rechtsnatur) ของสัญญานั้น แต่หากจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางสัญญาเป็นสำคัญ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน จะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซึ่งก็คือเนื้อหาแห่งสัญญาว่าวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นเนื้อหาที่มีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายปกครองหรือไม่ กล่าวคือหากเนื้อหาของสัญญา

⁶³ จาก สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ) (น. 12-13), โดย เพ็ญศรี วงศ์เสวี, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁶⁴ จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (รายงานผลการวิจัย) (น. 139-142), โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ค, 2548, เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1. มีลักษณะเป็นการบังคับการให้ขึ้นไปตามกฎหมายปกครอง เช่น เอกชนตกลงกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย การตกลงที่เกิดขึ้นในระหว่างการเวนคืนดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง

2. มีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดทางปกครอง เช่น ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามสัญญาในการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

3. มีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถยนต์เพื่อแลกกับสิทธิบางอย่างในทางปกครอง สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการชำระหนี้ตามสัญญาเช่น การจ่ายเงินเป็นเรื่องทั่วไปซึ่งมิได้ปรากฏชัดเจนว่าเป็นหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนแล้ว ในกรณีเช่นนี้ จะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้ประกอบกับลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น กล่าวคือ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงินโดยต้องการให้ฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองเป็นการตอบแทนสัญญานั้นก็เป็นสัญญาทางปกครอง เช่น กรณีที่ผู้สร้างอาคารพาณิชย์ทำสัญญากับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขอให้ออกใบอนุญาตการก่อสร้างอาคาร โดยยกเว้นหน้าที่ในการก่อสร้างที่จอดรถยนต์ให้แก่ตน โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะจ่ายเงินในจำนวนที่เหมาะสมเพื่อให้ฝ่ายปกครองนำไปสร้างที่จอดรถยนต์ในบริเวณใกล้เคียงแทน เป็นต้น อนึ่งการกระทำตอบแทนของสัญญาทางปกครองนั้นไม่จำเป็นต้องระบุไว้โดยแจ้งชัดในสัญญาก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาสาระทั้งหมดของสัญญาแล้วหน้าที่นั้นเป็นหลักการพื้นฐานของสัญญาดังกล่าว⁶⁵

สำหรับกรณีเนื้อหาของสัญญามีส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้นยังเป็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่ว่าสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาประเภทใด เช่น การให้เอกชนโอนที่ดินของตนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นตกลงที่จะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายควบคุมอาคารให้ เนื่องจากการโอนที่ดินนั้นเป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่ง จึงเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาผสมทางปกครองและแพ่ง ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นจึงต้องแยกพิจารณา กล่าวคือ หากพิพาทกันในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชนก็ต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม แต่ถ้าหากพิพาทกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้วคู่สัญญาจึงจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายจำนวนมากไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยเห็นว่า

⁶⁵ จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (น. 7), โดย มานิตย์ วงศ์เสรี, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

ควรพิจารณาธรรมชาติในทางกฎหมายของสัญญาในลักษณะที่เป็นเอกภาพ กล่าวคือหากสัญญานั้น มีเนื้อหาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง⁶⁶

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองมีลักษณะทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือสัญญาทางปกครองและคำสั่งทางปกครองต่างก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองซึ่งจะมีผลทางกฎหมายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้นมาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 จึงได้บัญญัติให้การเนินการหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจัดทำสัญญาทางปกครองก็ดีหรือในการออกคำสั่งทางปกครองก็ดีอยู่ในความหมายของคำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเรื่องของประเภทและลักษณะที่มาของสัญญาทางปกครอง และคำสั่งทางปกครองนั้นจะพบว่ามีความแตกต่างกัน คือ สัญญาทางปกครองเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ส่วนคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายเดียว

การแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทางปกครองกับคำสั่งทางปกครองนั้นมีความสำคัญเกี่ยวข้องกับเรื่ององค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง และคำสั่งทางปกครอง ผลที่เกิดขึ้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนความสัมพันธ์ทางกฎหมายในกรณีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป และการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองและการบังคับทางปกครอง

(3) รูปแบบของสัญญาทางปกครอง

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติรูปแบบของสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาถึง คู่สัญญาและเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญา โดยปริยายและโดยแจ้งชัด ดังนี้

(3.1) รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่คู่สัญญา

ก. สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน (koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นสัญญาระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐด้วยกันเอง เหตุที่มีสัญญาทางปกครองประเภทนี้เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นซึ่งนิติสัมพันธ์เช่นนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองได้

⁶⁶ ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 267-268). เล่มเดิม.

เพราะคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน เช่น สัญญาระหว่างองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับการบำรุงรักษาลำน้ำบริเวณรอยต่อของเขตการปกครองตนเอง

ข. สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (subordinationserchtlicher Verwaltungsvertrag) สัญญาทางปกครองประเภทนี้ โดยปกติเป็นสัญญาระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่ความสัมพันธ์ทั่วไปทางมหาชน ฝ่ายปกครองมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่เมื่อเข้าทำสัญญาแล้วกฎหมายเยอรมันคงเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะได้รับสิทธิพิเศษ เช่น การแสดงเจตนาเลิกสัญญาฝ่ายเดียวก็เฉพาะในกรณีจำเป็นและในเงื่อนไขที่เคร่งครัดจริง ๆ เท่านั้น

สัญญาทางปกครองที่โดยหลักแล้วคู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ แม้ว่าโดยปกติจะเป็นเรื่องซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีอื่น ๆ ที่เป็นความตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนด้วยกัน เช่น สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับข้าราชการเกี่ยวกับการชำระเงินที่หน่วยราชการได้ออกให้เพื่อการศึกษาอบรมคืน ในกรณีที่ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งก่อนเวลาที่ตกลงกันได้

(3.2) รูปแบบของสัญญาทางปกครองพิจารณาในแง่เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของคู่สัญญา

ก. สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง (Austauschvertrag)

สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาตกลงยอมรับหน้าที่ที่จะกระทำการตอบแทนซึ่งกันและกัน เนื่องจากการตกลงทำสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีลักษณะเป็นการขายอำนาจรัฐ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงกำหนดเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งสัญญาในมาตรา 56 คือ การกระทำการตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้อง

1. เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดในสัญญา
2. จะต้องเป็นไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบรรลุภาระหน้าที่ทางปกครอง
3. จะต้องสมควรเมื่อพิจารณาจึงการณัแห่งกรณีแล้ว
4. จะต้องมีความสัมพันธ์ในทางเนื้อหากับการกระทำต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่าย

ปกครอง

ข. สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง (Vergleichsvertrag)

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองและเอกชนพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นไม่แน่นอน อีกทั้งเป็นการยาก

ที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริง หรือชี้ขาดข้อกฎหมายนั้น หรือการพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้น จะทำให้เสียเวลาหรือทุนทรัพย์อย่างมาก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนตกลงกันทำสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองได้ เนื้อหาของสัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการ ประนีประนอมยอมความนั่นเอง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการฯ ได้บัญญัติรับรอง การทำสัญญาประเภทนี้ไว้ในมาตรา 55 อนึ่งมีข้อสังเกตว่าการประนีประนอมยอมความหรือ การระงับข้อพิพาททางปกครองนี้อาจกระทำได้ในชั้นศาลเช่นกัน สัญญาระงับข้อพิพาททาง ปกครองในชั้นศาลมีลักษณะพิเศษ คือ เป็นทั้งการกระทำในกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นเรื่อง วิธีสบัญญัติ และเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาในทางสารบัญญัติด้วย

กล่าวโดยสรุปสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นรูปแบบ การกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเคียงคู่ไปกับรูปแบบการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง แม้ว่า กฎหมายจะบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือก่อนนิติสัมพันธ์แทนการ ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ขอบเขตการใช้สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีออกคำสั่งทางปกครองก่อนนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะ เด่นของสัญญาทางปกครองเยอรมันอีกประเภทหนึ่ง คือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างกับสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส แม้กระนั้นในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิพิเศษเลิกสัญญาได้ กับหลักการในทฤษฎีสัญญาทางปกครอง ของเยอรมันที่อาจมีประโยชน์ในการพัฒนาทฤษฎีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย คือ การใช้ การก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็น สัญญาทางปกครองแม้เกณฑ์ดังกล่าวนี้จะยังคงเป็นนามธรรมอยู่มาก แต่ก็มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ จะนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ นอกจากนี้เรื่องเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหา ของสัญญาทางปกครองและรูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่าง ๆ ก็มีประโยชน์ในการ เปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัญญาทางปกครองของ ฝรั่งเศสด้วย⁶⁷

3) ทฤษฎีสองชั้น

แนวความคิดทฤษฎีสองชั้น⁶⁸ ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของศาล ภายหลังจาก สงครามโลกครั้งที่สอง สืบเนื่องมาจากประชาชนต้องการเงินจากรัฐเพื่อนำไปฟื้นฟูอาคารบ้านเรือนและ พื้นที่เกษตรกรรม รัฐในฐานะเจ้าของเงินจึงต้องพิจารณาว่าควรจะให้เงินช่วยเหลือประชาชนผู้ใด

⁶⁷ แหล่งเดิม. (น. 276).

⁶⁸ คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญากับทางราชการ (น. 200). เล่มเดิม.

โดยแนวคำพิพากษาของศาลได้แบ่งแยกการให้เงินช่วยเหลือด้านการให้เงินกู้ออกเป็น 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็นขั้นตอนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องวินิจฉัยว่าสมควรให้เงินกู้ตามคำขอหรือไม่ ซึ่งรัฐจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดไว้ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาวินิจฉัยว่าควรอนุมัติให้เงินกู้แล้ว ขั้นตอนที่สองที่ต้องดำเนินการต่อมาก็คือ ต้องพิจารณาในความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของการให้เงินกู้ยืมนั้น ควรกระทำในรูปแบบอย่างไร อาจจะกระทำในรูปแบบการทำสัญญากู้ยืมในทางกฎหมายแพ่งก็ได้ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ที่ได้รับความช่วยเหลือ กรณีจึงมีการพิจารณาสองชั้น โดยชั้นแรกเป็นการตั้งคำถามว่า สมควรให้กู้ยืมหรือไม่ คำถามชั้นที่สองจะเป็นว่ากรณีสมควรผูกนิติสัมพันธ์อย่างไร

การพิจารณาชั้นแรก ศาลเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนในเรื่องนั้น ๆ ในการพิจารณาว่าสมควรจะให้ประชาชนคนใดได้รับการช่วยเหลือกู้ยืมเงินหรือไม่ (ขั้นตอนในชั้นแรกจึงเป็นข้อพิพาททางปกครอง) ซึ่งต้องฟ้องคดียังศาลปกครอง ส่วนข้อพิพาทในชั้นที่สองเกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงิน เมื่อเป็นรูปแบบความสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งจึงต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีสองชั้นนี้ยังนำไปใช้ในอีกหลายเรื่อง เป็นต้นว่าเกี่ยวกับการให้ประโยชน์ในอาคารสถานที่ของทางราชการ รวมทั้งในเรื่องการจัดหาพัสดุด้วย

เมื่อพิจารณาแนวความคิดทฤษฎีสองชั้นดังกล่าวแล้ว เห็นว่า การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนก่อนการทำสัญญานั้น ส่วนราชการยังคงมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการดำเนินการดังกล่าวยังถูกต้องสอดคล้องกับ โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ไม่ใช่การดำเนินการอย่างใด ๆ โดยอิสระได้อย่างเอกชน ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนี้จึงเสมือนเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ส่วนราชการที่จะต้องดำเนินการเป็นประการใด การใช้อำนาจหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียว เป็นต้นว่า การรับไม่รับของผู้เสนอราคาของคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาหรือคณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาก็เป็นการใช้อำนาจตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือหน้าที่ต่อผู้แข่งขันเสนอราคา หากมีการพิจารณาถึงทฤษฎีสองชั้นของกฎหมายปกครองเยอรมันก็ถือว่าเป็นการพิจารณาในชั้นแรกว่าผู้แข่งขันเสนอราคานั้น สมควรเป็นผู้ชนะการสอบราคาหรือประกวดราคาหรือไม่ โดยผู้เสนอราคารายใดผิดคุณสมบัติเงื่อนไขตามเอกสารสอบราคาหรือเอกสารประกวดราคาก็ย่อมไม่ได้รับการตัดสินคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะ ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนของการใช้อำนาจตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาพิจารณาตัดสิน ผลการพิจารณาตัดสินจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองในประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า การกระทำทางปกครองแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง” แต่ในปัจจุบันกฎหมายปกครองของประเทศไทยยังไม่ปรากฏการบัญญัตินิยามของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ไว้ โดยปรากฏเพียงการบัญญัตินิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ” ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และปรากฏการบัญญัติคำนิยามคำว่า “กฎ” และ “สัญญาทางปกครอง” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

สำหรับคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้น ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้ให้ความเห็นของคำว่านิติกรรมทางปกครองแทนคำว่า *actes administratifs* อันเป็นการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับ *juristic acte* ในทางกฎหมายแพ่ง⁶⁹ แต่รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความหมายว่า นิติกรรมทางปกครอง คือ นิติกรรมที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต่างจากนิติกรรมในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่เอกชนไม่สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่น โดยที่เขาไม่ยินยอม⁷⁰ ส่วนศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้ให้คำนิยามของนิติกรรมทางปกครองว่า หมายถึง การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเสมอกับพระราชบัญญัติกระทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาต่อบุคคลหนึ่งว่าตนประสงค์จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยบุคคลหรือคณะบุคคลไม่ต้องให้ความยินยอม⁷¹ ซึ่งจากการให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองของนักวิชาการที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปนิยามของ “นิติกรรมทางปกครอง” ได้หลายนัย ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย โดยไม่คำนึงว่า

⁶⁹ จาก *หลักกฎหมายปกครองจากข้อสังเกตของ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์* (น. 27-31), โดย ออมร จันทรมบูรณ์, 2546, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

⁷⁰ *การกระทำทางปกครอง* (น. 62). เล่มเดิม.

⁷¹ จาก *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (น. 147), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, 2539, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับเอกชน นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงนิติกรรมทางปกครองทุกประเภท ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

(2) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ได้แก่ กฎและคำสั่งทางปกครอง

(3) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย โดยการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงเฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

นอกจากนั้นในทางวิชาการและในคำวินิจฉัยของศาลปกครองของไทย ยังยอมรับการมีอยู่ของ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองอีกประเภทหนึ่งด้วย ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป”

ส่วนคำว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือที่นักวิชาการบางท่านเรียกว่า “การกระทำทางกายภาพ” นั้น รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายความหมายของปฏิบัติการทางปกครองไว้ว่าเป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง⁷² ส่วนศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้อธิบายและให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชน อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ ทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้น ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง”⁷³ และศาสตราจารย์

⁷² จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง. หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (น. 67), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

⁷³ จาก *การกระทำทางปกครอง* (เอกสารประกอบการฝึกอบรมประกอบหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น) (อัดสำเนา) (น. 13), โดย วรพจน์ วิศวตพิชญ์, 2551, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้เรียกปฏิบัติการทางปกครองว่า “การกระทำทางกายภาพ” และอธิบายว่า หมายถึง การกระทำที่มีใช้การกระทำที่มุ่งต่อผลให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย (มีใช้นิติกรรม) แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ⁷⁴ ซึ่งจากความหมายของปฏิบัติการทางปกครองตามแนวคิดของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปความหมายของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ได้ว่า หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบได้กับพระราชบัญญัติ โดยมิได้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหว ในนิติสัมพันธ์ทางปกครอง แต่เป็นการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง⁷⁵

จากคำนิยามและคำอธิบายของ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ของนักวิชาการในประเทศไทยข้างต้น จึงอาจแยกประเภทของ “การกระทำทางปกครอง” ในประเทศไทยได้ ดังนี้

- (1) คำสั่งทางปกครอง
- (2) คำสั่งทางปกครองทั่วไป
- (3) สัญญาทางปกครอง
- (4) กฎ
- (5) ปฏิบัติการทางปกครอง

2.3.2.1 คำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติความหมายของ คำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 5 ดังนี้⁷⁶

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือมีผลกระทบต่อนานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

⁷⁴ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 111). เล่มเดิม.

⁷⁵ จาก เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 52), โดย วสรณ์ ทองโลกสี 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁶ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 126 - 127). เล่มเดิม.

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ในเรื่องนี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยตอบข้อหารือว่ากฎหมายที่เป็นฐานในการใช้อำนาจออกคำสั่งนั้น หมายถึงถึง กฎหมายหรือกฎหมายปกครองด้วย อันเป็นการพิจารณาความหมายของกฎหมายอย่างกว้าง และถ้าพิจารณาสถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีได้จัดวางขึ้นโดยไม่ได้อ้างอิงกฎหมายใด ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎ ประเภทใช้อำนาจสั่งการ⁷⁷ โดยสามารถควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติและการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้นเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมและให้ความเป็นธรรมแก่เอกชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งแนวทางในการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสอดคล้องกับสถานะภาพของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุนั้นเป็นลักษณะกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง และสามารถที่จะควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติและการใช้ดุลพินิจอันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมและให้ความเป็นธรรมแก่เอกชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวได้ยุติแล้วโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

(ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่าหรือให้สิทธิประโยชน์

(ข) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(ค) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(ง) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

ดังนั้นในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมี 2 ความหมาย คือ ความหมายตามท้องถื่นฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวง ประการหนึ่ง และความหมายโดยแท้ อีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่าการใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ก็เนื่องมาจากในบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เองย่อมจะช่วยจัดความไม่ชัดเจนแน่นอน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่าจะต้องดำเนินการ

⁷⁷ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 137). เล่มเดิม.

อย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตามองค์การฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวังและควรพิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองประกอบ ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ

สำหรับกฎหมายไทยนั้น ได้ยอมรับทฤษฎีว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการทำสัญญาทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง⁷⁸ ดังนั้น บรรดาการกระทำของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา (การดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดิน สิ่งก่อสร้าง) เช่น การกระทำในกระบวนการสอบราคา ประเมินราคา การประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นการกระทำก่อนที่จะเกิดสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง แล้วแต่กรณี ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียว อันอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองทั้งสิ้น⁷⁹

หากพิจารณาจากคำจำกัดความของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 5 ดังกล่าวแล้ว อาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 5 กรณี ดังนี้

(1) องค์ประกอบในแง่ของผู้ทำคำสั่ง เจ้าหน้าที่

คำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้ให้นิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตามต้องเป็นการใช้ “อำนาจทางปกครองของรัฐ” คือ ส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารไม่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ คือ ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐนั้นอาจจะเป็นบุคลากรในภาครัฐหรือบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้

(2) องค์ประกอบในแง่ของการใช้อำนาจรัฐ อำนาจปกครอง

มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจ และต้องเป็นอำนาจรัฐเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจ

⁷⁸ จาก *สิทธิการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง* (รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี อาจารย์บุชา ศาสตราจารย ์ ดร.อมร จันทรสมบุญ) (น. 221), โดย บุษพา อัครพิมาน, 2545, กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย.

⁷⁹ *คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญากับทางราชการ* (น. 240). เล่มเดิม.

ปกครอง การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน เช่น การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่าอาคาร การริบมัดจำในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาทางแพ่ง การกระทำเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจรัฐแต่อย่างใด และการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐย่อมเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่า วินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าตกลงกับเอกชนก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ แม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม การเข้าตกลงของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้

(3) องค์ประกอบในแง่วัตถุประสงค์ กฎเกณฑ์ นิติสัมพันธ์

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น มาตรการใดขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองในที่สุด ก็ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มาตรการดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายได้

(4) องค์ประกอบในแง่ของผลต่อผู้รับคำสั่ง ผลเฉพาะกรณี

องค์ประกอบในแง่ผลต่อผู้รับคำสั่งซึ่งเป็นผลเฉพาะกรณีนี้ เป็นองค์ประกอบที่เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากรูปแบบการกระทำทางปกครองที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่งคือ กฎ ในขณะที่กฎเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณี คือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้

(5) องค์ประกอบในแง่การเกิดผลในระบบกฎหมาย ผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง

นอกจากนั้นในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางปกครองยังรวมถึงคำสั่งทางตุลาการซึ่งหมายถึงคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรทางปกครองประเภท

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทด้วย แต่คำสั่งทางตุลาการจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองในหลักการ คือ

(1) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของเอกชน คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเท่านั้น เพื่อที่จะได้มีอำนาจชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของบุคคลเช่นนั้นได้ จะใช้กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงจัดตั้งขึ้นมาไม่ได้ เพราะการชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของเอกชนจะต้องมีอำนาจเช่นนั้นตามกฎหมาย แต่การจัดตั้งองค์กรทางปกครองอื่นจะไม่เคร่งครัดขนาดนี้และอาจตั้งโดยกฎหมายลำดับรองได้

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องมีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาที่เหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ของเอกชน กล่าวคือ ต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ และมีวิธีพิจารณาที่ประกันความเป็นธรรมได้ ขณะที่องค์กรทางปกครองทั่วไปแม้จะมุ่งดำเนินการให้เกิดความเป็นธรรมเช่นกัน แต่วิธีการดำเนินงานจะคลายความเคร่งครัดกว่า เพราะต้องดำเนินการโดยรวดเร็วตามสภาพของเรื่องเพื่อให้สามารถแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในกรณีจำเป็นเร่งด่วนก็อาจมีการยกเว้นขั้นตอนการพิจารณาบางประการ ไปก็ได้

(3) ในการทบทวนคำสั่งทางตุลาการนั้นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะไม่ฟังข้อเท็จจริงใหม่เพราะเหตุว่าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมีวิธีการทำงานที่มีคุณภาพในการรับฟังข้อเท็จจริงได้คืออยู่แล้วในระดับเดียวกับองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง และเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางโดยเป็นบุคคลภายนอกไม่ได้เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อพิพาทนั้นมาก่อน และมีรูปแบบในการแต่งตั้งและการดำรงตำแหน่งที่แสดงถึงความเป็นอิสระตามควรในการประกันความเป็นกลางดังกล่าว รวมทั้งมีกระบวนการคัดค้านการมีส่วนได้เสียรวมอยู่ด้วย องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจึงจะควบคุมคำสั่งทางตุลาการแต่ในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น คือ ตรวจสอบการใช้บทกฎหมาย และตรวจสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟังข้อเท็จจริง

(4) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องเป็นที่สุดและผูกมัดคู่กรณี (res judicata) เว้นแต่จะมีการอุทธรณ์ต่อไป ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยใหม่ไม่ได้ กรณีจะแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งดังกล่าวอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ได้เองหากมีเหตุอันสมควรที่จะต้องเปลี่ยนแปลง

2.3.2.2 คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองทั่วไปเป็นคำที่มีได้มีบัญญัติอยู่ในกฎหมายฉบับใด แต่เป็นคำที่ปรากฏในทางวิชาการและในคำวินิจฉัยของศาลปกครองโดยในทางวิชาการนั้น รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้อธิบายว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

โดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้⁸⁰ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ยกตัวอย่างคำสั่งทางปกครองทั่วไปว่า กรณีที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่น อาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) ออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใดของอาคารเลขที่ 12 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร เป็นข้อความที่ห้ามมิให้บุคคลโดยทั่วไป ในที่นี้คือผู้ใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในที่นี้คือใช้หรือเข้าไปในอาคารในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งในที่นี้คืออาคารเลขที่ 12 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร ข้อความนี้เป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเรียกกันในทางตำราว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸¹ และอาจารย์มานิตย์ จุมปา ได้ให้นิยามคำสั่งทางปกครองทั่วไปว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่ระบุผู้รับคำสั่งไว้ เช่น สัญญาอนุญาตไฟจราจร เป็นต้น⁸²

สำหรับในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ศาลปกครองได้มีการกล่าวถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ ดังนี้

1. ประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือกเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการใหญ่ บริษัท ทศท คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่แม้ว่าจะมีผลใช้บังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจงตัวบุคคลก็ตาม แต่ก็มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง คือ ใช้บังคับกับการสมัครครั้งนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ประกาศดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸³

2. มติที่ให้นำผลคะแนนสอบตามแบบทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติขั้นพื้นฐานครั้งแรกครั้งเดียวมาใช้ในการพิจารณาบุคคลเข้าศึกษาต่อระดับอุดมศึกษา มิได้มีสภาพเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่การที่สถาบันอุดมศึกษาต่างนามติดดังกล่าวไปกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือก

⁸⁰ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 40-41). โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸¹ จาก *การกระทำของฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง* (เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น) (น. 25), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁸² จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1* (น. 5-6), โดยมานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁸³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 791/2549.

บุคคลให้สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาถือปฏิบัติ ข้อมมีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในทางตำราเรียกว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸⁴

3. ประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง รับสมัครคัดเลือกบุคคลผู้ได้รับวุฒิปริญญาตรี เกียรตินิยมเพื่อบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการในตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 3 ถือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลเป็นการทั่วไป กล่าวคือ มีผลกระทบต่อผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่รับเกียรตินิยมทุกคน แต่ประกาศรับสมัครดังกล่าวใช้เฉพาะกรณีของการรับสมัครคัดเลือกในครั้งนี่ครั้งเดียวเท่านั้น จึงเป็นการมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ ประกาศรับสมัครดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸⁵

4. แม้ประกาศเทศบาลตำบลโซ่พิสัย เรื่อง ประมูลจ้างเหมาก่อสร้างด้วยระบบ อิเล็กทรอนิกส์ จำนวน 14 โครงการ ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2550 จะมีผลใช้บังคับกับการประกวดราคาจ้างก่อสร้างครั้งนี้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ก็ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลผู้อยู่ในบังคับของประกาศดังกล่าว ประกาศฉบับนี้จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸⁶

5. หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ มท 0809.2/ว 153 ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ที่แจ้งเวียนให้คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดทุกจังหวัดถือปฏิบัติตามมติของผู้ถูกฟ้องคดี เกี่ยวกับมาตรการแก้ไขปัญหาการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยให้ผู้อำนวยความสะดวกหรือเทียบเท่าที่ได้รับคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยไม่ได้ใช้วิธีสอบคัดเลือกกลับคืนสู่สถานภาพในตำแหน่งและระดับเดิม หากตำแหน่งเดิมไม่ว่างหรือผู้นั้นได้ออนมาจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดอื่น ให้พิจารณากำหนดตำแหน่งรองรับเป็นการเฉพาะรายนั้น มีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่ใช้แก่เฉพาะกรณีการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยวิธีการคัดเลือก จึงมีผลกระทบเฉพาะกลุ่มข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่มาจากการคัดเลือกโดยวิธีการดังกล่าว มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดโดยวิธีการคัดเลือกต้องกลับไปดำรง

⁸⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 265/2550.

⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.379/2550.

⁸⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 744/2550.

ตำแหน่งเดิม หนังสือเวียนฉบับดังกล่าวจึงมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป⁸⁷

6. การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีประกาศสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาสุพรรณบุรี เขต 3 เรื่อง ยกเลิกประกาศสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาสุพรรณบุรี เขต 3 เรื่อง รับสมัครข้าราชการ เข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งหรือเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งบุคลากรทางการศึกษาตาม มาตรา 38 ค (2) ที่วาง ตั้งแต่วันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2552 เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองไว้ โดยเฉพาะ⁸⁸

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองข้างต้นเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้ให้นิยามของคำสั่งทางปกครองทั่วไปว่าหมายถึง “คำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมีได้เจาะจงตัวบุคคล แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะ” และเมื่อพิจารณาประกอบกับนิยามของ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ในทางวิชาการทำให้เห็นได้ว่าในระบบกฎหมายปกครองของไทยมีการให้นิยาม “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ว่าเป็นการออกคำสั่งอันมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและเกิดผลกับบุคคลทั่วไป กล่าวคือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม โดยมีได้มีผลใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน⁸⁹

2.3.2.3 สัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งเรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง (สัญญากับทางราชการ) อันเป็นจุดเริ่มที่จะได้รับการพิจารณาต่อไปว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้นเป็นกรณีภายหลังจากที่ได้ผ่านกระบวนการตามกฎหมายเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองมาแล้ว ซึ่งในกรณีของไทยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบของส่วนราชการอื่น ๆ ว่าด้วยการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีการตกลงทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่กำหนดสำหรับสัญญาประเภทนั้น ๆ เช่น สัญญา

⁸⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 404/2551.

⁸⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 231/2553.

⁸⁹ เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีที่พิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครอง (น. 49). เล่มเดิม.

ที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาร่วมการทำงาน ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 แต่การที่สัญญาของทางราชการต้องผ่านกระบวนการทำสัญญาตามระเบียบหรือหลักเกณฑ์ใด ๆ มิได้มีผลเป็นการกำหนดสถานะของสัญญาแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากนิยามที่กฎหมายกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประกอบกัน ดังนี้⁹⁰

(1) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยผ่านกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ สัญญาที่เกิดขึ้นตามกระบวนการในข้อนี้อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

(2) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยไม่ผ่านระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ เช่น กรณีสัญญาการศึกษาต่อ สัญญาจ้างลูกจ้างในส่วนราชการ เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

(3) การเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะของการได้รับสัมปทาน รูปแบบของการได้รับสัมปทานตามกฎหมายไทยนั้นมี 2 ลักษณะ คือ⁹¹

ก. ลักษณะที่เป็นรูปแบบซึ่งกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย เช่น สัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งเป็นแบบที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นต้น

ข. ลักษณะซึ่งเป็นผลของการเจรจาตกลงระหว่างฝ่ายรัฐและเอกชน เช่น สัมปทานเกี่ยวกับการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ และสัมปทานเกี่ยวกับทางด่วน เป็นต้น แต่กระบวนการทำสัญญาต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

จะเห็นได้ว่าการก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีอิสระที่จะทำสัญญาใด ๆ กับผู้ใดก็ได้เหมือนอย่างกรณีของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายหรือระเบียบ

⁹⁰ จาก ร่างสรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (เอกสารอัดสำเนา) (น. 5), กรุงเทพฯ: สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง

⁹¹ จาก นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (น. 147), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ข้อบังคับของทางราชการกำหนด ดังนั้นเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง จึงมักจะถูกจำกัดใน 2 ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา ดังนี้⁹²

(1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นในรูปของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งอาจไม่แตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้ เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ⁹³ และหน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น เช่น ในระดับกระทรวงได้แก่รัฐมนตรีในระดับกรมได้แก่อธิบดี เป็นต้น อย่างไรก็ตามผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในโครงการนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังต้องพิจารณาด้วยว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เช่น กรมประมงจะไปทำสัญญาสร้างทางหลวงแผ่นดินกับเอกชนไม่ได้ แต่ในเรื่องการจัดหาเครื่องไม้เครื่องมือหรือวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น โต๊ะ เก้าอี้ คอมพิวเตอร์ ฯลฯ นั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในกรอบของการจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครองทุกหน่วยงานโดยสภาพอยู่แล้ว จึงไม่เป็นปัญหาในเรื่องทำสัญญานอกวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดในเรื่องนั้น ๆ สามารถเข้ายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้อย่างเท่าเทียมกันและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ตามการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอก็ดี การจัดทำบัญชีผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นก็ดี ตลอดจนหลักเกณฑ์การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นซึ่งต้องเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลอย่างดีที่สุดนั้น อาจกระทบต่อหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนาบ้าง แต่ก็ไม่ทำให้หลักดังกล่าว

⁹² จาก *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* (รวมบทความทางกฎหมายจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 3) (น.105 – 108), โดย โภทิน พลกุล, 2547, กรุงเทพมหานคร: พีเพรส.

⁹³ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง.

หมดความสำคัญลงไป เพราะในบรรดาผู้ที่ผ่านคุณสมบัติเบื้องต้นตามที่กำหนดไว้จะต้องได้รับการปฏิบัติจากฝ่ายปกครองอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

ในส่วนของกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น ในประเทศไทยโดยหลักแล้วมีวิธีการซื้อและการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 อยู่ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษและวิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนดและการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 นอกจากนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ทั้งนี้วิธีการหรือขั้นตอนในการทำสัญญาจะมีความเข้มงวดมากน้อยแตกต่างกันไปตามความสำคัญของสัญญานั้น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในสัญญาที่มีวงเงินสูง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้ผ่านกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าในสัญญาที่มีวงเงินต่ำหรือสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะก็จะต้องผ่านกระบวนการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานี้ ในขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการซึ่งอาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่ผ่านเข้ามาในกระบวนการดังกล่าว การสั่งการต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่ใช่ส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอ คำสั่งอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง หรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น หากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิภาคีไปฟ้องศาลได้ แต่ต้องเป็นการยื่นฟ้องเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนก่อนการลงนามในสัญญา ไม่ใช่การยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งการยื่นฟ้องเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวนี้ ในปัจจุบันจะอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

(2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญาเหมือนอย่างเช่นในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้นมักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่สำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดแบบของสัญญาซื้อขายและแบบของสัญญาจ้างไว้ โดยประกาศเวียนให้หน่วยงานราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนยึดถือเป็นแนวทาง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลฎีกา

ได้วินิจฉัยยอมรับบังคับตามข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จรูปว่าลูกหนี้ต้องผูกพันปฏิบัติตามหน้าที่ในการชำระหนี้ถ้ามีการระบุดอกงไว้อัดแข็งในสัญญา แม้ข้อตกลงในสัญญาจะผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายก็ทำได้ หากไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹⁴ ทั้งนี้ สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวมีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะซึ่งมีความแตกต่างกัน คือ หากเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่หน่วยงานคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดเอง สัญญาจะมีสถานะเป็นสัญญาในลักษณะของสัญญาจำยอม ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขของสัญญา มีสิทธิเพียงที่จะรับรู้ข้อความของสัญญาและตัดสินใจว่าจะลงนามเป็นคู่สัญญาหรือไม่เท่านั้น แต่หากสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวถูกกำหนดโดยหน่วยงานอื่นเพื่อใช้เป็นแบบมาตรฐานของฝ่ายปกครอง เช่น แบบสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยตัวแบบมาตรฐานนี้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันมีผลต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาลและการนำกฎหมายของแต่ละกรณีมาปรับใช้

สำหรับความหมายของสัญญาทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3 โดยให้หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากบทนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้คำว่าสัญญาทางปกครอง “หมายความรวมถึง” ดังนั้นสัญญาทางปกครองจึงอาจมีประเภทสัญญามากกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการวางหลักกฎหมายเพิ่มเติมของศาล ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตน

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 893/2492.

กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

จะเห็นได้ว่าการกำหนดนิยามของสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ในตอนท้ายที่ว่า หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรงหรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล เป็นการกำหนดความหมายอันมีลักษณะทั่วไปของสัญญาทางปกครองหรือลักษณะสัญญาทางปกครองโดยสภาพด้วยการนำแนวความคิดมาจากความหมายของสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสนั่นเอง⁹⁵

นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมอีกลักษณะ คือ สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นการพิจารณาจากลักษณะของสัญญา

จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 ประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด สัญญาทางปกครองจึงมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการคือ

(1) คู่กรณี โดยคู่กรณีในสัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

(2) ลักษณะของสัญญา จะต้องมิวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดทำสัมปทานหรือให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือการที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาจัดหาหรือสัญญาจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล และสัญญาดังกล่าวต้องไม่ใช่สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค โดยมีได้มีลักษณะดังที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากสัญญาในประการหลังนี้ย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง

⁹⁵ ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 210). เล่มเดิม.

ทั้งนี้ รายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบการเป็นสัญญาทางปกครองทั้ง 2 กรณีดังกล่าว มีดังนี้

(1) คู่กรณีในสัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ หรือพิจารณาจากเกณฑ์ด้านคู่สัญญา

(1.1) “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการ ที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หน่วยงานอื่นของรัฐ หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง (บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด (อ.55/2550, 25/2548)⁹⁶ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) (อ.279/2551) บริษัท ทีที แอนด์ที จำกัด (มหาชน) (อ.535/2551)) มหาวิทยาลัยนอร์ทเชียงใหม่ (373/2553)⁹⁷ บริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (667/2552)

(1.2) “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้กำหนดนิยามไว้ แต่ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น ส่วนใหญ่บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐในสัญญาทางปกครองจะเป็นผู้ที่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย โดย “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งหรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กล่าวมาข้างต้น

(2) ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

(2.1) “สัญญาสัมปทาน” สัมปทานเป็นกระบวนการหนึ่งของรัฐในการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ โดยเอกชนผู้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นผู้ลงทุนและเสี่ยงภัยในการที่เข้าร่วมนั่นเอง โดยรัฐจะไม่จ่ายเงินค่าจ้างในการดำเนินการให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่จะกำหนดระยะเวลาในการให้สัมปทานนั้น ๆ ซึ่งตลอดเวลาการรับสัมปทานรัฐจะให้สิทธิเอกชนผู้รับสัมปทานมีรายได้จากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการเมื่อหมดเวลาตามสัญญาสัมปทานแล้ว สิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ที่ใช้ในกิจการที่ได้จากการสัมปทานจะตกเป็นสิทธิแก่รัฐ จากความหมายดังกล่าว สัญญาสัมปทานจึงหมายถึง “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” เช่น สัญญาร่วมการทำงานและร่วมลงทุนเพื่อขยายบริการโทรศัพท์ในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค

⁹⁶ หมายถึง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด.

⁹⁷ หมายถึง คำสั่งศาลปกครองสูงสุด.

สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ สัญญาอนุญาตให้เอกชนเช่าใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและอุปกรณ์วิทยุคมนาคม พร้อมได้รับการจัดสรรความถี่วิทยุ เป็นต้น

(2.2) “สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ” เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมอบบริการสาธารณะบางอย่างที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการของตนให้แก่บุคคลอื่นไปจัดทำ เช่น สัญญาจ้างให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอยของเมืองพัทยา สัญญาอนุญาตให้เอกชนประกอบกิจการลานจอดรถยนต์และสัญญาเช่าพื้นที่ ณ ท่าอากาศยานเชียงใหม่ สัญญาจ้างให้เอกชนดำเนินการจัดเก็บรายได้และดูแลพัฒนาตลาดสดของเทศบาล เป็นต้น

(2.3) “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำ ซ่อมแซม สิ่งสาธารณูปโภคซึ่งเป็นถาวรวัตถุประเภทอสังหาริมทรัพย์จ้างเอกชนให้สร้างหรือซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภค โดยสาธารณูปโภคนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ (1) ทรัพย์สินที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่าเทียบเรือ ที่พักผู้โดยสารประจำทาง และ (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า สายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า โรงเรียน โรงพยาบาล โรงกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

(2.4) “สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” เป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินการเพื่อแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรที่มีอยู่โดยธรรมชาติของรัฐในรูปแบบของสัมปทานจากรัฐและอยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐ โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าใช้ประโยชน์จะต้องเสียค่าใช้จ่ายให้แก่รัฐตามสมควร เช่น การตกลงยินยอมให้เอกชนประกอบการขุดดินลูกรังในที่ดินของรัฐ สัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน เป็นต้น

(2.5) “สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง” เช่น สัญญาการเป็นนักศึกษา สัญญาเรียนการสอน สัญญาการศึกษาหรือฝึกอบรมของข้าราชการ

(2.6) “สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล” โดย “เอกสิทธิ์ของรัฐ” มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ (1) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน มีเฉพาะรัฐเท่านั้นที่จะทำสัญญาดังกล่าวได้ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างเรือตรวจการณ์ปืน และ (2) ข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นหน่วยงานทางปกครอง

กับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน (ข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ถือเป็นการผิดสัญญา สัญญาสำเร็จรูป)

(2.7) “สัญญาที่จัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็น เพื่อให้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล”

สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลตามแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล⁹⁸ พิจารณาได้ดังนี้

(2.7.1) การจัดหาหรือจัดให้มีดังกล่าวนั้นเป็นการจัดหาหรือจัดให้มีตามระเบียบของทางราชการซึ่งโดยปกติก็คือ ระเบียบว่าด้วยการพัสดุและสัญญาที่ทำอาจเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาในแบบอื่นก็ได้ เช่น

ก. สัญญาจ้างทำของ ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างหลักทำเทียบเรือ สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ศึกษาวิจัยศิลปกรรม วัฒนธรรมและประเพณีแห่งอันดามัน สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ

ข. สัญญาซื้อขาย ได้แก่ สัญญาซื้อขายรวมบุคคล โดดแบบสายดึง

(2.7.2) เครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นอาจเป็นวัสดุ ครุภัณฑ์ อาคาร สถานที่หรือสิ่งก่อสร้างก็ได้ โดยใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะและทำให้การจัดทำบริการสาธารณะนั้นบรรลุผล หากไม่มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลได้ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็น โดยไม่ได้พิจารณาจากประเด็นว่า เครื่องมือหรืออุปกรณ์นั้นเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ธรรมดาหรือพิเศษหรือนำไปใช้โดยตรงหรือสนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะจึงเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

(2.8) สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาพัสดุ สัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่เกิดจากการวางแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาพัสดุโดยวิธีทั่วไป อันได้แก่ วิธีประกวดราคาและวิธีสอบราคา เช่น สัญญาสอบราคา (355/2550) และสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (504/2551, 660/2551) นอกจากนี้มีบางกรณีที่มีสัญญาเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำสัญญาหลัก ซึ่งสัญญาก่อนสัญญาหลักดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครอง หากสัญญาหลักที่จะทำขึ้นในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น ข้อตกลง

⁹⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546 ที่ 47/2547 ที่ 8/2548 ที่ 15/2550 ที่ 18/2550 ที่ 37/2550 ที่ 9/2551ที่ 12/2551และที่ 27/2551.

เกี่ยวกับการรับหลักประกันของ (โดยวิธีทั่วไป) (352/2548) สัญญาหลักประกันของ (ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์) (658/2551)

2.3.2.4 กฎ

เดิมในตำรากฎหมายบางเล่มเรียกกฎว่า กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติ ปัจจุบันเรียกว่า กฎ ซึ่งมีบทนิยามไว้ในกฎหมาย 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามคำว่ากฎไว้ในมาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามคำว่ากฎไว้ในมาตรา 3

กฎหมายทั้งสองฉบับได้นิยามคำว่า กฎ ด้วยถ้อยคำอย่างเดียวกัน คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้สื่อกำนิยามของคำว่า กฎ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้บัญญัติว่า “กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป โดยไม่มีมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ดังนั้น โดยเนื้อหาของสาระของกฎในเบื้องต้นจะต้องเป็นข้อความที่เป็นข้อกำหนดบังคับให้บุคคลกระทำการหรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการหรือห้ามบุคคลกระทำการหรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการที่จะมีฐานะเป็นกฎต้องมีลักษณะ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ต้องเป็นข้อความที่ใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ไม่ใช่บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เพราะฉะนั้นบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการห้ามกระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ จึงเป็นบุคคลที่ถูกนิยามเป็นประเภทเสมอ เช่น ผู้เยาว์ คนสัญชาติไทย ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการครู บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่เป็นกฎ จึงไม่อาจจะทราบจำนวนที่แน่นอนได้ว่ามีกี่คน

ประการที่สอง ต้องเป็นกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง กรณีบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะต้องกระทำการ ห้ามกระทำการหรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

2.3.2.5 ปฏิบัติการทางปกครอง

จากที่ได้กล่าวแล้วว่า นักวิชาการของไทยได้ให้นิยามของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ไว้ว่าเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง แต่การกระทำนั้นมีได้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใดหรือหากจะอธิบายในเชิงปฏิเสธก็อาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า แท้ที่จริงแล้ว ปฏิบัติการทางปกครองก็คือ

การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีใช้นิติกรรมทางปกครองนั่นเอง ซึ่งอาจอธิบายลักษณะของปฏิบัติการทางปกครองได้ดังนี้

(1) ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2) การกระทำโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(3) เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริง มิได้มุ่งหมายก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครอง (มิได้มุ่งผลในทางกฎหมาย)

โดยรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ยกตัวอย่างของปฏิบัติการทางปกครองว่าเป็นการกระทำที่ใช้กำลังกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในकुคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย และการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำผิดกฎหมาย เป็นต้น และศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วราพงษ์ วิสสุตพิชญ์ ได้แยกปฏิบัติการทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ ปฏิบัติการทางกายภาพ เช่น การซ้อมรบ การดับเพลิง การจับผู้ร้าย และปฏิบัติการที่ใช้สติปัญญา เช่น การสอนหนังสือ การทำวิจัย การทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นต้น

บทที่ 3

การตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของต่างประเทศและไทย

ในบทนี้จะเป็นการอธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุภาครัฐทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่ามีลักษณะ วิธีการ รวมทั้งมีแนวทางการตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ในกระบวนการจัดหาพัสดุของส่วนราชการ โดยศาลปกครองเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุในต่างประเทศ

สำหรับกระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุในต่างประเทศนี้ จะเป็นการอธิบายกระบวนการจัดหาพัสดุของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมทั้งแนวทางการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการจัดหาพัสดุดังกล่าวโดยศาลปกครองของทั้งสองประเทศ ดังนี้

3.1.1 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุในประเทศฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้จะเป็นการนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาพัสดุ กระบวนการจัดหาพัสดุ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ รวมทั้งอำนาจศาลและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการพัสดุของประเทศฝรั่งเศส ดังนี้

3.1.1.1 ความหมายของสัญญาพัสดุ

สัญญาพัสดุเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องด้วยเป็นจำนวนมาก กฎหมายและกฎหมายเหล่านี้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1833 และต่อมาก็ได้รวบรวมไว้ในรูปของประมวลกฎหมายพัสดุ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 และใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบันก็ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ในปี ค.ศ. 2001 โดยสัญญาพัสดุนี้อาจอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des marchés publics)

ประมวลกฎหมายพัสดุนับปี ค.ศ. 1946 ไม่ได้กำหนดให้สัญญาพัสดุทุกประเภทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดำเนินการตามประมวลกฎหมายพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิด

ปัญหาและข้อโต้แย้งรวมทั้งข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองในหลายเรื่องว่า สัญญาพัสดุบางสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และไม่มีการใช้อำนาจรัฐเหนือกว่าเอกชนในสัญญานั้น จะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายกับเอกชนอันเป็นการซื้อขายกันตามปกติที่ปฏิบัติการตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จะทำตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ ดังนั้น ประมวลกฎหมายพัสดุฉบับปี ค.ศ. 2001 จึงได้กำหนดให้สัญญาทุกสัญญาที่สร้างขึ้นโดยอาศัยกฎกติกาตามประมวลกฎหมายพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองเสียทั้งหมด อันเป็นการแก้ปัญหา ข้อสงสัย หรือข้อพิพาท ที่เคยเกิดขึ้นมาแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันและเพื่อความสะดวกของฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชน⁹⁹ ในการนี้จึงกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดความสะดวกแก่การแบ่งแยกคดีปกครองกับคดีแพ่ง¹⁰⁰ ด้วยเหตุนี้แม้สัญญาพัสดุจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขาย (contrat de vente) ในระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่สัญญาพัสดุซึ่งทำโดยฝ่ายปกครองก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชนและเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่สำคัญที่สุดประเภทหนึ่งด้วย

สัญญาพัสดุเป็นสัญญาที่วางหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะซึ่งดำเนินการโดยฝ่ายปกครองกับประโยชน์เอกชนที่จะเข้ามาทำกิจการร่วมกับฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการวางกฎเกณฑ์ที่ให้เอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำการจัดหาพัสดุให้กับฝ่ายปกครองได้รับความเป็นธรรมและสามารถดำเนินการได้โดยไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

สัญญาพัสดุ¹⁰¹ (marché public) ในประเทศฝรั่งเศสเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เพราะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administrative par détermination de la loi) และเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำมากที่สุด รวมทั้งยังเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดของฝ่ายปกครองเพราะในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้สัญญาพัสดุเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

โดยมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des marchés publics) ได้กำหนดถึงเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็นสัญญาพัสดุไว้ว่า สัญญาพัสดุได้แก่ สัญญาที่จัดทำขึ้น

⁹⁹ สัญญาทางปกครอง (น. 531). เล่มเดิม.

¹⁰⁰ คำรากกฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

¹⁰¹ สัญญาทางปกครอง (น. 495). เล่มเดิม.

ระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ

3.1.1.2 กระบวนการจัดหาพัสดุ

ดังที่กล่าวแล้วว่าในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำมากที่สุด ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจำเป็นต้องผ่านกระบวนการประมวลกฎหมายพัสดุ จึงมีการเรียกสัญญาดังกล่าวว่า “สัญญาพัสดุ”

กระบวนการปกติในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง ได้แก่¹⁰²

1) การเสนอราคา (l'appel d'offres)¹⁰³

ประมวลกฎหมายพัสดุได้นำเอาระบบการเสนอราคามาแทนที่การประกวดราคา (Adjudication) ทั้งการเสนอราคาและการประกวดราคาต่างก็มีกระบวนการที่ใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตอนเริ่มต้นภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ประกาศเชิญชวนไปแล้ว คือ ทั้งผู้เสนอราคาและผู้ประกวดราคาก็ต้องยื่นข้อเสนอของตนต่อฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการเสนอราคาและการประกวดราคามีข้อแตกต่างกันที่สำคัญคือ การประกวดราคานั้น ผู้ยื่นข้อเสนอดำสุดจะถูกคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา¹⁰⁴ ในขณะที่การเสนอราคานั้นผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก ซึ่งการประกวดราคานั้นอาจมีข้อบกพร่องอยู่ที่ผู้เสนอราคาดำสุดอาจไม่ใช่ผู้ที่ดีที่สุดที่จะเข้ามาทำงานกับฝ่ายปกครองก็ได้ ดังนั้นการเสนอราคาจึงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองได้ประโยชน์มากกว่าการประกวดราคา เพราะฝ่ายปกครองสามารถเลือกคู่สัญญาได้จากการพิจารณาข้อเสนอทั้งทางด้านเทคนิคและราคา

การเสนอราคาสามารถทำได้ทั้งสองวิธี คือ การเสนอราคาเป็นการทั่วไป (Ouverte) และการเสนอราคาแบบจำกัด (Restreinte) กล่าวคือ การเสนอราคาแบบเป็นการทั่วไปนั้นได้แก่กระบวนการระดับชาติที่ผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ที่สนใจทุกคนสามารถยื่นข้อเสนอได้ ส่วนการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุต้องเชิญผู้ประกอบการไม่น้อยกว่า 5 ราย ให้เข้าร่วมในการเสนอราคาดังกล่าว¹⁰⁵

¹⁰² สัญญาทางปกครอง (น 434 – 437). เล่มเดิม.

¹⁰³ André de LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DELVOLLE, Traité des contrats administratifs Tome 1, 2 Editions, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 633 – 639. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครอง (น. 504). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ Code des marchés publics, 1946, Loi – 88, 280. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 508).

¹⁰⁵ Code des marchés publics, Loi – 61. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 508).

กระบวนการในการเสนอราคาทั้งสองวิธีมีจุดเริ่มต้นที่ต่างกัน โดยในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้น เมื่อถึงเวลาที่ฝ่ายปกครองกำหนดผู้ประกอบการที่สนใจก็สามารถเสนอราคาได้ ในขณะที่การเสนอราคาแบบจำกัดนั้น จุดเริ่มต้นอยู่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่ฝ่ายปกครองต้องการเชิญให้มาเสนอราคาก่อน โดยในการทำบัญชีรายชื่อนั้น ฝ่ายปกครองจะพิจารณาจากผู้ที่มีประสบการณ์และมีฐานะทางการเงินที่ดี¹⁰⁶

2) การประกาศเชิญชวน

กฎหมายของฝรั่งเศสได้กำหนดให้สัญญาพัสดุของรัฐทุกสัญญา จะต้องมีการประกาศเชิญชวนและเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้าแข่งขันกัน โดยประกาศเชิญชวนนั้นจะต้องมีสาระสำคัญคือ วัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุ สถานที่ที่ผู้สนใจสามารถหาข้อมูลหรือขอคำปรึกษาได้ ระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ ซึ่งการประกาศเชิญชวนจะต้องพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารที่เรียกว่า Bulletin officiel d'annonces des marchés publics¹⁰⁷

สำหรับระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ นั้น โดยปกติแล้วจะมีการกำหนดไว้เป็นสองลักษณะที่สัมพันธ์กันกับการเสนอราคา โดยในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้นจะต้องกำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า 52 วัน หรือในกรณีพิเศษอาจลดลงมาเหลือ 26 วัน ได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ และนอกจากนี้ระยะเวลาอาจลดลงมาเป็น 36 วัน หากการจัดหาพัสดุนั้นมีจำนวนต่ำกว่า 5 ล้านยูโร ส่วนในกรณีการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น มีระยะเวลา 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่จะเชิญเข้าร่วมเสนอราคา จะต้องดำเนินการจัดทำภายใน 37 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศว่าจะให้มีการเสนอราคา ส่วนขั้นตอนที่สองคือ เมื่อฝ่ายปกครองตกลงจะเชิญผู้ใดให้เข้าเสนอรากานั้น ผู้นั้นจะต้องเสนอราคาต่อฝ่ายปกครองภายใน 40 วัน นับแต่วันที่ได้รับจดหมายเชิญจากฝ่ายปกครอง

3) การคัดเลือก

มาตรา 53 ของประมวลกฎหมายพัสดุได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เสนอราคาเอาไว้ดังนี้¹⁰⁸

(1) ข้อเสนอที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย

มาตรา 1 ของประมวลกฎหมายพัสดุนับปัจจุบันบัญญัติไว้ว่าสัญญาพัสดุจะต้องตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ดังนั้นเมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเสนอแล้วเห็นว่าไม่ได้

¹⁰⁶ Code des marchés publics, Loi – 52. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 509).

¹⁰⁷ Code des marchés publics, Loi – 40. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

¹⁰⁸ Patrice COSSALTER, Le nouveau Code des marchés publics, Editions de <<la Lettre du Cadre Territorial>>, Paris, 2001, p. 16 – 21, ของ Titre III – Chapitre III – Section 7. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 509).

เป็นไปตามความต้องการของฝ่ายปกครองหรือไม่ได้ตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง
ข้อเสนอดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครอง

(2) หลักการเลือกข้อเสนอ

ฝ่ายปกครองจะต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบข้อเสนอทั้งหมด และพิจารณาว่าข้อเสนอใดให้ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุด ส่วนใหญ่แล้วข้อเสนอที่ให้ประโยชน์กับฝ่ายปกครองมากที่สุดจะเป็นข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเงิน เช่น จำนวนเงิน ระยะเวลาในการจ่ายเงินของฝ่ายปกครอง หรือผลประโยชน์ทางการเงินที่ฝ่ายปกครองจะได้รับ เป็นต้น โดยการคัดเลือกข้อเสนอดังกล่าวจะต้องทำบนพื้นฐานของหลักว่าด้วยความเสมอภาค และหลักว่าด้วยความโปร่งใส

(3) การจัดลำดับ

การคัดเลือกของฝ่ายปกครองจะต้องมีการให้คะแนนเพื่อจัดลำดับของผู้ยื่นข้อเสนอ ในกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอจำนวนมากฝ่ายปกครองจะจัดลำดับผู้ได้รับการคัดเลือกไว้ประมาณ 10 - 12 ราย ผู้ที่อยู่ในลำดับต้นเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ถือว่าเป็นการคัดเลือกโดยเด็ดขาด เพราะตามมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุได้กำหนดหลักเกณฑ์บางประการไว้ว่า วิสาหกิจ (Entreprise) ที่ได้เข้ามาเสนอราคาจะต้องส่งเอกสารเกี่ยวกับสถานะทางการเงินและการเสถียรภาพของตนต่อฝ่ายปกครองพร้อม ๆ กับการเสนอราคาโดยวิสาหกิจจะเป็นผู้รับรองเอกสารเหล่านั้นด้วยตนเองว่าประกอบด้วยข้อมูลที่เป็นความจริงทุกประการ เมื่อวิสาหกิจนั้นได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะในการเสนอราคาก็จะต้องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำการรับรองเอกสารดังกล่าวว่าเป็นความจริงและนำมาเสนอต่อฝ่ายปกครองที่ได้คัดเลือกตนไว้ภายในระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนด หากไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ วิสาหกิจนั้นก็หมดสิทธิ์ที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองจะให้ผู้ที่อยู่ในลำดับถัดไปได้ดำเนินการตามมาตรา 46 ดังกล่าวต่อไป

ขั้นตอนสำหรับการเสนอราคาแบบทั่วไป มี 5 ขั้นตอน ดังนี้

1) การกำหนดคุณสมบัติ (Spécification)

มาตรา 75¹⁰⁹ แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ กำหนดไว้ว่า การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุจะต้องตอบสนองต่อลักษณะและปริมาณของพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างอย่างสมบูรณ์ หน่วยงานเจ้าของเรื่องจึงต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุ และความจำเป็นของการจัดซื้อจัดจ้าง ในลักษณะที่ชัดเจนเท่าที่จะทำได้ ก่อนเปิดให้มีการแข่งขันหรือเจรจาจัดซื้อจัดจ้าง

พัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างต้องตรงตามข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดทางเทคนิคที่กลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุจัดทำขึ้น หรือเป็นไปตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์ฝรั่งเศส

¹⁰⁹ Code des marchés publics, Loi – 87.

ข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับมาตรฐานมีผลใช้บังคับโดยตรงกับพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้าง โดยข้อกำหนดพิเศษดังกล่าวอาจมีการระบุไว้ในเอกสารกำหนดเงื่อนไขในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐหรือกำหนดไว้ในสัญญาแล้วแต่กรณี ซึ่งในกรณีที่มีการแก้ไขข้อกำหนดในรายละเอียดทางด้านเทคนิคหรือมาตรฐานของสินค้า หน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างจะต้องระบุไว้ในสัญญาด้วยว่าได้รับอนุญาตให้แก้ไขโดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุตามวรรคแรก

การแก้ไขข้อกำหนดมาตรฐานที่ได้รับการรับรองไว้แล้ว จะกระทำได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 18 ของรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 843-24 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1984 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยมาตรฐานและการแก้ไขรายละเอียดทางเทคนิค ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจัดทำโดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุ โดยได้จัดทำขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 24 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับคุณสมบัติและรายละเอียดทั่วไปของพัสดุ โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้พัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์ฝรั่งเศส และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้หน่วยงานที่จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต้องถือปฏิบัติตาม¹¹⁰

2) การแจ้งการประกวดราคา

มาตรา 86¹¹¹ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศสกำหนดว่า การแจ้งการประกวดราคาทุกกรณีจะต้องกระทำโดยเปิดเผยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 และมาตรา 38 ทวิ

ขั้นตอนและวิธีการแจ้งอาจทำเป็นกฎหมายลำดับรองออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลัง และการแจ้งการประกวดราคาต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1. วัตถุประสงค์สัญญา ซึ่งหมายถึงความมุ่งหมายของการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องชี้แจงอย่างชัดเจน โดยระบุปริมาณหรือสิ่งของที่จัดซื้อจัดจ้างนั้นว่าเป็นอย่างไร ซึ่งอาจเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่สามารถกำหนดปริมาณที่แน่นอน โดยสามารถกำหนดราคาต่อหน่วยหรือกำหนดราคาต่อ Lot ได้¹¹²

¹¹⁰ From Code des Marchés Publics (p. 129), by Michel Guibal, Paris: Publication du Moniteur. อ้างถึงในการประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีนิติสัมพันธ์ในกฎหมายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง (น. 113), โดย สุรพล ทิพย์เสนา, 2544, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹¹¹ Code des marchés publics, Loi – 86.

¹¹² จาก “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” โดย M. Philippe Turguet de Beauregard, 2542 (เมษายน), วารสารกฎหมายปกครอง, 18(1), น. 8. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

2. สถานที่ที่ผู้สนใจจะศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่เอกสารในรายละเอียดของการดำเนินการตามสัญญา (cahiers des charges) และหลักเกณฑ์ในการขอคำปรึกษา หรือหลักเกณฑ์ในการขอเอกสารที่เกี่ยวข้อง

3. วันที่ที่จะส่งประกาศประกวดราคาเพื่อลงนามใน “ประกาศของทางราชการเกี่ยวกับการประกวดราคา (bulletin officiel)”

4. หน่วยงานผู้รับผิดชอบในการจัดประกวดราคา

5. สถานที่และวันเวลาที่กำหนดเป็นวันปิดการยื่นซองประกวดราคา

6. สถานที่และวันเวลาที่แน่นอนสำหรับการเปิดซองประกวดราคา

7. หลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติและความสามารถของผู้เข้าแข่งขัน

8. ระยะเวลาที่ผู้เข้าแข่งขันจะต้องผูกพันตามข้อเสนอในการประกวดราคา

ระยะเวลาในการรับซองต้องไม่น้อยกว่า 36 วัน นับแต่วันที่ได้ส่งประกาศแจ้งการจัดให้มีการประกวดราคาใน “ประกาศของทางราชการ” ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจยื่นระยะเวลาการรับซองได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่า 15 วัน

3) การยื่นซองประกวดราคา

การเสนอราคาของผู้ดำเนินการจะต้องยื่นซองเป็น 2 ซอง โดยซองแรกจะประกอบด้วยเอกสารหลักฐานแสดงสถานะของผู้เข้าแข่งขัน พร้อมทั้งการแจ้งคุณสมบัติและความสามารถในการรับงานตามที่กำหนดในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและความสามารถของผู้เข้าแข่งขัน และซองที่สองจะมีชื่อผู้เข้าประกวดราคา

การยื่นซองประกวดราคาจะต้องส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อกำหนดในขั้นตอนการขอคำปรึกษา ให้ยื่นซองต่อคณะกรรมการในวันพิจารณา และจะต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดให้นำใส่กล่องผู้เข้าแข่งขันก็จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดดังกล่าว¹¹³

4) การคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคา

การดำเนินการคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและได้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ จะต้องพิจารณาให้เป็นไปตามประเภทของการจัดประกวดราคา ขึ้นอยู่กับว่าในการดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างดังกล่าว เป็นการดำเนินการโดยวิธีประกวดราคาแบบทั่วไป¹¹⁴ หรือการประกวดราคาแบบจำกัด¹¹⁵

¹¹³ Code des marchés publics, Loi – 87.

¹¹⁴ Code des marchés publics, Loi – 88, 89.

¹¹⁵ Code des marchés publics, Loi – 91.

5) การแจ้งผลการประกวดราคา

การแจ้งผลการประกวดราคาแต่ละครั้งจะต้องบันทึกผลการพิจารณาไว้เป็นหลักฐาน โดยระบุถึงขั้นตอนต่าง ๆ ของการดำเนินการ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการจัดประกวดราคาไม่ดำเนินการจัดประกวดราคาอย่างต่อเนื่อง จะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประกวดราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาชั่วคราวทราบ

สำหรับการแจ้งผู้ได้รับการคัดเลือก (ผู้ชนะการประกวดราคา) จะต้องมีรายละเอียด ดังนี้

1. วัตถุประสงค์สัญญา
 2. สถานที่ที่ผู้ได้รับการคัดเลือกสามารถศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่เอกสารรายละเอียดของการดำเนินการตามสัญญา และหลักเกณฑ์การขอคำปรึกษาหรือหลักเกณฑ์ในการขอเอกสารที่เกี่ยวข้อง
 3. หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดประกวดราคา
 4. สถานที่และวันเวลาที่กำหนดให้เข้าทำสัญญา
 5. ระยะเวลาที่ผู้ชนะการประกวดราคาจะต้องผูกพันตามข้อเสนอในการประกวดราคา
- อย่างไรก็ตาม การเกิดสัญญาจัดหาพัสดุของฝรั่งเศสมีหลักว่า แม้จะมีการประกาศชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งจะเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญาจัดหาพัสดุกับรัฐแล้วก็ตาม สัญญาจัดหาพัสดุจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้มีอำนาจของหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในหนังสือสัญญาในเวลาอันสมควรแล้ว ทั้งนี้ตาม Code des marches publics มาตรา 44 วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า “หลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาซื้อหรือจ้างแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจรับผิดชอบการซื้อหรือจ้างจะต้องส่งหนังสือแจ้งการทำสัญญานั้นไปให้แก่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาที่แท้จริง และจะต้องส่งโดยวิธีที่มีการตอบรับการส่งเอกสารหรือจดหมายลงทะเบียนตอบรับโดยถือว่าหนังสือแจ้งการทำสัญญาไปถึงบุคคลที่เป็นคู่สัญญาดังกล่าวในวันที่มีการตอบรับ ซึ่งถือว่าการซื้อหรือจ้างมีผลตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป” เว้นแต่กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้สัญญาที่มีการลงนามแล้วต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานบังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ซึ่งในกรณีนี้สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อหน่วยงานบังคับบัญชาดังกล่าวได้ให้การรับรองแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายเอกชนอาจมีการมอบหมายให้ตัวแทนลงนามในสัญญาได้ หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งหนังสือแจ้งการทำสัญญาถึงตัวแทนที่เป็นคู่สัญญาที่แท้จริงเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายในส่วนนี้เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากการตีความของศาลปกครอง¹¹⁶

¹¹⁶ C.E. 20 Juillet 1951, pequin p. 423, cited by André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, op. cit., footnote 15, p. 512 – 529. อ้างถึงใน การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ

3.1.1.3 แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ

ประเทศฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมตรวจสอบการจัดหาพัสดุไว้ 2 ขั้นตอน คือ การควบคุมก่อนการทำสัญญาและการควบคุมภายหลังการทำสัญญา ประมวลกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมการจัดหาพัสดุไว้หลายกรณีด้วยกัน คือ¹¹⁷

1) การควบคุมโดยขั้นตอนและวิธีการจัดหาพัสดุ

การควบคุมโดยวิธีการนี้เป็นการเข้าไปควบคุมตั้งแต่ขั้นตอนการจัดหาพัสดุในแต่ละขั้นตอนให้เกิดความโปร่งใส เช่น กรณีการประกาศราคากลางให้ทราบล่วงหน้า ซึ่งผู้เสนอราคาจะเสนอราคาที่สูงกว่าราคากลางที่กำหนดไว้ไม่ได้ ถ้าหากมีการเสนอราคามาสูงกว่าก็จะถูกตัดสิทธิในการเป็นคู่สัญญาของรัฐ หรือในกรณีการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุ ประมวลกฎหมายพัสดุกำหนดให้ส่วนราชการที่จะทำการซื้อหรือจ้างจะต้องกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุให้ตรงกับรายละเอียดทางเทคนิคที่กลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุจัดทำขึ้น และตรงตามมาตรฐานของสินค้าที่ฝรั่งเศสรับรอง อันเป็นการป้องกันปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ตรงกับผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะ

นอกจากการประกาศเผยแพร่ราคากลาง และการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุข้างต้นแล้ว การจัดหาพัสดุในแต่ละวิธีของฝรั่งเศสยังได้วางระบบการควบคุมการพิจารณาคัดเลือกพัสดุ โดยคณะกรรมการที่มีความอิสระไม่ถูกแทรกแซงจากบุคคลภายนอก เช่น กรณีการสอบราคาคณะกรรมการสอบราคาจะได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะมีผู้แทนของกระทรวงการคลังเข้ามาทำหน้าที่ดูแลการแข่งขันเพื่อไม่ให้มีการสมยอมกัน ซึ่งจะเป็นเพียงการให้คำปรึกษาเท่านั้น แต่จะไม่มิตีสิทธิออกเสียงในการคัดเลือก คณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่พิจารณาข้อเสนอของผู้เสนอราคา และทำการวิเคราะห์ว่า ผู้เสนอราคาแต่ละรายมีข้อเสนออย่างไรและให้คะแนนไปตามลำดับ แล้วเสนอไปยังเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อพิจารณาคัดเลือกต่อไป ซึ่งโดยปกติแล้วก็จะคัดเลือกผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดในอันดับที่หนึ่ง

(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 69), โดย ปราณี หล่อรัตนโชติ, 2534, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹¹⁷ ปัญหาการควบคุมการแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.(น 21). เล่มเดิม.

2) การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกที่เป็นอิสระ

การควบคุมโดยวิธีนี้เป็นการควบคุมโดยคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพศได้กำหนดให้มืองค์กรต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการจัดหาพัสดุให้ถูกต้องและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยกำหนดให้มืองค์กรต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการควบคุมการเสนอราคา (commission d'appel d'offres)

ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาจะต้องมีการตรวจสอบอย่างละเอียดโดยผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ ซึ่งในระดับชาติจะมีคณะกรรมการดูแลอยู่ 6 คณะ ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยประธานคณะกรรมการจะคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลปกครองหรือศาลบัญชี คณะกรรมการเหล่านี้จะมีความเป็นอิสระ โดยไม่รับคำสั่งหรือคำชี้แจงจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

(2) คณะกรรมการเชี่ยวชาญพิเศษ (passage devant la commission specialise du marché)

คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการติดตามกระบวนการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกกระบวนการ และจะตรวจสอบว่ามีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ราคาที่เสนอหรือราคาที่ตกลงกันนั้นถูกต้องหรือไม่ และเมื่อตรวจสอบแล้วคณะกรรมการจะมีอำนาจให้ความเห็นว่า กระบวนการที่ผ่านมานั้นถูกต้องหรือไม่ แล้วแจ้งความเห็นไปยังหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งหน่วยงานนั้นไม่ผูกพันที่จะต้องทำตามความเห็นของคณะกรรมการ แต่ถ้าไม่ทำตามความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว จะต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบ

(3) คณะกรรมการกลางในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (commission central de marché)

คณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเรื่องการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ ซึ่งโดยทั่วไปคณะกรรมการจะเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่ดูแลการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนเป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

3) การควบคุมโดยผู้พิพากษาพิเศษ (juge de référé précontractuel)

3.1.1.4 อำนาจศาลและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการพัสดุ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1.1 ว่า สัญญาพัสดุในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่สำคัญของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของประมวลกฎหมายพัสดุ มาตรา 2 ที่กำหนดว่า “การจัดหาพัสดุที่ทำโดยหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายพัสดุมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” เพราะในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้สัญญาพัสดุเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ

ที่จำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ และในการจัดทำไม่ว่ากระบวนการในการจัดทำก่อนการทำสัญญา และหลังการลงนามในสัญญา อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนี้

1) การกำหนดให้มีมาตรการฉุกเฉินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาพัสดุ¹¹⁸

เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินคดีปกครองของศาลปกครองเมื่อเกิดข้อพิพาท การรอให้ศาลปกครองวินิจฉัยข้อพิพาทอาจไม่ทันการ เช่น หากมีการฟ้องขอให้ศาลพิจารณาถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกระบวนการทำสัญญาพัสดุ ถ้าศาลพิจารณาคดีดังกล่าวแล้วเสร็จในหนึ่งหรือสองปี สัญญานั้นอาจเกิดขึ้นแล้ว และในบางกรณีอาจมีการปฏิบัติตามสัญญาจนจบสิ้นแล้วก็ได้

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าว ประเทศฝรั่งเศสจึงมีการสร้างระบบวิธีพิจารณาข้อพิพาทก่อนเกิดสัญญาขึ้นมา โดยผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวด้วยความรวดเร็ว กล่าวคือ การนำระบบ คำขอฉุกเฉินก่อนการทำสัญญา (référé précontractuel) มาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางปกครอง โดยคำร้องขอฉุกเฉินก่อนการทำสัญญาบัญญัติไว้ใน มาตรา L 22 L 23 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ โดยกำหนดให้ต้องทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนี้

ผู้ร้อง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาและบุคคลผู้อาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการทำสัญญา สามารถร้องขอต่อประธานศาลปกครองชั้นต้นเพื่อพิจารณากำหนด มาตรการฉุกเฉินได้ นอกจากบุคคลดังกล่าวแล้ว ผู้ที่ถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาเอง ก็สามารถเป็นผู้ร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการฉุกเฉินให้ตนเนื่องจากถูกตัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็น คู่สัญญาได้ โดยเหตุผลในการร้องขอฉุกเฉินจะต้องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากความล่าช้าในการ ประมูล ความไม่เสมอภาคในระหว่างผู้เข้าประมูล รวมทั้งการกระทำต่าง ๆ ที่กระทบต่อการแข่งขัน อย่างเสรี

ระยะเวลา มาตรา R 241-21 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ กำหนดไว้ว่าก่อนที่จะมีการใช้กระบวนการตามมาตรา L 22 แห่งกฎหมาย ดังกล่าว ผู้ร้องจะต้องสอบถามไปยังฝ่ายปกครองที่จะใช้สัญญาว่าได้ทำตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ประกาศให้มีการประมูลแข่งขันอย่างเป็นธรรมแล้วหรือไม่ ประธานศาลปกครองชั้นต้นจะ ไม่พิจารณาคำขอฉุกเฉินหากยังไม่ได้รับคำตอบปฏิเสธจากฝ่ายปกครองที่จะให้สัญญาหรือฝ่ายนั้น มิได้ตอบภายในระยะเวลา 6 วัน การร้องฉุกเฉินตามมาตรานี้จะต้องทำก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา หลังกาลงนามในสัญญาแล้ว ผู้ร้องไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอฉุกเฉินได้ รวมทั้งในระหว่างพิจารณา คำขอฉุกเฉิน หากมีการลงนามในสัญญาศาลก็ต้องสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

¹¹⁸ Laurent RICHER. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครอง (น. 430). เล่มเดิม.

อำนาจของผู้พิพากษา ในมาตรา L 22 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ประธานศาลปกครองชั้นต้นหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย สามารถสั่งการแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาได้ รวมทั้งสั่งหยุดการทำสัญญาหรือสั่งให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา นอกจากนี้ประธานศาลปกครองเองก็ยังมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งต่าง ๆ รวมทั้ง ตัดข้อความหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่บรรจุอยู่ในสัญญาที่อาจก่อให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนการทำสัญญาได้ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการชั่วคราวที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะมีคำสั่งได้ ส่วนมาตรา L 23 ก็จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของผู้พิพากษาที่จะมีคำเตือนให้ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงให้ปฏิบัติตามข้อตกลงได้ โดยได้กำหนดให้ศาลพิจารณาคำขอฉุกเฉินดังกล่าวภายใน 20 วัน โดยให้อำนาจประธานศาลปกครองชั้นต้นที่จะพิจารณาเป็นศาลแรก และหากมีการอุทธรณ์ ต้องอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ ตามมาตรา R241-21

2) การร้องขอศาลปกครองให้พิจารณานิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญาได้¹¹⁹ นิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ (acte detachable) หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกจากนิติกรรมอื่น ในเรื่องสัญญานี้ acte détachable หมายถึง นิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญา แต่นิติกรรมนี้ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับสัญญา รวมทั้ง นิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญา โดยปกติแล้ว การร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่นอกขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) เป็นมาตรการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองพิจารณาออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถร้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่เนื่องจากสัญญาทางปกครองมิใช่ นิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา เช่น ผู้ใช้บริการสาธารณะ ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ใช้บริการสาธารณะไม่สามารถฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาทางปกครองได้ แต่ฟ้องได้ในกรณีมีปัญหาหรือได้รับความเดือดร้อนอันมีที่มาจากข้อกำหนดข้อใดข้อหนึ่งในสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ

2.1) การรับพิจารณากรณีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำนอกขอบอำนาจ

แนวความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญา (acte detachable) บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับสัญญา เช่น คู่สัญญา กรณีดังกล่าวคู่สัญญาถือว่าเป็นบุคคลภายนอก

¹¹⁹ สัญญาทางปกครอง (น. 433). เล่มเดิม.

ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา เช่น มติของฝ่ายปกครองที่ทำให้มีการทำสัญญานั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาจึงไม่ใช่คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบโดยตรง จากมติดังกล่าว แต่ถือว่าเป็นบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญา สามารถฟ้องขอให้ศาล พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่นิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายเอกชน¹²⁰ เช่นเดียวกับบุคคลที่ได้รับความสะดวกจากนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาถือว่าเป็น ผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งหรือมติที่อนุญาตให้ทำสัญญา เช่น วิชาทหารที่เข้าแข่งขันในการ ประกวดราคาถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองก่อให้เกิดอุปสรรคแก่วิศาหรณ์ ในการเข้าร่วมในการแข่งขันนั้น¹²¹ เช่นเดียวกันกับการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ที่ทำนอกขอบอำนาจทั่ว ๆ ไป การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจาก สัญญาจะต้องฟ้องโดยเจาะจงนิติกรรมที่แยกออกมานั้น โดยเฉพาะ นิติกรรมที่ฟ้องกันบ่อยในกรณี ดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องนิติกรรมที่มีผลเป็นการตกลงให้มีการทำสัญญา เช่น มติของ คณะกรรมการเสนาธรรมา การอนุมัติเบื้องต้นก่อนเข้าทำสัญญาหรือการต้องได้รับความยินยอม จากองค์การกำกับดูแล

นิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาและสามารถนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเฉพาะ นิติกรรมทางปกครองส่วนที่แยกออกจากสัญญา มีขึ้นเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบสิทธิ ของตน ตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจ หรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครอง ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบด้วย วิธีการดังกล่าวสามารถทำได้แม้กระทั่งสัญญานั้นได้ลงนามไปแล้วและมีผลใช้บังคับไปแล้วก็ตาม

2.2) เหตุในการฟ้องขอเพิกถอน การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ที่แยกต่างหากจากสัญญา ก็เป็นเช่นเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั่ว ๆ ไป โดยผู้ฟ้องคดีจะฟ้องด้วยเหตุที่ว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมเองและความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจาก ตัวสัญญา

¹²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1994 กรณี GIF Groupetubois. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครอง (น. 434). เล่มเดิม.

¹²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1995 กรณี.Dép.De 1 Aveyron. อ้างถึงใน แหล่งเดิม (น. 434).

(1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกต่างหากจากสัญญา

นิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจมีข้อบกพร่องเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายในและภายนอกของนิติกรรม

ก) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกนิติกรรม เช่น คำสั่งให้มีการดำเนินการทำสัญญาอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากคำสั่งดังกล่าวทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ หรือคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดมาจากคณะกรรมการเสนอราคาที่มีข้อบกพร่องในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ¹²² นอกจากนี้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากกรณีการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับว่าต้องทำการปรึกษาหารือหรือก่อนการทำสัญญาด้วย เป็นต้น

ข) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายในนิติกรรม เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อความฝ่าฝืนเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง หรือฝ่าฝืนสิทธิที่ได้รับไปแล้ว

(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา นิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาซึ่งทำขึ้นตามสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนได้โดยสัญญานั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายในหลายกรณี เช่น กรณีเกิดจากข้อบกพร่องขึ้นในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี¹²³ นอกจากนี้สัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการทำสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามตัวบทกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น ศาลปกครองวางหลักว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคาในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และขัดกับหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อผู้เข้าเสนอราคา ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีผลให้กระบวนการประกวดราคาต้องเสียไป

2.3) ความสำคัญในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา

เมื่อนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาถูกเพิกถอน ผลก็คือนิติกรรมทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย ผลดังกล่าวทำให้อาจเกิดผลกระทบต่อสภาพของสัญญาเพราะนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนอาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นได้ การเพิกถอนอาจมีการตั้งคำถามว่า สัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังยังมีความสมบูรณ์หรือไม่ เรื่องดังกล่าว

¹²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 กรณี Le Chaton. อ้างถึงใน *สัญญาทางปกครอง* (น. 435). เล่มเดิม.

¹²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1992 กรณี Martin อ้างถึงใน *สัญญาทางปกครอง* (น. 436). เล่มเดิม.

แผนวิเคราะห์ของศาลปกครองสูงสุด (la Section du rapport et des études) ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่า คงต้องถือเอาคำพิพากษาที่กำหนดให้ การที่ผู้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจาก สัญญาที่ได้ทำลงนอกเขตอำนาจซึ่งฟ้องโดยบุคคลอื่น ไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อสัญญา สัญญาหลัก ยังคงเป็นกฎหมายระหว่างคู่สัญญา และการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญายังคงเป็นสิ่งที่ต้อง ดำเนินการต่อไป ในส่วนของฝ่ายปกครองนั้น ทำได้เพียงขอให้ศาลปกครองประกาศความเป็นโมฆะ ของสัญญาหรือฟ้องขอให้เพิกถอนสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ได้บังคับว่าฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ หากฝ่ายปกครองเห็นว่ายังสามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ หรือคู่สัญญาเห็นว่าความบกพร่องนั้น ไม่เป็นเหตุที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไป

2.4) ผลกระทบต่อการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญา

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา ผลก็คือนิติกรรม ทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลย ผลดังกล่าวทำให้อาจเกิดผลกระทบถึงสภาพ ของสัญญาด้วย หากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของ ข้อกำหนดในสัญญา การเพิกถอนนั้นจะส่งผลกระทบต่อสัญญา ตัวอย่างเช่น การเพิกถอนข้อกำหนด เกี่ยวกับสัญญาจะนำไปสู่การเป็น โมฆะของข้อกำหนดเกี่ยวกับราคาในสัญญา นอกจากนี้นิติกรรม ทางปกครองอาจถูกเพิกถอนได้ในกรณีเกิดข้อบกพร่องขึ้นในตัวนิติกรรมเอง เช่น การได้รับข้อมูล ผิดพลาดจึงทำให้สภาเทศบาลต้องตัดสินใจทำสัญญา เป็นต้น กรณีนี้เป็นกรณีที่การตัดสินใจทำสัญญา เกิดข้อผิดพลาดอันเนื่องมาจากข้อมูลที่ได้รับ นอกจากนี้ หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิด สัญญา ผลที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนนิติกรรมนั้นย่อมกระทบโดยตรงต่อสัญญา คือถือว่าสัญญา เป็น โมฆะ เพราะกระบวนการสำคัญในการทำให้เกิดสัญญาหายไป กระบวนการที่ทำต่อไปคือ การขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนสัญญาดังกล่าว เหตุผลที่ต้องขอให้ศาลเพิกถอนสัญญาก็เพราะ แม้การเป็น โมฆะของสัญญาจะเกิดขึ้นจากเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ตาม แต่กฎหมาย ก็กำหนดให้เฉพาะผู้พิพากษาศาลปกครองเท่านั้นที่จะตัดสินว่าสัญญาใดเป็น โมฆะ นอกจากนี้ บุคคลอื่นซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจาก สัญญาได้เพราะตนอาจเป็นผู้เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียก่อนการทำสัญญา แต่การเพิกถอนสัญญา จะต้องร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น จึงต้องมีการร้องขอต่อศาลโดยคู่สัญญาเพื่อขอให้ ศาลสั่งให้สัญญาดังกล่าวเป็น โมฆะ ส่วนการเพิกถอนที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อปฏิบัติตาม สัญญา เช่น ในเรื่องที่ไม่ใช่เป็นส่วนที่สำคัญของสัญญาหรือนิติกรรมที่ถูกเพิกถอนมิได้ก่อให้เกิด ผลกระทบของสัญญาหลัก อาจไม่ทำให้สัญญาเสียไปทั้งฉบับ

3) ความรับผิดชอบอันเกิดจากภายนอกของสัญญา

หากฝ่ายปกครองกระทำความผิดแล้วส่งผลทำให้ไม่สามารถทำสัญญาได้หรือสัญญาเป็นโมฆะ กรณีดังกล่าวถือเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง การกระทำผิดเกิดขึ้นก่อให้เกิดความรับผิดชอบของหน่วยงาน ที่ไม่ใช่ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการเฉพาะตัว โดยผู้รับผิดชอบได้แก่ ผู้ที่เริ่มกระบวนการทำสัญญาหรือผู้ที่ทำสัญญาโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในบางครั้งหากรัฐในฐานะผู้ให้ความเห็นชอบมิได้ให้ความเห็นชอบตามที่กฎหมายกำหนด รัฐก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าว

3.1) ความรับผิดชอบอันเกิดจากเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้สองกรณีด้วยกัน คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา และความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญา

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ในกรณีนี้ส่วนใหญ่ผู้เข้าร่วมประมูลตามสัญญาพัสดุที่ไม่ผ่านเข้ารอบ หรือวิสาหกิจที่ไม่สามารถเข้ามาเป็นผู้ร่วมประมูล เนื่องจากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง มักจะขอให้มีการเยียวยาทางศาลโดยการตรวจสอบคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้เข้าร่วมประมูลมักจะขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งขอให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยในส่วนของ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่แน่นอนว่าจะพิจารณาจากจุดใด แต่ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองฝรั่งเศสพิจารณาจากความเสียหายที่แท้จริง

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญา ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการลงนามในสัญญาเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ หากปรากฏว่าถ้าไม่เกิดความผิดดังกล่าวสัญญานั้นก็จะเกิดขึ้นได้ ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาสามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริง รวมทั้งหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้น โดยความผิดของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาสามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายและประโยชน์ต่าง ๆ ที่ต้องเสียไปจากการที่สัญญาเป็นโมฆะได้

3.2) ความรับผิดชอบกรณีความผิดขัดแย้งของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดทำสัญญาได้ในหลายกรณี อันเนื่องมาจากความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาเอง หรือจากการปล่อยให้คู่สัญญาดำเนินการก่อนสัญญาจะใช้บังคับในส่วนของข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองอันเกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญา อาจเกิดขึ้นหลายขั้นตอนด้วยกันเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนเจรจา ไปจนถึงขั้นตอนการลงนามในสัญญา ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นเหล่านี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ได้ทำสัญญา ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับ

หลักการเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดในระหว่างการทำสัญญา แม้กระทั่งได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว หากฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่สามารถทำให้สัญญานั้นมีผลเนื่องจากยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากผู้กำกับดูแล ก็ถือว่าเป็นความผิดซึ่งไม่ได้เกิดจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา แต่เกิดจากผู้กำกับดูแล ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็ให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคู่สัญญาผู้เสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความเสียหายนั้น แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบดังกล่าวถือว่าเป็นความรับผิดชอบนอกสัญญา ซึ่งต่อมาศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยใหม่ว่าสัญญาที่มีได้รับความเห็นชอบไม่มีผลบังคับใช้ ส่วนฝ่ายปกครองที่สนับสนุนให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ คู่สัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายได้แม้จะไม่ได้มีการกระทำผิดใด ๆ เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาเลยก็ตาม คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนได้หากปรากฏในเวลาต่อมาว่าสัญญาทางปกครองนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้ การกำหนดให้คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนได้เป็นไปตามหลักเรื่องลามิกควรได้

4) การฟ้องสัญญาทางปกครอง สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาชญาศาลพิจารณาให้เป็นโมฆะได้ แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจประกาศให้สัญญาทางปกครองเป็นโมฆะได้ ผลของการที่ศาลปกครองประกาศความเป็นโมฆะของสัญญาคือ ถือเสมือนหนึ่งไม่เคยมีสัญญาอยู่มาก่อน โดยผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาลโดยหลักเป็นสิทธิเฉพาะตัวของคู่สัญญา

กระบวนการในการร้องขอ การร้องขอให้ศาลพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นโมฆะหรือไม่เป็นเรื่องเฉพาะของตัวคู่สัญญา¹²⁴ บุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญาไม่ถือว่าเป็นผู้มีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลพิจารณาถึงความเป็นโมฆะของสัญญาได้

การเป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วน ผู้พิพากษาสามารถตัดสินให้สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นโมฆะทั้งฉบับหรือบางส่วนได้ การตัดสินให้ข้อกำหนดเป็นโมฆะหากเป็นส่วนที่สำคัญหรือเป็นเจตนารมณ์หลักของคู่สัญญา ก็จะมีผลทำให้สัญญาเสียเปล่าไปทั้งฉบับ¹²⁵

3.1.2 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในหัวข้อนี้จะเป็นการนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับความหมายของสัญญาพัสดุ กระบวนการจัดหาพัสดุ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ รวมทั้งอำนาจศาลและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการพัสดุของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนี้

¹²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1988 กรณี Labit. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครอง (น. 442). เล่มเดิม.

¹²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1983 กรณี Confédération des syndicats. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. (น. 442).

3.1.2.1 ความหมายของสัญญาพัสดุ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ส่วนใหญ่การจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐ (Fiskalische Tätigkeit) ถือว่ามีลักษณะเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลายที่ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็น เช่น วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ ที่ดิน อาคารสถานที่ เพื่อเป็นเครื่องช่วยในการปฏิบัติการกิจ รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงอาจดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยการทำสัญญากับบริษัทเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของซึ่งในกรณีดังกล่าวรัฐกับเอกชนไม่มีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย เครื่องมือเครื่องมือหรือพัสดุนั้นก็เป็นการจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองเพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจของฝ่ายปกครอง¹²⁶ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีการใช้อย่างเคร่งครัดมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาทางปกครองในการทำสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการไม่ได้ สัญญาจัดหาพัสดุของเยอรมันจัดเป็นสัญญาทางแพ่งซึ่งต้องปรับด้วยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่ง¹²⁷ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม แต่สำหรับการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐในกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายเอกชนกับเอกชนเพื่อเป็นการปฏิบัติงานในภาระหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง ได้แก่การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น น้ำ ก๊าซ พลังงาน การกำจัดน้ำเสีย และรวมถึง การให้ความช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจหรือการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจในรูปของการให้เงินช่วยเหลือ จะถือเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองโดยการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนเพื่อปฏิบัติการกิจของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsprivatrechtliches Handeln)¹²⁸ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองเอาไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการในรูปแบบตามกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) หรือตามกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ก็ได้¹²⁹

¹²⁶ H. Maurer, Allg. VerwR., พิมพ์ครั้งที่ 14, ค.ศ. 2002, § 14 Rn. 10. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ สำนักงานศาลปกครอง) (น. 12), โดย เพ็ญศรี วงศ์เสรี, 2547, กรุงเทพฯ.

¹²⁷ คดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญากับทางราชการ (น. 204). เล่มเดิม.

¹²⁸ Wolff / Bachof / Stober, VerwR Bd 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 ค.ศ. 1999, § 23 Rn. 29. อ้างถึงใน สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 14-15). เล่มเดิม.

¹²⁹ แหล่งเดิม.

3.1.2.2 กระบวนการจัดหาพัสดุ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แบ่งวิธีการจัดซื้อจัดจ้างออกเป็น 3 ประเภท ตามมูลค่าของงานที่จะจัดซื้อจัดจ้าง ดังนี้¹³⁰

1) การจัดซื้อจัดจ้างที่เปิดกว้างเป็นการทั่วไป (Öffentliche Ausschreibung)

วิธีการจัดซื้อจัดจ้างวิธีนี้ ผู้ดำเนินการกิจการทุกคนที่สนใจการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้นได้ โดยไม่มีการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างและผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่จะต้องประกาศให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้มีเป้าหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นข้อเสนอจำนวนมากได้มีโอกาสเสนอราคาแข่งขันกัน

2) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน (nicht offenes Verfahren)

วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน เป็นวิธีการที่ต้องการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมแข่งขัน ดังนั้นผู้ดำเนินการกิจการที่สนใจที่จะเข้าร่วมในการยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้าง อาจไม่ได้เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หากไม่ได้รับคำเชิญชวนจากผู้จัดซื้อจัดจ้าง

3) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจา (Verhandlungsverfahren)

การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้ ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างอาจไม่จำเป็นต้องทำการประกาศเป็นการทั่วไปเพื่อให้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้าง และการเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการทำการยื่นข้อเสนอการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจานั้น โดยทั่วไปมักไม่เคร่งครัดต่อกฎเกณฑ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อห้ามในการเจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอ ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในวิธีนี้

วิธีการคัดเลือกผู้เข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละวิธีจะแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีใด ซึ่งโดยหลักการแล้วจะมีความคล้ายคลึงกัน แต่จะแตกต่างกันในเรื่องของวิธีการของแต่ละแบบ ซึ่งในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีรายละเอียดซับซ้อนมากที่สุด และมีโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้มากกว่าแบบอื่น ได้แก่วิธีการจัดซื้อจัดจ้างแบบวิธีการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการแข่งขัน โดยวิธีการดังกล่าวเริ่มจากก่อนที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างจะทำการคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าว ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำการตรวจสอบว่า ผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าวมีความเหมาะสมสำหรับการดำเนินงานนั้น ๆ หรือไม่

¹³⁰ Amold Boeses, Das neue Vergaberecht (Koln: Druckhaus Locher Gabtl, 1999), p. 30. อ้างถึงใน มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 122), โดย สุภวรรณ เข้มอุบล, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ในการเชิญชวนให้บุคคลยื่นข้อเสนอ นั้น ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องเชิญชวนบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน มีความสามารถในการดำเนินงาน และมีความน่าเชื่อถือ นอกจากนี้ยังต้องมีความพร้อมทางด้านเศรษฐกิจและทางด้านเทคนิค โดยการตรวจสอบทางด้านความเหมาะสมดังกล่าว จะพิจารณาจากข้อความที่ผู้ยื่นข้อเสนอ ได้แสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมของตนที่ได้ยื่นมา พร้อมกับคำร้องขอเข้าร่วมในการแข่งขัน

ในกรณีที่ได้มีการพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็นผู้มีความเหมาะสม ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะเป็นผู้มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะเชิญชวนบุคคลใดให้ทำการยื่นข้อเสนอบ้าง แต่ในการนี้ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้ดำเนินกิจการ ในท้องถิ่นหรือในภูมิภาคมาเป็นข้อจำกัดและในขณะเดียวกัน การตัดสินใจเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ นั้นจะต้องไม่จำกัดเฉพาะผู้ยื่นข้อเสนอที่เป็นที่รู้จักของผู้จัดซื้อจัดจ้างแล้วเท่านั้น โดยจะต้องให้โอกาสแก่ผู้เสนอราคา รายใหม่ให้มีโอกาสได้รับการคัดเลือกด้วย

ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่เข้ามาทำการแข่งขัน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะทำการคัดเลือกโดยการประเมินข้อเสนอ (Wertung der Angebote) ซึ่งการประเมินข้อเสนอดังกล่าว ถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยว่าข้อเสนอใดควรจะได้รับผลตอบแทนซื้อหรือจ้างต่อไป ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวนี้ ผู้จัดซื้อจัดจ้างมีข้อผูกพันที่จะต้องเชิญชวนให้บุคคลอื่นยื่นข้อเสนออย่างน้อยที่สุดจำนวน 5 ราย หลักเกณฑ์นี้ได้กำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันว่า ถึงแม้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการนี้จะจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการแข่งขัน แต่อย่างน้อยก็ยังมีการแข่งขันอยู่ ผู้ประกอบกิจการที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ยื่นข้อเสนอ อาจทำคำร้องต่อผู้จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องให้เหตุผลว่าทำไมจึงปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมการแข่งขัน โดยจะต้องแจ้งเหตุผลให้บุคคลนั้นทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รับคำร้อง ทั้งนี้กรณีที่บุคคลนั้นไม่ได้รับการพิจารณาเพราะขาดความเหมาะสม ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบด้วยว่าหลักเกณฑ์ความเหมาะสมข้อใดที่บุคคลนั้นมีไม่เพียงพอ¹³¹

¹³¹ Arnold Boeses, Das neue Vergaberecht, Ibid. pp. 43 – 44.

ขั้นตอนการประเมินข้อเสนอ แบ่งออกเป็น 4 ขั้นตอน คือ¹³²

ขั้นตอนที่ 1 ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำการตรวจสอบว่าข้อเสนอใดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้หรือไม่ หากข้อเสนอใดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้ข้อเสนอนั้นจะไม่ได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป

ขั้นตอนที่ 2 การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอ เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอ กรณีนี้ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการดำเนินงานในเรื่องนั้น และมีความชำนาญเฉพาะด้าน

ขั้นตอนที่ 3 การประเมินทางด้านราคา หลังจากที่ได้มีการคัดแยกบุคคลที่ไม่เข้าเงื่อนไขในด้านความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอออกไปแล้วผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องประเมินความเหมาะสมในด้านราคาของข้อเสนอต่าง ๆ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวมี 2 ขั้นตอน ดังนี้

1) ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องตรวจสอบพื้นฐานในทางประสพการณ์ทั่วไปว่าราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอนั้นอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับงานที่จะดำเนินการหรือไม่ ถ้าพิจารณาได้ว่าราคาที่เสนอนั้นไม่อยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมข้อเสนอดังกล่าวนั้นก็เป็นอันตกไป ความไม่เหมาะสมของราคานั้นอาจเกิดขึ้นทั้งกรณีที่มีราคาสูงเกินไป หรือราคาที่ต่ำเกินไปด้วย

2) หลังจากที่ได้พิจารณาความเหมาะสมของราคากับสัดส่วนของงานแล้ว จึงจะพิจารณาราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายได้เสนอมายภายใต้การดำเนินงานของบุคคลนั้นและการดำเนินกิจการในแนวทางเศรษฐกิจอย่างประหยัด

ขั้นตอนที่ 4 การตัดสินใจเลือกข้อเสนอผู้จัดซื้อจัดจ้างจะคัดเลือกข้อเสนอที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจนั้น ไม่ได้หมายถึงข้อเสนอที่ราคาถูกที่สุด แต่ราคาจะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญที่สุด โดยผู้จัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาดังกล่าว ซึ่งอาจกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวนหรือในเอกสารเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยควรมีการกล่าวถึงความสำคัญของหลักเกณฑ์ในแต่ละข้อว่ามีความสำคัญอย่างไร

จะเห็นได้ว่าในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐในแต่ละขั้นตอนนี้ ล้วนแล้วแต่เปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างสามารถใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การตัดสิทธิผู้เสนอราคาที่เห็นว่าขาดคุณสมบัติออกจากการเป็นผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอในรอบต่อ ๆ ไปได้ การดำเนินการตัดสิทธิผู้ยื่นเสนอราคาในแต่ละขั้นตอนนี้ดังกล่าวนี้หากผู้เสนอราคาที่ถูก

¹³² มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (น. 122). เล่มเดิม.

คดีสิทธิเห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องก็อาจเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งการดำเนินการตรวจสอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะมีวิธีการอย่างไรบ้างนั้น จะได้มีการศึกษาในหัวข้อต่อไป

3.1.2.3 แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ

หากผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า การดำเนินการตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำอันไม่ถูกต้อง บุคคลนั้นอาจขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยการยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อองค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และองค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงเยอรมันตามลำดับ โดยองค์กรตรวจสอบในแต่ละองค์กรดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้¹³³

1) องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabeprüfstelle)

องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในระดับมลรัฐหรือสหพันธรัฐของเยอรมัน เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือความเหมาะสมของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง องค์กรนี้มีลักษณะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ของศาล ทำหน้าที่ในการเข้าไปตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมด (มาตรา 103 (2) GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1998)) เมื่อมีการยื่นคำร้องเข้ามาเพื่อขอให้ตรวจสอบหรือถ้าพบว่าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่ถูกต้องก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้เอง โดยไม่ต้องมีการยื่นคำร้องขอ การตรวจสอบดังกล่าวจะเป็นการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องของการใช้อำนาจของทางราชการ เช่น การไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากพบว่าการดำเนินการดังกล่าวขัดต่อกฎหมาย องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างมีอำนาจที่จะยกเลิกการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายนั้นได้ และสามารถสั่งให้ดำเนินการต่อไปตามขั้นตอนที่ถูกต้องต่อไปได้อีกด้วย แต่ในระหว่างที่มีการยื่นคำร้องให้้องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่เป็นผลให้มีการระงับการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลังดำเนินอยู่ ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยังสามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้

อย่างไรก็ตามผู้เสนอราคาที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้ โดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง

2) คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabeüberwachungsausschüssen)

คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นองค์กรอีกองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยจะมีหน้าที่พิจารณาคำโต้แย้งคำวินิจฉัยของ

¹³³ Arnold Boeses, Das neue Vergaberecht, Ibid. pp. 83 – 89. อ้างถึงใน *มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (น. 120). เล่มเดิม.

องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง ในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ซึ่งเป็น การทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างอีกครั้งหนึ่ง

3) คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabekammer)

คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้างที่มีผู้ยื่นคำร้องให้ตรวจสอบ โดยผู้ยื่นคำร้องจะต้องเป็นผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับ งานที่จัดซื้อจัดจ้างและจะต้องเป็นการกล่าวอ้างว่าถูกระงับหรือละเมิดสิทธิ โดยการไม่ปฏิบัติตาม บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และการกระทำละเมิดดังกล่าวก่อให้เกิดความ เสียหายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตน (มาตรา 107 (2) GWB)

การใช้สิทธิโต้แย้งหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างนี้ ผู้ยื่นคำร้องที่อยู่ใน เงื่อนไขจะต้องดำเนินการโต้แย้งโดยทันทีที่ผู้ยื่นคำร้องได้รู้ถึงการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง หากไม่ได้ดำเนินการโต้แย้ง ต่อผู้จัดซื้อจัดจ้างในทันที หรือกรณีที่การละเมิดต่อบทบัญญัติของการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นที่ทราบกัน โดยทั่วไปเนื่องจากมีการประกาศให้ทราบ และไม่ได้มีการโต้แย้งต่อผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจน สิ้นสุดเวลาที่ให้ทำการยื่นข้อเสนอมติ หรือระยะเวลาเข้าทำการแข่งขันตามที่ได้กำหนดไว้ในประกาศ จัดซื้อจัดจ้าง การยื่นคำร้องเพื่อให้ทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็ไม่ อาจกระทำได้ (มาตรา 107 (3) GWB)

เมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง จะมีผลทำให้กระบวนการ จัดซื้อจัดจ้างหยุดลงชั่วคราวโดยทันทีและโดยผลของกฎหมายจะห้ามมิให้ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ตอบตกลงเพื่อทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับบุคคลใด จนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (มาตรา 115 (1) GWB) หากปรากฏว่าผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้ ตกลงเลือกผู้เสนอราคารายใดในระหว่างการดำเนินการตรวจสอบดังกล่าว ถือว่าการตกลงดังกล่าว เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การตกลงนั้นมีผลเป็นโมฆะ (มาตรา 134 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)

4) องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐ

หลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1999 และได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้เข้ามีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างได้มีสิทธิในการร้องขอ ต่อศาลได้ โดยเป็นการใช้สิทธิเพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปตามกฎหมาย อันเป็นการ เปิดโอกาสให้ผู้เข้าร่วมจัดซื้อจัดจ้างที่เห็นว่า การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้ดำเนินการโดยละเมิดต่อบ ทบัญญัติของกฎหมาย สามารถใช้สิทธิเรียกร้องว่าผู้จัดซื้อจัดจ้างดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง

โดยละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายได้ โดยผู้เข้ามีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขสองประการดังต่อไปนี้

ประการแรก มูลค่าของงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีมูลค่าตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงจะสามารถนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลมาใช้บังคับได้ (มาตรา 102 GWB) ดังนั้นถ้ามูลค่าของงานต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดจะไม่สามารถให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรศาลได้

ประการที่สอง ต้องเป็นกรณีที่ยังไม่มีเจตนารับข้อเสนอจากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง เนื่องจากตามกฎหมายเยอรมันนั้น หากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้แสดงเจตนารับข้อเสนอของผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่ง ถือว่าได้เกิดสัญญาทางแพ่งขึ้นแล้ว และในการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำร้องนั้น ไม่สามารถที่จะทำการเพิกถอนสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แล้วได้ หรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะทำการแก้ไขกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ผิดพลาดในภายหลัง เมื่อได้ตกลงรับข้อเสนอแล้ว ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการที่ผิดพลาดดังกล่าวคงมีสิทธิเฉพาะการเรียกร้องค่าเสียหายจากความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเท่านั้น

เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นแล้วผู้เข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เห็นว่ากระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของตน บุคคลนั้นจึงจะขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและองค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐได้ (มาตรา 102 และมาตรา 116 GWB)

องค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐนี้เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง โดยมีลักษณะเป็นองค์กรศาลที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่มิใช่ผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้องค์กรดังกล่าวจะทำการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเฉพาะกรณีที่ได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น องค์กรนี้จะไม่พิจารณาคำร้องที่ไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

3.1.2.4 อำนาจศาลและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการพัสดุ

หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาขององค์กรตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมัน การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง (ไม่ว่าจะในลักษณะใด แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีการร้องขอ หรืออาจจะต้องได้รับความยินยอมของผู้ที่จะตกอยู่ในบังคับของคำสั่งอันจะทำให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาก็ตาม) เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองจะต้องนำเอาบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครอง ส่วนที่ 3 มาใช้บังคับ กล่าวคือ บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบและกระบวนการพิจารณา เช่น การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่หากการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นการตกลงทำสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองจะต้องนำเอาบทบัญญัติในส่วนที่ 4 ซึ่งว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการการบังคับ เจ้าหน้าที่อาจบังคับการตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดียังศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่ง แต่ในกรณีที่นิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเป็นนิติสัมพันธ์อันเกิดจากสัญญาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ย่อมไม่สามารถอาศัยอำนาจจากสัญญาทางปกครองดังกล่าวออกคำสั่งทางปกครองบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ในสัญญาด้วยตัวของตัวเองได้ แต่จะต้องฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิเรียกร้องในสัญญาทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมัน ความชอบหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นไปตามบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในส่วนของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองนั้นเป็นศาลเดียวกัน คือ ศาลปกครอง ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 40 วรรคหนึ่ง (§ 40 Abs. 1 VwGO) แต่ถ้าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลยุติธรรม ทั้งนี้ตามมาตรา 13 แห่งกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (§ 13 GVG)¹³⁴

ในระบบกฎหมายเยอรมัน การได้มาซึ่งพัสดุส่วนใหญ่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ โดยฝ่ายปกครองอาจกระทำการในรูปแบบตามกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ หรือจัดจ้างงานบริการโดยรัฐ (fiskalische Tätigkeit) อันได้แก่ การจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุต่าง ๆ การก่อสร้างและการซ่อมแซม เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน กิจการดังกล่าวถูกจัดอยู่ในประเภทที่เรียกว่า “กิจการเพื่อช่วยฝ่ายปกครอง” (sog fiskalische Hilfsgeschäft) และมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง¹³⁵

¹³⁴ จาก *กฎหมายปกครองชั้นสูงบัณฑิตศึกษา* (เอกสารประกอบการบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2553 เอกสารชุดที่ 2) (น 12-13), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2553, กรุงเทพฯ.

¹³⁵ *สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (น. 12-13). เล่มเดิม.

3.2 กระบวนการจัดหาพัสดุและแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุของไทย

ในหัวข้อนี้จะเป็นการอธิบายถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดหาพัสดุของไทย การดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หลักเกณฑ์ในการรับหลักประกันของตามระเบียบฉบับดังกล่าว รูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุ รวมทั้งแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุโดยศาลปกครอง ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดหาพัสดุ

ในกระบวนการจัดหาพัสดุนั้น หากเป็นวิธีจัดหาพัสดุโดยทั่วไปก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่หากเป็นวิธีการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว นอกจากจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แล้ว หากมีกรณีระเบียบดังกล่าวมิได้กำหนดไว้แล้ว ก็จะต้องถือปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้ประกอบกันด้วย นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดหาพัสดุ ไม่ว่าจะเป็นวิธีทั่วไปหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังต่อไปนี้

3.2.1.1 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเอง เป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ การประกาศประกวดราคาซึ่งไม่เพียงแต่เป็นการเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างเข้าเสนอราคาแล้ว แต่ยังเป็น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคา รวมทั้งกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญากับรัฐที่มีผลกระทบต่อผู้จะเข้าเสนอราคาด้วย หรือกรณีการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง การอนุมัติสั่งซื้อ สั่งจ้าง การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน การดำเนินการดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้นข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของรัฐ ไม่ว่าจะสัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองซึ่งต้องผ่านกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญากับรัฐ จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในส่วนของการจำกัดความคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ดังนี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า เชื้อ เช่าหรือให้สิทธิประโยชน์

2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

เมื่อการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาคู่สัญญาของรัฐในส่วนที่ไม่ใช่สัญญาเป็นการใช้อำนาจโดยฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และโดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดกระบวนการในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการพัสดุจึงจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณี ซึ่งก็คือ ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง¹³⁶ อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว โดยการอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง โดยหากคำสั่งทางปกครอง

¹³⁶ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

นั้นไม่ได้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงไม่อาจทราบได้ว่าจะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อใคร มีผลทำให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น นอกจากนี้การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีผลสัมพันธ์กับการฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีกรณีการอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขที่ศาลปกครองจะพิจารณาเพื่อรับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้น ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

3.2.1.2 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุภาครัฐที่สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 78 โดยพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ได้นำหลักความคุ้มค่า (Value for Money) มากำหนดไว้ในมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการจัดซื้อหรือจัดจ้างให้ส่วนราชการดำเนินการโดยเปิดเผยและเที่ยงธรรม โดยพิจารณาถึงประโยชน์และผลเสียทางสังคม ภาระต่อประชาชน คุณภาพ วัตถุประสงค์ที่จะใช้ราคา และประโยชน์ระยะยาวของส่วนราชการที่จะได้รับประกอบกัน

ในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการใช้เป็นเหตุให้ต้องคำนึงถึงคุณภาพ และการดูแลรักษา เป็นสำคัญให้สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องถือราคาต่ำสุดในการเสนอซื้อหรือจ้างเสมอไป

ให้ส่วนราชการที่มีหน้าที่ดูแลและเกี่ยวข้องกับการพัสดุปรับปรุงระเบียบที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ส่วนราชการดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสองได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้มุ่งหมายให้มีการเปลี่ยนแนวความคิดเดิมที่มุ่งจัดหาพัสดุโดยคำนึงเฉพาะราคาต่ำสุดเป็นสำคัญ ซึ่งที่ผ่านมาหลายครั้งเป็นปัญหาในการปฏิบัติราชการ เพราะการจัดหาพัสดุโดยใช้ราคาต่ำสุดอาจทำให้ได้ของที่มีคุณภาพต่ำ หรือใช้ประโยชน์ได้เพียงในช่วงเวลาหนึ่ง รวมตลอดถึงการละทิ้งงานเพราะปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งทำให้ต้องเริ่มดำเนินการใหม่ อันเป็นการสูญเสียเวลาในช่วงนั้นไป อย่างไรก็ตามความใน

มาตรา 23 นั้นมิได้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติเอาไว้โดยเฉพาะ แต่มีขึ้นเพื่อให้เป็นหลักการให้ส่วนราชการที่มีหน้าที่กำกับดูแลระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการจัดหาพัสดุจะต้องมีหน้าที่ไปปรับปรุงระเบียบให้สอดคล้องกับหลักการนี้ เพื่อให้ส่วนราชการต่าง ๆ นำไปปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักความคุ้มค่านี้อต่อไป ทั้งนี้การกำหนดหลักการตามพระราชกฤษฎีกานี้มีความประสงค์จะให้ใช้บังคับกับส่วนราชการในทุกกระทรวง ทบวง กรม ทั้งที่เป็นราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค รวมทั้งหน่วยงานอื่นที่อยู่ในกำกับของราชการฝ่ายบริหารที่มีการจัดตั้งขึ้นและมีการปฏิบัติราชการเช่นเดียวกับกระทรวง ทบวง กรม สำหรับรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานราชการส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งปกติตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านี้จะให้อำนาจอิสระในการบริหารงานขององค์กร จึงไม่อาจนำพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ไปใช้บังคับกับองค์กรเหล่านั้นได้ทันที อย่างไรก็ตามเนื่องจากการปฏิบัติงานขององค์กรเหล่านั้นมีส่วนใกล้ชิดต่อการให้บริการประชาชนโดยตรงในการปฏิบัติภารกิจ จึงควรนำหลักการตามพระราชกฤษฎีกานี้ไปใช้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนและการบริหารงานแบบมุ่งผลสัมฤทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนและเพื่อให้การบริหารงานภาครัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ในพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้จึงกำหนดให้องค์กรเหล่านั้นต้องไปกำหนดหลักเกณฑ์ตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ โดยให้หน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลองค์กรเหล่านั้นตามกฎหมายมีหน้าที่ดูแลให้มีการกำหนดแนวทางการบริหารงานให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกานี้ด้วย ซึ่งในปัจจุบันพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พระราชบัญญัติเทศบาล และพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายได้นำหลักการเรื่องการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีไปบัญญัติไว้ด้วยแล้ว โดยรายละเอียดการปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดซึ่งเท่ากับว่าแนวทางการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของพระราชกฤษฎีกานี้จะได้รับการปฏิบัติที่สอดคล้องกันทั้งราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน¹³⁷

3.2.1.3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 9 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ซึ่งคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการได้กำหนดให้การดำเนินการตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุกรณีการประกาศสอบราคา ประกาศประกวดราคา และการพิจารณาผลการพิจารณาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นเอกสารที่หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (8)

¹³⁷ ปัญหาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุภาครัฐตามระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการ (น. 69 - 70). เล่มเดิม.

ส่วนการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐทำการสรุปผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นรายเดือนทุก ๆ เดือน โดยให้มีรายละเอียดเกี่ยวกับงานที่จัดซื้อจัดจ้าง วงเงินงบประมาณ วิธีซื้อวิธีจ้าง รายชื่อผู้เสนอราคาและราคาที่เสนอ ผู้ได้รับการคัดเลือกราคา และเหตุผลที่คัดเลือกผู้เสนอราคารายนั้น โดยสรุปเพื่อเป็นกรณีการตรวจสอบของประชาชน โดยในการดำเนินการดังกล่าว ให้จัดทำตามแบบที่คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนด

3.2.2 การดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549¹³⁸

การดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จะมีความแตกต่างจากการซื้อ การจ้างด้วยวิธีการสอบราคาหรือการประกวดราคาซึ่งเป็นวิธีทั่วไปที่สำคัญ ก็เฉพาะแต่การเสนอราคาเท่านั้น เนื่องจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้เสนอราคาต้องเสนอผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ คือ การเคาะราคาทางคอมพิวเตอร์ภายหลังจากที่ผู้เสนอราคาได้ผ่านขั้นตอนการตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่าง ๆ คุณสมบัติของผู้เสนอราคา และรายละเอียดคุณสมบัติเฉพาะของพัสดุแล้ว โดยสามารถเคาะราคาได้หลายครั้ง ทั้งนี้เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ข้อ 3 กำหนดว่า “การพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า การจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการซื้อหรือการจ้าง แต่ไม่รวมถึงการจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีพิเศษและวิธีกรณีพิเศษที่สามารถทำได้ตามระเบียบอื่น โดยกำหนดให้ผู้เสนอราคาได้เสนอราคาแข่งขันกันเองด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ภายในระยะเวลา และ ณ สถานที่ที่กำหนด โดยไม่เปิดเผยตัวเลขที่มีการเสนอราคา (Sealed Bid Auction) อย่างไรก็ตาม ข้อ 5 ของระเบียบฉบับดังกล่าว กำหนดให้การจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ถือปฏิบัติควบคู่ไปกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบอื่นของหน่วยงานนั้น ๆ เว้นแต่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จะกำหนดหรือวินิจฉัยเป็นประการอื่น ดังนั้นการดำเนินการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จึงอาจมีวิธีการที่เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แทรกอยู่ด้วย ดังนี้

¹³⁸ หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0408.3/ว 59 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2549.

3.2.2.1 การดำเนินการในขั้นตอนการเตรียมการจัดซื้อจัดจ้าง

1) เมื่อทราบวงเงินการจัดหาพัสดุแล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุจะจัดทำบันทึกเสนอขอแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดราคากลางงานก่อสร้างของทางราชการในการจ้างก่อสร้างและแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference: TOR) และร่างเอกสารการประกวดราคา (ข้อ 8 (1))

2) หัวหน้าหน่วยงานเห็นชอบบันทึกและลงนามคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงาน (TOR) และร่างเอกสารการประกวดราคา (ข้อ 8 (1)) และคณะกรรมการกำหนดราคากลางงานก่อสร้าง

3) คณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงานจัดทำร่าง TOR และร่างเอกสารการประกวดราคา และนำเสนอร่าง TOR (นำราคากลางงานก่อสร้างมาใส่ในร่าง TOR) ขออนุมัติต่อหัวหน้าหน่วยงาน (ข้อ 8 (1))

3.2.2.2 การดำเนินการในขั้นตอนการประกาศเผยแพร่

1) เมื่อหัวหน้าหน่วยงานอนุมัติร่าง TOR และร่างเอกสารการประกวดราคา ที่คณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงานจัดทำแล้ว ฝ่ายพัสดุจะต้องนำสาระสำคัญของร่างขอบเขตของงานดังกล่าวที่สามารถเผยแพร่ได้ประกาศทางเว็บไซต์ของหน่วยงานและเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลางเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน เพื่อให้สาธารณชนเสนอแนะ วิจัยหรือมีความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางเว็บไซต์มายังหน่วยงานโดยเปิดเผยตัว (ข้อ 8 (1))

2) คณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงานพิจารณาข้อวิจารณ์ หากเห็นสมควรปรับปรุง TOR ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานเพื่อขอความเห็นชอบ แล้วนำลงประกาศทางเว็บไซต์ของหน่วยงานและกรมบัญชีกลางอีกครั้งเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 วัน ทั้งนี้จะประกาศทางสื่อมวลชนอื่นเพิ่มเติมก็ได้ (ข้อ 8 (1))

3) เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำรายงานการขอซื้อของจ้างเสนอหัวหน้างานเห็นชอบพร้อมแนบรายชื่อคณะกรรมการประกวดราคา TOR และเอกสารการประกวดราคาที่ได้ประกาศลงในเว็บไซต์แล้วตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ข้อ 8 (1))

4) หัวหน้าหน่วยงานแจ้งให้กรมบัญชีกลางแต่งตั้งคณะกรรมการประกวดราคาและคัดเลือกผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้จัดการประมูลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (ข้อ 8 (2))

5) อธิบดีกรมบัญชีกลางแต่งตั้งคณะกรรมการประกวดราคา และคัดเลือกผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ โดยข้อ 8 (3) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 กำหนดให้คณะกรรมการประกวดราคา

ประกอบด้วย ประธานกรรมการหนึ่งคนจากบุคลากรในหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุ และกรรมการอื่นอีกไม่น้อยกว่าสามคนและไม่มากกว่าห้าคน ในจำนวนนี้ให้แต่งตั้งจากบุคคลที่มีได้เป็นข้าราชการ ซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำอย่างน้อยหนึ่งคน ทั้งนี้จะแต่งตั้งตามข้อเสนอของหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ โดยให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุหรือที่เรียกชื่ออย่างอื่นในหน่วยงานนั้นเป็นกรรมการและเลขานุการ และเจ้าหน้าที่พัสดุในหน่วยงานนั้นเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

6) คณะกรรมการประกวดราคานำสาระสำคัญของเอกสารเชิญชวน เอกสารประกวดราคา และเอกสารเบื้องต้นอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่สามารถเผยแพร่ได้ลงประกาศในเว็บไซต์ของหน่วยงานและของกรมบัญชีกลางเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 วัน (ข้อ 8 (3) วรรคสอง) โดยกำหนดให้มีการจัดทำของข้อเสนอด้านเทคนิคและวางหลักประกันซอง ปิดประกาศอย่างเปิดเผย ณ ที่ทำการของหน่วยงาน และจัดส่งเอกสารการประกวดราคาให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน

3.2.2.3 การดำเนินการในขั้นตอนการพิจารณาคัดเลือก

1) เมื่อผู้ประสงค์จะเสนอราคาได้ซื้อซองประกวดราคาแล้ว ผู้ประสงค์จะเสนอราคาต้องยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิคต่อคณะกรรมการประกวดราคาในเวลาที่กำหนด โดยใช้เวลาไม่น้อยกว่า 3 วันนับแต่วันสุดท้ายของการจำหน่ายหรือแจกเอกสารประกวดราคา แต่ต้องไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันแรกที่กำหนดให้ยื่นซอง (ข้อ 9 (1)) ทั้งนี้ การรับซองทางด้านเทคนิคให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 49 (1) (2) (3) และ (4) หรือระเบียบของหน่วยงานนั้น ๆ เว้นแต่ กวพ.อ. จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในการยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิคนี้ แนวทางการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่กรมบัญชีกลางจัดทำขึ้นตามมติที่ประชุม กวพ.อ. ครั้งที่ 1/2549 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2549 ได้กำหนดให้ผู้ประสงค์จะเสนอราคาจะต้องลงชื่อในหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย) และวางเงินหลักประกันซองโดยยื่นมาพร้อมกับการยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิคด้วย ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์จะลงชื่อในวันที่ที่มีการเสนอราคา โดยลงชื่อก่อนจะมีการเสนอราคา ประธานคณะกรรมการประกวดราคาจะลงชื่อในวันที่มีการเสนอราคาและก่อนเวลาการเสนอราคา เมื่อลงชื่อทุกฝ่ายครบถ้วน ให้ผู้ช่วยฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการประกวดราคาแจกจ่ายให้ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์และผู้มีสิทธิเสนอราคาต่อไป

2) คณะกรรมการประกวดราคาคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคา โดยพิจารณาว่าต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วน ข้อเสนอด้านเทคนิคมีความเหมาะสมและไม่เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน (ข้อ 9 (2))

ผู้ประสงค์จะเสนอราคาที่ไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น หากจะคัดค้านผลการพิจารณาให้อุทธรณ์ต่อหัวหน้าหน่วยงานนั้นภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งและหัวหน้าหน่วยงานต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 7 วัน โดยในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ของหัวหน้าหน่วยงานจะดำเนินการขั้นตอนต่อไปไม่ได้และถ้าหัวหน้าหน่วยงานพิจารณาไม่เสร็จภายใน 7 วัน ให้ถือว่าอุทธรณ์ฟังขึ้น คำวินิจฉัยของหัวหน้าหน่วยงานเป็นอันถึงที่สุดในช่วงของฝ่ายบริหาร(ข้อ 9 (3))

3) เมื่อคณะกรรมการประกวดราคาคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคาเสร็จแล้ว (ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วน ข้อเสนอด้านเทคนิคมีความเหมาะสม และไม่เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน) หน่วยงานต้องแจ้งวัน เวลา และสถานที่แก่ผู้มีสิทธิเสนอราคาทุกราย เพื่อดำเนินกระบวนการเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยแจ้งให้ทราบเฉพาะตน โดยไม่เปิดเผยรายชื่อดังกล่าวต่อสาธารณะชน (ข้อ 10) หากคณะกรรมการประกวดราคาพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคาแล้วปรากฏว่า มีผู้มีสิทธิเสนอราคาเพียงรายเดียว หัวหน้าส่วนราชการจะสั่งยกเลิกการดำเนินการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือขออนุมัติจาก กวพ.อ. เพื่อดำเนินการจัดหาด้วยวิธีการอื่นก็ได้ (ข้อ 9 (4))

4) ผู้มีสิทธิเสนอราคาจะต้องมาเสนอราคาตามสถานที่ที่กำหนด และแยกแต่ละรายออกจากกัน โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐ 1 คน เข้าประจำด้วย ทั้งนี้สามารถส่งผู้แทนมาได้รายละไม่เกิน 3 คน และห้ามมีการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่นไม่ว่าด้วยวิธีใด (ข้อ 10 (1))

5) เมื่อถึงเวลาเริ่มการเสนอราคาแล้ว ผู้มีสิทธิเสนอราคาจะเปลี่ยนหรือเพิ่มผู้แทนไม่ได้ แต่สามารถถอดถอนผู้แทนบางคนด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งได้ กรณีผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ส่งผู้แทนตามที่กำหนด ให้ประธานคณะกรรมการประกวดราคาประกาศเป็นผู้หมดสิทธิเสนอราคา (ข้อ 10 (1)) และเมื่อถึงเวลาเริ่มการเสนอราคา ปรากฏว่ามีผู้มีสิทธิเสนอราคาเพียงรายเดียวที่ส่งผู้แทนเข้าสู่กระบวนการเสนอราคา ให้หัวหน้าส่วนราชการสั่งยกเลิกการดำเนินการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

6) เมื่อเริ่มกระบวนการเสนอราคา ให้ผู้แทนผู้มีสิทธิเสนอราคาเริ่มการเสนอราคาซึ่งการเสนอราคากระทำได้หลายครั้ง จนถึงเวลาที่ประธานคณะกรรมการประกวดราคาแจ้งเตือนว่าเป็นช่วงเวลาสามถึงห้านาทีสุดท้าย ในช่วงเวลาดังกล่าวระบบจะไม่แสดงว่าราคาของผู้ใดมีสถานะใด เมื่อสิ้นสุดเวลา หากมีผู้เสนอราคาต่ำสุดเท่ากันหลายรายให้ต่อเวลาไปอีกครึ่งละ 3 นาที จนได้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเพียงรายเดียว

7) คณะกรรมการประกวดราคาประชุมทันทีที่กระบวนการเสนอราคาลิ้นสุดลง เพื่อมีมติว่าสมควรรับข้อเสนอของผู้มีสิทธิเสนอราคารายใด แล้วรายงานให้หัวหน้าหน่วยงานพิจารณาภายในวันทำการถัดไป (ข้อ 10 (4))

8) กรณีที่หัวหน้าหน่วยงานเห็นชอบด้วยกับมติของคณะกรรมการประกวดราคาที่ได้รับราคาผู้มีสิทธิเสนอราคารายใดแล้ว ให้คณะกรรมการประกวดราคาแจ้งผลให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาทราบทุกราย (ข้อ 10 (4))

9) กรณีที่หัวหน้าหน่วยงานไม่เห็นชอบด้วย ให้แจ้งเหตุผลให้คณะกรรมการประกวดราคาเพื่อชี้แจงภายใน 3 วัน เมื่อได้รับคำชี้แจงแล้ว หากเห็นชอบด้วย ให้แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาทุกรายทราบ หากไม่เห็นด้วยภายใน 3 วัน ให้สั่งยกเลิกการประกวดราคาแล้วแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาทราบทุกรายและรายงาน กวพ.อ. ทราบ (ข้อ 10 (4))

10) กรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาของหัวหน้าหน่วยงานให้อุทธรณ์ต่อ กวพ.อ. ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง กวพ.อ. พิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน 30 วัน ในระหว่างนี้จะดำเนินการขั้นตอนต่อไปไม่ได้ (ข้อ 10 (5))

3.2.2.4 การดำเนินการในขั้นตอนการจัดทำสัญญา

เมื่อหัวหน้าหน่วยงานเห็นชอบกับมติของคณะกรรมการประกวดราคา ก็จะขอความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจสั่งซื้อหรือจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และหากผู้มีอำนาจสั่งซื้อหรือจ้างเห็นชอบ คณะกรรมการประกวดราคาจะต้องแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาทุกรายทราบ จากนั้นภายใน 3 วัน นับแต่วันแจ้งผลการเสนอราคา ให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาทุกรายทราบ หน่วยงานจะต้องดำเนินการจัดทำสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปจะมีการแจ้งไปในหนังสือฉบับเดียวกันหรือแจ้งเป็นหนังสืออีกฉบับหนึ่งต่างหากทำให้ผู้เสนอราคาที่ได้รับ การคัดเลือกเข้ามาติดต่อกับหน่วยงานเจ้าของโครงการภายในระยะเวลาที่กำหนด และเมื่อผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกเข้ามาติดต่อกับหน่วยงานภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ก็จะมีการจัดทำสัญญาโดยการลงนามในสัญญาซื้อหรือจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรกับหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยผู้ที่ผ่านการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครองแล้วต้องมีการวางหลักประกันสัญญาเพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญา โดยส่วนราชการจะคืนให้เมื่อพ้นข้อผูกพันตามสัญญาแล้ว แต่หากไม่เข้ามาติดต่อกับหน่วยงานภายในเวลาที่กำหนด หน่วยงานเจ้าของโครงการมีสิทธิริบหลักประกันของหรือเรียกค่าเสียหายจากผู้เสนอราคาดังกล่าว และสามารถเรียกผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกในลำดับถัดไปเข้ามาทำสัญญาได้

3.2.2.5 ค่าใช้จ่ายในการบริการเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์¹³⁹

ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์สามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสนอราคาได้เฉพาะรายที่เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาที่เสนอราคาขายที่ดีที่สุด โดยค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสนอราคาจากผู้ชนะการเสนอราคา ประกอบด้วยค่าบริการเสนอราคา (Success Fee) ซึ่งคำนวณจากวงเงินตามสัญญาที่หน่วยงานผู้จัดหาพัสดุได้ทำกับผู้ชนะการเสนอราคาโครงการนั้น ๆ และค่าใช้จ่ายในการเดินทางของผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้ชนะการเสนอราคาจะต้องชำระค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสนอราคาให้กับผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ในอัตราที่กำหนด โดยจ่ายชำระงวดเดียวภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับใบแจ้งหนี้จากผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์หรือก่อนที่จะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ แล้วแต่กำหนดการใดจะถึงก่อนกัน โดยให้ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ส่งใบแจ้งหนี้ให้ผู้ชนะการเสนอราคาได้ก็ต่อเมื่อคณะกรรมการประกวดราคาได้ประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในครั้ง ๆ นั้น แต่หากหน่วยงานผู้จัดหาพัสดุมิได้มีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือยกเลิกการประกวดราคาโครงการนั้น ๆ ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสนอราคาจากผู้มีสิทธิเสนอราคาและหน่วยงานผู้จัดหาพัสดุ หากผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ได้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการให้บริการเสนอราคาแล้ว จะต้องคืนเงินให้กับผู้ชนะการเสนอราคาภายใน 7 วัน นับแต่ได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ชนะการเสนอราคาว่า หน่วยงานผู้จัดหาพัสดุมิได้ทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างโครงการดังกล่าว

3.2.3 หลักเกณฑ์ในการรับหลักประกันของตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดให้ในการประกวดราคาซื้อหรือจ้าง ส่วนราชการผู้ดำเนินการจะต้องกำหนดเงื่อนไขเรื่องหลักประกันของในเอกสารประกวดราคาให้ครบถ้วน ซึ่งตามข้อ 141 ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้หลักประกันของมีอยู่ด้วยกัน 5 ประเภท คือ 1) เงินสด 2) เช็คที่ธนาคารเซ็นส่งจ่าย ซึ่งเป็นเช็คที่ลงวันที่ที่ใช้เช็คนั้นชำระต่อเจ้าหน้าที่หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ 3) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศ ตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด ทั้งนี้หากเป็นการประกวดราคานานาชาติ ให้ใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารในต่างประเทศที่มีหลักฐานดีและหัวหน้าส่วนราชการเชื่อถือได้ด้วย 4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกันตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยตามรายชื่อบริษัทเงินทุนที่ธนาคารแห่งประเทศไทยแจ้งเวียนให้ส่วน

¹³⁹ หนังสือกรมบัญชีกลาง ด่วนที่สุด ที่ กค (กวพ) 0408.3/ว 108 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2550.

ราชการต่าง ๆ ทราบแล้ว โดยอนุโลมให้ใช้ตามตัวอย่างหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ กวพ. กำหนด 5) พันธบัตรรัฐบาลไทย โดยข้อ 142 กำหนดให้มูลค่าหลักประกันของกำหนดเป็นจำนวนเต็มในอัตราร้อยละห้าของวงเงินหรือราคาพัสดุที่จัดหาครั้งนั้น แล้วแต่กรณีเว้นแต่การจัดหาพัสดุที่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่ามีความสำคัญเป็นพิเศษ จะกำหนดอัตราร้อยละสูงกว่าร้อยละห้าแต่ไม่เกินร้อยละสิบก็ได้ ส่วนราชการมีหน้าที่ที่จะต้องคืนหลักประกันของให้แก่ผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกัน หากเข้าเงื่อนไขตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ กำหนด ซึ่งในเรื่องของการคืนหลักประกันของนั้น ข้อ 144 ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้ส่วนราชการคืนหลักประกันของให้แก่ผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้เสนอราคารายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย ให้คืนได้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือผู้เสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว จากข้อกำหนดต่าง ๆ ดังกล่าวจึงเห็นว่าหลักประกันของเป็นหลักประกันที่ผู้เสนอราคาให้ไว้แก่ส่วนราชการเพื่อเป็นการรับรองว่าจะเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเสนอราคาตามที่ส่วนราชการกำหนด และจะมีการริบหลักประกันของในกรณีผู้เสนอราคาถอนคำเสนอราคา หรือกระทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขการประกวดราคา อันได้แก่ ผู้เสนอราคาต่ำสุดแต่ไม่มาลงนามในสัญญาจ้าง

ส่วนการประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 กำหนดให้วันยื่นซองเทคนิคกับวันมาเคาะราคาหรือเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นคนละวันกัน (ต่างกับการประกวดราคาทั่วไป ผู้เสนอราคาจะยื่นซองเสนอรามาซองเดียว โดยมีทั้งเรื่องคุณสมบัติและราคา หรือหากเป็นการประกวดราคาแบบ 2 ซอง ซึ่งจะมีซองข้อเสนอด้านเทคนิคกับซองข้อเสนอด้านราคาแยกกัน ผู้ยื่นเสนอราคาจะยื่นซองทางด้านเทคนิคและราคาในวันเดียวกันเช่นกัน) คณะกรรมการประกวดราคาจะดำเนินการคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคา โดยผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วน ข้อเสนอด้านเทคนิคมีความเหมาะสมและไม่เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ข้อ 9 (2) จึงจะมีสิทธิเป็นผู้เสนอราคา หลังจากนั้นผู้มีสิทธิเสนอราคาจะต้องส่งผู้แทนมาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด เพื่อมาเคาะราคา หากมีผู้มีสิทธิเสนอราคาเพียงรายเดียวมาลงทะเบียน เมื่อถึงเวลาเริ่มการเสนอราคาแล้ว ก็จะต้องยกเลิกการเสนอราคา แล้วรายงานหัวหน้าหน่วยงานเพื่อดำเนินการตามระเบียบต่อไป นอกจากนี้หน่วยงานที่จัดประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จะไม่สามารถทราบได้จนกว่าจะถึงเวลากำหนดนัดหมายว่า ผู้มีสิทธิเสนอราคาจะไม่มาในวันที่เสนอราคาหรือจะมาก็ไรย และการจัดประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มีค่าใช้จ่ายที่สูงกว่าการประกวดราคาทั่วไป จึงมีการกำหนดเรื่องการริบหลักประกันของปรากฏ

ตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดทำขึ้นเป็น 3 ฝ่ายระหว่างหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุ ซึ่งเรียกว่า ผู้รับบริการและบริษัทตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเรียกว่าผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ฝ่ายหนึ่งและผู้มีสิทธิเสนอราคาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้ง 3 ฝ่ายตกลงยินยอมรับเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติในการเข้าร่วมประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์และขอบเขตของข้อตกลง คือ ผู้รับบริการประสงค์จะเปิดทำการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามรายละเอียดข้อกำหนดหรือประกาศประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์มีความประสงค์จะให้บริการระบบประมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงดำเนินการตามรายละเอียดกฎเกณฑ์ในการให้บริการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และผู้ที่ได้รับแจ้งให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา ตามประกาศของหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุ จะต้องไปเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด และยินยอมปฏิบัติตามระเบียบ โดยผู้มีสิทธิเสนอราคามีหน้าที่ต้องมาเสนอราคา ณ วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดตามหนังสือ และต้องส่งผู้แทนเข้าเสนอราคาไม่เกิน 3 คน ซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนหรือเพิ่มผู้แทนได้ แต่สามารถถอดถอนผู้แทนบางคนด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งได้ เมื่อการเสนอราคาทางอิเล็กทรอนิกส์เสร็จสิ้นแล้ว ผู้เสนอราคาคนใดคนหนึ่งของผู้มีสิทธิเสนอราคาแต่ละรายที่มาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาต้องลงนามยืนยันการเสนอราคาที่ยกรกรมการประกวดราคานามมอบให้ ณ ห้องเสนอราคาของผู้มีสิทธิเสนอราคาประจำอยู่ จึงจะสามารถออกจากห้องเสนอราคาได้ ทั้งนี้ผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องทำการศึกษาประกาศการประกวดราคาของผู้รับบริการและต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด รวมทั้งต้องศึกษาและทำความเข้าใจในระบบและวิธีการเสนอราคาของผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ที่แสดงไว้ในเว็บไซต์ www.gprocurement.go.th และผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องทำการทดลองวิธีการเสนอราคาก่อนถึงกำหนดวันเสนอราคาในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ในครั้งนั้น

สำหรับ เหตุผลที่ต้องกำหนดให้มีการยึดหรือริบหลักประกันของอีกประการหนึ่ง นอกจากการที่หน่วยงานที่ได้ดำเนินการประกวดราคาซื้อหรือจ้างมีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานตั้งแต่เริ่มต้นการจัดหาจนกว่าจะได้ผู้ชนะราคา หรือจนกว่าการพิจารณาจะเสร็จสิ้นแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็ค่าใช้จ่ายทางด้านการเตรียมทรัพยากรทางด้านบุคคล ด้านเอกสาร ด้านสถานที่ ด้านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ด้านการคัดเลือกผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ยังมีเจตนาธรรมณ์เพื่อให้การดำเนินการเสนอราคาเป็นด้วยความโปร่งใส และมีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม ป้องกัน ไม่ให้มีการสมยอมกันเสนอราคาโดยถอนตัวออกจากการเสนอราคาในวันที่กำหนดให้เสนอราคา ซึ่งจะทำให้หน่วยงานไม่ได้พัสดุที่ดีที่สุดหรือราคาต่ำที่สุดหรืออาจนำมาซึ่ง

การยกเลิกการประกวดราคา อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง โดยหลักประกันดังกล่าวนี้ให้ใช้อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้¹⁴⁰

- 1) เงินสด
- 2) เช็คที่ธนาคารสั่งจ่ายให้แก่หน่วยงาน โดยเป็นเช็คลงวันที่ที่ยื่นซองข้อเสนอทางด้านเทคนิคหรือก่อนหน้านั้นไม่เกิน 3 วันทำการของทางราชการ
- 3) หนังสือค้ำประกันของธนาคารในประเทศ
- 4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกันตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย

5) พันธบัตรรัฐบาลไทย

หลักประกันของดังกล่าวนี้ หน่วยงานจะคืนให้ผู้ประสงค์จะเสนอราคาหรือผู้ค้ำประกัน ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้มีสิทธิเสนอราคารายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุด จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือเมื่อผู้มีสิทธิเสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว การคืนหลักประกันของไม่ว่าในกรณีใด ๆ จะคืนให้โดยไม่มีดอกเบี้ย

ทั้งนี้ผู้ประสงค์จะเสนอราคาซึ่งได้ยื่นเอกสารประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ต่อหน่วยงานแล้ว ย่อมต้องผูกพันตนในการเข้าร่วมเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศประกวดราคาซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จนเสร็จสิ้นกระบวนการ และไม่สามารถถอนตัวออกจากประกาศประกวดราคาได้ โดยหากกระทำผิดเงื่อนไขดังต่อไปนี้ หน่วยงานที่จัดหาพัสดุชอบที่จะดำเนินการริบหลักประกันของเป็นจำนวนร้อยละ 2.5¹⁴¹ ของวงเงินที่จัดหาได้¹⁴²

“กรณีที่ยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิคที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ไม่ดำเนินการดังนี้

- (1) ไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคา ตามวัน เวลาและสถานที่ที่กำหนด
- (2) มาลงทะเบียนแล้ว ไม่ LOG IN เข้าสู่ระบบ

¹⁴⁰ หนังสือกรมบัญชีกลาง ด่วนที่สุดที่ กค (กวพอ) 0421.3/ว289 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

¹⁴¹ หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0421.3/ว 247 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553.

¹⁴² หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0408.3/ว 302 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2549.

(3) LOG IN แล้ว แต่ไม่มีการเสนอราคา หรือเสนอราคาผิดเงื่อนไขที่ กวพ.อ. กำหนด โดยการเสนอราคาสูงกว่าหรือเท่ากับราคาสูงสุดในการประกวดราคาหรือเสนอลดราคาขั้นต่ำ (Minimum Bid) น้อยกว่าที่กำหนด¹⁴³

(4) ไม่ลงลายมือชื่อในแบบยื่นยื่นราคาสุดท้ายในการเสนอราคา”

นอกจากนี้ กรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาของหัวหน้าหน่วยงาน ให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และ กวพ.อ. จะต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 30 วัน ซึ่งในระหว่างนี้จะดำเนินการขั้นตอนต่อไปมิได้ ทั้งนี้หากผู้มีสิทธิเสนอราคาได้อุทธรณ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบหรือข้อมูลการเสนอราคาประมวลของผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์จะนำส่งข้อมูลจากฐานข้อมูลกลางของเครื่องแม่ข่าย (Log file) และรายงานสรุปผลประมวลต่อผู้รับบริการเท่านั้น

ผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ต้องการเสนอราคาในช่วงสุดท้ายของการประมวลควรทำการเสนอราคาก่อนเวลาสิ้นสุดการประมวลอย่างน้อย 1 นาที ทั้งนี้เพื่อเป็นการเผื่อเวลาสำหรับการเดินทางของข้อมูลที่เข้าสู่ระบบ Server โดยจะถือเอาผลการเสนอราคา และเวลาที่แสดงในระบบฐานข้อมูลกลางจากเครื่องแม่ข่าย (Log file) เป็นหลักฐานแสดงการเสนอราคาเท่านั้น

นอกจากนี้การริบหลักประกันซองซึ่งปรากฏอยู่ในเอกสารประกวดราคาไม่ว่าจะเป็นการประกาศประกวดราคาทั่วไปหรือการประกาศประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ จะกำหนดให้กรณีผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้ชนะการประมูลแล้ว แต่ไม่ไปทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในเวลาที่กำหนด จะต้องถูกริบหลักประกันซองและอาจถูกพิจารณาเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายอื่น รวมทั้งจะต้องถูกพิจารณาให้เป็นผู้ที่ทำงานตามระเบียบของทางราชการด้วย ซึ่งการริบหลักประกันซองในกรณีนี้ไม่ได้ปรากฏอยู่ในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

3.2.4 รูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในระเบียบว่าด้วยการพัสดุ

ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการจัดทำรายงานการขอซื้อหรือขอจ้าง การอนุมัติ การจัดทำสัญญา การแก้ไข หรือยกเลิกสัญญา อยู่ภายใต้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งระเบียบทั้งสองฉบับฝ่ายปกครองจะเข้าไปใช้

¹⁴³ หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ กค (กวพอ) 0421.3/ว289 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

อำนาจในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ตั้งแต่ขั้นตอนแรกจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการจัดหาพัสดุ โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในแต่ละขั้นตอนของการจัดหาพัสดุดังกล่าวนั้น มีดังต่อไปนี้

3.2.4.1 การดำเนินการในขั้นตอนการจัดหาคู่สัญญา¹⁴⁴

ในการจัดหาคู่สัญญาของรัฐนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีเสรีภาพเต็มที่เหมือนเช่นเอกชนในการเลือกคู่สัญญา เนื่องจากฝ่ายปกครองต้องใช้วิธีการที่เป็นกลางและคำนึงถึงประโยชน์แก่ส่วนรวมเป็นหลัก โดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุดหรือให้ได้รายได้มากที่สุดเป็นเกณฑ์ ในกรณีประเทศไทยก็มีข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเช่นกัน โดยขั้นตอนในการทำสัญญาของทางราชการมีข้อกำหนดที่เป็นพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงนิติสัมพันธ์ที่แตกต่างไปจากนิติสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายแพ่งอยู่หลายประการ

หลักเกณฑ์ที่กำหนดในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานี้ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการซึ่งอาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่ผ่านเข้ามาในกระบวนการดังกล่าว การสั่งการต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่ส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอ คำสั่งอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้างหรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นในลักษณะเดียวกัน ดังนั้นหากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลได้ แต่ต้องเป็นการยื่นฟ้องเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนก่อนการลงนามในสัญญาไม่ใช่การยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งการยื่นฟ้องข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวนี้ปัจจุบันอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

1) การดำเนินการในขั้นตอนเตรียมการจัดซื้อจัดจ้าง

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ นั้น การจัดซื้อจัดจ้างทุกวิธีเมื่อได้ผ่านการเตรียมการทางด้านงบประมาณเสร็จแล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุมีหน้าที่ในการดำเนินการจัดหาพัสดุเพื่อให้สอดคล้องกับงบประมาณ โดยเจ้าหน้าที่พัสดุจะทำรายงานขอความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการตามระเบียบข้อ 27 (กรณีจัดซื้อพัสดุทั่วไป) หรือข้อ 28 (กรณีจัดซื้อที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้าง) โดยรายงานการขอซื้อหรือจ้างดังกล่าวจะต้องมีรายการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้แล้วแต่กรณี ซึ่งรายการต่าง ๆ ที่จะต้องระบุไว้ในรายงานการขอซื้อหรือจ้างนั้น จะเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พัสดุ โดยผ่านความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่พัสดุในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาเป็นผู้กำหนดขึ้นมาโดยเฉพาะการกำหนดรายการดังต่อไปนี้

¹⁴⁴ ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (น. 89 - 101). เล่มเดิม.

(1) การกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางงานก่อสร้างของทางราชการ การกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางเป็นความจำเป็นและมีความสำคัญในการจัดหาพัสดุ เพราะการที่รัฐจะได้พัสดุที่มีคุณภาพหรือมีราคาที่เหมาะสมหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับการกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางด้วย

ในการกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ 27 (3) และข้อ 28 (3), (4) กำหนดให้ส่วนราชการที่จะทำการซื้อหรือจ้างกำหนดมาตรฐานหรือราคากลางไว้ในรายงานการซื้อหรือจ้างทุกครั้ง เพื่อช่วยในการพิจารณาราคาของผู้เสนอราคาว่าเหมาะสมกับราคาของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างได้หรือไม่ โดยให้เจ้าหน้าที่พัสดุระบุงบประมาณที่จะซื้อหรือจ้างครั้งนั้น หรือวงเงินที่จะประมาณการว่าจะใช้ในการซื้อหรือจ้างครั้งนั้น ซึ่งจะต้องดำเนินการจัดเตรียมราคาเปรียบเทียบราคาไว้ 3 ราคา คือ ราคามาตรฐาน หรือราคากลางของทางราชการ หรือราคาที่จะซื้อหรือจ้างครั้งสุดท้ายในระยะเวลา 2 ปีงบประมาณ และเมื่อได้มีการกำหนดราคากลางงานก่อสร้างของทางราชการหรือราคามาตรฐานแล้ว ราคากลางงานก่อสร้างจะเปิดเผยพร้อมกับการประกาศเชิญชวนหน้าเว็บไซต์¹⁴⁵

ก. ราคามาตรฐาน เป็นราคาที่สำนักงบประมาณเป็นผู้กำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นเกณฑ์ราคาของพัสดุเท่าที่ส่วนราชการจะต้องซื้อหรือจ้าง ส่วนมากสำนักงบประมาณจะกำหนดราคามาตรฐานเฉพาะพัสดุที่ส่วนราชการต่าง ๆ ใช้ทั่วไป เช่น โต๊ะทำงาน เก้าอี้ เครื่องเขียน เครื่องพิมพ์ดีด เป็นต้น และมาตรฐานสิ่งก่อสร้าง เป็นราคาที่ใช้ประกอบมาตรฐานครุภัณฑ์และสิ่งก่อสร้างของสำนักงบประมาณ โดยปกติจะจัดทำขึ้นจากราคาพัสดุนิตยเดียวกัน คุณภาพที่มีระดับเดียวกันกับที่มีจำหน่ายในท้องตลาดขณะนั้นประมาณ 3 รายขึ้นไปเป็นราคาขั้นสูงของพัสดุที่จัดหา หรือใช้เป็นแนวทางในการจัดทำหรือบริหารงบประมาณประจำปี โดยสำนักงบประมาณจะปรับปรุงบัญชีราคามาตรฐานให้ทันสมัย และสอดคล้องกับภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ข. ราคากลาง เป็นราคาที่หน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดหาพัสดุเป็นผู้พิจารณากำหนดขึ้นเองเพื่อใช้เป็นหลักในการตรวจสอบการแข่งขันราคาและประกอบการพิจารณาว่าราคาของผู้เสนอราคานั้นมีความเหมาะสมเพียงใด รวมทั้งใช้ในการขอตั้งงบประมาณหรือขออนุมัติเงินประจำงวด ในกรณีที่ยังไม่มีราคามาตรฐานหรือยังไม่มียังวงเงินงบประมาณ

ในการกำหนดราคากลาง เจ้าหน้าที่จะคำนวณให้ใกล้เคียงกับราคาพัสดุนิตยเดียวกันในช่วงเวลานั้น การคำนวณราคากลางงานก่อสร้างของทางราชการที่จะใช้ในการดำเนินการจัดจ้างก่อสร้างนั้น ให้คำนวณตามความเป็นจริงโดยไม่นำวงเงินเพื่อเหลือเพื่อขาดมาคำนวณเป็นราคากลางด้วย

¹⁴⁵ หนังสือด่วนที่สุด ที่ กก 0421.3/ว 90 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2555.

ค. ราคาที่เคยซื้อหรือจ้างครั้งหลังสุดภายในระยะเวลา 2 ปีงบประมาณ ก็เพื่อที่จะให้มีการเปรียบเทียบราคาในการซื้อหรือจ้างครั้งหลังที่ผ่านมากับราคาที่จะซื้อหรือจ้างครั้งต่อไป ซึ่งอาจได้เป็นข้อมูลในการเปรียบเทียบได้ไม่มากนัก เนื่องจากระยะเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้มีผลต่อราคาของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างเปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น ค่าของเงินที่เปลี่ยนแปลงไป ถึงแม้ซื้อหรือจ้างห่างกันแค่หนึ่งเดือนก็ทำให้ราคาแตกต่างกันอย่างมากก็เป็นได้

(2) การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ (Specification)

โดยปกติธรรมดาเอกชนย่อมสามารถระบุความต้องการของตนว่าต้องการพัสดุที่มีลักษณะเช่นใดผลิตจากที่ใด หรือต้องการผู้รับจ้างที่มีลักษณะเช่นใดได้ ในกรณีของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ไม่สามารถกระทำเช่นนั้น ได้อย่างอิสระ เพราะไม่เพียงแต่จะต้องกำหนดรายละเอียด หรือคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือผู้รับจ้างที่ไม่เป็นการเฉพาะเจาะจง หรือให้ประโยชน์โดยตรงไปที่ผู้เสนอราคา รายหนึ่งรายใดตามหลักทั่วไปของการสอบราคาและประกวดราคาแล้ว รัฐยังต้องคำนึงว่ารายละเอียดและคุณลักษณะเฉพาะที่กำหนดขึ้นนั้นจะต้องไม่มีผลกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตหรือผู้ขาดพัสดุที่ผลิตในประเทศหรือกิจการของคนไทย (ในกรณีการจ้าง) สามารถเข้าแข่งขันในการเสนอราคากับรัฐอีกด้วย¹⁴⁶ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องสนับสนุนสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือกิจการของประชาชนในประเทศของตนด้วย นอกเหนือไปจากหลักทั่วไปที่รัฐต้องเป็นกลางและเปิดกิจการให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรมแล้ว¹⁴⁷ ส่วนราชการต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคในการเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐเพื่อให้มีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมเป็นประการสำคัญ การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุหรือผู้รับจ้างต้องเป็นไปในลักษณะการเปิดกว้าง ไม่กีดกันหรือเอื้อประโยชน์แก่ผู้เสนอราคา รายใดหรือกลุ่มใดโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประสงค์จะเสนอราคาได้เข้ามาเสนอราคา หรือแข่งขันให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อทางราชการจะได้คัดเลือกผู้เสนอพัสดุหรืองานจ้างที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพที่ดีที่สุดในราคาที่ถูกที่สุดเพื่อประหยัดงบประมาณ ซึ่งมีการฝ่าฝืนต่อหลักการดังกล่าวอันเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคาบางรายและเป็นการกีดกันผู้เสนอราคา รายอื่น การดำเนินการประกวดราคาโดยกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ย่อมเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

¹⁴⁶ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 16.

¹⁴⁷ แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (เอกสารการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 7 สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ระหว่างวันที่ 19-20 พฤศจิกายน 2541) (น. 5), โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการ่วมกับ มูลนิธิ Konrad Adenauer Stiftung แห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. กรุงเทพฯ.

เพื่อให้การจัดหาพัสดุของรัฐ ได้พัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคาและประโยชน์ของการใช้สอย ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการจัดหาพัสดุที่มีคุณภาพไว้ โดยในการจัดหาแต่ละครั้งเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะทำรายงานการเสนอซื้อหรือจ้างจะต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุที่จะซื้อหรือการงานที่จะจ้างไว้ในรายงานด้วย

ในการจัดหาพัสดุที่มีคุณภาพ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ 16 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จัดหาให้สอดคล้องกับพัสดุที่ได้มีการประกาศกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือถ้าไม่มีประกาศกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรม แต่เป็นพัสดุที่ได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์ไว้ใช้กับกระทรวงอุตสาหกรรมก็ได้ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือรายงานในการก่อสร้างให้แตกต่างไปจากพัสดุที่ได้รับการประกาศกำหนดผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์แล้วแต่กรณี ให้แจ้งต่อสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเพื่อขอความเห็นชอบ ซึ่งหากไม่มีการคัดค้านก็สามารถซื้อหรือจ้างพัสดุให้ต่างไปจากมาตรฐานที่กำหนดได้

นอกจากสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่มีหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานของพัสดุแต่ละประเภทแล้ว คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้สำนักงบประมาณเป็นผู้กำหนดมาตรฐานและราคาของพัสดุบางประเภท เพื่อใช้ในการตั้งงบประมาณรายจ่ายและการบริหารงบประมาณ ซึ่งสำนักงบประมาณได้แจ้งให้ส่วนราชการต่าง ๆ ทราบและถือปฏิบัติตาม

2) การดำเนินการในขั้นตอนการประกาศเผยแพร่

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ได้กำหนดให้ต้องมีการจัดทำร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference: TOR) และร่างเอกสารประกวดราคาโดยหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุจะแต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคาการจัดทำร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคา เมื่อร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคาที่คณะกรรมการจัดทำเสร็จแล้ว ให้ขออนุมัติจากหัวหน้าหน่วยงานเมื่อหัวหน้าหน่วยงานได้อนุมัติตามแล้ว ให้ฝ่ายพัสดุนำสาระสำคัญที่สามารถเผยแพร่ได้ประกาศทางเว็บไซต์ของหน่วยงานฯ และเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง www.gprocurement.go.th เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน เพื่อรับฟังคำวิจารณ์ของสาธารณชน หรือข้อเสนอแนะ หรือมีความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางเว็บไซต์มายังหน่วยงาน โดยเปิดเผยตัว คณะกรรมการกำหนดร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคา เมื่อได้รับฟังคำวิจารณ์ฯ ก็ให้พิจารณาว่าสมควรปรับปรุงร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคาตามนั้นหรือไม่ หากเห็นสมควรปรับปรุงก็ให้ดำเนินการปรับปรุงให้แล้วเสร็จ แล้วนำเสนอหัวหน้าหน่วยงานฯ เพื่อขอความเห็นชอบนำลงเว็บไซต์ของหน่วยงานฯ และเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน อีกครั้งหนึ่ง แม้จะ

ไม่มีการปรับปรุงร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคา ก็ต้องนำลงเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง www.gprocurement.go.th หรือร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคา ต้องเผยแพร่ในเว็บไซต์ของกรมบัญชีกลาง คือ ร่าง TOR และร่างเอกสารประกวดราคาฉบับแรกและฉบับหลังจากที่ได้รับฟังคำวิจารณ์แล้วซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่พบในการทำสัญญาทางทางแพ่ง ต่อมา คณะกรรมการประกวดราคานำสาระสำคัญของเอกสารประกาศเชิญชวน เอกสารประกวดราคา และเอกสารเบื้องต้นอื่น ๆ ที่สามารถเผยแพร่ได้ลงประกาศทางเว็บไซต์ของหน่วยงานและกรมบัญชีกลาง เป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามวัน โดยกำหนดให้มีการจัดซองข้อเสนอด้านเทคนิค การวางหลักประกันซอง วัน เวลา และสถานที่ที่ยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิค เงื่อนไขเวลาและสถานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ จะแจกจ่ายหรือจำหน่ายเอกสารดังกล่าวก็ได้ โดยให้ปิดประกาศอย่างเปิดเผย ณ ที่ทำการของหน่วยงานฯ ด้วย กรณีการแจกจ่ายหรือจำหน่ายเอกสารประกวดราคา ณ สถานที่ที่กำหนด ซึ่งสถานที่นั้น จะต้องสามารถติดต่อได้สะดวก และไม่เป็นเขตหวงห้าม และจะต้องจัดเตรียมเอกสารให้มากพอสำหรับความต้องการของผู้มาขอหรือขอซื้อที่มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้น รายละ 1 ชุด โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ในการให้หรือจำหน่ายการแจกจ่ายเอกสาร หรือจำหน่ายเอกสารประกวดราคา ให้ดำเนินการตั้งแต่วันที่ประกาศเชิญชวน ซึ่งจะไม่น้อยกว่า 3 วัน นับแต่วันที่ที่ได้ประกาศในเว็บไซต์ของหน่วยงาน และกรมบัญชีกลาง กรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักการเปิดเผยและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม

3) การดำเนินการในขั้นตอนการคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคา

คณะกรรมการประกวดราคาคำเนินการคัดเลือกเบื้องต้นเพื่อหาผู้มีสิทธิเสนอราคา โดยตรวจสอบหลักฐาน คุณสมบัติ และรายละเอียดต่าง ๆ ของผู้ประสงค์จะเสนอราคาตามเงื่อนไขการประกวดราคาซึ่งผู้ประสงค์จะเสนอราคาจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วน ข้อเสนอด้านเทคนิคมีความเหมาะสมและไม่เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันตามระเบียบฯ ข้อ 9 (2)

(1) ตรวจสอบผู้ประสงค์จะเสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้ประสงค์จะเสนอราคารายอื่นและ/หรือต้องไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันกับผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ตามแนวทางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ข้อ 15 ตรีวรรคสอง และข้อ 15 จัตววรรคสาม ทั้งนี้การจัดหาพัสดุดำเนินการว่าด้วยการพัสดุดำเนินการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ตามตัวอย่างเอกสารประกวดราคา ที่ กวพ. กำหนด ให้ตรวจสอบระหว่างผู้เสนอราคากับผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์

(2) ตรวจสอบรายละเอียดคุณสมบัติของผู้ประสงค์จะเสนอราคา เอกสารหลักฐานต่าง ๆ แบบรูปและรายการละเอียด ข้อเสนอด้านเทคนิค ฯลฯ ว่าถูกต้อง ครบถ้วนตามเงื่อนไขประกวดราคาที่กำหนดหรือไม่ แล้วคัดเลือกผู้ประสงค์จะเสนอราคาที่ต้องปฏิบัติตามรายละเอียดและ

เงื่อนไขในเอกสารการประกวดราคาให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา หากมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องครบถ้วน คณะกรรมการจะต้องไม่รับพิจารณาข้อเสนออื่น ๆ เว้นแต่เป็นข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเพียงเล็กน้อย หรือผิดพลาดไปจากเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่มีสาระสำคัญ กรณีมีผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว โดยปกติให้ยกเลิกการประกวดราคา หากมีเหตุผลจำเป็นให้คณะกรรมการประกวดราคาคำเนินการต่อรองราคากับผู้มีสิทธิเสนอราคารายนั้นก็ได้ หากต่อรองแล้วไม่ได้ผล หน่วยงานจะดำเนินการโดยวิธีการอื่นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมก็ได้ ซึ่งกรณีวงเงินเกิน 10 ล้านบาท จะต้องอนุมัติ กวพ.อ. ก่อน

4) การสงวนสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุด¹⁴⁸

เป็นขั้นตอนการตัดสินใจเพื่อคัดเลือกคู่สัญญา มีหลักการที่สำคัญ คือ การสงวนสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุด โดยในการจัดหาคู่สัญญาโดยวิธีการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ การประกวดราคา รวมถึงวิธีการสอบราคา จะต้องมีข้อสงวนสิทธินี้ คือ สงวนสิทธิไม่รับราคาต่ำสุดได้เพื่อประโยชน์ของรัฐ โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่างกับหลักกฎหมายแพ่ง ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่ง สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกัน และผู้ทำคำสนองก็มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะเลือกทำ คำสนองต่อคำเสนอใด ๆ ก็ได้ตามความพอใจของตน แต่สำหรับการจัดหาคู่สัญญาของรัฐไม่ว่าโดยวิธีสอบราคาหรือประกวดราคา จะต้องมีข้อสงวนสิทธิประการหนึ่งเสมอ คือ สงวนสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุดได้¹⁴⁹ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะรัฐมีสถานะแตกต่างจากเอกชน การที่รัฐจะทำคำเสนอต่อคำเสนอใดจะต้องมีเหตุผลที่อธิบายได้ มีความโปร่งใส เป็นธรรม และคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะสูงสุดเป็นสำคัญ การที่มีคำเสนอราคาต่ำสุดจึงเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการพิจารณาของรัฐ แต่คงไม่ทุกครั้งเสมอไปที่ราคาต่ำสุดจะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ ราคาต่ำสุดบางครั้งต่ำกว่าจะเป็นไปได้ซึ่งหากเลือกให้เป็นคู่สัญญาแล้วอาจมีปัญหายุ่งยากตามมาในภายหลังและเกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะด้วย หรือบางครั้งของที่มีราคาต่ำสุดอาจมีปัญหาในเรื่องของคุณภาพ ซึ่งปรากฏหลักฐานชัดเจนมาแล้ว ในกรณีเช่นนี้รัฐก็ไม่สามารถเลือกคู่สัญญาที่เสนอราคาต่ำสุดได้ แต่โดยที่ผู้เสนอราคาอาจคาดหมายว่ารัฐมีหน้าที่ต้องสงวนสิทธิและแจ้งให้ผู้เสนอราคาราบตั้งแต่นั้นว่า จะไม่รับราคาต่ำสุดก็ได้ ซึ่งหากเป็นการจัดหาคู่สัญญาของเอกชน ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อสงวนสิทธินี้เพราะสามารถจะเลือกคู่สัญญาอย่างไรก็ได้ โดยไม่ถูกผูกพันด้วยความคาดหวังว่าจะต้องเลือกผู้เสนอราคาต่ำสุดเสมอไป

¹⁴⁸ แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (น. 7). เล่มเดิม.

¹⁴⁹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 40.

5) การกำหนดระยะเวลาขึ้นราคาในการเสนอราคา¹⁵⁰

โดยปกติตามหลักกฎหมายแพ่ง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354) ผู้เสนอจะเป็นผู้กำหนดระยะเวลาในการทำคําสอนงเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้น และภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวผู้ทำคําสอนงไม่อาจจะถอนคําสอนงของตนได้ ซึ่งในการยื่นเสนอราคากับรัฐนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาขึ้นราคาที่ยื่นอยู่ด้วยเสมอ อันเป็นเสมือนระยะเวลาให้รัฐทำคําสอนง แต่ที่แตกต่างจากหลักกฎหมายแพ่ง คือ ผู้เสนอราคาซึ่งเป็นผู้ทำคําสอนงมิได้เป็นผู้กำหนดระยะเวลาขึ้นราคานี้ แต่เป็นฝ่ายรัฐเพียงฝ่ายเดียวที่จะกำหนดระยะเวลาดังกล่าวขึ้นตามที่สมควรและเป็นความจำเป็นของรัฐ ดังนั้นผู้เสนอราคาจึงไม่อาจกำหนดระยะเวลาขึ้นราคาด้วยความสมัครใจของตนเองได้ แต่ต้องยอมรับระยะเวลานั้นตามที่รัฐเป็นผู้กำหนดและผูกพันตนเองตลอดช่วงเวลาดังกล่าว หากผู้เสนอราคารายใดเสนอราคาโดยมีกำหนดขึ้นราคาที่แตกต่างกันไปจากการกำหนดของรัฐก็จะถูกถือว่ายื่นเสนอราคาไม่ตรงตามประกาศสอบราคาเพื่อประกาศประกวดราคา และถูกตัดออกจากการสอบราคาเพื่อประกวดราคานั้น

การที่รัฐเป็นผู้กำหนดระยะเวลาขึ้นราคาเองนี้ก็เพื่อประโยชน์สาธารณะเพราะรัฐจะต้องคำนวณระยะเวลาให้ยาวนานให้ยาวนานเพียงพอที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาของการประกวดราคาได้เสร็จสิ้น โดยผู้เสนอราคาจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงราคาหรือถอนการเสนอราคาก่อนการพิจารณาจะเสร็จสิ้นและได้คู่สัญญาของรัฐ ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Firm Bid Rule) ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อใกล้พ้นกำหนดขึ้นราคา หากรัฐยังไม่สามารถคัดเลือกคู่สัญญาได้ผู้เสนอราคาก็จะถูกร้องขอให้ขยายระยะเวลาขึ้นราคาออกไปอีก และผู้เสนอราคาก็อยู่ในฐานะที่จะต้องปฏิบัติตาม หากประสงค์จะเป็นคู่สัญญาของรัฐ

6) ข้อสงวนสิทธิในการลงโทษผู้เสนอราคาให้เป็นผู้ทำงาน

เมื่อกระบวนการในการประกวดราคาได้ดำเนินการมาจนกระทั่งผู้มีอำนาจสั่งซื้อสั่งจ้างได้ใช้ดุลพินิจสั่งซื้อสั่งจ้างแล้ว กระบวนการต่อไปจะเข้าสู่กระบวนการของการทำสัญญา โดยถ้าผู้เข้าประกวดราคาถอนการเสนองาน หรือไม่ไปทำสัญญากับทางราชการภายในกำหนดทางราชการจะริบหลักประกันซองหรือเรียกธนาการผู้ค้ำประกัน และสงวนสิทธิที่จะถือว่าผู้ที่ไม่ไปทำสัญญากับทางราชการเป็นผู้ทำงาน ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้ผู้เสนอราคาต้องผูกพันตามราคาที่ตนเสนอตลอดไปและต้องเข้าทำสัญญากับหน่วยงานตามข้อผู้พันในการประกวดราคา หากไม่ยอมเข้าทำสัญญา การตกเป็นผู้ทำงานนั้นจะมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้เสนอราคาคือ จะไม่สามารถก่อนินดีสัมพันธ์กับรัฐได้จนกว่าจะถูกเพิกถอนออกจากรายชื่อผู้ทำงาน การสงวนสิทธิ

¹⁵⁰ แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (น. 5-7) เล่มเดิม.

ให้ผู้เสนอราคาเป็นผู้ที่งานแสดงถึงสถานะที่เหนือกว่าเอกชนคู่สัญญาของรัฐในการจัดทำสัญญา ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน

3.2.4.2 การเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐ¹⁵¹

ตามข้อ 132 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้ในกรณีปกติให้ทำสัญญาในการจัดหาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดซึ่งอยู่ท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นสัญญาตามแบบ (Cahiers des charges) หรือสัญญาตามยอม ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้จัดเตรียมร่างสัญญาทั้งหมดไว้แล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพียงแต่ต้องตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น โดยไม่สามารถเจรจาต่อรองข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาได้ สัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ มีสถานะเช่นเดียวกันนี้ และเป็นสัญญาตามแบบมาตรฐานท้ายระเบียบที่หน่วยงานของรัฐต้องนำมาใช้ในการทำสัญญากับคู่สัญญา ดังนั้น เอกชนคู่สัญญากับรัฐจะต้องยอมรับในรายละเอียดเนื้อหาของสัญญาโดยไม่สามารถเจรจาต่อรองใด ๆ กับรัฐได้ และเหตุที่รัฐต้องใช้สัญญาตามแบบหรือสัญญาจำยอมนี้ ก็เพราะรัฐได้เข้าทำสัญญาในฐานะตัวแทนและผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ ส่วนเอกชนเข้าทำสัญญาในฐานะที่มีผลประโยชน์ในทางธุรกิจของตนเองเท่านั้น เพราะฉะนั้นรัฐจึงต้องอยู่ในฐานะที่สูงกว่าตามสัญญาเพื่อให้สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ได้

1) การแก้ไขสัญญา

โดยปกติสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาย่อมสามารถเจรจาตกลงเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่ลงนามได้เสมอ แต่สำหรับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ คู่สัญญาไม่อาจทำเช่นนั้นได้อย่างอิสระ เพราะข้อ 136 ของระเบียบได้กำหนดให้สัญญาที่ลงนามไปแล้วไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงอะไร เว้นแต่เป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้รัฐต้องเสียประโยชน์หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่รัฐเท่านั้น จึงจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ ซึ่งย่อมหมายถึงคู่สัญญาของรัฐไม่สามารถขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้หากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขข้อยกเว้นตามระเบียบ

2) การบอกเลิกสัญญา

ในสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หากอีกฝ่ายหนึ่งตกเป็นผู้ผิดสัญญา แต่สำหรับการเป็นคู่สัญญาของรัฐ รัฐฝ่ายเดียวเท่านั้นที่จะเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาได้ โดยที่เอกชนคู่สัญญาไม่มีสิทธินี้ เพราะฉะนั้นข้อกำหนดการบอกเลิกสัญญาที่มีอยู่ในสัญญา จึงเป็น

¹⁵¹ แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ (น. 9-14).
เล่มเดิม.

ข้อกำหนดสำหรับการบอกเลิกสัญญาของรัฐเท่านั้น แม้กรณีที่รัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญา ก็ไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ อันเป็นเครื่องแสดงให้เห็นสถานะที่เหนือกว่าของรัฐที่มีต่อเอกชน คู่สัญญาเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มาจากทฤษฎีบริการสาธารณะ อันเป็นหลักกฎหมายมหาชนและนำมาใช้กับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีหลักประการหนึ่งที่เรียกว่า หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนหน้า

นอกจากการบอกเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญาแล้ว ยังมีการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ อีกกรณีหนึ่ง แต่การบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้รัฐไม่ได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในฐานะที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่เป็นการปฏิบัติภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นรัฐอีกด้วย เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 138 เป็นกรณีที่เอกชน คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาและจะต้องมีการปรับ ซึ่งจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น ในกรณีเช่นนี้ระเบียบได้กำหนดให้รัฐพิจารณาบอกเลิกสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ก็ให้สามารถผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการบอกเลิกสัญญาตามข้อ 138 นี้มิได้เป็นการบอกเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญา เพราะการบอกเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญาของรัฐไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงค่าปรับที่เกิดขึ้นและรัฐก็สามารถเรียกค่าปรับได้เต็มจำนวนตามสัญญา เว้นแต่หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ยอมชำระค่าปรับและรัฐต้องฟ้องคดีต่อศาล ในกรณีเช่นนี้ศาลก็อาจพิพากษาให้เงินค่าปรับลดลงหากศาลเห็นว่าจำนวนค่าปรับที่สูงเกินไป

การบอกเลิกสัญญาตามข้อ 138 จึงเป็นกรณีที่นอกเหนือจากการปฏิบัติในฐานะคู่สัญญา แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของรัฐที่จะต้องไม่ใช้สิทธิตามสัญญาเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาได้รับความเสียหายถึงขนาดที่จะดำรงอยู่ไม่ได้ ต้องเลิกสัมปทานหรือล้มละลายไป หรือในลักษณะที่เกินกว่าการได้รับชดเชยอย่างเป็นธรรม จึงเป็นมาตรการที่รัฐจะต้องใช้เมื่อมีค่าปรับเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา

3.2.5 แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ

ในหัวข้อนี้จะเป็นการอธิบายแนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ โดยศาลปกครอง โดยเป็นการพิจารณาเขตอำนาจศาลและเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง รวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีพิพาทที่เกิดขึ้นตามกระบวนการพัสดุของส่วนราชการ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.5.1 เขตอำนาจและเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

1) เขตอำนาจศาลปกครอง

ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ในการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับ โดยสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองจะกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแก่กรณี

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับ โดยสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับ โดยสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือ
กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดี
ต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ
อย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

2) เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองที่สำคัญในการที่ศาลปกครองจะพิจารณาว่าจะสามารถ
รับคำฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น มีดังต่อไปนี้

(1) ระยะเวลาการฟ้องคดี แบ่งออกเป็นกรณี ดังนี้

ก. การฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง

(1) และฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย
กำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่ง
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะต้องยื่นฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ใน
มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึง
เหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อ
หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้
รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่
ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ข. การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงาน
ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทาง
ปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือ
ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล
ปกครองฯ จะต้องยื่นฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่ง
พระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ จะต้องยื่นฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุ
แห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

ค. การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) จะต้องยื่นฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ทั้งนี้ คดีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

(2) การแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี

การฟ้องคดีปกครองนั้น หากมีกฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดีต่อศาล โดยกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขเช่นนั้นไว้ โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและเมื่อได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือไม่ได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว จึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อไปได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 กำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับคำสั่งนั้นก่อน ไม่เช่นนั้นศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งก่อนแต่อย่างใด

(3) การชำระค่าธรรมเนียมศาล

การฟ้องคดีปกครองไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่เป็นกรณีฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้นกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ จึงไม่ต้องชำระค่าธรรมเนียมศาล

3.2.5.2 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการพัสดุตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่า หลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการซึ่งอาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่ผ่านเข้ามาในกระบวนการดังกล่าว การสั่งการต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นการใช้อำนาจหรือนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การประกาศประกวดราคา การมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอ การมีคำสั่งอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง หรือการมีคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น หากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิภาคีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ อันเป็นการยื่นฟ้องเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนก่อนการลงนามในสัญญา ซึ่งในปัจจุบันอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเข้าเป็นคู่สัญญาโดยผ่านกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ฯ ซึ่งมีข้อตกลงเกิดขึ้น อันเป็นข้อตกลงเพื่อให้เข้าร่วมในการดำเนินการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก่อนการทำสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจะจัดให้มีขึ้นในอนาคต ซึ่งในแต่ละกรณีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองมีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลและเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดี ดังนี้

1) คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

(1) กรณีฟ้องขอเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยอ้างว่าประกาศประกวดราคากำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาหรือผลิตภัณฑ์ที่จะจัดซื้อ มีลักษณะเป็นการกีดกันผู้เสนอราคาบางรายหรือเอื้อประโยชน์ให้กับผู้เสนอราคากลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เช่น

ก. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 57/2554 การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศประกวดราคาจ้างบริการงานด้านระบบไฟฟ้าแบบราคากลางที่ไม่จำกัดจำนวน ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสนอราคาเพิ่มเติมไปจากการประกวดราคาครั้งที่ผ่านมาแล้ว ต้องมีเอกสารการรับขึ้นทะเบียนเจ้าหน้าที่ความปลอดภัยพร้อมรายชื่อเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการรับรองขึ้นทะเบียนจากสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน พร้อมสำเนาหลักฐานการส่งเงินสมทบประกันสังคมของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว และแบบรายงานผลการดำเนินงานในการทำงานระดับวิชาชีพในงวดล่าสุดก่อนวันยื่นซองอย่างน้อย 1 งวด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้เสนอราคาเพิ่มเติมดังกล่าว โดยไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ผู้ฟ้องคดีและผู้เข้าประกวดราคารายอื่นได้ทราบมาก่อน เป็นการกีดกันผู้ฟ้องคดี และเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เสนอราคาบางราย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งห้ามยกเลิกประกาศประกวดราคาฉบับดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาจ้างที่พิพาท

เป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองที่แม้ว่าจะมีผลเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจงตัวบุคคลก็ตาม แต่ก็มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะแก่กรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ใช้บังคับกับการประกวดราคาจ้างบริการงานด้านไฟฟ้าฯ เฉพาะครั้งนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ข. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 567/2554 เทศบาลตำบลศาลเจ้าไต่ต่อ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์เพื่อจัดซื้อรถยนต์บรรทุกน้ำดับเพลิงแบบเบนเนกประสงค์ และรถยนต์กระเช้าดับเพลิงและกู้ภัย โดยกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะพัสดุที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการบางรายและกีดกันผู้ฟ้องคดีไม่ให้เข้าแข่งขันในการเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์ที่พิพาทมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา ตลอดจนเงื่อนไขวิธีการในการเสนอราคา โดยมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่ก็ประสงค์ให้ใช้บังคับกับการประมูลซื้อรถยนต์ดับเพลิงครั้งนี้ครั้งเดียว ประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์ข้างต้น จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ค. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551 เทศบาลนครภูเก็ต (ผู้ถูกฟ้องคดี) ประกาศประกวดราคาจ้างติดตั้งเครื่องนับถอยหลังสัญญาณไฟจราจร โดยวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดรายละเอียดและข้อกำหนดของหลอดไฟของเครื่องนับเวลาถอยหลังว่าต้องมีหนังสืออนุมัติรับจดทะเบียนมาตรฐานผลิตภัณฑ์จากสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และกรณีสินค้าจากต่างประเทศจะต้องมีหนังสือรับรองคุณภาพสินค้าจากประเทศผู้ผลิต โดยมีหนังสือรับรองการออกเอกสาร ณ สถานทูตไทยในประเทศนั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตสินค้า โดยนำเข้าหลอดไฟ (LED) บางส่วนจากต่างประเทศเพื่อมาประกอบภายในประเทศเห็นว่าการกำหนดรายละเอียดและข้อกำหนดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้เสนอราคากลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้ซื้อเอกสารประมูลจ้างแต่ขาดคุณสมบัติตามประกาศข้างต้น ไม่อาจเข้าเสนอราคาได้ จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศประกวดราคาจ้างดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาจ้างข้างต้นไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแต่อย่างใด อีกทั้งมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ทั่วไปที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ โดยสภาพผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจเป็นคู่กรณีที่ได้รับแจ้งให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยมิต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์และรอผลการพิจารณาอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 367/2552 วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน)

ง. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 306-310/2552 ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษายกเลิกข้อกำหนดที่มีข้อจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาตามประกาศประกวดราคาจ้างบริการงานด้านระบบไฟฟ้าด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาดังกล่าวอาศัยอำนาจตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 อันมีผลใช้บังคับกับผู้เสนอราคาเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจงผู้เสนอราคารายใดเป็นการเฉพาะ แต่มีผลใช้บังคับกับการประกวดราคาในครั้งนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ประกาศประกวดราคาดังกล่าวจึงมีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งในทางตำราเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” เมื่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มิได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับหรือจะได้รับจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกประกาศประกวดราคาเช่นนั้นไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งประกาศประกวดราคาดังกล่าวก็มีใช้คำสั่งที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีจึงถือได้ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับหรือจะได้รับจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถยื่นฟ้องคดีนี้ได้โดยมิต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

จ. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ผ่านเงื่อนไขให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสรรพากรพื้นที่พร้อมงานผังบริเวณของกรมสรรพากร (ผู้ถูกฟ้องคดี) ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่เข้าเสนอราคาตามเวลาที่กำหนด เนื่องจากเห็นว่าราคากลางที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดไว้ไม่สามารถทำการก่อสร้างได้เป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองโดยมีหนังสือแจ้งให้ธนาคารผู้ค้าประกันส่งเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากำหนดเงื่อนไขการยึดหลักประกันซองในเอกสารประมูลจ้างก่อสร้างดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการบังคับข่มขู่ใจให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องทำการเสนอราคาเท่านั้น อันเป็นความผิด

ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนข้อกำหนดการยึดหลักประกันของดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เอกสารประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำสั่ง ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทั้งไม่ใช่คำสั่งที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีได้ทันทีที่ได้รับทราบคำสั่งนั้น

กล่าวโดยสรุป จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้น สรุปได้ว่ากรณีที่เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในขั้นตอนการจัดทำเอกสารหรือประกาศจัดซื้อจัดจ้าง นั้น เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ประกาศจัดซื้อจัดจ้างไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากสาเหตุต่าง ๆ โดยในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับประกาศจัดซื้อจัดจ้างซึ่งนำมาฟ้องต่อศาลปกครองว่าเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของประกาศจัดซื้อจัดจ้างไว้แตกต่างกัน ได้แก่

ก. วินิจฉัยว่าประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป เนื่องจากไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลผู้อยู่ในบังคับของประกาศดังกล่าว แม้จะมีผลใช้บังคับกับการซื้อหรือจ้างครั้งนั้นเป็นการเฉพาะก็ตาม

ข. เอกสารประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำสั่งที่ไม่ใช่คำสั่งที่อาจอุทธรณ์ได้

(2) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนการอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง

หนังสือของหน่วยงานทางปกครองที่แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประมูลเข้าทำสัญญาจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการยืนยันถึงการอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง อันเป็นการยืนยันคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (2) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 452/2554 กรณีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมเสนอราคาในการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โครงการจ้างเหมาก่อสร้างอาคารสำนักงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย และได้รับแจ้งจากเทศบาลว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดและเป็นผู้ชนะการประมูล แต่ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้เข้าทำสัญญาเนื่องจากเห็นว่าราคาดังกล่าวเป็นราคาที่ขาดทุนประมาณร้อยละ 40 ต่อมา เทศบาลตำบลจอหอมีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญา แต่ผู้ฟ้องคดีไม่

ประสงค์จะเข้าทำสัญญาตามที่ได้รับการแจ้งเตือน จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกการเสนอราคา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หนังสือของเทศบาลตำบลที่แจ้งเตือนให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการยืนยันถึงการอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้าง อันเป็นการยืนยันคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (2) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการประมูลของเทศบาลตำบลฯ ไม่ถูกต้องอย่างไร ก็จะต้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวกพ.อ.) ภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ตามข้อ 10 (5) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งจากเทศบาลตำบลฯ ว่าตนเป็นผู้ประมูลราคาต่ำสุดเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2553 แต่ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อเทศบาลตำบลฯ เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2553 จึงเป็นการยื่นอุทธรณ์เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ ประกอบกับไม่ปรากฏว่าเทศบาลตำบลฯ ได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายได้กำหนดไว้ก่อนการฟ้องคดี

(3) กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อหรือจัดจ้าง

คำสั่งยกเลิกการจัดซื้อหรือจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังกรณีต่อไปนี้

ก. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 367/2552 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีคำสั่ง ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ยกเลิกผลการประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาซื้อระบบสารสนเทศการประชุมคณะรัฐมนตรีแบบอิเล็กทรอนิกส์ (CABNET) ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประมูลได้ในราคาต่ำสุดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต่อมาได้มีการประกาศประกวดราคาในเรื่องดังกล่าวใหม่อีก ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งที่สั่งยกเลิกการประกวดราคาและประกาศประกวดราคาใหม่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ที่แจ้งยกเลิกการประกวดราคา ให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ถือเป็นการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาค่าเสนออันเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกรณีนี้มีกฎหมายเฉพาะ คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ข้อ 10 (5) กำหนดว่าในกรณีผู้มีสิทธิเสนอราคาที่เข้าสู่กระบวนการเสนอราคาไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาของหัวหน้าหน่วยงานที่จะจัดหาพัสดุหรือ

เห็นว่ามิเหตุอื่นใดอันควรร้องเรียนเพื่อความเป็นธรรม ให้อุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) ภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ทั้งนี้ ให้ กวพ.อ. พิจารณาอุทธรณ์หรือคำร้องเรียนให้เสร็จภายในสามสิบวัน...แต่เนื่องจากในการแจ้งคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ให้ผู้ฟ้องคดีทราบด้วยระยะเวลาในการอุทธรณ์จึงขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา 40 ประกอบกับ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวในวันที่ 26 ตุลาคม 2550 จึงเป็นการยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว และจากผลของการอุทธรณ์ดังกล่าว กวพ.อ. ต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ คือ ภายในวันที่ 25 พฤศจิกายน 2550 การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์จาก กวพ.อ. ภายในกำหนดดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ภายในเก้าสิบวันนับตั้งแต่วันที่ 26 พฤศจิกายน 2550 เป็นต้นไป การนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2551 จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีที่พ้นกำหนดเวลาในการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว

ข. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 266/2549 ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมเสนอราคาประมูลจ้างเหมางานโครงการก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปาขอนแก่นด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามประกาศของการประปาส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด และคณะกรรมการดำเนินการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์มีความเห็นให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประมูล แต่ผู้ถูกฟ้องคดีกลับประกาศยกเลิกการประมูลจ้างดังกล่าวโดยไม่ได้ให้เหตุผล ทั้งที่การประมูลเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศยกเลิกการประมูลจ้างดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศยกเลิกการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นการตั้งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหา จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจะต้องอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับคำสั่งตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีนี้โดยยังไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดี

ค. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/255 ผู้ฟ้องคดีได้เข้าร่วมเสนอราคาตามประกาศประมูลจ้างเหมาก่อสร้างถนนลูกรังเลียบคลองด้วยระบบบิโกลีทรอนิกส์ของเทศบาลตำบลชัยบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งยกเลิกการประมูลดังกล่าว โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีเสนอราคาต่ำกว่าราคากลางเกินกว่าร้อยละ 15 และผู้ถูกฟ้องคดีทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุดได้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ 29 มิถุนายน 2550 คัดค้านการยกเลิกการประมูลจ้างเหมาดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาอุทธรณ์ยื่นขึ้นตามคำสั่งเดิมที่ให้ยกเลิกการประมูล และมีหนังสือลงวันที่ 7 สิงหาคม 2550 รายงานผลการพิจารณาต่อผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ พร้อมกับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับผลการพิจารณาอุทธรณ์ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2550 ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประมูลจ้างเหมาก่อสร้างข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำสั่งที่ให้ยกเลิกการประมูลจ้างเหมาก่อสร้างดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำสั่งจะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่ง แต่โดยที่ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์ไว้จึงต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีและได้มีหนังสือลงวันที่ 7 สิงหาคม 2550 รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามข้อ 2 (10) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จอย่างช้าภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับรายงานตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ อย่างช้าภายในวันที่ 6 กันยายน 2550 การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2550 จึงยังอยู่ภายในระยะเวลาดำเนินการของผู้พิจารณาอุทธรณ์ ถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว

2) คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คดีพิพาทตามอนุมาตรา (3) นี้ เป็นกรณีฟ้องขอให้หน่วยงานทางปกครองคืนหลักประกันของที่ได้ยึดไว้ เนื่องจากผู้แทนของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาไปลงทะเบียนเสนอราคาไม่ทันตามเวลาที่กำหนด ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ผู้ฟ้องคดีเข้ายื่นซองประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างถนนและสะพานในเขตจังหวัดสุพรรณบุรีด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามประกาศของทางหลวงชนบทจังหวัดสุพรรณบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) โดยได้ผ่านขั้นตอนการพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคแล้วและได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา แต่ในวันเสนอราคาผู้แทนของผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับมอบอำนาจให้เข้าเสนอราคาไม่สามารถไปลงทะเบียนและเสนอราคาได้ทันเวลาที่กำหนดไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือแจ้งยึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีอำนาจยึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดี เพราะตามข้อกำหนดของหนังสือค้ำประกันของธนาคารกำหนดให้รับหลักประกันได้เฉพาะกรณีผู้ฟ้องคดีถอนใบเสนอราคาหรือไม่ไปลงนามในสัญญา นอกจากนั้น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองซึ่งจัดให้มีการประกวดราคายึดหลักประกันซองของผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ไม่ส่งผู้แทนเข้ายื่นซองเสนอราคา ประกอบกับการที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าร่วมยื่นซองเสนอราคาไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนหลักประกันซองให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ยึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีอำนาจยึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดีโดยดำเนินการตามข้อกำหนดของเอกสารประกวดราคาที่กำหนดว่า ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคาต้องเข้าร่วมเสนอราคา มิฉะนั้นผู้ถูกฟ้องคดีจะรับหลักประกันซอง จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีตามสัญญาทางแพ่งแต่อย่างใด

หมายเหตุ อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551 ที่ 658/2551 ที่ 660/2551 และที่ 95/2552 ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีฟ้องโต้แย้งการยึดหลักประกันซองของหน่วยงานทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ สรุปได้ว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อันเป็นการวินิจฉัยที่แตกต่างไปจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ข้างต้น โดยรายละเอียดของคำวินิจฉัยที่แตกต่างไปดังกล่าว จะได้นำเสนอต่อไปในหัวข้อคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

3) คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง¹⁵²

ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้ประสงค์จะเสนอราคาจะต้องวางหลักประกันซองและต้องลงชื่อในหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างโดยการประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย) โดยยื่นมาพร้อมกับการยื่นซองข้อเสนอทางด้านเทคนิค ดังนั้น การจัดซื้อหรือจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในขั้นตอนนี้ หากผู้เสนอราคาซึ่งผ่านคุณสมบัติเบื้องต้นและมาตรฐานทางเทคนิคอันเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่เข้าเสนอราคาตามเงื่อนไขของการจัดซื้อจัดจ้างตามที่ตนได้ลงชื่อไว้ หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถยึดหลักประกันซองตามเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างได้ ซึ่งข้อพิพาทที่เกิดจากการยึดหลักประกันซองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวนี้ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังต่อไปนี้

ก. กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาแต่แจ้งต่อหน่วยงานทางปกครองผู้จัดประกวดราคาว่าไม่ประสงค์จะเข้าเสนอราคา หน่วยงานทางปกครองจึงมีหนังสือแจ้งให้ส่งเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) ในการเข้าประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการมีหนังสือดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรมกับผู้ฟ้องคดี จึงยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้หน่วยงานทางปกครองเพิกถอนหนังสือดังกล่าว นั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดีและมีหนังสือให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) เป็นการใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาและเมื่อการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์จัดทำขึ้นเพื่อนำไปสู่การจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสรรพากร สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเอกสารประกวดราคาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานสรรพากรพื้นที่อ่างทองของกรมสรรพากร (ผู้ถูกฟ้องคดี) ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยได้นำหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารมาวางเป็นหลักประกันซอง และได้ลงนามในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดไว้ เมื่อผู้ฟ้องคดีผ่านเงื่อนไขการเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งกำหนดวัน เวลา ให้ผู้ฟ้องคดีมาเสนอราคา แต่โดยที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าราคากลางที่กำหนดไว้ต่ำเกินไป

¹⁵² จาก แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เรื่อง สัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐ (น. 18-26), โดย สำนักงานศาลปกครอง, 2552, กรุงเทพฯ.

ไม่สามารถทำการก่อสร้างได้ จึงมีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีในวันที่กำหนดให้เสนอราคาว่าไม่ประสงค์จะเสนอราคาและขอคืนหนังสือสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) แต่ไม่สามารถขอคืนได้ โดยต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันส่งเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีทำผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคาจ้าง กรม LOG IN เข้าสู่ระบบแล้วไม่ทำการเสนอราคา เป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการยึดหลักประกันของดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรมกับผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอน คำสั่งให้ยึดหลักประกันของดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีและมีหนังสือให้ธนาคาร ในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดี กรมจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา และโดยที่การออกประกาศประกวดราคาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานของผู้ถูกฟ้องคดีด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และดำเนินการให้มีการซื้อเอกสารประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนการจัดการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็เพื่อนำไปสู่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารข้างต้น ซึ่งถือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นการดำเนินกิจการทางปกครอง เมื่อหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะทำให้การดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล คือ ได้มาซึ่งผู้รับจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงานของหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดี หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ดังนั้นคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)¹⁵³ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และสำหรับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้

¹⁵³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่เรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันส่งเงินตามสัญญาค้ำประกันนั้น โดยที่การมีหนังสือดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญา มิได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย หนังสือดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นที่ศาลจะเพิกถอนได้ แต่การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอข้างต้นพอจะแปลเจตนาได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์จะให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีระงับการเรียกให้ธนาคารชำระเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนหลักประกันของให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ข. กรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคา แต่ในวันเสนอราคาผู้ฟ้องคดีไปไม่ทันเวลาลงทะเบียนเสนอราคา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยึดหลักประกันของและมีหนังสือแจ้งให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตามหนังสือค้ำประกัน ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งยึดหลักประกันของของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกคำสั่งยึดหลักประกันของและคืนหนังสือค้ำประกันแก่ผู้ฟ้องคดี นั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีด้วยการเข้าเสนอราคาและจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งยื่นหลักประกันของต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” และโดยที่สัญญาหลักประกันของดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีในสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของข้างต้นจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองประมูลงานจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการแผนกสถานีไฟฟ้าแรงสูงจังหวัดระยอง ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ผู้ถูกฟ้องคดี) ตามประกาศประมูลจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ถูกฟ้องคดี โดยประกาศดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขให้ผู้เสนอราคาต้องยื่นซองข้อเสนอมาร่วมกับยื่นหลักประกันของและหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หากผู้เสนอราคาที่ผ่านมามาตรฐานทางเทคนิคแล้วไม่ไปเสนอราคาหรือไปไม่ทันการลงทะเบียนเสนอราคา ผู้เสนอราคานั้นจะต้องถูกยึดหลักประกันของ ซึ่งภายหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคาแล้วปรากฏว่าในวันเสนอราคาผู้ฟ้องคดีไปไม่ทันเวลาลงทะเบียนเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีได้ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนหนังสือค้ำประกันของธนาคารซึ่งผู้ฟ้องคดีนำมาวางเป็นหลักประกันของแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉย หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตาม

หนังสือคำประกันให้แก่ผู้ผูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งยึดหลักประกันของของผู้ผูกฟ้องคดี ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ผูกฟ้องคดียกเลิกคำสั่งยึดหลักประกันของและคืนหนังสือคำประกันแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศของผู้ผูกฟ้องคดีข้างต้นนอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ผูกฟ้องคดีด้วยการเข้าเสนอราคาและจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์รวมทั้งยื่นหลักประกันของต่อผู้ผูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ผูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” และโดยที่สัญญาหลักประกันของดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ผูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ผูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีในสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของข้างต้นจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3¹⁵⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น กรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่ผู้ผูกฟ้องคดียึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ก. กรณีที่ผู้ผูกฟ้องคดีซึ่งได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ได้เข้าเสนอราคาตามวันเวลาที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองผู้จัดประกวดราคาได้กำหนดไว้ ผู้ฟ้องคดีจึงยึดหลักประกันของของผู้ผูกฟ้องคดี และมีหนังสือแจ้งให้ผู้ผูกฟ้องคดีและธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันของชำระเงินแก่ผู้ฟ้องคดีตามหนังสือคำประกันหลักประกันของ นั้น เป็นใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ผูกฟ้องคดีทำไว้กับผู้ฟ้องคดีและ

¹⁵⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบ หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อขายหรือการจ้างฯ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองจัดให้มีการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นเอกสารประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาจ้างปรับปรุงท่อจ่ายน้ำ ท่อบริการ และงานที่เกี่ยวข้องด้านลมน้ำสูญเสียด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ของการประปานครหลวง (ผู้ฟ้องคดี) โดยวางหลักประกันซองเป็นหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขของประกาศประกวดราคา และได้ทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อขายและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ร่วมกับผู้ฟ้องคดีและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ในหนังสือดังกล่าวว่าผู้ฟ้องคดีจะยึดหลักประกันซองของผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ไม่มาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวันเวลาที่กำหนด แต่หลังจากที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาแล้ว ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้เข้าเสนอราคาตามวันเวลาที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดไว้ ผู้ฟ้องคดีจึงยึดหลักประกันซองของผู้ถูกฟ้องคดีและมีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีและธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินแก่ผู้ฟ้องคดีตามหนังสือค้ำประกันหลักประกันซอง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีและธนาคารเพิกเฉย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีและธนาคารชดใช้เงินตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดียึดหลักประกันซองของผู้ถูกฟ้องคดี และมีหนังสือเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีและผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อขายและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำไว้กับผู้ฟ้องคดีและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบ หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อขายหรือการจ้างฯ อันเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองจัดให้มีการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าว

จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ง. กรณีที่ผู้ฟ้องคดียื่นเอกสารประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาแล้วแต่ยังไม่มี การลงนามในสัญญาสามฝ่าย ต่อมาในวันประมูล ผู้ฟ้องคดีไปลงทะเบียนเพื่อทำการประมูลไม่ทัน ตามกำหนดเวลา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยึดเงินหลักประกันของนั้น แม้ผู้ฟ้องคดีจะยังไม่ได้ทำหนังสือลงนามสามฝ่ายหรือทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดีก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำเสนอตามแบบใบยื่นข้อเสนอการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ตามเอกสารการประมูลที่แนบท้ายประกาศประมูลงานจ้างและผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมการประมูลงานดังกล่าวได้แล้วนั้น ย่อมถือได้ว่าเกิดเป็นสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นแล้วและโดยที่สัญญาดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และเป็นสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีตกลงที่จะเข้าประกวดราคาในงานจ้างก่อสร้างถนนซึ่งเป็นสิ่งสาธารณูปโภคกับผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 ผู้ฟ้องคดีซื้อเอกสารประมูลงานจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ถูกฟ้องคดีและได้ยื่นเอกสารประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาดังกล่าว แต่ยังไม่มีการลงนามในสัญญาสามฝ่าย ต่อมาในวันประมูล ผู้ฟ้องคดีไปลงทะเบียนเพื่อทำการประมูลไม่ทันตามกำหนดเวลา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยึดเงินหลักประกันของ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การยึดเงินหลักประกันของไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินหลักประกันของแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศเรื่องประมูลงานจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์จ้างเหมาก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก โดยผู้ฟ้องคดีสนใจจะเข้าร่วมประมูลและได้มาซื้อเอกสารการประมูลงานของโครงการแล้วได้ยื่นซองเอกสารเกี่ยวกับคุณสมบัติพร้อมหลักประกันของของโครงการดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีได้ตรวจสอบคุณสมบัติแล้วได้มีประกาศให้ผู้ฟ้องคดีผ่านคุณสมบัติเป็นผู้ที่สามารถเข้าเสนอราคาได้ แม้ผู้ฟ้องคดีจะยังไม่ได้ทำหนังสือลงนามสามฝ่ายหรือทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดีก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำเสนอตามแบบใบยื่นข้อเสนอการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ตามเอกสารการประมูลที่แนบท้ายประกาศประมูลงานจ้างของผู้ถูกฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีได้ตกลงยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมการประมูลงานดังกล่าวได้แล้วนั้น ย่อมถือได้ว่าเกิดเป็นสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วย

วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นแล้ว และโดยที่สัญญาดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นราชการ ส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และเป็นสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีตกลงที่จะเข้าประกวดราคาในงานจ้างก่อสร้างถนนซึ่งเป็นถึงสาธารณูปโภคกับผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองไปโดยไม่ชอบและไม่เป็นธรรม จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองในหัวข้อที่ผ่านมาพบว่ามีข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการวินิจฉัยถึงการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองในกระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ศาลได้มีคำวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญาในกระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสองแนวทาง

แนวทางแรก ศาลวินิจฉัยว่า เมื่อผู้เสนอราคาตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาด้วยการเข้าเสนอราคาและจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งยื่นหลักประกันซองต่อหน่วยงานดังกล่าว จึงถือว่าผู้เสนอราคาได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา และก่อให้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551, ที่ 658/2551 และที่ 660/2551) โดยเฉพาะตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 ได้เรียกสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวว่า “สัญญาหลักประกันซอง”

แนวทางที่สอง ปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ยังไม่มีการลงชื่อในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังเช่นทั้งสามคำวินิจฉัยข้างต้น แต่ศาลวินิจฉัยว่า แม้ผู้เสนอราคาจะยังไม่ได้ทำหนังสือลงนามสามฝ่ายหรือทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาก็ตาม แต่การที่ผู้เสนอราคาได้ยื่นคำเสนอตามแบบใบยื่นข้อเสนอการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ตามเอกสารการประมูลที่แนบท้ายประกาศประมูลงานจ้างของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาและหน่วยงานดังกล่าวได้ตกลงยินยอมให้ผู้เสนอราคาเข้าร่วมการประมูลงานดังกล่าว ได้แล้วนั้น ย่อมถือได้ว่าเกิดเป็นสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า “สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” ขึ้นแล้ว

ประการที่สอง ศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง แต่การให้เหตุผลของการเป็นสัญญาทางปกครองแตกต่างกัน

แนวทางแรก ศาลวินิจฉัยถึงการเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของสัญญาที่เกิดขึ้นว่าเป็นไปตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 6/2544 หรือไม่ โดยปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551 ที่ 658/2551 และที่ 660/2551 ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยที่มีแนวทางใกล้เคียงกันว่า เมื่อสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

แนวทางที่สอง ศาลได้วินิจฉัยถึงการเป็นสัญญาทางปกครองที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ ศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญาที่ผู้เสนอราคาตกลงที่จะเข้าประกวดราคาในงานจ้างก่อสร้างถนน ซึ่งเป็นสิ่งสาธารณูปโภคกับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าศาลได้วินิจฉัยถึงการเป็นสัญญาทางปกครองโดยพิจารณาแต่เพียงว่า หากสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นการตกลงจะเข้าประกวดราคาในงานจ้างก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ก็ย่อมมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยศาลไม่ได้พิจารณาถึงข้อกำหนดของสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐที่มีอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนดังเช่นที่กล่าวไว้ตามคำวินิจฉัยในแนวทางแรกแต่อย่างใด

ประการที่สาม แม้ศาลปกครองจะวินิจฉัยวางหลักว่าสามารถเกิดสัญญาขึ้นได้ในกระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (บางคำวินิจฉัยเรียกว่า “สัญญาหลักประกันซอง”) แต่สัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวก็อาจไม่ใช่สัญญาทางปกครองเสมอไป กล่าวคือ หากสัญญาซื้อหรือจ้างที่จะจัดทำต่อไป (สัญญาหลัก) ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง สัญญาที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาพัสดุฯ ก็ย่อมมีลักษณะเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง ดังปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551 ซึ่งวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างปรับปรุงภูมิทัศน์และระบบระบายน้ำโดยรอบบริเวณอาคารเรียนที่จัดสร้างใหม่ ซึ่งเป็นสัญญาหลักในอนาคตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ผู้ฟ้องคดี) จัดให้มีการประกวดราคาจ้างก่อสร้างโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นสัญญาหลักประกันซองระหว่างจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยกับผู้มีสิทธิเสนอราคาที่ไม่เข้าเสนอราคาจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยสภาพ กรณีพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลักประกันซอง จึงไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

ทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ประการที่สี่ แม้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่กล่าวมาจะวินิจฉัยเป็นการวางหลักว่าสามารถเกิดสัญญาทางปกครองขึ้นได้ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ในขั้นตอนของการคัดเลือกผู้เสนอราคา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่สามารถเกิดสัญญาทางปกครองขึ้นในขั้นตอนอื่นได้อีก ทั้งนี้ เนื่องจากคดีพิพาทที่นำมาฟ้องต่อศาลที่ผ่านมามีเพียงข้อพิพาทที่เกิดจากการยึดหลักประกันของอันเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการคัดเลือกผู้เสนอราคาเท่านั้น ดังนั้น ในขั้นตอนการจัดทำสัญญา หากเกิดกรณีที่ผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาตามหนังสือแจ้งของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาดังกล่าวด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ปฏิเสธการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาดังกล่าวก็อาจเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในขั้นตอนนี้ขึ้นได้เช่นเดียวกัน

ประการที่ห้า แม้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่กล่าวมาจะวินิจฉัยว่า กรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองผู้จัดประกวดราคายึดหลักประกันของของผู้เสนอราคาเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ในขณะเดียวกันได้ปรากฏกรณีที่ศาลวินิจฉัยในแนวทางที่แตกต่างออกไป โดยปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ซึ่งวินิจฉัยว่า หนังสือของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่ให้ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้ จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำฟ้องนี้เข้าลักษณะเป็นคดีปกครอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิใช่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามสัญญาทางแพ่ง

บทที่ 4

ปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ศึกษากรณีการฟ้องคดีและการรับหลักประกันของ

การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนก่อนการทำสัญญากับส่วนราชการนั้นมีกระบวนการซึ่งอาจเป็นผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่มีอาชีพรับจ้างหรือขายสินค้ารวมทั้งมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นตั้งแต่กระบวนการประกาศประกวดราคาตลอดจนการดำเนินการในขั้นตอนการทำสัญญากับทางราชการซึ่งผู้เขียนจึงได้แยกวิเคราะห์ปัญหาแล้วแนวทางการแก้ไขไว้ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

ประกาศจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคาซึ่งอาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอาชีพในการจำหน่ายสิ่งของหรือรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ เช่น กรณีที่มีการโต้แย้งว่าประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะเป็นการเลือกปฏิบัติ เอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคาบางราย ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าประกวดราคาโดยมีการนำคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคาดังกล่าว แต่ปรากฏว่ามีปัญหาในการปรับบทกฎหมายเข้ากับประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

4.1.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนก่อนการทำสัญญากับส่วนราชการนั้น ส่วนราชการยังคงมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐ การดำเนินการดังกล่าวยังถูกต้องสอดคล้องกับโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ซึ่งถือปฏิบัติควบคู่ไปกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบอื่นของหน่วยงานนั้น ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง กล่าวคือ ในการจัดซื้อจัดจ้าง ส่วนราชการต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน การจำกัดหรือกีดกันผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งจะกระทำมิได้ หน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต้องมีการเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างทุกขั้นตอนและพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพ

หรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของส่วนราชการมากที่สุด ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ จึงเสมือนเป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ส่วนราชการว่า จะต้องดำเนินการเป็นประการใด การใช้อำนาจหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียว อันเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐซึ่งอาศัยอำนาจตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ จึงต้องไม่เป็นการกำหนดคุณสมบัติอันเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เสนอราคา โดยไม่อาจจะประกาศเลือกคู่สัญญาได้อย่างอิสระเหมือนอย่างเช่นเอกชน เช่น จะมีการกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่าจะจัดซื้อหรือจัดจ้างจากผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดไม่ได้ ประกาศประกวดราคาที่เป็นธรรมนอกจากจะส่งผลให้ผู้ยื่นข้อเสนอขอรับจ้างสามารถแข่งขันกันเสนอราคาอย่างเป็นธรรมตามหลักความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐแล้ว รัฐยังได้ประโยชน์สูงสุดจากการแข่งขันโดยมีโอกาสพิจารณาคัดเลือกเอกชนรายที่เหมาะสมและไว้วางใจได้ว่ามีความสามารถที่จะจัดหาพัสดุให้ตรงกับความต้องการของทางราชการ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดหาพัสดุซึ่งเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพนั่นเอง ดังนั้น ประกาศประกวดราคาจึงมิใช่เป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้มีการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น แต่ยังสามารถกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคาซึ่งอาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอาชีพในการจำหน่ายสิ่งของหรือรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ เช่น กรณีที่มีการโต้แย้งว่าประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะเป็นการเลือกปฏิบัติ เอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคารายบางราย ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือไม่สามรถเป็นผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคา รับจ้างหรือขายของกับหน่วยงานทางปกครองได้ ทั้งเป็นการขัดกับความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐที่จะต้องมีการเรียกให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกันตามทฤษฎีว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนหลักว่าด้วยความเสมอภาค (principe d' égalité) และหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ที่มุ่งเน้นให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องดำเนินการโดยเปิดเผยและเป็นธรรม คำนึงถึงคุณภาพพัสดุ การฟ้องขอเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นการกระทำก่อนที่จะเกิดสัญญากับหน่วยงานของรัฐไม่ว่าสัญญาที่จะทำกันตามประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งประกาศประกวดราคาก็ ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียว อันอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองทั้งสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบสิทธิของตน ตรวจสอบกระบวนการ

ตัดสินใจ หรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาพัสดุของหน่วยงานทางปกครอง ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

การฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือ คำสั่งนั้น เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับ โดยสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองจะกำหนดให้มีผลย้อนหลัง หรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแก่กรณี โดยในส่วนการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 กำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับคำสั่ง อันเป็นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองให้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่งก่อนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาต่อศาลปกครอง โดยหากนำคดีขึ้นมาฟ้องโดยไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองดังกล่าว ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง อันเป็นเงื่อนไขในการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนกฎนั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎ สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งก่อนแต่อย่างใด

สถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างจะมีสถานะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น สำหรับการนำคดีมาฟ้องต่อองค์กรศาลปกครองจึงต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามของ คำสั่งทางปกครอง แม้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัตินิยามของคำสั่งทางปกครองไว้ แต่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีนิยามอยู่ในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออก กฎ

นอกจากนี้ยังปรากฏ คำสั่งทางปกครอง ตามความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครอง ได้บัญญัติเป็นกรณีไปอันได้แก่ กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการ จัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

(ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้างแลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิ ประโยชน์

(ข) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(ค) การตั้งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะ เดียวกัน

(ง) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

ส่วน “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้คำจำกัดความไว้ ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

โดยเมื่อพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว ประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่มีความมุ่งหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี เช่น หน่วยงานของรัฐ ประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์เพื่อจัดซื้อรถยนต์บรรทุกน้ำดับเพลิงแบบอเนกประสงค์ โดยกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะพัสดุที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการบางรายและกีด กันผู้ฟ้องคดีไม่ให้เข้าแข่งขันในการเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้เพิกถอนประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์ดังกล่าว เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประกาศประกวด ราคาโดยปรับเข้ากับนิยามของคำสั่งทางปกครองและกฎตามตัวบทกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ ว่า ประกาศประมูลซื้อครุภัณฑ์มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้มีสิทธิ เสนอราคาตลอดจนเงื่อนไขวิธีการในการเสนอราคา โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลหนึ่ง บุคคลใดเป็นการเฉพาะอันเข้าลักษณะนิยามของ กฎ ในส่วนนิยามว่า กฎ ต้องมีผลใช้บังคับกับ บุคคลทั่วไป แต่ประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีความประสงค์ให้ใช้บังคับกับการประมูลซื้อ รถยนต์ดับเพลิงครั้งนี้ครั้งเดียวจึงไม่เข้าองค์ประกอบของการเป็น “กฎ” ในส่วนที่กฎต้องโดยไม่มุ่ง หมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่เป็นลักษณะเฉพาะของนิยามของ คำสั่ง ทางปกครอง ประกาศประกวดราคาจึงมีลักษณะเป็นการผสมผสานซึ่งยากที่ประชาชนทั่วไปจะ เข้าใจได้ว่า ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างควรจะถือว่าเป็น คำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ ปัญหา

สถานะของประกาศประกวดราคาค้างกล่าวนอกจากนำมาซึ่งความสับสน ในด้านผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศประกวดราคาที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองยังก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานกับทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จัดทำประกาศประกวดราคาเองซึ่งหากฝ่ายปกครองเห็นว่า ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองจะมีความเคร่งครัดกว่า ทั้งนี้ตามที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกทั้ง แม้แต่องค์กรศาลปกครองผู้ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเองก็มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของประกาศประกวดราคาออกเป็นหลายแนวทาง เช่น วินิจฉัยว่า ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นเพียงการชี้ชวน โดยมีการกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของที่ต้องการจะจัดซื้อจัดจ้างรวมทั้งกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคาเท่านั้น และแม้จะกำหนดเกณฑ์ของวัสดุไว้แต่ก็เป็นวัสดุที่ผู้เข้าแข่งขันทุกรายสามารถที่จะหาได้ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ในขณะที่เสนอราคาหาได้มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยเฉพาะแต่อย่างใดไม่¹⁵⁵ ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิหรือเสรีภาพในการเข้าเสนอราคาของผู้ฟ้องคดี¹⁵⁶ ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นคำสั่งทั่วไปของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่กำหนดคุณสมบัติกว้าง ๆ ไว้ เพื่อให้ผู้มีคุณสมบัติตามคำสั่งที่ประสงค์จะเสนอตัวเข้าเป็นคู่กรณีกับหน่วยงานของรัฐทราบและมีสิทธิที่จะเสนอราคาตามเงื่อนไขและเวลาที่หน่วยงานของรัฐกำหนด¹⁵⁷ ประกาศประกวดราคาจ้างเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองที่แม้ว่าจะมีผลเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจงตัวบุคคลก็ตาม แต่ก็มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ใช้บังคับกับการประกวดราคาจ้างบริการงานด้านไฟฟ้าฯ เฉพาะครั้งนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ¹⁵⁸ ประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็น คำสั่ง ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทั้งไม่ใช่คำสั่งที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

¹⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 806/2548.

¹⁵⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.220/2549.

¹⁵⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.138/2549.

¹⁵⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 57/2554.

ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีได้ทันทีที่ได้รับทราบคำสั่งนั้น¹⁵⁹ ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแต่อย่างใด อีกทั้งมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ โดยสภาพผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจเป็นกรณีที่ได้รับความเสียหายให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยมิต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์และรอผลการพิจารณาอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹⁶⁰ เป็นต้น

ในระบบกฎหมายในต่างประเทศ เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แยกประเภทของคำสั่งทางปกครองเพื่อขยาย และยืดหยุ่นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองไว้โดยในกรณีที่เป็นกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง (Concrete) แต่มีลักษณะเป็นการทั่วไปคือกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ (General) ซึ่งเรียกว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) ถือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง โดยได้ระบุว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวน หรือคำสั่งห้ามมิให้บุคคลเข้าไปในบริเวณอาคารที่ชำรุด หรือคำสั่งห้ามขับรถผ่านถนนที่กำหนดไว้ เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องหรือเป็นรูปธรรมและใช้บังคับกับบุคคลที่ขณะออกกฎข้อบังคับนั้น ไม่อาจกำหนดจำนวนได้แน่นอน เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) และถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ระบบกฎหมายของไทย โดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีเพียงการกำหนดนิยามของกฎ และคำสั่งทางปกครองไว้เท่านั้น โดยคำสั่งทางปกครองไม่มีการแยกย่อย ออกมาเป็นประเภทเหมือนในระบบกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว โดยเมื่อประกาศประกวดราคามีลักษณะทางกฎหมายระหว่าง นิยามของคำสั่งทางปกครองและกฎ จึงทำให้เกิดความสับสนในสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคา ว่ามีสถานะทางกฎหมายเป็นอะไร ระหว่าง กฎ หรือ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีเงื่อนไขในการฟ้องคดีที่แตกต่างกันกล่าวคือ หากประกาศประกวดราคา เป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์โดยแจ้งประกาศประกวดราคานั้นต่อหน่วยงานของรัฐที่ประกาศจัดซื้อจัดจ้างก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง แต่หากประกาศประกวดราคามีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ผู้ฟ้องคดีจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ในทันทีโดยไม่ต้องอุทธรณ์ได้แจ้งก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

¹⁵⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551.

¹⁶⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 367/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 164/2551.

อย่างไรก็ตาม แม้ในทางวิชาการ นักวิชาการหลายท่าน จะให้นิยามคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ เช่น คำสั่งทางปกครองทั่วไป เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง มีผลมุ่งหมายต่อกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่สามารถกำหนดได้ตามลักษณะทั่วไปของกลุ่มบุคคลนั้น หรือเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่กำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของทรัพย์สินในทางกฎหมายมหาชนหรือเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินมหาชนดังกล่าวโดยทั่วไป เช่น มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นประกาศแสดงเขตเพลิงไหม้ โดยมีแผนที่สังเขปแสดงแนวเขตเพลิงไหม้ ประกาศเขตเพลิงไหม้ดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป¹⁶¹ คำสั่งทางปกครองทั่วไป หมายถึง การแสดงเจตนาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง โดยกฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดขึ้นนั้นมีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและเกิดผลกับบุคคลเป็นการทั่วไป ซึ่งโดยสภาพแล้วคำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะใกล้เคียงกับกฎ จึงควรที่จะนำเอาหลักเกณฑ์สำหรับคำสั่งทางปกครองมาใช้เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของเรื่อง¹⁶² คำสั่งทางปกครองทั่วไป มีลักษณะกำกวมระหว่าง คำสั่งทางปกครอง และกฎ เพราะว่ามีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้าเป็นเรื่องกฎเกณฑ์ที่กำหนดที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่กำหนดจำนวนผู้รับไม่ได้ ตัวอย่าง เช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวนหรือห้ามไม่ให้เข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุด ลักษณะของคำสั่งดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เป็นรูปธรรม โดยไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้แน่นอนหรือยังไม่อาจเจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง หรือไม่อาจทราบล่วงหน้าได้ว่าผู้ใดจะเข้าร่วมเดินขบวนหรือเข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุด จึงมีลักษณะห้ามบุคคลทั่วไป¹⁶³ แต่ก็ไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเกิดปัญหาเรื่องการปรับใช้กับคดีได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น

¹⁶¹ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 28 – 29), โดย บรรณเจติ สิงคะเนติ, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁶² ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น. 133). เล่มเดิม.

¹⁶³ กฎหมายปกครอง (น. 40 - 41). เล่มเดิม.

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

จากปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา ตลอดจนเงื่อนไขวิธีการในการเสนอราคา โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะอันเข้าลักษณะนิยามของ กฎ ในส่วนนิยามว่า กฎ ต้องมีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีความประสงค์ให้ใช้บังคับกับการประกวดราคานี้ครั้งเดียว จึงไม่เข้าองค์ประกอบของการเป็น “กฎ” ในส่วนที่กฎต้อง โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่เป็นลักษณะเฉพาะของนิยามของ คำสั่งทางปกครอง จึงมีปัญหาในการปรับบทกฎหมายของสถานะของประกาศประกวดราคา ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่มีแนวความคิด หลักการและทฤษฎีที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ ดังนี้

ระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า ระบบกฎหมายเยอรมัน คำสั่งทางปกครอง มีนิยามอยู่ในมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 โดยแยกองค์ประกอบของ คำสั่งทางปกครองได้เป็น 6 ประการ คือ 1) คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ 2) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 3) เป็นกฎเกณฑ์ 4) เป็นการใช้อำนาจปกครอง 5) มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก 6) เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง โดยในส่วนขององค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองที่ต้องเป็นการกำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะเรื่องนั้น หมายถึง เป็นการออกคำสั่ง ใบอนุญาต ให้แก่เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง และเฉพาะข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้ ข้อพิจารณาดำหรับองค์ประกอบข้อนี้สรุปได้ คือ กรณีเฉพาะเรื่อง หมายถึง นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมและระบุถึงตัวผู้รับนิติกรรมให้กระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมจำนนต่อสิ่งใด เช่น การออกใบอนุญาตประกอบการต่าง ๆ และการระบุตัวผู้รับนิติกรรมเฉพาะราย หมายถึงรวมถึง กลุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วย เช่น คำสั่งให้สลายการชุมนุม ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง คือ ผู้ที่ร่วมชุมนุมในเวลานั้น

ส่วนคำสั่งทั่วไปทางปกครอง มาตรา 35 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มีการกำหนดนิยามของ คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม (Concrete) แต่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ อันมีลักษณะเป็นการยึดหยุ่นองค์ประกอบ คำสั่งทางปกครองโดยได้มีการบัญญัติคำว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็น คำสั่งทางปกครองด้วย เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่เดินขบวน หรือห้ามไม่ให้ประชาชนเข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุด ซึ่งลักษณะของคำสั่งดังกล่าวเป็น

ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เป็นรูปธรรม และไม่อาจทราบล่วงหน้าว่าผู้ใดจะเข้าร่วมเดินขบวนบ้าง ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้แน่นอนหรือยังไม่เจาะจงตัวผู้รับคำสั่ง จึงมีลักษณะเป็นการห้ามบุคคลเป็นการทั่วไป นอกจากนี้ เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องหรือเป็นรูปธรรม และใช้บังคับกับบุคคลที่ขณะออกกฎข้อบังคับนั้น ไม่อาจกำหนดจำนวนได้แน่นอน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี วินิจฉัยว่า เครื่องหมายและสัญญาณไฟจราจรเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfügung) และถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นการช่วยกำหนดสิทธิของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิให้แจ้งชัดในการอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อองค์กรผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองภายในอำนาจบริหารและอำนาจฟ้อง เป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) หรือกรณีการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) จะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่กำหนดว่า ในกรณีที่คำสั่งซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือก่อภาระผู้รับคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ การเสนอคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครองในคดีเจ้าหน้าที่ปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่ง ศาลปกครองอาจไม่รับคำฟ้องในคดีทั้งสองประเภทไว้พิจารณาโดยปราศจากการอุทธรณ์ภายในก่อนฟ้องคดีได้ หลักการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบอุทธรณ์บังคับ¹⁶⁴ สำหรับการพิจารณาทางปกครองต่อคำสั่งทั่วไปทางปกครองนั้น โดยหลักแล้วคำสั่งทั่วไปทางปกครองสามารถถูกเพิกถอนได้ทำนองเดียวกันกับคำสั่งทางปกครอง ก็ต่อเมื่อได้มีการอุทธรณ์คำสั่งทั่วไปทางปกครองแล้ว¹⁶⁵

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะมีการยอมรับการมีอยู่ของคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่ก็มีสถานะเป็นเพียงประเภทหนึ่งของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่ได้มีการแยกต่างหากจากนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว โดยนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสประกอบไปด้วย กฎ และคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น คำสั่งทั่วไป

¹⁶⁴ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 375). เล่มเดิม.

¹⁶⁵ F .Kopp/Ramsauer, VwVfG Komm, München 2003 §35 Rn. 102a. อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, คำสั่งทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 48). เล่มเดิม.

ทางปกครองจึงเป็นเพียงคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีผลทางกฎหมายไม่แตกต่างกับคำสั่งทางปกครอง¹⁶⁶ และในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับเรื่องการร้องขอศาลปกครองฝรั่งเศสพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ เช่น เกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน โดยวินิจฉัยว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคาในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และขัดกับหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อผู้เข้าเสนอราคา ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีผลให้กระบวนการประกวดราคาต้องเสียไป จึงเห็นได้ว่าประกาศประกวดราคาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีการแบ่งออกเป็นประเภทเหมือนอย่างเช่นระบบกฎหมายเยอรมัน แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไม่ได้ประสบปัญหาในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเนื่องจากโดยหลักแล้ว คู่กรณีหรือผู้เสียหายอาจอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ หรืออาจอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและฟ้องศาลปกครองพร้อม ๆ กันก็ได้

จากการศึกษาระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ประกาศประกวดราคา มีลักษณะระหว่างคำสั่งทางปกครองและกฎ เพราะมีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวผู้รับคำสั่งไว้ล่วงหน้า เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ที่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ จึงเป็นปัญหาการปรับบทกฎหมายตามคำนิยามของคำสั่งทางปกครองหรือกฎในระบบกฎหมายไทย จึงควรแก้ไขปัญหาคำสั่งทางปกครองของเยอรมันและระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหของประเทศไทย ดังนี้

ผู้เขียนเห็นว่า ควรบัญญัตินิยามของ คำสั่งทางปกครองทั่วไป ไว้เป็นลยลักษณ์อักษรเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2339 เหมือนอย่างเช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดให้คำสั่งทั่วไปทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่งโดยบัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไป หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายปกครองมีผลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลเป็นการทั่วไป แต่มีผลบังคับแก่ข้อเท็จจริงกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามแม้การเพิ่มเติมนิยามของคำสั่งทางปกครองทั่วไป ไว้เป็นลยลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2339 เหมือนอย่างเช่น ในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นอกจากจะเป็นการแก้ไขปัญหสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคา

¹⁶⁶ นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส (น. 269-308). เล่มเดิม.

แล้วยังเป็นการแก้ปัญหา คำสั่งในลักษณะเดียวกันที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เช่น ตามกฎหมายควบคุมอาคาร กรณีประกาศห้ามประชาชนเข้าเขตเพลิงไหม้ หรือตามกฎหมายจราจร กรณีสัญญาณไฟจราจร เป็นต้น แต่การเพิ่มเติมกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือกระบวนการซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอสมควร ดังนั้น ในเบื้องต้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการตัดสินใจทั้งก่อนและหลังการตัดสินใจให้เป็นคำสั่งทางปกครอง¹⁶⁷ ที่เดิมกำหนดเฉพาะ (ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ข) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ค) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (ง) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง โดยเพิ่มการประกาศจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นคำสั่งทางปกครองด้วยจึงเป็นการแก้ไขปัญหาที่มีความรวดเร็วกว่า ซึ่งเมื่อประกาศประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองก็จะอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองสอดคล้องกับหลักทฤษฎีว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญาได้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹⁶⁸ ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการออกประกาศจัดซื้อจัดจ้าง เป็นแนวทางในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครองและเป็นแนวทางในการฟ้องคดีของกลุ่มที่นำมาฟ้องต่อไป ทั้งยังสอดคล้องกับการกำหนดให้คำสั่งทั่วไปทางปกครองถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการช่วยกำหนดสิทธิของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิให้ชัดเจนในเรื่องการอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อองค์กรผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองภายในอำนาจบริหารและอำนาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ผู้รับคำสั่งสามารถโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้ เช่นเดียวกับการเสนอคำฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง โดยคู่กรณีต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปกระทบสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง

¹⁶⁷ สิทธิการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (น. 221). เล่มเดิม.

¹⁶⁸ คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญากับทางราชการ (น. 240). เล่มเดิม.

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างและแนวทางการแก้ไขปัญหา

ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งประกาศประกวดราคาดังกล่าวก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองหรือไม่และแนวทางในการแก้ไขมี ดังนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในกรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง

ปัญหาว่าการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่นั้น เป็นปัญหาอันสืบเนื่องมาจากปัญหาความไม่ชัดเจนของสถานะทางกฎหมายของประกาศจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันเกิดจากการไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรครอบคลุมถึงประกาศประกวดราคาดังกล่าวตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ในหัวข้อ 4.1 จึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า การฟ้องเพิกถอนประกาศประกวดราคาต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้ ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด ก่อนโดยปัญหาจากสถานะของประกาศประกวดราคาที่ไม่อาจปรับบทกฎหมายเข้าองค์ประกอบของนิยามของคำสั่งทางปกครองเนื่องจากมีลักษณะทางกฎหมายระหว่างคำสั่งทางปกครองและกฎ ซึ่งมีผลทำให้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยเกี่ยวกับการการอุทธรณ์โต้แย้งประกาศประกวดราคาไว้แตกต่างกัน เช่น วินิจฉัยถึงสถานะของประกาศประกวดราคาอ้างว่าเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อุทธรณ์ก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาลและมิได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ โดยสภาพผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจเป็นคู่กรณีที่ได้รับแจ้งให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยมิต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์

ก่อนฟ้องคดี¹⁶⁹ ส่วนแนวทางที่สอง วินิจฉัยว่า เอกสารประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำสั่ง ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทั้งไม่ใช่คำสั่งที่อาจอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีได้ทันทีที่ได้รับทราบคำสั่งดังกล่าว เป็นต้น¹⁷⁰

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางในการเตรียมการและการดำเนินการในชั้นเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง มาตรา 44 กำหนดว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณีซึ่งก็คือ ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว โดยหากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงไม่อาจทราบได้ว่าจะต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อใคร โดยจะมีผลทำให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาประโยชน์ของ แนวความคิดของระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลแล้วนั้น จะเห็นได้ว่านอกจากเป็นการเปิดโอกาสให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาทบทวนหรือแก้ไขคำสั่งของตน ยังเป็นการลดปริมาณคดีที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งแม้จะส่งผลเป็นการจำกัดการใช้สิทธิตามปกติของคู่กรณีที่จะนำคดีมาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองบ้างก็ตาม แต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจยุติในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำคำสั่ง โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เป็นต้น

4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องขอเพิกถอนประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

เมื่อผู้เขียนเห็นควรเสนอแก้ไขปัญหาสถานะของประกาศประกวดราคาโดยเสนอเพิ่มเติมให้ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย กระทั่งฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ

¹⁶⁹ ศาลปกครองสูงสุดที่ 165/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 367/2552.

¹⁷⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551.

เมื่อประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว แนวทางการแก้ไขปัญหาก็เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คือ ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินการอุทธรณ์ประกาศประกวดราคาก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองหรือไม่นั้น จึงถือถูกแก้ไขไปโดยปริยายด้วยสถานะของประกาศประกวดราคา กล่าวคือ เมื่อประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง รวมถึงการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์จึงต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยผู้ฟ้องคดีจึงต้องอุทธรณ์ประกาศประกวดราคาดังกล่าวตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่บัญญัติให้ ในกรณีที่มิมีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่ง ทั้งเป็นการลดปริมาณคดีที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกทางหนึ่งด้วยหากฝ่ายเจ้าหน้าที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ของคู่กรณี

4.3 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการริบหลักประกันของและแนวทางการแก้ไขปัญหา

หน่วยงานทางปกครองไม่ได้มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาเหมือนกับเอกชนทั่วไป การแสวงหาหรือการเลือกคู่สัญญานั้น มีกระบวนการที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนด คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า ด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า ด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2549 เป็นต้น โดยกระบวนการเลือกคู่สัญญานั้น จะยังไม่เกิดสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องการตามที่ประสงค์ในประกาศประกวดราคา ข้อพิพาทเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น ไม่ว่าจะเป็นการประกาศประกวดราคา การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง การอนุมัติสั่งซื้อ สั่งจ้างการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกันการดำเนินการดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียว อันเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ดังนั้นข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของส่วนราชการไม่ว่าสัญญาที่มุ่งจะจัดทำนั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม จึงเป็นคดีพิพาทซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น กรณีจึงต้องวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของการริบหลักประกันของว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทาง

ปกครองหรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา และหากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับเป็นสัญญาแล้ว ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง

4.3.1 ปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายของข้อพิพาทเกี่ยวกับ การริบหลักประกันของ หลักประกันของนั้นกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันที่ผู้เสนอราคาให้ไว้แก่ส่วนราชการ ผู้จัดซื้อจัดจ้างเพื่อเป็นการรับรองว่า จะเข้าสู่กระบวนการประกวดราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกวดราคาตามที่ส่วนราชการกำหนด โดยยอมผูกพันตนในการเข้าร่วมประกวดราคาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศประกวดราคาซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จนเสร็จสิ้นกระบวนการ โดยไม่สามารถถอนตัวออกจากประกาศประกวดราคา ทั้งนี้เพื่อให้การดำเนินการเสนอราคามีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรมและมากรายที่สุด ป้องกันไม่ให้มีการสมยอมกันเสนอราคา โดยถอนตัวออกจากการเสนอราคาในวันที่กำหนดให้เสนอราคาอันเป็นการเอื้อประโยชน์ผู้เสนอราคารายอื่นให้ชนะการประกวดราคา ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้พัสดุที่ดีที่สุดหรือราคาเหมาะสมตามถูกต้องตามความต้องการของหน่วยงานรัฐ และอาจนำมาซึ่งการยกเลิกการประกวดราคา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง อันขัดกับหลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ (principe de continuité) และเนื่องจากการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานตั้งแต่เริ่มต้นการจัดหาจนกว่าจะได้ผู้ชนะราคา หรือจนกว่าการพิจารณาจะเสร็จสิ้นแล้วแต่กรณี ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายทางด้านการเตรียมทรัพยากรทางด้านบุคคล ด้านเอกสาร ด้านสถานที่ ด้านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ด้านการคัดเลือกผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ หลักประกันของจึงเป็นหลักประกันความเสียหายในกรณีดังกล่าวอีกด้วย

สำหรับหลักประกันของในกระบวนการจัดหาพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-Auction นั้น นอกจากจะถูกกำหนดให้มีไว้ในเอกสารประกวดราคาการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว การริบหลักประกันของนั้นถูกกำหนดไว้ในหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือ “หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย” สำหรับหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย ได้แก่ (1) ฝ่ายส่วนราชการ (ผู้รับบริการ) (2) ฝ่ายผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ (ซึ่งก็คือผู้จัดทำระบบการประมูลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์) และ (3) ฝ่ายผู้มีสิทธิเสนอราคา โดยผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าวในหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย พร้อมกับการยื่นซองข้อเสนอทางด้านเทคนิคและยื่นหลักประกันของให้ไว้แก่ส่วนราชการผู้จัดให้มีการประกวดราคา โดยจะมีระยะเวลาการค้ำประกันตั้งแต่วันยื่นซองข้อเสนอทางด้านเทคนิคครบคลุมไปจนถึงวันสิ้นสุดวันยื่นราคาโดยบุคคล 3 ฝ่ายนั้น ตกลงยินยอมรับเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติในการเข้าร่วมประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์

วัตถุประสงค์และขอบเขตของข้อตกลงปรากฏในหนังสือสัญญา 3 ฝ่าย คือ ผู้มีสิทธิเสนอราคาซึ่งผู้ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้นตามประกาศของหน่วยงานที่จะจัดซื้อจัดจ้างแล้วมีหน้าที่ จะต้องไปเสนอราคา ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด และยินยอมปฏิบัติตามระเบียบฯ หากผิดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด ฝ่าย(ประธานคณะกรรมการประกวดราคา) หรือ “ผู้รับบริการ จะยึดหลักประกันที่กำหนดให้มีในการเข้าเสนอราคาจากผู้มีสิทธิเสนอราคา ในอัตราร้อยละ 2.5 ของวงเงินที่จัดหา ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคากระทำผิดเงื่อนไข ดังนี้

- 1) ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด
- 2) ผู้มีสิทธิเสนอราคาที่มาลงทะเบียนแล้ว ไม่ LOG IN เข้าสู่ระบบ
- 3) ผู้มีสิทธิเสนอราคา LOG IN แล้ว แต่ไม่มีการเสนอราคา หรือเสนอราคาผิดเงื่อนไขที่ กวพ.อ. กำหนด โดยการเสนอราคาสูงกว่า หรือเท่ากับราคาสูงสุดในการประกวดราคาฯ หรือเสนอลดราคาขั้นต่ำ (Minimum Bid) แต่ครั้งที่เสนอลดราคาน้อยกว่า.....บาท
- 4) ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ลงลายมือชื่อในแบบ บก.008 แบบยื่นยื่นราคาสุดท้ายในการเสนอราคา”

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการริบหลักประกันของนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ มีปรากฏเพียงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 144 ที่กำหนดให้ส่วนราชการคืนหลักประกันของให้แก่ผู้เสนอราคาหรือผู้ค้าประกันภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้เสนอการรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย ให้คืนได้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือผู้เสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว กรมบัญชีกลางจึงได้มีหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 เรื่อง การซักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แจ้งให้ส่วนราชการที่อยู่ในบังคับของระเบียบดังกล่าวทราบว่า “คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้น กระบวนการในการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ ผู้ถูกยึดหลักประกันของจะต้องทำการอุทธรณ์คำสั่งการยึดหลักประกันของต่อหน่วยงานผู้ออกคำสั่งก่อน ซึ่งหน่วยงานที่ออกคำสั่งยึดหลักประกันของ

ย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาว่า กรณีเกิดขึ้นจากเหตุสุดวิสัยตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 หรือไม่”

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดรับคำฟ้องไว้พิจารณาเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยวินิจฉัยว่าเป็นสองแนวทาง คือ แนวทางที่หนึ่ง วินิจฉัยในแนวทางเดียวกันกับกรมบัญชีกลาง โดยวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งยึดหลักประกันซองเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การฟ้องเพิกถอนคำสั่งริบหลักประกันซองจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ¹⁷¹ ส่วนแนวทางที่สอง วินิจฉัยว่าในกรณีที่ 1) ผู้มีสิทธิเสนอราคาฟ้องโต้แย้งการยึดหรือริบหลักประกันซองตามหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย และมีความประสงค์ให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งยึดหรือริบหลักประกันซอง คำสั่งให้ธนาคารชำระเงินตามหนังสือค้ำประกัน หรือขอให้ส่วนราชการคืนหลักประกันซองที่ยึดหรือริบไปแล้ว หรือ 2) ส่วนราชการฟ้องขอให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาหรือธนาคารผู้ค้ำประกันชำระเงินตามหนังสือค้ำประกัน “การฟ้องโต้แย้งคำสั่งยึดหรือริบหลักประกันซองตามหนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา” และการที่หน่วยงานทางปกครองยึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดีและมีหนังสือเรียกให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) รวมทั้งการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งยึดหลักประกันซองดังกล่าว จึงมิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ฟ้องคดีทำไว้กับหน่วยงานทางปกครอง และผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองที่แจ้งให้ทำการชำระเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันซอง) จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา¹⁷²

ปัญหาสถานะเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองนั้น จึงเกิดจากการที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเรื่อง การริบหลักประกันซองไว้ใน ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่จะให้อำนาจแก่หน่วยงานในการริบหลักประกันซองไว้อย่างชัดเจน มีแต่เพียงหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 เรื่อง การซักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

¹⁷¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550.

¹⁷² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 504/2551.

ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แจงให้ส่วนราชการที่อยู่ในบังคับของระเบียบดังกล่าวทราบว่า “คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อพิจารณาจากอำนาจการยึดหลักประกันของนั้น สิทธิและหน้าที่กลับปรากฏอยู่ใน หนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือ “หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย” จึงนำมาซึ่งปัญหาการวินิจฉัยสถานะของข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดหลักประกันของระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรศาลปกครองที่แตกต่างกัน ซึ่งผลของการกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ระหว่างการกำหนดประเด็นพิพาทให้คำสั่งยึดหลักประกันของเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือ สัญญา มีดังนี้

1. การฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองต้องการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อนอันเป็นการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง แต่การอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านไม่ใช่เงื่อนไขในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

2. ระยะเวลาการฟ้องคดีพิพาทในประเด็นสัญญาทางปกครองมีระยะเวลาการฟ้องคดีที่ยาวกว่าการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

3. การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องชำระค่าธรรมเนียมศาล แต่หากเป็นการตั้งประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองถือเสมือนผู้ฟ้องคดีขอให้ให้ศาลคืนหลักประกันของจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในการฟ้องคดีเป็นมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

4. การกำหนดคำสั่งบังคับในการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยไม่จำเป็นต้องให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองต้องไปดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจสั่งแก้ไขหรือมีคำสั่งแทนคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น ศาลปกครองจะถูกจำกัดการพิจารณาว่า คำสั่งยึดหลักประกันของชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น โดยจะไม่อาจก้าวล่วงไปพิจารณาเรื่องของจำนวนการยึดหลักประกันของได้ว่า มีจำนวนเหมาะสมกับการกระทำความผิดที่นำไปสู่การออกคำสั่งอย่างไร หรือควรยึดหลักประกันของมากน้อยเพียงใด โดยหากศาลปกครองวินิจฉัยว่า คำสั่งยึดหลักประกันของไม่ชอบ

ด้วยกฎหมายก็จะคืนหลักประกันของทั้งจำนวน แต่หากศาลปกครองวินิจฉัยว่า คำสั่งริบหลักประกันของชอบด้วยกฎหมายแล้วโดยหน่วยงานทางปกครองซึ่งจัดซื้อจัดจ้างก็จะได้ไปซึ่งหลักประกันของไปทั้งหมดหรือทั้งจำนวน ซึ่งจะเกิดปัญหาร้ายแรงต่อผู้ประกอบการเป็นอย่างมากเนื่องจากหลักประกันของ คิดจากจำนวนเงินหากเป็นงานก่อสร้าง คิด ร้อยละ 2.5 ของราคากลาง หากเป็นการประกวดราคาจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ ก็จะคิดจากร้อยละ 2.5 ของราคางบประมาณที่จะประกาศจัดซื้อนั้นและยังเป็นผลเสียหากอย่างร้ายแรงสำหรับผู้ถูกริบหลักประกันของเนื่องจากข้อผิดพลาดอันเล็กน้อยหรือไม่ได้เกิดจากเจตนา แต่หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว ศาลปกครองสูงสุดถือว่าหลักประกันของนั้น เป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า อันเข้าลักษณะการเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับลดลงได้ตามมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน

4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการกำหนดสถานะของข้อพิพาทเกี่ยวกับ การริบหลักประกันของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ไม่ได้กำหนดเรื่องการริบหลักประกันของเอาไว้มีเพียง แนวทางการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่กรมบัญชีกลางจัดทำขึ้นตามมติที่ประชุม กวพ.อ. ครั้งที่ 1/2549 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2549 ได้กำหนดให้ผู้ประสงค์จะเสนอราคาจะต้องลงชื่อในหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างโดยการประมวลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย) และวางเงินหลักประกันของ โดยยื่นมาพร้อมกับการยื่นซองข้อเสนอทางด้านเทคนิคด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อเอกชนได้ยื่นซองเอกสารประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง โดยจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้าง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และวางหลักประกันของแล้ว จึงถือว่าผู้เสนอราคาได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงาน และก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอันเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาซื้อขายหรือรับจ้างตามโครงการที่หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาประสงค์ไว้ในประกาศประกวดราคา การริบหลักประกันของจึงเกิดการสิทธิของคู่สัญญาซึ่งก็คือ หน่วยงานเจ้าของ โครงการ ใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาทำไว้กับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา การริบหลักประกันของจึงเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามสัญญา ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ประการใด

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงนิยามของ คำสั่งทางปกครอง ที่ปรากฏอยู่ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การริบหลักประกันของ ไม่เข้าลักษณะทางกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เช่น

การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้าง การอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง คำสั่งอนุมัติให้ผู้เสนอราคาต่ำสุดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน หรือการสั่งให้เป็นผู้ทำงานเป็นคำสั่งทางปกครอง

พิจารณาจากนิยามของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ คำสั่งทางปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ โดยมาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง นั้นจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายปกครองที่เหนือกว่าเอกชนตามทฤษฎีการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่ง การวินิจฉัย การสั่งการ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าตกลงกับเอกชนก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ แม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม การเข้าตกลงของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มุ่งผลผูกพันในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่จะถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ต้องเกิดจากการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเพียงฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่บังคับเอากับเอกชน โดยเอกชนผู้นั้นไม่จำเป็นต้องยินยอม การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามสัญญาข้อมไม่เป็นการสั่งทางปกครองในตัวเช่นเดียวกัน ทฤษฎีการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสหรือแม้แต่ในระบบกฎหมายของไทย แนวความคิดและทฤษฎีการเกิดของสัญญา เกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาและคู่สัญญาทั้งสองได้รับทราบการแสดงเจตนาดังกล่าวนี้ หรือเมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน คู่สัญญาที่มุ่งผลของกฎหมาย และการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ตกลงเข้าทำสัญญานั้น ถือเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ในเรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา เรื่องคำเสนอและคำสนอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา สัญญาเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ส่วนคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยฝ่ายเดียว ดังนั้น การรับหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงตาม หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้าง

ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อันเป็นข้อพิพาทเรื่องสัญญา ที่กำหนดให้ผู้มีสิทธิเสนอราคามีหน้าที่ต้องมาเสนอราคา ณ วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดตามวัตถุประสงค์หน่วยงานที่ประสงค์จะเปิดทำการประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามรายละเอียดข้อกำหนดหรือประกาศประกวดราคา ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายของการริบหลักประกันซองให้เป็นที่ไปในแนวทางเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นควร มีการยกเลิกหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 เรื่อง การชักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่แจ้งให้ส่วนราชการที่อยู่ในบังคับของระเบียบดังกล่าวทราบว่า “คำสั่งในการยึดหลักประกันซอง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการปรับบทกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของการริบหลักประกันซองดังกล่าวต่อไป

4.3.3 ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองมีสถานะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาแล้ว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติให้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการ แทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยกฎหมายใช้คำว่า สัญญาทางปกครอง “หมายความว่า” ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงอาจมีประเภทสัญญามากกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการวางหลักกฎหมายเพิ่มเติมของศาล ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้มีมติในการประชุม ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้น

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดใน

สัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมโดยวินิจฉัยว่า สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นการพิจารณาจากลักษณะของสัญญา

กรณีดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติให้ “สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึงสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นการกำหนดประเภทของสัญญาเท่านั้น โดยไม่ได้มีการกำหนดนิยามความหมายของ สัญญาทางปกครองว่า มีความหมายอย่างไร แม้ศาลปกครองจะมีมติที่ประชุมใหญ่และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมที่กำหนดให้สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ การบริการสาธารณะบรรลุผลและสัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นการพิจารณาจากลักษณะของสัญญาขึ้นก็ตาม แต่ลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ มีความหมายว่าอย่างไร ทั้งเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็น มีคำจำกัดความแค่ไหน ทั้งนี้ ไม่อาจปฏิเสธไม่ได้ว่า วัสดุอุปกรณ์หรือเครื่องใช้สำนักงาน อาคารของหน่วยงาน ย่อมมีความเชื่อมโยงกับการบริการการสาธารณะหรือในการดำเนินกิจการทางปกครองตามวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งสิ้น ปัญหาดังกล่าวนั้นเป็นการยากที่เอกชนคู่สัญญาจะรู้หรือเข้าใจว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองตามความหมายดังกล่าว ทั้งสัญญาตามมติที่ประชุมใหญ่และคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติม ก็ไม่ได้การประกาศใช้ดังเช่นตัวบทกฎหมาย ดังนั้นการที่เอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองเองจะนำคดีมาฟ้องศาลเนื่องจากไม่ทราบความหมายของสัญญาทางปกครองที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ อันเป็นเหตุให้ต้อง

เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และอาจร้ายแรงจนกระทั่งทำให้คดีขาดอายุความอันทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความยุติธรรมในการดำเนินคดีทางศาล และแม้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้เหตุผลไปในแนวทางเดียวกันว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันซอง เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาโดยต้องพิจารณา สัญญาซื้อหรือจ้างที่มุ่งจัดทำในอนาคตว่า เป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยหากสัญญาซื้อหรือจ้างที่มุ่งจัดทำในอนาคตมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดหรือริบหลักประกันซองที่พิพาทก็จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นการวินิจฉัยกำหนดให้ข้อพิพาท เกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นและมีความเกี่ยวโยงกับสัญญาทางปกครอง ถือว่าสัญญาเหล่านั้นเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือสาระของสัญญา เพราะเหตุว่าสัญญาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเหมือนการนำทฤษฎีส่วควบ (la théorie l'accessoire) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังต้องย้อนกลับไปพิจารณาสัญญาที่หน่วยงานรัฐต้องการจัดซื้อจัดจ้างตามที่ได้ประกาศจัดซื้อจัดจ้างอยู่นั้นเอง ว่ามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

4.3.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันซองว่าที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

ระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนใหญ่การจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐ (Fiskalische Tätigkeit) ถือว่ามีลักษณะเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลายที่ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็น เช่น วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ ที่ดิน อาคารสถานที่ เพื่อเป็นเครื่องช่วยในการปฏิบัติการกิจ รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงอาจดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยการทำสัญญากับบริษัทเอกชน ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ ซึ่งในกรณีดังกล่าวรัฐกับเอกชนไม่มีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย เครื่องมือเครื่องมือหรือพัสดุนั้นก็เป็นการจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองเพื่อใช้ในการปฏิบัติการกิจของฝ่ายปกครอง¹⁷³ การได้มาซึ่งพัสดุส่วนใหญ่เป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ โดยฝ่ายปกครองอาจกระทำในรูปแบบตามกฎหมายเอกชน เช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุหรือจัดจ้างงานบริการโดยรัฐ (fiskalische Tätigkeit) อันได้แก่ การจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุต่าง ๆ การก่อสร้างและการซ่อมแซม เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน กิจการดังกล่าวถูกจัดอยู่ในประเภทที่เรียกว่า “กิจการเพื่อช่วยฝ่ายปกครอง” (sogfiskalische Hilfsgeschäft) และมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง¹⁷⁴

¹⁷³ สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น. 12). เล่มเดิม.

¹⁷⁴ แหล่งเดิม. (น. 12-13).

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สัญญาทางปกครองแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครองโดยสภาพ ซึ่งมีเนื้อหาของสัญญามีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมากในสัญญา ซึ่งหากมีกรณีใดกรณีหนึ่งดังกล่าว สัญญานั้นก็จะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ (contrats administratifs par nature)¹⁷⁵ โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพจะต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ ประการแรก คู่สัญญาจะต้องมีฝ่ายปกครอง (personne publique) เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเสมอ ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของสัญญา จะต้องเป็นการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเนื้อหาหรือข้อกำหนดของสัญญานั้นแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือเลิกสัญญาได้โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องยินยอม¹⁷⁶ ข้อกำหนดในสัญญาใดไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากที่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง โดยข้อกำหนดใดจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ส่งผลให้สัญญานั้น เป็นสัญญาที่อยู่ในระบบกฎหมายมหาชนได้จะต้องเป็นข้อกำหนดที่มีการนำเอากฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชนที่ใช้กันอยู่ในสัญญาทางปกครองซึ่งก็คือ การนำเอาระบบกฎหมายมหาชนมาใช้ไว้ในสัญญานั้นเอง กฎเกณฑ์ดังกล่าวเหล่านี้ ได้แก่ อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้แต่เพียงฝ่ายเดียวหรืออำนาจในการกำกับดูแลกิจการที่ให้สัมปทาน เป็นต้น¹⁷⁷ สัญญาประเภทที่สองคือ สัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมาย ซึ่งจะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง หรือในบางกรณีกฎหมายกำหนดโดยทางอ้อมว่า ให้คดีเกี่ยวกับสัญญาประเภทนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองก็ต้องถือว่าเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเช่นกัน เช่น สัญญาจ้างเอกชนก่อสร้างหรือทำนุบำรุงอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาให้ครอบครองสาธารณประโยชน์ของแผ่นดิน สัญญาขายอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ สัญญากู้ยืมเงินโดยรัฐ เป็นต้น ในขณะที่สัญญาจัดหาเสบียงอาหารของทหาร และสัญญาให้เช่าที่ดินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อเกษตรกรรมนั้น เป็นสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม¹⁷⁸

¹⁷⁵ สัญญาทางปกครอง (น. 402). เล่มเดิม.

¹⁷⁶ คำรากกฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

¹⁷⁷ สัญญาทางปกครอง (น. 406). เล่มเดิม.

¹⁷⁸ คำรากกฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

ประเทศฝรั่งเศส สัญญาพัสดุ¹⁷⁹ (marché public) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุ และการจัดให้มีบริการ และเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ ประมวลกฎหมายพัสดุลฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 2001 โดยประมวลกฎหมายพัสดุลฉบับปี ค.ศ. 1946 อันเป็นฉบับเดิมไม่ได้กำหนดให้สัญญาพัสดุลทุกประเภทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดำเนินการตามประมวลกฎหมายพัสดุล เป็นสัญญาทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาและข้อโต้เถียงรวมทั้งข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองในหลายเรื่องว่า สัญญาพัสดุลบางสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะและไม่มีการใช้อำนาจรัฐเหนือกว่าเอกชนในสัญญานั้น จะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายกับเอกชนอันเป็นการซื้อขายกันตามปกติที่ปฏิบัติกรตามกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพื่อแก้ปัญหาข้อยุ่งยากที่ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ประกอบกับสัญญาของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จะทำตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุล ดังนั้น ประมวลกฎหมายพัสดุลฉบับปี ค.ศ. 2001 จึงได้กำหนดให้สัญญาทุกสัญญาที่สร้างขึ้นโดยอาศัยกฎกติกาตามประมวลกฎหมายพัสดุลเป็นสัญญาทางปกครองเสียทั้งหมด อันเป็นการแก้ปัญหาข้อสงสัย หรือข้อพิพาท ที่เคยเกิดขึ้นมาแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันและเพื่อความสะดวกของฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับเอกชน¹⁸⁰ ในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดความสะดวกแก่การแบ่งแยกคดีปกครองกับคดีแพ่ง¹⁸¹ ด้วยเหตุนี้ แม้สัญญาพัสดุลจะมีลักษณะคล้ายกับสัญญาซื้อขาย (contrat de vente) ในระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่สัญญาพัสดุลซึ่งทำโดยฝ่ายปกครอง ก็ถือเป็นสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน โดยระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส สัญญาพัสดุลเป็นสัญญาที่วางหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุลของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะซึ่งดำเนินการโดยฝ่ายปกครอง กับประโยชน์เอกชนที่จะเข้ามาทำกิจการร่วมกับฝ่ายปกครอง กล่าวคือเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่ให้เอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำการจัดหาพัสดุลให้กับฝ่ายปกครองได้รับความเป็นธรรม และสามารถดำเนินการได้โดยไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งยังเป็นสัญญาที่มีความสำคัญมากที่สุดของฝ่ายปกครอง เพราะในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้สัญญาพัสดุลเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ

¹⁷⁹ สัญญาทางปกครอง (น. 495). เล่มเดิม.

¹⁸⁰ แหล่งเดิม. (น. 531).

¹⁸¹ คำรากกฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (น. 206). เล่มเดิม.

สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า ด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองได้ จำกัดอยู่เฉพาะสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเท่านั้น แต่เกณฑ์ในการพิจารณาว่า สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ดังที่กล่าวมาข้างต้น ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามของสัญญาทางปกครองรวมถึงมติที่ประชุมใหญ่ จะเห็นได้ว่าลักษณะของสัญญาตรงกับหลักเกณฑ์สัญญาทางปกครองโดยสภาพของประเทศ ฝรั่งเศสและตามหลักสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสนั้น สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น จะต้องถึงขนาดวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง กล่าวคือหน้าที่คู่สัญญาต้องชำระตอบแทนกันเป็นการดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งแม้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้พัฒนาลักษณะของสัญญาทางปกครองเพิ่มเติมอีกลักษณะ คือ สัญญาจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล อันเป็นการพิจารณาจากลักษณะของสัญญา ปัจจุบันก็ยังปัญหาการตีความอยู่อย่างไม่มีที่สิ้นสุด

สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ หรือเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ไม่มีคำอธิบายหรือคำจำกัดความอย่างชัดเจน มีแต่เพียงตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งปรากฏเป็นข้อเท็จจริงรายคดีเท่านั้น จึงเกิดการตีความต่างกันไป ทั้งในการตีความของคู่สัญญา ที่เป็นเอกชน หน่วยงานทางปกครอง และศาล เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า เพื่อเป็นการแก้ปัญหาการกำหนดข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับหลักประกันของว่าเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมจึงควรเพิ่มนิยามของสัญญาทางปกครองให้หมายความถึงสัญญาที่จัดทำขึ้นจากกระบวนการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อสะดวกแก่คู่สัญญาในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครอง ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสในปัจจุบันอันเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะซึ่งดำเนินการโดยฝ่ายปกครอง กับประโยชน์เอกชนที่จะเข้ามาทำกิจการร่วมกับฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงข้อตกลงที่ปรากฏในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงสัญญาในอนาคตที่ต้องการจะจัดซื้อจัดจ้างตามประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานว่าเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

มีวัตถุประสงค์ให้ผู้มีสิทธิเสนอราคา ตกลงว่าจะเข้าร่วมประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามประกาศประกวดราคาของหน่วยงานทางปกครอง โดยตกลงว่าหากผู้มีสิทธิเสนอราคา ผิดเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดจะถูกปรับประกันซอง คือ ไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการ เสนอราคา ตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด หรือมาลงทะเบียนแล้ว ไม่ LOG IN เข้าสู่ระบบ หรือ LOG IN แล้ว แต่ไม่มีการเสนอราคาหรือเสนอราคาผิดเงื่อนไขที่ กวพ.อ.กำหนด โดยการเสนอ ราคาสูงกว่า หรือเท่ากับราคากลางที่หน่วยงานกำหนด หรือ ไม่ลงลายมือชื่อในแบบยื่นยื่นราคาสุดท้ายในการเสนอราคา ซึ่งข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าว ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การ ประกวดราคาเป็นผลสำเร็จ ให้มีผู้เข้าร่วมในการเสนอราคามากรายอันเป็นการมุ่งหมายที่จะให้ทาง ราชการมีโอกาสพิจารณาคัดเลือกเอกชนมากรายที่สุด เพื่อ ได้วัสดุอุปกรณ์หรืองานก่อสร้าง ตรงกับความต้องการของทางราชการมากที่สุด ทั้งเป็นการโดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่าง เป็นธรรม เปิดเผย โปร่งใส อันเป็นการป้องกันการสมยอมเสนอราคาในการจัดซื้อหรือจัดจ้าง ตรงกับหลักความคุ้มค่า ในการใช้จ่ายเงินงบประมาณ ซึ่งเป็นภาษีของประชาชน หลักการเปิด โอกาสให้มีการเข้าแข่งขันราคากันทำให้เกิดความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับภาครัฐ และก่อให้เกิดความโปร่งใสในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครอง โดยยังคงข้อความคิดในส่วน ราชการยังคงมีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการดำเนินการดังกล่าว ยังถูกต้องสอบกำกับโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 อันเป็นนิติสัมพันธ์ ในทางกฎหมายมหาชน หรือเป็นการกำหนดเอาหลักการกฎหมายปกครองมากำหนดอยู่ในเงื่อนไข 3 ฝ่ายดังกล่าว โดยหน่วยงานผู้จัดประกวดราคายังคงสงวนสิทธิ์ในการยกเลิกการประกวดราคา หากปรากฏว่าเมื่อถึงเวลาเริ่มการเสนอราคา มีผู้มีสิทธิเสนอราคาเพียงรายเดียวที่ส่งผู้แทนเข้า ผู้กระบวนการเสนอราคา ดังนั้น เมื่อผู้มีสิทธิเสนอราคาผิดเงื่อนไขตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อ และการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และถูปรับหลักประกันซอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อพิพาท เกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งเพื่อขอคืนหลักประกันซองเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดย ไม่จำเป็นต้องพิจารณาสัญญาในอนาคตที่หน่วยงานจัดประกวดราคาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้าง มิใช่เป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้มีการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น แต่ยังสามารถกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคา รวมทั้งกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ด้วย อันอาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอาชีพในการจำหน่ายสิ่งของหรือรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ๆ โดยประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาตลอดจนเงื่อนไขวิธีการในการเสนอราคา โดยมีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะอันเข้าลักษณะนิยามของ กฎ ที่ต้องมีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีความประสงค์ให้ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนี้ครั้งเดียวซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของนิยามของ คำสั่งทางปกครองอีกด้วย

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2339 มีเพียงการบัญญัตินิยามของ คำสั่งทางปกครอง และกฎ เอาไว้จึงเกิดปัญหาเรื่องการปรับบทกฎหมายใช้กับคดีในกรณีมีการฟ้องโต้แย้งประกาศประกวดราคาดังกล่าวทั้งในเรื่องสถานะทางกฎหมายและต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งในระบอบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเยอรมนีมีการกำหนด นิยามของคำสั่งที่เป็นกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง (Concrete) แต่มีลักษณะเป็นการทั่วไป คือ กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ (General) เป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง โดยให้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยหลักจึงต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งเหมือนเช่นหลักการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ส่วนปัญหาเกี่ยวกับการรับหลักประกันของนั้น กรมบัญชีกลาง ได้มีหนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 เรื่อง การชักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แจ้งให้ส่วนราชการที่อยู่ในบังคับของระเบียบดังกล่าวทราบว่า “คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัย

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อพิจารณาจากอำนาจการริบหลักประกันของนั้นกลับปรากฏใน หนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้าง โดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือ “หนังสือเงื่อนไข 3 ฝ่าย” อันเกิดจากการตกลงกันระหว่างหน่วยงานรัฐผู้ประกาศจัดซื้อจัดจ้างและผู้มีสิทธิเสนอราคา จึงนำมาซึ่งปัญหาการวินิจฉัยสถานะของข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของว่าเป็นประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองหรือสัญญา และหากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

ควรเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการทำสัญญาทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการยอมรับคำสั่งทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญา ตามแนวความคิดนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ที่เดิมกำหนดเฉพาะ (ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ข) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ค) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (ง) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของประกาศประกวดราคานั้นอีกครั้งหนึ่ง โดยผ่านระบบการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ทั้งอาจเป็นการลดปริมาณคดีที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกทางหนึ่งด้วย

ส่วนปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา หน่วยงานทางปกครอง การริบหลักประกันของ เป็นการใช้สิทธิหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นข้อพิพาทเรื่องสัญญา ที่กำหนดให้ผู้มีสิทธิเสนอราคามีหน้าที่ต้องมาเสนอราคา ณ วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดตามวัตถุประสงค์หน่วยงานที่ประสงค์จะเปิดทำการประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามรายละเอียดข้อกำหนดหรือประกาศประกวดราคา ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีการวางหลักประกันของไว้เป็นประกันหากผิดข้อตกลง ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประกวดราคาบรรลุผลกล่าวคือ ให้มีผู้เข้าร่วมในการเสนอราคารายอันทำให้หน่วยงานภาครัฐได้มีโอกาสพิจารณาคัดเลือกวัสดุอุปกรณ์หรืองานก่อสร้าง

ตรงกับความต้องการของทางราชการมากที่สุด ทั้งเป็นการโดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่าง เป็นธรรมทำให้เกิดความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับภาครัฐ และก่อให้เกิดความโปร่งใสในการ เลือกลูกสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยยังคงข้อความคิดที่ว่าส่วนราชการยังคงมีฐานะเป็นหน่วยงาน ของรัฐที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ปัญหาของความไม่ชัดเจนของสัญญา ทางปกครอง จึงเห็นมีการเพิ่มนิยามของสัญญาทางปกครองโดยกำหนดให้สัญญาที่จัดทำขึ้นตาม ขั้นตอนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทาง ปกครองเพื่อสะดวกแก่คู่สัญญาในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ต่อไป





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2532). “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8.
- _____. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2544). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กรมบัญชีกลาง ที่ กค 0408. 3/ว 59 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2549.
- กรมบัญชีกลาง. (2549). *แนวทางการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549*. กรุงเทพฯ: กลุ่มพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐสำนักพัฒนามาตรฐานระบบพัสดุภาครัฐ.
- จิตเกษม น้อยไร่ภูมิ. (2556). *ปัญหาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุภาครัฐตามระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2542). *สาระนารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เชิดชัย มีคำ. (ม.ป.ป.). *คู่มือปฏิบัติงานพัสดุ: ฉบับปรับปรุงใหม่ วิธีประมูลโดย E - auction*. ห้องสมุดสำนักงานศาลปกครอง. (อัดสำเนา)
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2535). *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2553). *สัญญาทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- ปณิษฐ์ ปทุมวัฒน์. (ม.ป.ป.). *อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003: United Nations Convention against Corruption 2003 ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีในการกำหนดมาตรการป้องกันการทุจริตของภาคี*. สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2556, จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1689>.
- ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม. (2542). *ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2).
- _____. (ม.ป.ป.). *กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย* (เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น ณ สำนักงานศาลปกครอง) (อัครา).
- ปราณี หล่อรัตนโชติ. (2534). *การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546.
- พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534.
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.
- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. (2528). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 4(2).
- โกสิน พลกุล. (2524). “รูปแบบและวิธีควบคุมฝ่ายปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 12(1).
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังกล่าววิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542, มิถุนายน). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, 29(2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- _____. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- _____. (2553). *กฎหมายปกครองชั้นสูงบัณฑิตศึกษา* (เอกสารประกอบการบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2553 เอกสารชุดที่ 2). กรุงเทพฯ.
- _____. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2545). *การกระทำของฝ่ายปกครอง. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง* (เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- วรพันธ์ เอ็นทรพี. (2551). *การจัดหาพัสดุภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2548). *คำอธิบายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม*. กรุงเทพฯ: เอเชีย.
- วสุวรรค์ ทองโลกสี. (2554). *เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิษณุ วรรณฤกษ์ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สดาวาสีลพร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). *คดีปกครองเกี่ยวกับพัสดุและสัญญาทางราชการ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549). *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2530). "การกระทำทางปกครอง." *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3).

สุภวรรณ เข้มอุบล. *มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนัก*

นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).

กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สุรพล ทิพย์เสนา. (2544). *การประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีนิติสัมพันธ์ใน*

กฎหมายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ:

มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เสนีย์ ปราโมช. (2520). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค 1 - 2)*

พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2504 เล่ม 2. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.

หนังสือ ค่วนที่สุด ที่ กค 0421. 3/ว 90 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2555.

หนังสือกรมบัญชีกลาง ค่วนที่สุด ที่ กค (กวพอ) 0408. 3/ว 108 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2550.

หนังสือกรมบัญชีกลาง ค่วนที่สุด ที่ กค (กวพอ) 0421. 3/0289. ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

หนังสือกรมบัญชีกลาง ค่วนที่สุดที่ กค (กวพอ) 0421. 3/ว289 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0408. 3/ว 302 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2549.

หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0421. 3/ว 247 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553.

หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ กค (กวพอ) 0421. 3/ว289

ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

วันวิสาข์ เนียมมณี

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2543 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง)

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 59 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย

แห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง

