

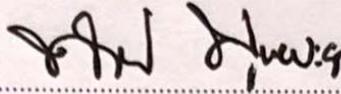
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนาราคา  
ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เชาวลิต จันมณี

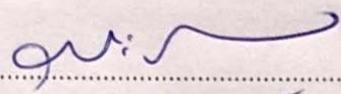
วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

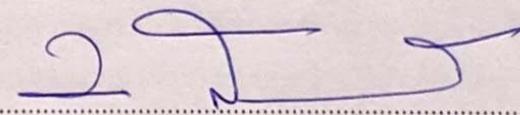
2562

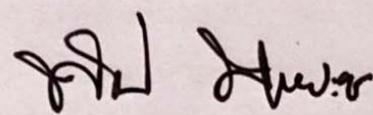
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนาอราคา  
ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ  
เขาวลิต จันมณี  
คณะนิติศาสตร์

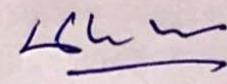
ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์..........ประธานกรรมการ  
(~~ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ~~)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ  
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ  
(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี  
(นเรศร์ เกษะประกร)  
กุมภาพันธ์ 2563

## บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
ชื่อผู้เขียน	ว่าที่เรือโทเชาวลิต จันมณี
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2562

การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปในบางกรณีต้องมีการวางหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาไว้เพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษารายละเอียดปัญหาทางกฎหมายในเรื่องของสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอ และปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกันการเสนอราคา และปัญหาเกี่ยวกับประเภทสัญญาประกวดราคา และปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญา โดยศึกษาแนวคิดทฤษฎี หลักกฎหมายของไทยและเยอรมันและฝรั่งเศส และร่างกฎหมายต้นแบบ เรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) และคำพิพากษาศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล รวมถึงองค์กรหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยให้คำปรึกษาหรือตอบข้อหารือที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ

จากการศึกษา ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้วินิจฉัยคดีโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีพิพาทในการยึดหรือริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาแตกต่างกันออกไป และจากการศึกษาพบว่า ประกาศประกวดราคามีเนื้อหาที่เป็นลักษณะเป็นการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้ามาประกวดราคา ประกวดราคาจึงเป็นคำเสนอ เมื่อผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกันได้มีการวางเงินหลักประกันของหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ อันก่อให้เกิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน การวางหลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา

กรณีผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมเข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคามีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคา อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาโดยได้มีคำเสนอของผู้เสนอราคาและและคำสนองของผู้ประกาศประกวดราคาอันจะก่อให้เกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เมื่อมีการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในส่วนกรณีนี้

หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคาที่เป็นข้อผูกพันภายในกำหนด ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา เป็น 3 แนวทาง ดังนี้ 1) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง 2) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง 3) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใดนั้นจะต้องถือตามสัญญาหลัก กล่าวคือ หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคาย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคาควรต้องเป็นสัญญาทางแพ่งเช่นเดียวกัน ซึ่งในระยะหลังศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากสัญญาหลัก

เมื่อผู้มีอาชีพได้รับทราบประกาศประกวดราคาซื้อจ้างแล้วย่อมถือว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีผลเป็นคำเสนอ และเมื่อผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) พร้อมทั้งได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ถือว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของภาครัฐแล้วสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานอันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น และในขณะเดียวกันถือได้ว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้ทำคำเสนอซื้อจ้างต่อภาครัฐด้วย

ผู้เขียนได้มีข้อเสนอแนะ ดังนี้ 1) หากนำหลักการในเรื่องคำเสนอสนองซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่าสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา 2) การซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาหรือด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดไม่ยอมเข้าทำสัญญาภายในกำหนดหรือมิได้มอบหลักประกันสัญญา ถือได้ว่าการทำผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้าประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีกด้วย 3) หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคาภายในกำหนดเวลาและตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐหากฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด 4) คำสั่งริบเงินหลักประกันการเสนอราคาเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

## ABSTRACT

<b>Title of Thesis</b>	Legal Problems Concerning Bid Bond in Government Procurement
<b>Author</b>	Acting Lt.Jg. Chaowalit Chanmanee, RTN.
<b>Degree</b>	Master of Laws
<b>Year</b>	2019

---

Government procurement contract, whether through electronic bid or a general announcement to present a bid, in some cases requires posting a bond for the amount bid or for the bidding itself, in order to guarantee against damages that may occur when the tenderer of the conditions or tenderer of a price does not perform according to the procurement process. In this study of legal problems concerning the guarantee of a bid in government procurement agency, the objective is to study in detail 1) problems of the legal status of a bid bond, 2) problems of bringing a lawsuit over posting a bid bond, 3) problems of kinds of contract in the bidding contest and problems of types of contract winning the bid 4) problems of creating a contract. This is done by studying the concept, theory and principles of Thai, German and French laws and the legal prototypes concerning government procurement of UNCITRAL: Model Law on Public Procurement, the judgments of the Supreme Court or the highest deliberating Administrative Court, and the decisions of committees having jurisdiction to deliberate, advice or answer queries concerning government procurement.

From examining the Court of Justice, Administrative Court and the Committee deliberating the final jurisdiction of various courts that have decided cases, by giving varying reasons in determining cases concerning appropriation of the amount bid or the bond of the bidding process, this study has shown that by posting the contest to present a bid, this is in essence an invitation to interested contractors to present a bid. The contest to bid is, therefore, an offer. When a contractor presents a bid or enters into the process of electronic bidding, including depositing a sum to guarantee the bid or to guarantee an electronic bid, that is acceptance of the offer creating a contract, a bidding contract, or a contract to enter into a bidding process. Posting a bid bond, therefore, has the legal status of a contract.

(6)

In the case that the winner of the bid fails to create a contract, the government agency that posts the bidding can rightfully confiscate the bond guaranteeing the bid, which is an exercise of its right in a bidding contract, which is a dispute over an agreement according to a contract to contest a bid, The litigation that arises in revocation of the bond for the procurement bid, therefore, is a litigation over an administrative contract. In the case that a government agency does not return the guarantee of the bidding to a contestant or a guarantor of a bid whose obligations have elapsed within a given period of time, this is deemed dereliction of a duty prescribed by law, which is a dispute over a tort on the part of an administrative body or a government agent.

Through studying the decisions of administrative courts and of the committees determining final jurisdiction of the courts, there are three conceptual trends over the bidding contracts: 1) The determination that the bidding contract is an administrative contract, 2) That a bidding contract is a civil contract, and 3) That a bidding contract accords with the principal contract. In recent decisions, the administrative courts and committees determining absolute jurisdiction of courts have come to base their decisions in dependence on consideration of the principal contract.

When a professional or a contractor presents a formal bid or enters into an electronic bidding process (e-bidding) including presenting a sum to guarantee a bid, or posting a sum to guarantee an electronic bid, it is deemed that the professional or the contractor exhibits an intent to accept the government offer, and promises to make a bid or enter into the offer a contractual price for the work. In this way, the contract before the principal contract arises. At the same time, it is deemed that the professional or the contractor makes an offer for hire and sale to the government.

The writer has the following suggestions: 1)Applying the principle of offer and acceptance in making a legal contract to this situation, it is evident that the legal status of posting a guarantee of a bid is a contract by status, 2) Procurement by process of bidding or electronic bidding, if the winner of the bid does not enter into a contract or does not present a guarantee of the contract, this breaches the contract to bid or to guarantee the bid; The government agent may rightly confiscate the bid bond from the bidder or the guarantor. Additionally, the government can demand other damages. 3) The government agency must return the bid guarantee to the bidder or the guarantor of the bidder, within a stated time according to the rules of the Ministry of Finance on procurement and processing of goods. If a government agency fails to comply with these rules, it is deemed a dereliction of duty prescribed by law. 4) The order to confiscate the bid bond is deemed an exercise of legal right in contract, and can be litigated in a lawsuit without an appeal.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความสำเร็จจากความเมตตาอย่างยิ่งจากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พิชรพรรณ นุชประยูร รองคณบดีฝ่ายบริหาร คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้จุดประกายและมอบโอกาสให้ผู้เขียนเสนอหัวข้อวิทยานิพนธ์ และรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยได้ให้คำแนะนำการทำวิทยานิพนธ์ในทุกขั้นตอน และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และท่านศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่กรุณาให้คำแนะนำที่ดีในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ปรียวัจ ควบพูนผล ที่ได้ให้ความเมตตาช่วยสืบค้นและแปลบทความและบทความย่อภาษาต่างประเทศและการให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำต่าง ๆ และขอขอบคุณคุณวาทาสวาลี วรรณทวี นิตกร กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ที่ช่วยประสานงานสืบค้นข้อมูลตลอดจนกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณ คุณวัชระ เอี่ยมกุลวรรณ นิตกร สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาระยอง เขต 1 และคุณภูมิสิริ พินประเสริฐ นิตกร สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาระยอง เขต 1 และคุณภูมิสิริ พินประเสริฐ เจ้าพนักงานปกครอง ที่ทำการปกครองจังหวัดระยอง ที่ได้ให้คำแนะนำและให้ความอนุเคราะห์ตำราและเอกสารและช่วยเหลือและกำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณ คุณศิริวรรณ ผดุงสัตย์ นิตกร สำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัดระยอง และคุณวัชรีย์ ชิตเจริญ นักวิชาการคลัง เทศบาลนครระยอง รวมถึงอีกหลายท่านที่ได้ช่วยเหลือเรื่องงานต่าง ๆ และพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณอรรถพร ศรีประศาสน์ และคุณหทัยชนก ลีวัฒนาียงยง และครอบครัว ที่ให้การสนับสนุนท้องพัก คำแนะและความห่วงใยที่มีให้ผู้เขียนตั้งเริ่มศึกษาชั้นปริญญาโทจนกระทั่งสำเร็จการศึกษา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณครูอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ และผู้มีพระคุณ รวมถึงเพื่อน ๆ นักศึกษานิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาคพิเศษ รุ่นที่ 5 และนักศึกษานิติศาสตร์มหาบัณฑิตและเจ้าหน้าที่ของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ บรรณารักษ์และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดของหน่วยงานและสถาบันต่าง ๆ และขอขอบคุณผู้บังคับบัญชาทุกลำดับชั้น และพี่ ๆ และเพื่อน ๆ ร่วมงานที่เทศบาลนครระยอง เจ้าหน้าที่และเจ้าพนักงานพัสดุ ผู้อำนวยการกอง/สำนักการคลัง เทศบาลตำบลเนินพระ เทศบาลเมืองมาตาพุด เทศบาลเมืองบ้านฉาง เทศบาลนครระยอง และเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลปกครอง ส่วนราชการอื่นและบุคคลอีกหลายท่านซึ่งไม่อาจกล่าวถึงได้ทั้งหมด สำหรับการช่วยเหลือแนะนำ กำลังใจและการมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องในการทำวิทยานิพนธ์

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณและขอขอบคุณความสำเร็จทั้งหมดจากการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แต่ คุณพ่อสนธิ จันมณี คุณแม่ปัทมพร เล็กโล่ง คุณตาประกอบ คุณยายชื่น เล็กโล่ง น้ำ ๆ ทุกท่าน และครอบครัวของผู้เขียน ที่ช่วยส่งเสริม สนับสนุนในทุก ๆ ด้าน ตลอดจนกำลังใจและแรงใจจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

เขาวลิต จันมณี  
กุมภาพันธ์ 2563

# สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	3
1.4 สมมุติฐานในการศึกษา	4
1.5 วิธีการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	4
<b>บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ</b>	<b>5</b>
2.1 หลักการสำคัญของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	5
2.1.1 หลักความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ	5
2.1.2 หลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐ	6
2.1.3 หลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	6
2.1.4 หลักการส่งเสริมหรือสนับสนุนสินค้าภายในประเทศ	7
2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	8
2.2.1 ความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	8
2.2.2 ลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	27
2.2.3 กระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	28
2.2.4 กลไกในการตรวจสอบสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ	29
2.3 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา	37
2.3.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา (Bid Bond)	37
2.3.2 ลักษณะและเงื่อนไขของหลักประกันการเสนอราคา	37
2.3.3 การบังคับเอา กับหลักประกันการเสนอราคา	38
2.4 หลักประกันการเสนอราคาตามร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง ภาครัฐของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement)	39

2.4.1	ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา	39
2.4.2	ลักษณะและเงื่อนไขของหลักประกันการเสนอราคา	40
2.4.3	การบังคับหลักประกันการเสนอราคา	42
<b>บทที่ 3</b>	<b>หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศ</b>	<b>44</b>
3.1	หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศเยอรมัน	44
3.1.1	สาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในกฎหมายประเทศเยอรมัน	44
3.1.1.1	ความหมายและสาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง	44
3.1.1.2	กลไกในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง	47
3.1.2	หลักประกันการเสนอราคาของประเทศเยอรมัน	51
3.1.2.1	ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกัน	51
3.1.2.2	เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกัน	52
3.2	หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศส	55
3.2.1	สาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในกฎหมายฝรั่งเศส	55
3.2.1.1	ความหมายและสาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง	55
3.2.1.2	กลไกในการควบคุมการจัดซื้อจัดจ้าง	62
3.2.2	หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศส	66
3.2.2.1	ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกัน	66
3.2.2.2	เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกัน	67
<b>บทที่ 4</b>	<b>หลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย</b>	<b>68</b>
4.1	กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560	68
4.1.1	ความหมายและสาระสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย	68
4.1.2	กระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐโดยทั่วไป	69
4.2	หลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	71
4.2.1	ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา	71
4.2.2	เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกันการเสนอราคา	72
4.2.3	การบังคับตามหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	74
4.3	สัญญาและการทำสัญญาในประเทศไทย	77
4.3.1	ความหมายและสาระสำคัญของสัญญา	77
4.3.2	เงื่อนไขการเกิดสัญญา	78
4.4	แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	85
4.4.1	แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	85
4.4.2	แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	86

4.4.3	แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ	89
<b>บทที่ 5</b>	<b>บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ</b>	<b>93</b>
5.1	ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา	94
5.2	ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน	96
5.3	ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา	99
5.4	ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา	107
<b>บทที่ 6</b>	<b>บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>	<b>111</b>
6.1	บทสรุป	111
6.2	ข้อเสนอแนะ	113
	<b>บรรณานุกรม</b>	<b>114</b>
	<b>ประวัติผู้เขียน</b>	<b>121</b>

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ได้กำหนดขั้นตอนไว้โดยเริ่มตั้งแต่การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ แต่งตั้งคณะกรรมการซื้อหรือจ้าง รายงานขออนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำประกาศ การประชาสัมพันธ์หรือเผยแพร่ประกาศ การยื่นเสนอราคา การพิจารณาคัดเลือก การประกาศผลการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะ การลงนามสัญญา และการบริหารสัญญา

เดิมก่อนที่พระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ ส่วนราชการหรือภาครัฐได้ใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538 หรือกฎระเบียบว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการหรือหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐแต่ละหน่วยงานไว้รวมถึงเงื่อนไขในการวางหลักประกันของไว้ด้วย (หลักประกันของปัจจุบันก็คือหลักประกันการเสนอราคาตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ)

ศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาฎีกา ที่ 1825/2522 สรุปความว่าโจทก์ได้ออกประกาศประกวดราคาจัดซื้อลวดเกลียว ซึ่งจำเลยได้เสนอราคาขายและได้วางเงินมัดจำของประกวดราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคาโจทก์คัดเลือกให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ชนะผู้ประกวดราคาและแจ้งให้จำเลยทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ได้ แต่จำเลยกับปฏิเสธไม่มาทำสัญญากับโจทก์ทำให้โจทก์เสียหาย โจทก์ยอมมีสิทธิรับเงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอันเป็นข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้น และคำพิพากษาฎีกา ที่ 581/2523 ความว่าการประกาศให้ผู้ประสงค์รับเหมาก่อสร้างเพื่อยื่นซองประกวดราคาเป็นคำเชื้อเชิญ โจทก์ทราบเงื่อนไขดังกล่าวและรายละเอียดอันดีแล้วจึงยื่นซองประกวดราคารับเหมาก่อสร้างงานนี้ซึ่งเป็นคำเสนอ ฉะนั้น เมื่อจำเลยได้มีหนังสือแจ้งผลการประกวดราคาให้โจทก์ทราบแล้วว่าตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้างงานนี้ ถือได้ว่าเป็นคำสนองของจำเลย โจทก์ผู้ประกวดราคาจึงมีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อโจทก์ผู้ประกวดราคาได้ไม่ไปลงนามในสัญญาตามกำหนด ก็ถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวดราคาจ้างเหมาจำเลยจึงมีสิทธิรับเงินประจำซองได้ และคำพิพากษาฎีกา ที่ 2252/2535 ความว่า จำเลยที่ 3 ได้ออกหนังสือคำประกันการยื่นซองประกวดราคาก่อสร้างอาคารของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ว่า จำเลยที่ 3 ขอรับเป็นผู้นำประกันจำเลยที่ 1 ไว้ต่อโจทก์ หากจำเลยที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของโจทก์ในการยื่นซอง

ประกวดราคาเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และโจทก์ไม่สามารถเรียกร้องเอาจากจำเลยที่ 1 ได้แล้วจำเลยที่ 3 จะเป็นผู้ชำระเงินค่าเสียหายแทนจำเลยที่ 1 ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่ยอมไปทำสัญญาก่อสร้างกับโจทก์ตามที่ยื่นขอประกวดราคาได้ จึงผิดสัญญาประกวดราคาทำให้โจทก์ต้องว่าจ้างบุคคลอื่นสร้างอาคารดังกล่าวในราคาที่สูงกว่าจำเลย 3 จึงต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าเสียหายให้แก่โจทก์

กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ที่ กค (กพรอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2550 ชักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่างๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่า คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพร.อ.) วางหลักการไว้ว่าการพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้น เมื่อคำสั่งยึดหลักประกันของเป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่ง กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัย ในคดีที่เกี่ยวข้องการเสนอราคาและหลักประกันการเสนอราคา ดังนี้แนวทางแรก ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ความว่า เมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดผู้ฟ้องคดี ได้เข้ายื่นขอประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างโดยผ่านขั้นตอนการเสนอด้านเทคนิคแล้วได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาตามวันเวลาสถานที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด แต่ปรากฏว่าในวันดังกล่าวผู้แทนของผู้ฟ้องคดีไม่สามารถไปลงทะเบียนและเสนอราคาได้ทันเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้มีหนังสือยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีนำเงินมาชำระภายใน 7 วันนับแต่วันได้รับหนังสือ แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีสิทธิจะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี ส่วนข้อ 10 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ก็กำหนดให้ประธานคณะกรรมการประกวดราคา มีอำนาจเพียงประกาศให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่ส่งผู้แทนเข้ายื่นขอเสนอราคาภายในกำหนดเวลาเป็นผู้หมดสิทธิเสนอราคาแล้วแจ้งผู้แทนผู้มีสิทธิเสนอราคาที่เหลือทุกราย เพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคา หากกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีไม่ และกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าร่วมยื่นขอเสนอราคา ก็ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้เห็นว่า หนังสือที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีเป็นเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันตามสัญญา แนวทางที่สอง ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551 ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2551 สรุปความว่าการที่ผู้ฟ้องคดีหน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุได้ยึดหลักประกันของของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้มีสิทธิเสนอราคา

ดังกล่าว และมีหนังสือเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้ค้าประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) รวมทั้งการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งยึดหลักประกันของดังกล่าวมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอทำไว้กับหน่วยงานทางปกครองและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

การกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐย่อมส่งผลต่อการพิจารณาดำเนินการบังคับหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าว รวมถึงการกำหนดประเภทคดีหรือการเริ่มต้นในการดำเนินคดีไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของอำนาจฟ้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีหรือเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาล กล่าวคือ ผลในการดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี หรือผลในการนับอายุความหรือระยะเวลาการฟ้องคดี หรือผลในการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ควรศึกษาสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีสถานะทางกฎหมายเป็นประการใด และปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกัน และปัญหาเกี่ยวกับประเภทสัญญาประกวดราคา และปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญา

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์วิธีการทำสัญญาของรัฐ กระบวนการขั้นตอน วิธีการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ประเภทสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และคำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในการวางหลักเกณฑ์กรณีข้อพิพาทหรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา
- 2) เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎีว่าด้วยสัญญาและการกระทำของฝ่ายปกครอง นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และการกระทำที่แยกออกได้จากสัญญา
- 3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายเงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกันการเสนอราคาและประเภทสัญญาประกวดราคา และการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาและปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกัน
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางการวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายเงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกันการเสนอราคาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกัน และการบังคับชำระหนี้หรือบังคับเอาจากหลักประกันการเสนอราคา

## 1.3 ขอบเขตของการศึกษา

- 1) ศึกษาระบบกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาสัญญาของรัฐ กฎหมายว่าด้วยการพัสดุ หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

2) ศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดในการวางหลักเกณฑ์กรณีข้อพิพาทในกระบวนการ หรือขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และคดีพิพาทที่เกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาและหลักประกันสัญญาของสัญญาทางปกครอง

3) ศึกษาวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อหาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคาและการบังคับชำระหนี้หรือบังคับคดีเอาจากหลักประกันการเสนอราคา

#### 1.4 สมมุติฐานในการศึกษา

ข้อพิพาทในกระบวนการหรือขั้นตอนในการบังคับเอาจากหลักประกันการเสนอราคาเป็นข้อพิพาททางสัญญา หรือเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญา และวิธีการบังคับเอาจากหลักประกันการเสนอราคาในกรณีผู้เสนอราคาไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อหรือจ้างจะต้องดำเนินการโดยยึดหรือรับหลักประกันหรือฟ้องศาลบังคับเอาจากหลักประกันการเสนอราคา

#### 1.5 วิธีการศึกษา

การศึกษานี้จะใช้การศึกษารวบรวมข้อมูลที่เป็นเอกสารแล้ววิเคราะห์ข้อมูลเอกสารเป็นสำคัญ (Documentary Research) อาทิเช่น กฎหมายแพ่งว่าด้วยนิติกรรมสัญญา กฎหมายว่าด้วยการพัสดุ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความทางกฎหมาย เป็นต้น

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1) การศึกษานี้สามารถสร้างความรู้ความเข้าใจในเรื่องของนิติกรรมสัญญาสัญญาของรัฐ ขั้นตอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐและหลักประกันการเสนอราคา

2) การศึกษานี้สามารถวิเคราะห์แนวคิดทฤษฎีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญานิติกรรมทางปกครอง และหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญา หรือการกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญา

3) การศึกษานี้ทำให้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคา หลักเกณฑ์ของหลักประกันการเสนอราคา การฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกันและวิธีการบังคับเอาจากหลักประกันการเสนอราคา

## บทที่ 2

### ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

การจัดทำบริการสาธารณะหรือการปฏิบัติราชการของหน่วยงานทางปกครองหรือการดำเนินกิจกรรมของหน่วยงานภาครัฐมีความจำเป็นจะต้องมีเครื่องมือเครื่องใช้วัสดุอุปกรณ์ และอาคารสถานที่ รวมถึงการจัดให้มีการสาธารณูปโภคหรือสาธารณูปการต่าง ๆ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานภาครัฐมักจะดำเนินการโดยวิธีการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งจะต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและการทำสัญญากับฝ่ายผู้ขายหรือผู้รับจ้างหรือผู้เสนอราคา

#### 2.1 หลักการสำคัญของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ย่อมทำให้องค์กรที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างจำเป็นต้องมีปฏิสัมพันธ์กับองค์กรอื่น ๆ ที่อยู่ภายนอกเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุที่ตนต้องการ โดยพัสดุนั้นต้องมีคุณภาพที่ดี และต้องมีความคุ้มค่ากับเงินที่ต้องจ่ายไปให้มากที่สุดและต้องดำเนินการอย่างเสมอภาค ถูกต้องตามขั้นตอน โดยปราศจากการทุจริต ดังนั้น การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจึงต้องประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ<sup>1</sup> 4 ประการ อันได้แก่ หลักความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ หลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐซึ่งสามารถ หลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และหลักการส่งเสริมสินค้าภายในประเทศ โดยอธิบายถึงหลักการดังกล่าวได้ ดังนี้

##### 2.1.1 หลักความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญากับภาครัฐ

หลักความเสมอภาค มีพื้นฐานมาจากหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยมองว่ามนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น เมื่อนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หลักการนี้จึงเป็นหลักที่เรียกร้องให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีการเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ ที่มีความสนใจ มีโอกาสเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้เสนอซื้อให้มากที่สุด เมื่อมีบุคคลที่สนใจมากก็จะทำให้เกิดการแข่งขันเพื่อให้ได้ผู้ที่เหมาะสมที่สุดที่จะได้เข้าทำสัญญากับผู้เสนอซื้อ ในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการหลักความเสมอภาคจะเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนหรือบุคคลทั่วไปที่สนใจเข้ามาเป็นคู่สัญญากับส่วนราชการผ่านการเสนอราคาหรือแข่งขันกันอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมซึ่งหลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยหลาย

---

<sup>1</sup>รัฐพงศ์ โภคะสุวรรณ, ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 14 – 19.

ฉบับด้วยกัน รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันด้วยได้บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 27 และได้มีการบัญญัติหลักความเสมอภาคดังกล่าวไว้ในพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่น มาตรา 9 บัญญัติห้ามมิให้กำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งหรือของผู้ขายรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะ หรือมาตรา 11 บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้างและประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐและปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น เพื่อให้ผู้ประกอบการหรือผู้สนใจได้เข้าถึงข้อมูลอย่างทั่วถึงและได้เข้ามาเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างและแข่งขันอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับภาครัฐอย่างเสมอภาคกัน

### 2.1.2 หลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐ

หลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐมีสอดคล้องกับหลักความโปร่งใส หมายถึง สุจริตไม่คดโกง หรือมีความหมายตรงกันข้ามกับการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งหลักความโปร่งใส เป็นหลักที่เรียกร้องให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องกระทำอย่างโปร่งใสและเปิดเผยโดยเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความถูกต้องในการจัดซื้อจัดจ้างและยังเป็นหลักการที่สำคัญในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตหรือคอร์รัปชันในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หลักการดังกล่าวเมื่อนำมาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่ดำเนินการจัดหาพัสดุก็นจะทำให้ส่วนราชการที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต้องทำการจัดซื้อจัดจ้างในทุกขั้นตอนอย่างโปร่งใสและเปิดเผย เพื่อให้ประชาชนได้ทราบข้อมูลเพื่อเข้าร่วมในการจัดหารวมถึงเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความถูกต้องทั้งจากประชาชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการนั้นด้วย นอกจากนี้ยังถือเป็นข้อเตือนใจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจัดซื้อจัดจ้างที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและเป็นไปอย่างถูกต้อง ตลอดจนต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตไม่ใช้อำนาจหน้าที่ของตนแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้มีการบัญญัติหลักการป้องกันการทุจริตดังกล่าวไว้ในพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่น มาตรา 8 บัญญัติให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และสอดคล้องกับหลักการความโปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต้องกระทำโดยเปิดเผยและชัดเจน และมาตรา 16 และมาตรา 17 และมาตรา 18 บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐจัดให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการสังเกตการณ์ในการดำเนินการตามขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง และอาจกำหนดให้มีข้อตกลงคุณธรรมระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการและผู้ประกอบการที่จะเข้ายื่นข้อเสนอโดยตกลงกันว่าจะไม่กระทำการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างและมาตรา 37 บัญญัติให้มีคณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต และมาตรา 120 บัญญัติโทษทางอาญาในคดีทุจริตต่อหน้าที่ตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐดังกล่าวไว้ด้วย

### 2.1.3 หลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

หลักความคุ้มค่า หมายถึง การบริหารจัดการใช้งบประมาณและทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวมโดยธรรมาภิบาลให้บุคลากรมีความประหยัดใช้วัสดุอุปกรณ์อย่าง

ค้ำค่าและรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน หลักความค้ำค่าดังกล่าวเมื่อนำมาใช้กับการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐจึงเป็นหลักที่เรียกร้องให้การดำเนินการจัดหาพัสดุและการใช้พัสดุจะต้องมีการคำนึงถึงประโยชน์และผลเสียทางสังคม ภาระต่อประชาชน คุณภาพ วัตถุประสงค์ที่จะใช้ตลอดจนราคาและประโยชน์ระยะยาวของส่วนราชการที่จะได้รับการพิจารณาในการจัดหาพัสดุนั้นด้วย และได้มีการบัญญัติหลักความค้ำค่าในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐไว้ในพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 และมาตรา 65 บัญญัติให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ และสอดคล้องกับหลักการความค้ำค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจนเปิดเผยและชัดเจน และในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและวัตถุประสงค์การใช้งานเป็นสำคัญด้วย

#### 2.1.4 หลักการส่งเสริมหรือสนับสนุนสินค้าภายในประเทศ

หลักการส่งเสริมหรือสนับสนุนสินค้าภายในประเทศ เป็นหลักการที่นำมาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 65 บัญญัติให้พัสดุที่รัฐต้องส่งเสริมหรือสนับสนุนต้องเป็นไปตามกฎกระทรวง ซึ่งอย่างน้อยรัฐต้องส่งเสริมหรือสนับสนุนพัสดุที่สร้างนวัตกรรมหรือวัสดุที่อนุรักษ์พลังงานหรือสิ่งแวดล้อม โดยปัจจุบันกระทรวงการคลัง ได้ออกกฎกระทรวงกำหนดพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุนและกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีคัดเลือกและวิธีเฉพาะเจาะจง พ.ศ. 2560 ทั้งหมด 7 หมวด ดังต่อไปนี้ หมวด 1 พักส่งเสริมและพัฒนาด้านการเกษตร เช่น นมโรงเรียน ขององค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย หมวด 2 พักส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมและผู้ด้อยโอกาส เช่น ผลิตภัณฑ์ของกลุ่มสตรีหรือกลุ่มอาชีพต่างๆ ในหมู่บ้านและตำบล หมวด 3 พักส่งเสริมการเรียนการสอน เช่น ผลิตภัณฑ์ของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี หมวด 4 พักส่งเสริมการวิจัยและการพัฒนาหรือการให้บริการทางการศึกษา เช่น งานจ้างบริการวิชาการหรือการวิจัยของมหาวิทยาลัยของรัฐทุกแห่ง หมวด 5 พักส่งเสริมนวัตกรรม ซึ่งเป็นสินค้าหรือบริการที่มีรายชื่อตามบัญชีนวัตกรรมไทยของสำนักงบประมาณ หมวด 6 พักส่งเสริมสุขภาพและสาธารณสุข เช่น ยาตามชื่อสามัญ (Generic Name) ในบัญชียาหลักแห่งชาติ และหมวด 7 พักส่งเสริมความมั่นคงด้านพลังงานและทรัพยากรธรรมชาติ เช่น น้ำมันเชื้อเพลิง ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) หรืองานจ้างบริการไฟฟ้าหรือประปา ของการไฟฟ้าหรือการประปา รายละเอียด ศึกษาเพิ่มเติมได้จากกฎกระทรวงกำหนดพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุนและกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีคัดเลือกและวิธีเฉพาะเจาะจง พ.ศ. 2560

## 2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

การศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ เพื่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐอย่างชัดเจน ผู้เขียนได้ศึกษาความหมายและลักษณะของสัญญาของรัฐข้อความคิดและทฤษฎีว่าด้วยสัญญา หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักการจัดทำบริการสาธารณะการกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญาลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ กระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ และกลไกการตรวจสอบสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ โดยมีรายละเอียดดังนี้

### 2.2.1 ความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

การศึกษาความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ เพื่อให้ทราบแนวความคิดหรือความหมายเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ อย่างชัดเจน ผู้ศึกษาควรศึกษาความหมายของสัญญาของรัฐ ลักษณะของสัญญาของรัฐ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

“สัญญาของรัฐ” หรือ “สัญญาของฝ่ายปกครอง” หรือ “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน” ได้มีผู้ให้ความหมายและอธิบายไว้ ดังนี้

อาจารย์ ดร. ไชยวัฒน์ บุนนาค อธิบายลักษณะของสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนว่า “คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจเป็นส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ โดยอำนาจในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น อาจตรวจสอบได้จากกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานดังกล่าว”<sup>2</sup>

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร อธิบายว่า “สัญญาของรัฐ” หรือ “สัญญาของฝ่ายปกครอง แบ่งเป็นสองประเภท คือ 1) สัญญาทางแพ่ง อยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชน โดยความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนา ฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์ใดๆเหนือสัญญา ดังนั้น การกระทำต่างๆจึงอยู่ภายใต้ความสมัครใจของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซื้อวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในสำนักงาน 2) สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 ของกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544<sup>3</sup>

<sup>2</sup>ไชยวัฒน์ บุนนาค, สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน, วารสารสภาพนายความ, 5, 24 (ตุลาคม – พฤศจิกายน 2539) อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2541), หน้า 142.

<sup>3</sup>พัชรวรรณ นุชประยูร, หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ, ใน เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย, หน่วยที่ 5 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2559), หน้า 36-38.

ศาสตราจารย์พิเศษ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ อธิบายว่า “สัญญาของรัฐ คือ สัญญาที่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนทำกับภาคเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล คู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยอาจฟ้องร้องและถูกฟ้อง บังคับในศาลได้เช่นเดียวกัน ซึ่งส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน มีจำนวนหลายหน่วยงาน คณะรัฐมนตรีจึงได้กำหนดกฎเกณฑ์ ระเบียบปฏิบัติ และแบบฟอร์มสัญญาเพื่อให้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐปฏิบัติในการทำสัญญากับฝ่ายภาคเอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้สัญญาของรัฐเป็นมาตรฐาน อย่างเดียวกัน และมีการจัดการบริหารสัญญาอย่างเป็นระบบ”<sup>4</sup> ศาสตราจารย์พิเศษ จุลสิงห์ วสันตสิงห์ ยังได้อธิบายเพิ่มเติมอีกว่า สาธารณสำคัญของสัญญาของรัฐ ประการหนึ่งก็คือ คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียม (Equal Footing) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจถูกฟ้องได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ เอกชนได้รับการยกเว้นหรือผ่อนผันไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาต่อหน่วยงานของรัฐ เช่น ในช่วงที่ วัสดุก่อสร้างหรือน้ำมันขาดแคลนหรือประสภาวะวิกฤตราคาน้ำมันหรือวัสดุก่อสร้างที่สูงขึ้นหรือการ ให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของผู้ประกอบการก่อสร้างอันเหตุไม่ปกติที่เมื่อ เกิดขึ้นแล้วก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งคณะรัฐมนตรีหรือ คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุหรือผู้ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ภาครัฐอนุญาต ให้ผู้รับจ้างได้รับการต่อสัญญาหรือขยายสัญญาโดยดค่าปรับ เนื่องจากเป็นเหตุที่ในขณะทำสัญญา ต่อกันคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้น หรือในกรณีช่วงที่เศรษฐกิจตกต่ำ ค่าเงินบาท ต่ำ ก็อาจอนุญาตให้เอกชนที่เสนอราคาต่อทางราชการไว้แล้วสามารถถอนข้อเสนอโดยไม่ต้องถูกริบ หลักประกันของ หรือหลักประกันการเสนอราคาได้

ลักษณะของสัญญาของรัฐ สัญญาของรัฐ คือ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นส่วน ราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องมี ฐานะเป็นนิติบุคคล และสัญญาของรัฐดังกล่าวอาจจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาที่ได้กำหนดไว้

ประเภทสัญญาของรัฐ การแบ่งประเภทสัญญาของรัฐทำให้ผู้ดำเนินโครงการหรือผู้ที่จะมี หน้าที่ในการบริหารสัญญาทราบได้ว่ากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีหรือกฎหมายใดใช้ บังคับแก่สัญญาของรัฐนั้นๆ เช่นสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุก้อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องดำเนินการตาม ขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการพัสดุหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ หรือสัญญาว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการในกิจการของ รัฐก็ต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนด ตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงาน หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ อย่างไรก็ตามกฎหมาย กฎ ระเบียบดังกล่าวต่างกับกฎหมายที่ใช้บังคับ กับสัญญา ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับ คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาของรัฐ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการแสดง เจตนา คำเสนอ คำสนอง การเกิดสัญญา หนี้ การระงับแห่ง

<sup>4</sup> จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (Government Contracts) (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2554), หน้า 9.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

หนี้ การบอกเลิกสัญญา อายุความ ก็ต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญาของรัฐด้วยเช่นกัน ตั้งแต่ขั้นตอนการเจรจาสัญญา (Negotiations) การยกร่างสัญญา (Contract Drafting) การทำสัญญา (Entering into the Contract) การบริหารสัญญา (Contract Administration) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Contract Amendment) เบี้ยปรับและความรับผิด (Liquidated Damages and Liability) การบอกเลิกสัญญา (Termination) ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับแก่สัญญาของรัฐเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างภาคเอกชน เพียงแต่การทำสัญญาของรัฐนั้นหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับการทำสัญญาของรัฐนั้น ดังนั้น จากการทำสัญญาของรัฐโดยหน่วยงานของรัฐที่ผ่านมาจะแบ่งประเภทของสัญญาของรัฐได้ดังนี้

- 1) สัญญาสัมปทาน (Concession Contract)
- 2) สัญญาจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ (Turnkey)
- 3) สัญญาของรัฐแบบรัฐต่อรัฐ (Government to Government หรือ G to G) ที่ไม่เป็นสนธิสัญญา

- 4) สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Contract)
- 5) สัญญาของรัฐที่ไม่เป็นสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ (Non Procurement) เช่น<sup>6</sup> สัญญาการรับทุน ก.พ., สัญญาแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายสลากกินแบ่งรัฐบาล, สัญญาให้บริการระบบท่อส่งก๊าซในพื้นที่พัฒนาร่วมไทย-มาเลเซีย แปลง A -18 B-17 Services Agreement ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน), สัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายใหญ่ (IPP) Power Purchase Agreement ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, บันทึกข้อตกลงตามโครงการให้ชุมชนเข้ามีส่วนร่วมในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเก็บขยะมูลฝอยของสำนักงานเทศบาลเมืองสกล เป็นต้น

“สัญญาของรัฐ” เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ข้อความคิดว่าด้วย “สัญญา” นับเป็นข้อความคิดที่สำคัญที่สุดข้อความคิดหนึ่งในระบบกฎหมายทุกระบบ อาจกล่าวได้ว่าในบรรดารูปแบบการกระทำที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้น “สัญญา” เป็นรูปแบบการกระทำที่เก่าแก่และมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนานที่สุดรูปแบบหนึ่ง แม้กระนั้นก็ต้องเข้าใจว่า “สัญญา” ในฐานะที่เป็นการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา จะมีความหมายในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งยอมรับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและยอมรับนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น<sup>7</sup> ซึ่งข้อความคิดว่าด้วยสัญญามีทฤษฎีหรือหลักที่เกี่ยวกับสัญญา ดังนี้

---

<sup>6</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, **หลักกฎหมายและคดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุ สัญญาทางปกครอง และอนุญาโตตุลาการ** (เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ที่ ก.ศป. รับรอง) มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนกรยุติธรรมทางปกครอง เมื่อวันที่ 23 เมษายน 2560), หน้า 7-8.

<sup>7</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “กฎหมายน่ารู้: แนวคิดและหลักการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง,” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา**, 6, 1 เมษายน – กันยายน 2550, หน้า 149.

### 2.2.1.1 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)<sup>8</sup>

ในการตกลงทำสัญญานั้น สัญญาย่อมจะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเสนอ สอนองที่ถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ที่ได้แสดงเจตนาที่ตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาขึ้น สัญญาที่เกิดขึ้นเป็นเสมือนกฎหมายสำหรับคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นอย่างเคร่งครัด และจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่ได้เกิดขึ้นแล้วก็ต้องอาศัยการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของทั้งสองฝ่าย เช่นเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแสดงเจตนาเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของตนแต่เพียงฝ่ายเดียวมิได้ ทั้งการเกิดขึ้นของสัญญาและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วย่อมต้องอยู่ภายใต้หลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) ซึ่งยึดถือเอาความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ หลักกฎหมายนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งปรากฏอยู่ในทุก ๆ ระบบของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายมหาชนหรือในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เกิดจากหลักทางศีลธรรมและแนวคิดในทางศาสนาเป็นสำคัญ โดยศาสนาคริสต์มีอิทธิพลอย่างมากในการควบคุมการบังคับตามสัญญา ซึ่งความคิดพื้นฐานของศาสนาคริสต์กล่าวว่า จะต้องรักษาคำพูดของเราเอง โดยปรากฏในพระคัมภีร์บทที่ 5 (ข้อ 33-37) ของ St. Matthew ในตอนท้ายที่กล่าวว่า “จริงก็จริงว่าจริง ไม่ก็ว่าไม่ พูดแต่เพียงนี้ก็พอ คำพูดเกินนี้ไปมาจากความชั่ว” ต่อมาบาทหลวงก็ได้ใช้คำนี้ในแนวคิดของการบังคับตามสัญญาและของ St. Augustine (354 – 430) สอนว่า เราต้องรักษาคำพูดแม้แต่กับศัตรูของเรา และความคิดแบบเดียวกันนี้ก็ถูกพบใน The Decretum Gratian (บทเกี่ยวกับวินัยศาสนา โดยเฉพาะของโรมันคาทอลิก) อิทธิพลของคริสต์ศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในการทำสัญญา คำมั่นสัญญา

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นหลักกฎหมายใหญ่ในเรื่องของสัญญา โดยเฉพาะในศตวรรษที่ 18-19 ที่ความคิดเกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและสิทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจในสมัยนั้น ๆ ทำให้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้รับอิทธิพลไปด้วย กล่าวคือ กลับมาได้รับความนิยมสูงสุดไปด้วย เนื่องจากสิทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ Laissez-faire, Laissez-passer เห็นว่า บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการดำเนินการใด ๆ ได้เอง เว้นแต่ในกรณีเพื่อประโยชน์ ส่วนรวม ก็อาจถูกจำกัดเสรีภาพลงได้บ้าง สำหรับกฎหมายที่จะใช้บังคับกันในสังคมควรจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากเจตนาของคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันเป็นผู้กำหนดขึ้น ดังนั้น จากแนวคิดนี้เจตนาของคู่สัญญา จึงถือว่าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามกัน อันนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The Autonomy of the Will) ซึ่งเป็นหลักที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาได้อย่างเต็มที่ รัฐจะเข้าไปเกี่ยวข้องได้เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น จากหลักนี้เองบุคคลทุกคนจึงมีอิสระและเสรีภาพในการทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ ได้เอง และเมื่อสัญญาเกิดจากการตัดสินใจที่อิสระของคู่สัญญา หน้าที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ทำโดยสมัครใจจึงเป็นหน้าที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา คู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด<sup>9</sup> ทั้งนี้ เมื่อ

<sup>8</sup> ปาร์วี พิสิฐเสนากุล, **หลัก Clausula Rebus Sicstantibus ในสัญญาทางปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 5-9.

<sup>9</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, **กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 6-9.

คู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาต่อกันด้วยความสมัครใจก็จะเกิดผลผูกพันให้คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญานั้นไม่ได้ และหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายก็จะบังคับการให้เป็นไปตามผลผูกพันนั้น ในปัจจุบันหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) นี้ เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย

หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญซึ่งอยู่เบื้องหลังกฎหมายเรื่องสัญญาและหนี้ และเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งได้รับการบัญญัติหรือแฝงไว้ในประมวลกฎหมายของทุกประเทศ ในส่วนของไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง นิติกรรมและสัญญา ก็มีหลักว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) อันเกิดจากหลักทางศีลธรรมที่ว่า “เมื่อพูดให้สัญญาแล้วต้องรักษาคำพูด” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องนิติกรรมสัญญา<sup>10</sup>

2.2.1.2 หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus) หรือหลักสัญญาไม่เป็นสัญญา (Rebus Sicstantibus)

หลักกฎหมายที่ว่าสัญญาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาด้วยกันเองจะตกลงกันนั้น เป็นหลักทั่วไปของสัญญา อันเป็นการยอมรับว่าเจตนาของบุคคลเท่านั้นที่สำคัญที่จะผูกพันตนเอง หรือจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ด้วยเจตนาของตนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี การที่จะยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อสถานการณ์ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง หรือไม่มีเหตุแทรกซ้อนรุนแรงจนทำให้พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งสัญญาต่างไปจากขณะที่ก่อสัญญากันขึ้น ดังนั้นหากปรากฏว่าสถานการณ์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจนกระทบรากฐานของสัญญาเดิม ก็อาจจะส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัดได้ ซึ่งหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในกรณีเช่นนี้ คือหลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) หรือหลักสัญญาไม่เป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)

หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) หรือหลักสัญญาไม่เป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) คือ การตกลงว่าสิ่งต่างๆ จะคงสถานะเดิมไว้ และหากว่าสิ่งเหล่านั้น ไม่อยู่ในสภาวะแบบเดิมแล้ว หรือมีการเปลี่ยนแปลงไป กรณีดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาซึ่งแตกต่างกันแล้วแต่กรณี ในความหมายดั้งเดิมนั้น หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus จะมีผลในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไป ในส่วนของภาวะวิสัยระหว่างช่วงเวลาของการตกลงทำสัญญาและการปฏิบัติการชำระหนี้<sup>11</sup>

ความเป็นมาของหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยนักสอนศาสนา (พระในศาสนาคริสต์) ในศตวรรษที่ 12-13 ซึ่งมีหลักว่า “สัญญาจะผูกพันตราบเท่าที่สถานการณ์ต่าง ๆ ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง” ซึ่งได้มีการยืนยันว่า สัญญาต้องได้รับการ

<sup>10</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 89.

<sup>11</sup> Worachet Pakeerut, Die Clausula Rebus Sic Stantibus im Verwaltungsrechtlichen Vertragsrecht (Göttingen, im November, 1994X, p. 3 อ้างถึงใน ปารวี พิสิฐเสนากุล, เรื่องเดิม, หน้า 10.

ปฏิบัติแม้แต่คนที่เป็นศัตรู แต่หากสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปคู่สัญญา ก็อาจไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus ได้แทรกตัวให้เห็นในกฎหมายแพ่งของทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยปัจจุบันเราจะพบได้ในบทกฎหมายเรื่องการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา ได้แก่ หลักเรื่อง Frustration ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักการสิ้นไปของฐานแห่งนิติกรรม (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ซึ่งในปัจจุบันก็คือ มาตรา 313 ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ที่กลายเป็นภาระที่หนักมากเกินไป

การที่ประเทศต่าง ๆ ยอมรับหลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Clausula Rebus Sic Stantibus) หรือหลักสัญญาไม่เป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) เป็นหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศนั้น ก็เนื่องด้วยความยุติธรรมในระหว่างคู่สัญญา เรียกร้องเพราะหากยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด ในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปของฐานแห่งสัญญาซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญาจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระหนักเกินไป ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญา การปฏิเสธหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก

โดยทั่วไปเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ระบบกฎหมายทุกระบบจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ แต่หลักการข้อยกเว้นดังกล่าวเช่น กรณีการชำระหนี้เป็นพันวิสัย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันในทุกระบบกฎหมายก็คือ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กรณีที่เป็นปัญหาอย่างยิ่งก็คือ กรณีที่การชำระหนี้ยังอยู่ในวิสัยจะทำได้ แต่จะเป็นภาระแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย เกิดความคาดหมาย หรือในกรณีที่เกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้การชำระหนี้ตอบแทนของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นกลายเป็นอันไร้ประโยชน์โดยสิ้นเชิง หรืออาจเรียกว่าเป็นกรณีที่การชำระหนี้เช่นนั้นไม่มีทางบรรลุตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้เลย ซึ่งปัญหาดังกล่าวสามารถอธิบายได้ด้วยหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus หรือความผูกพันยอมเป็นไปตามพฤติการณ์ ซึ่งหมายความว่าความผูกพันตามสัญญาโดยยอมตั้งอยู่บนฐานแห่งพฤติการณ์แวดล้อมที่ดำรงอยู่ในขณะทำสัญญา หากมีการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งพฤติการณ์แวดล้อมดังกล่าวหลังจากมีการทำสัญญาไปแล้ว กรณีจึงต้องนำหลัก Clausula Rebus Sic Stantibus มาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญา<sup>12</sup>

ผู้ศึกษาเห็นว่า หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (หลัก Clausula Rebus Sic Stantibus) หรือหลักสัญญาไม่เป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) อธิบายโดยสรุปได้ว่า หลังจากที่ทำสัญญากันแล้ว ยังมีได้มีการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญาหรือมิได้ชำระหนี้ให้เป็นไปตามสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการชำระหนี้ไปอย่างมากโดยไม่อาจคาดหมายได้ใน

<sup>12</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิต, รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้ เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความคาดหมาย (Supervening Events) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 2-4.

ขณะที่ทำสัญญา ลูกหนี้จึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย รวมถึงในส่วนของไทยนั้น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่อง ผลแห่งหนี้ ซึ่งมีหลักว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นอันพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้”

### 2.2.1.3 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มีความหมายสองความหมายด้วยกัน<sup>13</sup> ความหมายแรกคือเสรีภาพในการทำสัญญา ส่วนความหมายที่สองหมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

สำหรับเสรีภาพในการทำสัญญา หมายถึง เสรีภาพในการก่อให้เกิดสัญญา (Formation of Contract) หรือเสรีภาพในการเริ่มต้นก่อให้เกิดขึ้น ดำเนินการต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา<sup>14</sup> ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้สองด้าน คือด้านกระทำการ (Positive Sense) อันหมายถึงการเริ่มต้นดำเนินการและตกลงทำสัญญา และด้านไม่กระทำการ (Negative Sense) อันหมายถึงการไม่เข้าทำสัญญาของผู้รับคำเสนอกที่ดี หรือการยกเลิกหรือการระงับการเจรจาของคู่เจรจากที่ดี มักไม่มีปัญหาเพราะเห็นได้ชัดว่าเป็นเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ในส่วนผู้เสนอที่เปลี่ยนใจไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอนั้นอาจเป็นปัญหาในระบบกฎหมายของบางประเทศก็ได้เนื่องจากผู้ทำคำเสนอไม่มีเสรีภาพเช่นนั้น<sup>15</sup>

ในส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซง เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว น่าจะหมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม<sup>16</sup> ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้น รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกันไว้โดยเสรีภาพเปลี่ยนไปประการอื่นไม่ได้ เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ ก็เท่ากับเสรีภาพในการทำสัญญาของปัจเจกชนถูกทำลาย<sup>17</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหัวใจสำคัญของหลักกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเอกชน โดยเอกชนสามารถที่จะใช้เสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา และกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้อย่างเต็มที่ภายในกรอบของกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงมีได้มีอิสระในการที่จะทำสัญญาใด ๆ กับผู้ใดก็ได้เหมือนอย่างในกรณีของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญา

<sup>13</sup>N.S. Wilson, “Freedom of Contract and Adhesion Contract,” *The Internationnal and Comparative Law Quarterly*, 14 (1965), 172ss อ้างถึงใน ศนันทกรณ (จำปี), โสตถิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), หน้า 249.

<sup>14</sup>G. Tamburrino. *I Vincoli Unilaterali Nella Formazione Progressive del Contratto*, p. 25 อ้างถึงใน *เรื่องเดิม*, หน้า 179.

<sup>15</sup>*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 249.

<sup>16</sup>ดารารพร ธีระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 15-16.

<sup>17</sup>ศนันทกรณ (จำปี) โสตถิพันธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 249.

ทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด เสรีภาพในการทำสัญญาจึงมักถูกจำกัดใน 2 ด้านคือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา<sup>18</sup>

1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา ในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง อาจไม่แตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมายเช่นเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายรัฐโดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองซึ่งกระทำการแทนรัฐ และหน่วยงานทางปกครองต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่าง ๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น

2) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญาในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญาอย่างเช่นกรณีของเอกชนในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้นมักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้รวมถึงประเทศไทยกฎหมายระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง ได้กำหนดแบบสัญญาพัสดุต่างๆไว้ให้หน่วยงานภาครัฐใช้สำหรับทำสัญญากับเอกชนหรือคู่สัญญา

#### 2.2.1.4 หลักการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>19</sup>

การศึกษาเรื่องบริการสาธารณะเกิดจากวิวัฒนาการทางสังคมของประเทศฝรั่งเศส โดยมีหลักฐานปรากฏว่า บริการสาธารณะอยู่คู่กับสังคมมนุษย์มาตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มเป็นสังคม<sup>20</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.เล-อง ดูกีร์ (Leon Duguit) เริ่มต้นศึกษาการจัดทำบริการสาธารณะในศตวรรษที่ 19 “การบริการสาธารณะเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองต้องก่อให้เกิดขึ้นด้วยหน้าที่ที่ผู้ปกครองมีต่อผู้ใต้ปกครอง โดยการดำเนินการจัดทำกิจกรรมที่ต้องดำเนินการอย่างหนึ่งของรัฐ เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของการเป็นรัฐ”<sup>21</sup> โดยศาสตราจารย์ดูกีร์ได้พิจารณาเงื่อนไขของบริการสาธารณะไว้ 4 ประการ กล่าวคือ

- 1) บริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐ
- 2) เพื่อให้ภารกิจของรัฐลุล่วง

<sup>18</sup> วิษณุ วัลบุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**, ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 37.

<sup>19</sup> พิชรพรรณ นุชประยูร, หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ, ใน **เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย**, หน่วยที่ 3 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรม-ธิราช, 2559), หน้า 5-15.

<sup>20</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 330.

<sup>21</sup> Chevallier Jacques, **Essai sur la Notion Juridique de Service Public**, In publications no. 7 de la Faculte de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens, p. 140 . อ้างถึงใน พิชรพรรณ นุชประยูร, **หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ**, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

3) ไม่อาจแยกออกจากรัฐได้เนื่องจากรัฐต้องใช้อำนาจตามกฎหมายอันเกิดจากเจตจำนงประชาชาติสะท้อนฝ่ายจิตสำนึกและการพึ่งพาอาศัยกันของคนในสังคมภายใต้กฎหมาย และ

4) ถูกควบคุมโดยผู้ปกครอง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ในการสร้างเสถียรภาพให้กับสังคม

โดยลักษณะของการบริการสาธารณะศาสตราจารย์ดูว์กีร์เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกับกฎหมายในรัฐ และการบริการสาธารณะจำต้องเกิดขึ้นตอบสนองการพึ่งพาอาศัยของคนในสังคม เพื่อสะท้อนความต้องการของสังคม และเป็นฐานของอำนาจรัฐและเป็นหน้าที่ของผู้ปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.โมคริช โอครีอู (Maurice Hauriou) ศาสตราจารย์กฎหมายสำนักกฎหมายตูลุส (Ecole de Toulouse) ได้อธิบายว่า อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (Service Public) นั้น เป็นไปเพื่อการตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีการบริการสาธารณะในด้านการให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ”

ศาสตราจารย์ ดร. กัสตง แจซ (Gaston Jeze) แห่งสำนักกฎหมายบ็อกโดว์และเป็นลูกศิษย์ของศาสตราจารย์ดูว์กีร์ มีความเห็นแย้งกับสิ่งที่ศาสตราจารย์ดูว์กีร์มองว่าบริการสาธารณะเกิดขึ้นพร้อม ๆ กับรัฐ แต่เห็นว่าบริการสาธารณะเกิดขึ้นเมื่อเป็นความต้องการของคนส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (Interet Public) และการบริการสาธารณะเป็นเรื่องของเจตจำนงของผู้ปกครองและผู้ปกครองเป็นผู้ตัดสินใจดำเนินการ โดยสามารถทำให้สำเร็จได้ด้วยองค์กรที่มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>22</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. อองเดรย์ เดอ โลบาแดร์ (Andre de Laubadere) ให้ข้อพิจารณาว่า บริการสาธารณะเป็นอำนาจของมหาชนในการตัดสินใจว่าส่วนรวมประสงคืให้เกิดการดำเนินการในเรื่องใด และรัฐจะต้องจัดให้มีบริการนั้นๆ ซึ่งบริการสาธารณะตามความเห็นของศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกำหนดภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐโดยการตรากฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละลักษณะได้ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติตราบัญญัติเกี่ยวกับการศึกษาขั้นสูงขึ้นในปี ค.ศ. 1984<sup>23</sup> กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการจัดการศึกษาในระดับมหาวิทยาลัยเพื่อให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะนี้ได้เช่นเดียวกับการศึกษา

<sup>22</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 73.

<sup>23</sup> รัฐบัญญัติ เลขที่ 84-52 วันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1984 เรื่อง การศึกษาขั้นสูง อ้างถึงใน พัชรวรรณ นุชประยูร, **หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ**, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

ขั้นพื้นฐาน หรือรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและปรับปรุงบริการสาธารณะด้านไฟฟ้าให้ทันสมัย<sup>24</sup> หรือรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะในระบบราชทัณฑ์<sup>25</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ชาร์ก เชอวาลิเยร์ (Jacques Chevallier) ได้ให้คำนิยามของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมของรัฐที่จัดทำโดยฝ่ายปกครอง โดยอาจจำแนกความหมายได้เป็น 2 ลักษณะ 1) ในความหมายอย่างแคบ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมของรัฐที่จัดทำโดยฝ่ายปกครองเพื่อสนองความต้องการของประโยชน์มหาชน 2) ในความหมายอย่างกว้าง บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ทำโดยบุคคลตามกฎหมายมหาชน (หน่วยงานทางปกครอง) แต่อย่างไรก็ดีบุคคลตามกฎหมายเอกชน (บุคคลธรรมดา นิติบุคคล) ก็สามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในแดนของกฎหมายมหาชน (ในภารกิจของรัฐซึ่งหมายความรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ)<sup>26</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ฌอง ริเวโร และศาสตราจารย์ ดร. ฌอง วาลีน ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า “บริการสาธารณะเป็นรูปแบบหนึ่งของการดำเนินการของฝ่ายปกครอง โดยให้นิติบุคคล มหาชน เป็นผู้จัดทำหรือโดยมอบหมายให้ดำเนินการภายใต้ความรับผิดชอบของตน เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ”<sup>27</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของการบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะ หมายความว่า กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง (ทั้งส่วนกลางส่วนท้องถิ่น และรวมถึงรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นองค์การของรัฐบาล) ที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน<sup>28</sup>

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร อธิบายว่า บริการสาธารณะเป็นภารกิจหนึ่งของรัฐ ในการดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกิจกรรมใดจะเป็นกิจการบริการสาธารณะสามารถพิจารณาได้จากลักษณะของกิจการนั้น โดยกิจการนั้นจะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะและสามารถตอบสนองกับความต้องการของประชาชนได้ หากหยุดดำเนินการแล้วจะทำให้เกิดความวุ่นวายเดือดร้อน และเกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม กิจการนั้นย่อมถือว่าเป็นบริการสาธารณะนั่นเอง<sup>29</sup>

<sup>24</sup>รัฐบัญญัติ เลขที่ 2000-108 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 เกี่ยวกับการปรับปรุงและพัฒนาให้ทันสมัยของบริการสาธารณะด้านไฟฟ้า อ้างถึงใน พัชวรณ นุชประยูร, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 6.

<sup>25</sup>รัฐบัญญัติ เลขที่ 87-432 วันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1987 เกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบราชทัณฑ์ อ้างถึงใน พัชวรณ นุชประยูร, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 6.

<sup>26</sup>Chevallier Jacques, *Essai sur la Notion Juridique de Service Public*, *เรื่องเดิม*, หน้า 139.

<sup>27</sup>Rivero Jean and Waline Jean, 2004, *Droit Administrative*, 20 ed. p. 303 อ้างถึงใน พัชวรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ*, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

<sup>28</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, *มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 75.

<sup>29</sup>พัชรวรรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ*, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

ลักษณะและประเภทของบริการสาธารณะในรัฐสมัยใหม่นอกจากภารกิจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว ยังมีภารกิจเพิ่มเติมจากที่มีหน้าที่ป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อย ภารกิจที่รัฐสมัยใหม่มีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำคือการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนรวมของทุกคนไม่ใช่เป็นประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ความต้องการของส่วนรวมนี้เป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องดำเนินงานจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการร่วมกันของมนุษย์ในสังคม โดยบริการสาธารณะมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ<sup>30</sup> กล่าวคือ

1) โครงสร้างของหน่วยงานที่มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องมีสถานะเป็น “นิติบุคคลมหาชน” โดยนิติบุคคลมหาชน หมายถึง บุคคลที่เกิดขึ้นตามกฎหมายมหาชนที่มีหน้าที่ในการทำภารกิจส่วนรวม ซึ่งโดยหลักแล้ว นิติบุคคลมหาชน หมายถึง “รัฐ” และบรรดาองค์กรต่างๆที่รัฐตั้งขึ้นเพื่อทำภารกิจดังกล่าว<sup>31</sup>

ปัจจุบันไม่เพียงรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเองเท่านั้น รัฐยังมอบให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะได้ด้วย เช่น การให้สัมปทานในการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ สัมปทานการเดินรถประจำทาง สัมปทานทรัพยากรธรรมชาติ หรือกรณีที่รัฐให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อมีการมอบภารกิจให้เอกชนเข้าดำเนินการแล้ว รัฐมีอำนาจในการกำกับดูแลให้เอกชนปฏิบัติตามภารกิจตามที่ได้มอบหมายไว้

2) บริการสาธารณะจะต้องมีลักษณะที่เป็นกิจการเกี่ยวกับ “ประโยชน์สาธารณะ” ในการพิจารณาว่ากิจการที่นิติบุคคลตามข้อ 1 กระทำจะเป็นบริการสาธารณะหรือไม่ต้องพิจารณาถึงเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ ด้วย<sup>32</sup> โดยประโยชน์สาธารณะเกิดจากเจตนาโดยตรงของรัฐที่จะสนองต่อความต้องการของประชาชน โดยการบริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งบริการนั้นสัมพันธ์กับการตอบสนองความต้องการเรื่องประโยชน์สาธารณะ<sup>33</sup> ซึ่งหมายความอีกนัยว่าบริการสาธารณะสามารถเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและไม่ว่าการจัดทำบริการสาธารณะนั้นๆ ประชาชนจะมีภาระเรื่องค่าใช้จ่ายในการรับบริการหรือไม่ก็ตาม<sup>34</sup>

<sup>30</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

<sup>31</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 53-54.

<sup>32</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 338.

<sup>33</sup> บุปผา อัครพิมาน, *สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย* (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 8.

<sup>34</sup> Rivero Jean, Waline Jean. (2004). *Droit Administrative*, pp. 304-305 อ้างถึงใน พัชรวรรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ, เรื่องเดิม*, หน้า 8.

ดังนั้น แม้นิติบุคคลมหาชนกระทำการใด ๆ แต่หากกิจกรรมนั้นก่อให้เกิด แต่ประโยชน์แต่กับฝ่ายปกครองหรือองค์กรนั้น ๆ เอง โดยไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ ต่อสาธารณะเลย กิจกรรมนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ<sup>35</sup>

3) การจัดทำบริการสาธารณะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน บริการ สาธารณะกล่าวคือ เป็นการดำเนินการขององค์กรตามลักษณะข้อที่ 2 โดยองค์กรผู้จัดทำบริการ สาธารณะมีอำนาจหรือเอกสิทธิ์บางประการตามกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิหรือล่วงล้ำในแดนแห่งสิทธิ ของเอกชน เช่น การใช้อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการก่อสร้างถนน วางระบบ ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น โดยเป็นการใช้อำนาจในการบังคับการฝ่ายเดียว

บริการสาธารณะอาจจำแนกประเภทออกได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (Les Service Public Administratifs) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง หมายถึง กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่โดย สภาพแล้วเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้ ที่ดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยรัฐเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่ใช้ในการดำเนินการ บริการสาธารณะในลักษณะนี้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจหน้าที่เฉพาะตามที่ได้รับมาจากกฎหมายและเป็นหน้าที่ที่ต้องอาศัยอำนาจของฝ่าย ปกครองในการผูกนิติสัมพันธ์ และอำนาจที่ได้รับมานี้ไม่สามารถมอบให้องค์กรหรือเอกชนอื่นเข้ามา ดำเนินการแทนได้<sup>36</sup> ซึ่งบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองส่วนใหญ่เกี่ยวกับกิจการที่เกี่ยวข้อง กับความมั่นคงปลอดภัยและดูแลความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ กิจการที่เกี่ยวกับการ ป้องกันประเทศการเงินการคลัง เป็นต้น

2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Les Service Public Industriels et Commerciaux) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรมนี้เกิดจากวิวัฒนาการของการจัดทำบริการสาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์ในการ ตอบสนองความสะดวกสบายให้กับประชาชนและมีวัตถุประสงค์ของการบริการด้านเศรษฐกิจที่ มุ่งเน้นการบริการ การผลิต การจำหน่าย และแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน<sup>37</sup> โดยเงินทุนที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ ส่วนใหญ่มาจากค่าตอบแทนการบริการของ ผู้ใช้บริการ และมีระบบกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคลากรของหน่วยงานและระหว่าง ผู้ใช้บริการและผู้บริการไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งมีวิธีการในการจัดเก็บและแบ่งปันผลประโยชน์จากการ บริการสาธารณะนั้น ๆ ไว้ด้วย เช่น กิจการเรือข้ามฟาก การบริการรถไฟใต้ดิน เป็นต้น

หลักการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>38</sup> บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็น ประเภทใดหรือที่จัดทำโดยผู้ใดย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวพัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะของหลุยส์ โหดองด์ (Louis

<sup>35</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง, เรื่องเดิม*, หน้า 338.

<sup>36</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ*, ใน *เอกสารการสอนชุด วิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย*, หน่วยที่ 3 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรม- ธิราช, 2559) หน้า 35-36.

<sup>37</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 37.

<sup>38</sup> พัชรพรรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ, เรื่องเดิม*, หน้า 10-12.

Rolland) ซึ่งนักกฎหมายมหาชนเรียกว่า “Lois de Rolland” หรือ “กฎหมายของโฮลลอนด์” หรือ “กฎหมายบริการสาธารณะ” ซึ่งเป็นการกำหนด “หลักทั่วไปของบริการสาธารณะ” (Les Principesgeneraux du Service Public) เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของการจัดทำบริการสาธารณะ โดยต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง หลักว่าด้วยความเสมอภาค และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

1) หลักการบริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง (La Continuite du Service Public) ด้วยเหตุที่บริการสาธารณะเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อน ดังนั้นเพื่อให้ผู้ใช้บริการสาธารณะได้ใช้บริการนั้นโดยต่อเนื่องตามที่ระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของสัญญาบริการสาธารณะ รัฐจึงมีหน้าที่ในการทำให้บริการสาธารณะไม่หยุดชะงัก<sup>39</sup> หลักการบริการสาธารณะต้องต่อเนื่องนี้ นิติบุคคลมหาชนผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา แต่อย่างไรก็ดี “ความต่อเนื่อง” นี้ไม่มีลักษณะตายตัวว่าเป็นเช่นไร ขึ้นอยู่กับการบริการสาธารณะในแต่ละประเภท เช่น ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในประเทศ โรงพยาบาล หรือการควบคุมสภาพการจราจร ต้องจัดทำบริการสาธารณะตลอดเวลา มิเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวมหรือผู้ใช้บริการสาธารณะ แต่บริการสาธารณะบางประเภทอาจกำหนดเวลาในการให้บริการได้ เช่น มหาวิทยาลัย โรงเรียน พิพิธภัณฑสถาน หรือการให้บริการด้านการคมนาคมบางประเภท เช่น รถไฟฟ้าใต้ดิน รถประจำทาง ทั้งนี้การจะกำหนดเช่นไรผู้จัดทำบริการสาธารณะต้องพิจารณาจากลักษณะการให้บริการและความต้องการของประชาชนประกอบด้วย

2) หลักการบริการสาธารณะต้องเสมอภาค (L’egalite de Tousdevant le Service) หลักความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ เป็นหลักการทั่วไปเรื่องความเสมอภาคของพลเมืองหรือหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันโดยไม่แตกต่างกัน เป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับกับทุกองค์กรของรัฐ และมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐด้วยเช่นกัน หลักความเสมอภาคนี้อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่หลักความเสมอภาคของผู้ใช้บริการและหลักความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>40</sup>

เนื่องจากบริการสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้น ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ ผู้ใช้บริการสาธารณะจะต้องสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะอย่างเสมอภาค เท่าเทียม และรัฐต้องไม่

<sup>39</sup> Rivero Jean and Waline Jean, 2004 Droit Administrative. p. 311 อ้างถึงใน พัชรวรธรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ, เรื่องเดียวกัน*, หน้า 10.

<sup>40</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, เรื่องเดียวกัน*, หน้า 44-45 และ Rivero Jean and Waline Jean, 2004 Droit Administrative. p. 313 อ้างถึงใน พัชรวรธรณ นุชประยูร, *หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ, เรื่องเดิม*, หน้า 11.

กำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการสาธารณะที่มีการเลือกปฏิบัติ เช่น การไม่แบ่งฐานะของผู้ใช้บริการ การกำหนดค่าบริการที่ผู้ใช้บริการทุกลักษณะสามารถเข้าถึงได้ รวมถึงการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการทุกคนภายใต้มาตรฐานเดียวกัน หลักความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะยังนำมาใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่จะเข้าทำสัญญากับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐจะต้องกำหนดเงื่อนไขขั้นตอน กระบวนการในการคัดเลือกโดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีหลักเกณฑ์ชัดเจน และแม้จะมีการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญากับรัฐในดุลพินิจนั้น จะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย

3) หลักการว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะ (La Possibilite de Modifier le Regime du Service) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหลักนี้ บางครั้งเรียกว่า หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ซึ่งมาจากลักษณะของการบริการสาธารณะที่ต้องตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ บริการสาธารณะจึงต้องพัฒนาไปตามความต้องการของสาธารณะและปรับตัวเข้ากับสังคมและความวิวัฒนาการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีประชากร วิถีชีวิตของสังคม

ในกรณีที่รัฐได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ภายใต้ข้อตกลงในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่รัฐมีเอกสิทธิ์หรือสิทธิที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น ในกรณีที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะมีความสอดคล้องกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะและเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจในการแก้ไขข้อตกลงที่ได้ทำไว้หรือใช้เอกสิทธิ์ในการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้การบริการสาธารณะนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ โดยการใช้เอกสิทธิ์นี้ หากกระทบต่อผู้ให้บริการหรือก่อให้เกิดความเสียหาย รัฐต้องเข้ามาชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการใช้เอกสิทธิ์เหนือเอกชนคู่สัญญานั้นด้วย

การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าบริการสาธารณะเป็นหน้าที่หลักของนิติบุคคลมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในระยะแรกรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งถือเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดให้มีการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการดำรงชีวิตเพื่อตอบสนองความต้องการโดยรวมของประชาชนโดยส่วนรวมและเพื่อให้ประชาชนมีระดับมาตรฐานคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น เช่น การจัดวางระบบสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไฟฟ้า ประปา การคมนาคม การรักษาพยาบาล การสื่อสารโทรคมนาคม แต่อย่างไรก็ดีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประการนั้น รัฐไม่อาจดำเนินการได้ด้วยตนเองด้วยเหตุผลอันเกิดจากข้อจำกัดในเรื่องเทคโนโลยี บุคลากร การบริหารจัดการ หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง รัฐจึงมอบให้เอกชนเข้าไปดำเนินการบริการสาธารณะนั้นแทนรัฐด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การสัมปทาน หรือการร่วมลงทุนในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับรัฐ ดังนั้น การพิจารณาเรื่ององค์การผู้จัดทำบริการสาธารณะ สามารถแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ และการบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนในที่นี้จะกล่าวถึงการบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

โดยทั่วไปแล้วรัฐมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการตามภารกิจเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน และต่อมาได้มีการพัฒนาโลกในการบริหารราชการแผ่นดินภายใต้หลักการกระจายอำนาจ โดยได้กระจายอำนาจในการปกครองอัน

ประกอบด้วยอำนาจในการตัดสินใจการงบประมาณ และการบริหารทรัพยากรบุคคลที่มีความเป็นอิสระมากขึ้นไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงได้มีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการด้วย ดังนั้น องค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐในปัจจุบัน อาจจำแนกได้สองประเภท คือ การบริการสาธารณะระดับชาติ และการบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น โดยมีรายละเอียดดังนี้

การบริการสาธารณะระดับชาติ ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะในระดับชาตินี้ กำหนดให้บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้ดำเนินการ ในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการตอบสนองภารกิจพื้นฐานของรัฐโดยอาจจำแนกภารกิจพื้นฐานของรัฐได้ 4 ประเภท ดังนี้

1) ภารกิจในการป้องกันประเทศไม่ให้ถูกรุกราน เป็นภารกิจหลักที่รัฐมีหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการในเรื่องที่เกี่ยวข้องต่างๆ เช่น การจัดหาอาวุธยุทโธปกรณ์ การมีหน่วยงานเฉพาะในการรักษาความมั่นคงของประเทศ มีกองกำลังทหารและตำรวจตระเวนชายแดน และรวมถึงอำนาจในการดำเนินการในการประกาศสงครามกับรัฐอื่นด้วย

2) ภารกิจด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ ในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนเกิดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพ รัฐจึงต้องสร้างกลไกในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายและดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ เช่น มีกระบวนการยุติธรรมจัดให้มีศาลในการพิจารณาคดีต่างๆ มีระบบการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยจัดให้มีกิจการตำรวจและฝ่ายปกครองในการดูแลความปลอดภัยทั้งชีวิตและทรัพย์สิน หรือจัดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการรักษาความสะอาดในที่สาธารณะ เป็นต้น

3) ภารกิจด้านการดำเนินการทางเศรษฐกิจให้มีความมั่นคงและมีเสถียรภาพ เช่น การกำหนดเงินตรา อัตราแลกเปลี่ยน รวมไปถึงการรักษาเสถียรภาพทางการเงินและเศรษฐกิจของประเทศ

4) ภารกิจด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในเรื่องทางการทูตต่าง ๆ การบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่นเป็นการดำเนินการภายใต้หลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) ซึ่งพัฒนามาจากหลักการในการบริหารราชการที่มีข้อจำกัดในเรื่องของความล่าช้าและไม่สอดคล้องต่อความต้องการของประชาชนในพื้นที่ รัฐจึงมีแนวคิดในการกระจายอำนาจจากส่วนกลางไปยังส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ อย่างมีดุลยภาพระหว่างอำนาจในการบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น โดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกันไว้ในกฎหมาย และให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระภายใต้กฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคลและการงบประมาณเพื่อให้สามารถบริหารราชการสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นอย่างแท้จริง โดยรัฐบาลเป็นผู้ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่าที่จำเป็นภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น

#### 2.2.1.5 การกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญา (Acte Detachable)

ความหมายของการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากสัญญา หรือนิติกรรมที่แยกออกได้จากข้อสัญญา มีผู้อธิบายหรือให้ความหมายไว้ ดังนี้

ดร.ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์ อธิบาย<sup>41</sup> สรุปความได้ว่า “การกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญา หมายถึง การกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำหนึ่ง ๆ เป็นทฤษฎีที่นอกจากนำมาใช้ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เรื่องของการบริหารงานภายในของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ ทฤษฎีดังกล่าวยังนำมาใช้ในเรื่องสัญญาทางปกครองด้วย การกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญาอาทิเช่น ในกระบวนการก่อนทำความตกลง คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติภายใต้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เช่นระเบียบ ข้อบังคับภายในหน่วยงาน มติของหน่วยงานที่ยอมรับหรือปฏิเสธการเข้าทำสัญญาเป็นต้น หรืออาจเป็นการกระทำในกระบวนการหลังทำสัญญา เช่นการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา การขอยกเลิกสัญญา หรือมติที่ปฏิเสธข้อเสนอปรับปรุงเงื่อนไขในสัญญา ทั้งหมดนี้เป็นการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง”

ดร.บุพผา อัครพิมาน อธิบาย<sup>42</sup> สรุปความได้ว่า ในกระบวนการทำสัญญาทางปกครองนั้นจะมีขั้นตอนต่าง ๆ ทั้งช่วงก่อนทำสัญญาและช่วงหลังทำสัญญา ซึ่งกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้ ฝ่ายปกครองต้องมีการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอของผู้เสนอเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐ คำสั่งอนุมัติให้ทำสัญญา หรืออาจจะเป็นคำสั่งให้ยกเลิกกระบวนการทำสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หรือที่กฎหมายไทยเรียกว่าคำสั่งทางปกครอง ซึ่งคำสั่งทางปกครองเหล่านี้จะมีความเกี่ยวเนื่องและเกี่ยวพันกับตัวสัญญาทางปกครองโดยตรง เมื่อมีการลงนามสัญญาทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองเหล่านี้จะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงไม่มีความเป็นเอกเทศแยกจากตัวสัญญา อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีแล้วถือว่าคำสั่งทางปกครองเหล่านี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจแยกออกจากตัวสัญญาได้ ดังนั้น หากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งเหล่านี้ได้

ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ อธิบาย<sup>43</sup> สรุปความได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในสัญญาแต่สามารถแยกออกจากสัญญาได้หรือในทางทฤษฎีเรียกว่า การกระทำที่แยกออกได้จากข้อสัญญา หมายถึง นิติกรรมที่เกี่ยวกับการจัดทำสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญา แต่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยนิติกรรมดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว อันได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นในระหว่างการร่างสัญญา นิติกรรมเกี่ยวกับการทำสัญญา รวมทั้งนิติกรรมบางอย่างที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาเช่น การปฏิเสธที่จะแก้ไขสัญญาเป็นต้น ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ยังได้อธิบายอีก<sup>44</sup> ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดให้นิติกรรมทางปกครองบางประเภทสามารถแยกต่างหากจากสัญญาได้ และสามารถที่จะนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเฉพาะนิติกรรมทางปกครองส่วนที่แยกออกจากสัญญาจึงมีขึ้นเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิของตนตรวจสอบกระบวนการตัดสินใจหรือกระบวนการในการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองว่าเป็นไปโดย

<sup>41</sup>ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวทางคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส, เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1-2.

<sup>42</sup>บุพผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 143.

<sup>43</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน 2552), หน้า 433.

<sup>44</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 434-435.

ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบด้วยวิธีการดังกล่าวสามารถทำได้แม้กระทั่งสัญญาได้ลงนามไปแล้วและมีผลใช้บังคับไปแล้วก็ตาม”

อ.ยงยุทธ อนุกุล อดีตผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง (ปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง) อธิบายว่า ลักษณะของนิติกรรมที่แยกได้จากสัญญา อาจเป็นเรื่องของกระบวนการในการทำสัญญา เช่น มติในการอนุมัติให้ทำสัญญา เป็นต้น หรือมาตรการในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การปฏิเสธที่จะดำเนินการที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามสัญญา เป็นต้น ผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกได้จากสัญญามีลักษณะจำกัด และไม่จำเป็นว่าจะทำให้สัญญานั้นเสียไป<sup>45</sup> ในทางทฤษฎีจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งในตัวเองโดยเป็นนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่และอาจมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมดังกล่าวแต่นอกจากตัวสัญญาแล้ว ก่อนที่สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นก็ดี หรือเมื่อมีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้วก็ดี ยังมีการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่จะมีขึ้นหรือได้มีขึ้นอยู่ด้วย ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาจึงมีมากกว่าการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง (สัญญา) อันหนึ่งอันใดเพียงนิติกรรมเดียว หากแต่ยังมีการเกิดขึ้นของการกระทำทางปกครองอย่างอื่นซึ่งอาจเป็นเหตุให้เกิดข้อพิพาทกันอยู่ด้วยและในบางกรณีจะมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นกว่าการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองอันหนึ่งอันใดเพียงนิติกรรมเดียว เพราะอาจมีการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครองหลายอันซ้อนกันอยู่<sup>46</sup>

แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่แยกจากสัญญา (Acte Detachable) เกิดจากคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Gorre (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 ธันวาคม 1903) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ทำในระบบกฎหมายเอกชนโดยศาลรับพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการเตรียมการ (Actepreparatoire) จัดทำสัญญาด้วยเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย สองปีต่อมาสภาแห่งรัฐก็ได้รับพิจารณาคดี Martin (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 สิงหาคม 1905) คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งสภาแห่งรัฐรับพิจารณาคำร้องกรณีมติของสภาจังหวัดเกี่ยวกับการให้สัมปทานจัดจ้าง<sup>47</sup> โดยขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่แยกได้จากสัญญา นิติกรรมดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ภายนอกตัวสัญญา และคล้ายกับนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) ฝ่ายเดียว การฟ้องเพิกถอนอาจทำโดยสมาชิกสภาเทศบาล ร้องโต้แย้งความสมบูรณ์ของกระบวนการในการอนุมัติสัญญาก่อนที่จะมีการ

<sup>45</sup> ยงยุทธ อนุกุล, **หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ: หลักการพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ**, เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครอง ครั้งที่ 2/2547 เรื่องสัญญาทางปกครองและพัสดุ จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 16 - 18 กรกฎาคม 2547, หน้า 10.

<sup>46</sup> สถาบันพระปกเกล้า, **บทสรุปสำหรับผู้บริหาร เรื่องคดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 82-83.

<sup>47</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง. เรื่องเดิม**, หน้า 433-434.

ลงนามในสัญญา ในขณะที่เดียวกันบุคคลที่สามก็สามารถร้องขอต่อศาลได้เช่นกัน ไม่วาจะเป็นผู้เสียหาย ผู้ให้บริการหรือบริษัทที่ถูกตัดสิทธิ<sup>48</sup>

ในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) คดี Ville de Lisieux<sup>49</sup> ตุลาการผู้แถลงคดี Stahl กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “นับแต่เนี่ไปเราควรทำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้เรียงรายขึ้นอย่าง เช่น การรับพิจารณาคำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excès de Pouvoir)<sup>50</sup> และให้นำมาใช้ได้กับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทุกประเภท” ข้อเสนอแนะดังกล่าวสอดคล้องกับแนวความคิดที่ถูกเสนอไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 โดย Péquignot<sup>51</sup> ที่เห็นว่า “สัญญาทางปกครองนั้น ควรเปิดกว้างยอมรับคำฟ้องโต้แย้งการกระทำหรือคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดนี้ก็อ้างว่าปัจจุบันในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็เปิดช่องให้ผู้พิพากษาสามารถหยิบยกเรื่อง “การกระทำที่แยกออกได้ (Actedétachable) จากข้อสัญญา” มาเป็นเหตุเพิกถอนสัญญาทางปกครองได้อยู่แล้วหากพบว่าเป็นการกระทำหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดที่จะนำระบบการฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excès de Pouvoir) มาใช้อีก นักกฎหมายที่มีความเห็นไปในทำนองนี้ เช่น De Laubadère อธิบายไว้ว่า “ลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองนั้น เป็นการกระทำสองฝ่าย (Bilatéral) ดังนั้น ระบบการโต้แย้งการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง อันเป็นลักษณะเฉพาะของคำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excès de Pouvoir) จึงไม่อาจนำมาใช้กับเรื่องสัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้น ณ เวลาที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาเขาทำสัญญาก็เท่ากับตนได้ยอมลดฐานะลงไปเป็นเพียงเอกชนธรรมดา ๆ คนหนึ่งเท่านั้น”<sup>52</sup> อย่างไรก็ตาม “ทฤษฎีการกระทำที่แยกออกได้ (Théorie de L'actedétachable) จากข้อสัญญา” นั้นมีที่ใช้อย่างจำกัด เพราะต้องเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป และมักจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ ภา

<sup>48</sup> Jacqueline Morond-Deville, *Cours de Droit Administratif*, 8<sup>th</sup> ed. (Montchrestien, 2003), หน้า 416 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 10.

<sup>49</sup> 1 CE, 30 Octobre 1998, *Ville de Lisieux*, *AJDA* 1998, p. 1041 – *RFDA* 1999, *concl. Stahl* p. 128, note Pouyaud – *JCP* 1999, p. 479, note Haim. อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดิม*.

<sup>50</sup> คำฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excès de Pouvoir) ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส อาจเทียบเคียงได้กับการฟ้องคดีของไทยตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1.

<sup>51</sup> G. Péquignot, *Théorie Generale du Contrat Administratif*, éd. Pedone, 1945, p. 601 อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1.

<sup>52</sup> A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, LGDJ, 1956, p. 323 6CE อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 2.

สมควรหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณาหรือไม่ Labetoulle<sup>53</sup> ได้วิจารณ์ประเด็นนี้ไว้ว่า “ไม่มีการกระทำใดที่โดยตัวของมันเองแล้ว จะแยกออกได้หรือแยกออกไม่ได้แต่เป็นเรานั้นเองที่ไปแยกหรือไม่ไปแยกมันออกมา” ในแนวคำวินิจฉัยคดีปกครองโดยทั่วไปก็ยังคงอิงอยู่กับการใช้ทฤษฎีดังกล่าว และคงเป็นการยากที่จะสลับแนวคิดเช่นนี้ไปได้ง่าย ๆ กระนั้นก็ตาม ในระยะหลัง ๆ นี้ความพยายามที่จะนำระบบการฟ้องเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Recours Pour Excès de Pouvoir) มาใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครองก็เริ่มเป็นที่ยอมรับและถูกกล่าวถึงมากขึ้น นับตั้งแต่การยอมรับอำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนการกระทำทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Déférépréfectoral) รวมทั้งผลของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Ville de Lisieux ที่อ้างถึงข้างต้น<sup>54</sup>

เหตุในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา<sup>55</sup> การฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญา เป็นวิธีการฟ้องเช่นเดียวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั่วไป โดยผู้ฟ้องจะฟ้องด้วยเหตุที่ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegalite) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีด้วยกัน คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมเอง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญา

1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวนิติกรรมทางปกครองที่สามารถแยกต่างหากจากสัญญานิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาอาจมีข้อบกพร่องเนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกและภายในของนิติกรรมนั้น

ก. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายนอกนิติกรรมได้แก่กรณีที่ตัวนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญานั้นเองมีข้อบกพร่อง ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้มีการดำเนินการทำสัญญา อาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากคำสั่งดังกล่าวทำโดย เจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจ (Uneautoriteincompetente) หรือในอีกกรณีหนึ่งที่ทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นคำสั่งที่เกิดจากคณะกรรมการเสนอราคา (La Commission d,Appel d,Offers) ที่มีข้อบกพร่องด้านองค์ประกอบที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายและนอกจากนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายยังรวมถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับว่าต้องทำการปรึกษาหารือก่อนการทำสัญญา (Une Consultation Obligatoire) ด้วย

ข. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีที่มาจากภายในนิติกรรมได้แก่กรณีที่เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในตัวนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญานั้นเอง เช่น

<sup>53</sup>CE Ass., 23 Novembre 1984, Tête- AJDA 1985, p. 217, concl. D. Labetoulle. อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 2.

<sup>54</sup>1 CE, 30 Octobre 1998, Ville de Lisieux, AJDA 1998, p. 1041 – RFDA 1999, Concl. Stahl p. 128, Note Pouyaud – JCP 1999, p. 479, Note Haïm. อ้างถึงใน ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 2-3.

<sup>55</sup>นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง. เรื่องเดิม*, หน้า 435-436.

นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อความฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับผังเมือง หรือฝ่าฝืนสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (Droit Acquis)

2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวสัญญานิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากสัญญาซึ่งทำขึ้นตามสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Un Contrat Illegal) อาจถูกฟ้องขอให้เพิกถอนได้โดยที่สัญญานั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในหลายกรณี เช่น กรณีเกิดข้อบกพร่องขึ้นในเรื่องการให้ความยินยอมในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณี เป็นต้น นอกจากนี้ สัญญาอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการทำสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามตัวบทกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญา (Regles de Procedure) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศให้มีการประมูลหรือการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน

### 2.2.2 ลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

การจัดทำบริการสาธารณะหรือการปฏิบัติราชการของหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานของรัฐมีความจำเป็นจะต้องมีเครื่องมือเครื่องใช้วัสดุอุปกรณ์ และอาคารสถานที่ ซึ่งในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าว หน่วยงานของทางปกครองหรือหน่วยงานของรัฐมักจะดำเนินการโดยวิธีการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีการทำสัญญากับฝ่ายผู้ขายหรือผู้รับจ้าง โดยอาจจะเป็นการจัดทำสัญญาในรูปแบบสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ได้ แต่โดยที่ระบบกฎหมายของประเทศไทยแต่เดิม ก่อนที่มีการจัดตั้งศาลปกครองในอดีตที่ผ่านมาอันยังไม่มีหลักเรื่องสัญญาทางปกครองที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญาด้วยกันเอง หรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชน ไม่ว่าจะเป็สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาเช่า สัญญาให้เช่า ก็มักจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นสัญญาภายใต้ระบบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทำให้แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาไม่มีความแตกต่างระหว่างสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนหรือสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน<sup>56</sup> กล่าวคือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับของทางราชการหรือภาครัฐ และเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา แต่หากไม่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับดังกล่าว ศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับแก่สัญญา<sup>57</sup> อย่างไรก็ตาม นับแต่ศาลปกครองเปิดทำการเป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไปแล้วเป็นจำนวนมาก อันนำไปสู่การวางหลักกฎหมายที่สำคัญของสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่าย

<sup>56</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

<sup>57</sup> ฤทัย หงส์สิริ, การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย, วารสารกฎหมายปกครอง, 18, 1 (เมษายน 2542), หน้า 60-67.

ปกครอง โดยมีทั้งกรณีศาลปกครองได้อนุโลมนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ และอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง<sup>58</sup>

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐนั้นหากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนา ซึ่งฝ่ายปกครองไม่มีเอกลิทธิใด ๆ เหนือสัญญา และการกระทำต่าง ๆ จึงอยู่ภายใต้ความสมัครใจของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือภาครัฐซื้อวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในสำนักงานสัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง อยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชน แต่หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐมีลักษณะองค์ประกอบเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ คู่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลิทธิของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล<sup>59</sup> เช่น สัญญาที่เทศบาลว่าจ้างเอกชนวางท่อขยายเขตประปา หรือสัญญาที่กรมทางหลวงว่าจ้างเอกชนสร้างถนนทางหลวงหรือสร้างสะพาน ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าว

### 2.2.3 กระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในแต่ละขั้นของการจัดหาพัสดุในภาครัฐซึ่งเป็นกระบวนการทำสัญญาของรัฐต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมโดยสรุปขั้นตอน ได้ดังนี้

1) การทำเอกสารการจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานของรัฐจะต้องทำเอกสารการซื้อหรือจ้าง โดยมีรายละเอียด เช่น คุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง หรือขอบเขตของงาน จำนวนที่ต้องการ แบบรูปรายละเอียด คุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคา แบบใบเสนอราคา ประกาศและเอกสารเชิญชวนโดยมีสาระสำคัญว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด วัน เวลา สถานที่ยื่นข้อเสนอและเงื่อนไขอื่น ๆ

<sup>58</sup> สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, 2554), หน้า 1-2.

<sup>59</sup> สรุปลจากมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544

2) การเผยแพร่เอกสารการจัดซื้อจัดจ้าง โดยปกติหน่วยงานของรัฐต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง และของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และปิดประกาศโดยเปิดเผยและสถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และหน่วยงานของรัฐจะเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวโดยวิธีการอื่นด้วยก็ได้ ซึ่งถือได้ว่าส่วนราชการออกเอกสารชักชวนให้ผู้สนใจทำคำเสนอขาย หรือรับจ้าง หรือคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้นโดยยังไม่เกิดข้อผูกพันในกฎหมายแต่อย่างใด

3) ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคา ดำเนินการเสนอราคาตามวันที่กำหนดในประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าว และวางหรือส่งหนังสือค้ำประกันของ (Bid Bond/Bid Security) หรือหลักประกันการเสนอราคา ตามวันเวลาที่กำหนดในประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าว

4) การประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกหน่วยงานของรัฐ ต้องประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกและเหตุผลสนับสนุน ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐและต้องปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และแจ้งผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกนำเอกสารหลักฐานมาทำสัญญากับของหน่วยงานของรัฐตามวัน เวลาและสถานที่ที่กำหนด

5) การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ จะกระทำต่อเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาและไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ หากมีการอุทธรณ์การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินเล็กน้อยหากผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกไม่มาทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณายึดหรือรับหลักประกันการเสนอราคาหรือหลักประกันของ และพิจารณาแจ้งเวียนทีมงานต่อไป

6) บริหารสัญญาและการตรวจรับพัสดุ

เมื่อได้ทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกันแล้วคู่สัญญามีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา การต่อสัญญา การพิจารณางดหรือลดค่าปรับตามสัญญา การตรวจรับหรือตรวจการจ้าง จนกระทั่งพ้นข้อผูกพันตามสัญญาและได้มีการคืนหลักประกันสัญญาเรียกว่าขั้นตอนการบริหารสัญญา

#### 2.2.4 กลไกในการตรวจสอบสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

กลไกการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นส่วนหนึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองที่ดี ควรมีลักษณะ ดังนี้<sup>60</sup>

<sup>60</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ, วารสารกฎหมายปกครอง, 13, 2 (2530), หน้า 14-16.

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้อย่างทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้นองค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของภาครัฐมีความหลากหลายมากขึ้น มีประสิทธิภาพ หากองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือน้อยองค์กร อาจไม่เพียงพอกับการดูแลตรวจสอบทุกด้านอย่างแท้จริง ทั้งนี้การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้น ต้องไม่ซ้ำซ้อน สับสน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้ำซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ และไม่มีประเทศใด ที่มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของภาครัฐเพียงระบบเดียวหรือองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสมเสมอ

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของภาครัฐต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างดุลยภาพความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้ การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชนจนเจ้าหน้าที่ทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอ ๆ กับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิเสรีภาพของประชาชนสูญสิ้นไป ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชนอันเป็นแนวทางที่ประเทศที่พัฒนาแล้วนิยมใช้

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้นต้องมีลักษณะเป็น “อิสระ” ที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั่นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ ทั้งนี้การได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมก็ได้ การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระ เป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้ก็ตีจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่จะทำให้การตรวจสอบโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ประการที่สี่ เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบองค์กรตรวจสอบวิธีการข้างต้นแล้ว ก็ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น อันทำให้ระบบการควบคุมตรวจสอบมีคุณภาพยิ่งขึ้น แต่การให้สิทธิในการควบคุมตรวจสอบที่ว้านี้ ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใครๆก็นำเรื่องอะไรก็ได้มาให้องค์กรตรวจสอบไปควบคุมการใช้อำนาจ ถ้าเป็นเช่นนี้ระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ภาครัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของเพียงบางคน ดังนั้นจึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้นๆเท่านั้น จึงนำเรื่องมาให้องค์กรตรวจสอบพิจารณาได้

หน่วยงานหรือองค์กรหรือคณะกรรมการที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง มีดังนี้

1) กระทรวงการคลัง โดยกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการ

จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ<sup>61</sup> ซึ่งปัจจุบันกระทรวงการคลังก็ได้ดำเนินการออกและระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ<sup>62</sup> และกฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้าง<sup>63</sup> และกฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจงวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ<sup>64</sup> และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนที่ปรึกษา<sup>65</sup> และกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าจ้างผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง<sup>66</sup> และกฎกระทรวงกำหนดเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐที่ใช้สิทธิอุทธรณ์ไม่ได้<sup>67</sup> ขึ้นใช้บังคับเพื่อให้ภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐอีกทั้งกระทรวงการคลัง โดยกรมบัญชีกลางมีหน้าที่ในการดูแลและพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ และการประกาศเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง เพื่อให้สาธารณชนสามารถเข้าตรวจสอบได้<sup>68</sup> และมีหน้าที่จัดทำฐานข้อมูลราคาอ้างอิงของพัสดุเพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นข้อมูลประกอบการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น และต้องเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง<sup>69</sup> และกรมบัญชีกลางยังมีหน้าที่รวบรวม วิเคราะห์ และประเมินผลการปฏิบัติงานและจัดทำรายงานเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการพร้อมข้อเสนอแนะเพื่อพัฒนาและปรับปรุงประสิทธิภาพการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเสนอคณะกรรมการนโยบายอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง<sup>70</sup> อีกทั้งกรมบัญชีกลางยังมีหน้าที่ในการกำหนดและจัดให้มีหลักสูตรการฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมและพัฒนาเจ้าหน้าที่ให้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐตามหลักวิชาชีพและตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวด้วย<sup>71</sup>

<sup>61</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>62</sup> ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>63</sup> กฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560

<sup>64</sup> กฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560

<sup>65</sup> กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนที่ปรึกษา พ.ศ. 2560

<sup>66</sup> กฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าจ้างผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง พ.ศ. 2560

<sup>67</sup> กฎกระทรวงกำหนดเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐที่ใช้สิทธิอุทธรณ์ไม่ได้ พ.ศ. 2560

<sup>68</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>69</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>70</sup> มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>71</sup> มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

2) สำนักงานอัยการสูงสุด มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้กับรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐ<sup>72</sup> และกฎหมายว่าด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ และกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด<sup>73</sup> ซึ่งปัจจุบันสำนักงานอัยการสูงสุดได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแบบสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุภาครัฐดังกล่าวไว้แล้วได้แก่ สัญญาซื้อขายสัญญาจ้างก่อสร้าง สัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายและอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาเช่าคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้างบริการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแก้ไขคอมพิวเตอร์ สัญญาเช่ารถยนต์ สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคาร สัญญาเช่าเครื่องถ่ายเอกสาร สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา<sup>74</sup>

3) คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต (คณะกรรมการ ค.ป.ท.) ประกอบด้วย<sup>75</sup>

(1) ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงบประมาณผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ และผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคน ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งจากองค์กรเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการทุจริตหรือส่งเสริมด้านคุณธรรมและจริยธรรม ทั้งนี้ องค์กรเอกชนดังกล่าวต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยที่มีผลงานเป็นที่ยอมรับและได้ดำเนินงานมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีให้อธิบดีกรมบัญชีกลางมอบหมายข้าราชการของกรมบัญชีกลางคนหนึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการและอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต (คณะกรรมการ ค.ป.ท.) มีอำนาจหน้าที่<sup>76</sup> กำหนดแนวทางและวิธีการในการดำเนินงานโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการ

<sup>72</sup> มาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

<sup>73</sup> มาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ประกอบพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93

<sup>74</sup> ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง แบบสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>75</sup> มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>76</sup> มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

จัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและกำหนดแบบของข้อตกลงคุณธรรมและแบบรายงานของผู้สังเกตการณ์และคัดเลือกโครงการการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อเข้าร่วมโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและคัดเลือกผู้สังเกตการณ์เพื่อเข้าร่วมโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหาหรือเกี่ยวกับแนวทางและวิธีการในการดำเนินงานโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตาม และยกเว้นหรือผ่อนผันกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามรายละเอียดของแนวทางและวิธีการในการดำเนินงานโครงการความร่วมมือป้องกันการทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

#### 4) หน่วยงานของรัฐผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง

ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมาย กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งเป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ<sup>77</sup> และผู้มีสิทธิอุทธรณ์จะยื่นอุทธรณ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่ได้<sup>78</sup> (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ในกรณี 1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป 2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือส่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา 3) การละเว้นการอ้างถึงกฎหมาย กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ 4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในเจ็ดวันทำการ นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็ให้ดำเนินการตามความเห็นนั้นภายในกำหนดเวลาดังกล่าวในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ภายในสามวันทำการนับแต่วันที่ครบกำหนดดังกล่าว<sup>79</sup>

#### 5) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน ประกอบด้วย<sup>80</sup>

- (1) ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ
- (2) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทน

<sup>77</sup> มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>78</sup> มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>79</sup> มาตรา 118 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>80</sup> มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

สำนักงานอัยการสูงสุดผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ และผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคน ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งจากสภาวิศวกร สภาสถาปนิก สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยแห่งละหนึ่งคน ในส่วนที่เหลือให้แต่งตั้งจากผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ด้านวิศวกรรมสถาปัตยกรรม การเงิน การคลัง การบริหารจัดการ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

(4) ให้อธิบดีกรมบัญชีกลางมอบหมายข้าราชการของกรมบัญชีกลางคนหนึ่ง เป็นกรรมการและเลขานุการและอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่<sup>81</sup> พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ และพิจารณาข้อร้องเรียนกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของกฎหมาย กฎกระทรวง หรือระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาข้อร้องเรียนแล้วรับฟังได้ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎกระทรวง หรือระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้ เว้นแต่จะได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว<sup>82</sup>

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ได้รับรายงานจากหน่วยงานของรัฐ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าวหากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้น ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ<sup>83</sup>

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปการวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้ว

<sup>81</sup> มาตรา 43 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>82</sup> มาตรา 43 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>83</sup> มาตรา 119 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

เสร็จ ให้อยู่เรื่อง และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อ จัดจ้างต่อไป<sup>84</sup> หากผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องดังกล่าวและเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว<sup>85</sup>

6) คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ประกอบด้วย<sup>86</sup>

(1) ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้แทนสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีผู้แทนสำนักงานปลัดกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาผู้แทนสำนักงานงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น และผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคนแต่ไม่เกินเจ็ดคนซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ด้านวิศวกรรม สถาปัตยกรรม การเงิน การคลังการบริหารจัดการ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี หรือด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยให้อธิบดีกรมบัญชีกลางมอบหมายข้าราชการของกรมบัญชีกลางคนหนึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการและอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีอำนาจหน้าที่<sup>87</sup> ดังต่อไปนี้ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และตีความและวินิจฉัยปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหรือระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และยกเว้นหรือผ่อนผันการไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงหรือระเบียบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และเสนอความเห็นต่อปลัดกระทรวงการคลังในการพิจารณาสั่งให้ผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาเป็นผู้ทำงาน และการเพิกถอนรายชื่อผู้ทำงาน รวมทั้งเสนอความเห็นต่อปลัดกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษให้เป็นผู้ทำงานและคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้

<sup>84</sup> มาตรา 119 วรรคสอง, วรรคสาม และวรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>85</sup> มาตรา 119 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>86</sup> มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>87</sup> มาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

หากเห็นสมควรในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยได้มีคำวินิจฉัยว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ คณะกรรมการวินิจฉัยมีอำนาจสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น เว้นแต่หน่วยงานของรัฐจะได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว<sup>88</sup>

#### 7) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)

คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรที่เริ่มจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 หรือฉบับปฏิรูปการเมือง ซึ่งเป็นองค์กรที่พัฒนามาจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) แต่โดยบทบาทอำนาจหน้าที่ของ ป.ป.ป. นั้นยังไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความมุ่งหมายของการตั้ง ป.ป.ป. ได้ ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ระบบการคัดเลือกไม่เหมาะสม กรรมการและเจ้าหน้าที่ไม่มีอิสระตามสมควร ระบบการสืบสวนสอบสวนการทุจริตมีกระบวนการเดียวซึ่งใช้กับเจ้าหน้าที่ทุกประเภททุกระดับ เป็นต้น โดยที่ปัญหาการทุจริตเป็นปัญหาใหญ่และเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งด้วยเหตุนี้เองจึงได้ยกฐานะของ ป.ป.ป. เป็นป.ป.ช. ซึ่งมีบทบาทอำนาจหน้าที่แตกต่างไปจากเดิมหลายประการ<sup>89</sup> โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย รวมทั้งได้มีการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้<sup>90</sup>

(1) ไต่สวนและมีความเห็นกรณีที่มีการกล่าวหาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

(2) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

(3) กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระและเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะรวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว

(4) ไต่สวนเพื่อดำเนินคดีในฐานความผิดอื่นที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนด หรือที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

<sup>88</sup> มาตรา 29 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>89</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 165-166.

<sup>90</sup> มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(5) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติหรือกฎหมายอื่น

## 2.3 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา

การศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาเพื่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาอย่างชัดเจน ผู้ศึกษาได้ศึกษาความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคาหรือหนังสือค้ำประกันของ ลักษณะและเงื่อนไขของหลักประกันการเสนอราคา การบังคับเอาเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 2.3.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา (Bid Bond)

สำหรับข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาหรือหนังสือค้ำประกันของ (Bid Bond/Bid Security) นั้น มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่หน่วยงานภาครัฐว่าผู้เสนอราคาจะปฏิบัติตามกระบวนการเสนอราคาโดยไม่กระทำผิดเงื่อนไขไปจนกระทั่งมีการคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาและมีการทำสัญญากันกล่าวคือ<sup>91</sup> เพื่อเป็นมาตรการป้องกันมิให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาถอนตัวออกจากกรเข้าร่วมเสนอราคาน้อยรายหรือรายเดียว รวมทั้งเป็นการป้องปรามมิให้มีการกระทำหรือมีพฤติกรรมอันมีลักษณะเป็นการสมยอมกันในระหว่างผู้มีสิทธิเสนอรวมถึงเป็นมาตรการให้ผู้ที่ได้รับประกาศให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาหรือเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกมาทำสัญญากับภาครัฐเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาทางอิเล็กทรอนิกส์หรือด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปสำหรับงานจ้างในบางประเภทมีค่าใช้จ่ายสูง ประกอบกับในบางโครงการของรัฐมีวงเงินงบประมาณที่สูงจึงจำเป็นต้องมีหลักประกันเพื่อให้เกิดความคุ้มค่าต่อการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละครั้ง

### 2.3.2 ลักษณะและเงื่อนไขของหลักประกันการเสนอราคา

2.3.2.1 ประเภทของหลักประกันการเสนอราคาเป็นไปตามวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง โดยต้องกำหนดไว้ในประกาศและเงื่อนไขการเสนอราคาในแต่ละครั้งด้วย ดังนี้

- ก. เงินสด หรือเช็คหรือตราพดที่ธนาคารเซ็นสั่งจ่าย
- ข. หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศ หรือหนังสือค้ำประกันอิเล็กทรอนิกส์ของธนาคารภายในประเทศ
- ค. พันธบัตรรัฐบาลไทย
- ง. หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกัน

<sup>91</sup> สำนักงานศาลปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง, **แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ**, ค้นจาก [http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Oldnews/00\\_web/00\\_file/Supplies050856.pdf](http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Oldnews/00_web/00_file/Supplies050856.pdf), หน้า 357.

2.3.2.2 วิธีการวางหรือส่งหนังสือค้ำประกันของ (Bid Bond/Bid Security) หรือหลักประกันการเสนอราคาให้กับหน่วยงานภาครัฐ เป็นไปตามตามวันเวลาที่กำหนดในประกาศและเอกสารเชิญชวนกล่าวคือ กรณีผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาได้นำหลักประกันการเสนอราคาที่เป็นเงินสด เช็คหรือตราพท์ที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายมาชำระต่อเจ้าหน้าที่ หรือพันธบัตรรัฐบาลไทย หรือหนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกันมาเป็นหลักประกันการเสนอราคา ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาจะต้องส่งหลักประกันการเสนอราคาในรูปแบบ PDF File (Portable Document Format) ในวันเสนอราคา และผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาต้องส่งต้นฉบับของหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าวไปให้หน่วยงานของรัฐตรวจสอบความถูกต้อง ตามวันและเวลาที่กำหนด

2.3.2.3 การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอ ส่วนราชการจะคัดเลือกให้หรือผู้เสนอราคา (Bidders) รายหนึ่งรายใดเป็นผู้ชนะการประกวดราคา (Successful Bidders) โดยตัดสินภายในกำหนดยี่นราคา ย่อมส่งผลกระทบต่อหลักประกันการเสนอราคา ดังนี้

ก. คำเสนอราคาของผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาเฉพาะรายที่ชนะการประกวดราคาเกิดขึ้น และเมื่อคำเสนอราคาและคำสนองรับราคาตรงกันจึงเกิดสัญญาประกวดราคา ระหว่างส่วนราชการกับผู้ชนะการประกวดราคาโดยคู่สัญญามีความผูกพันที่จะไปลงนามในสัญญา เกี่ยวกับการพัสดุต่อไปภายใต้เงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาส่วนหลักประกันของของผู้ชนะการประกวดราคานั้นส่วนราชการจะยังคงเก็บไว้เป็นหลักประกันว่าผู้ชนะการประกวดราคาจะลงนามในสัญญาและวางหลักประกันสัญญาสัญญาเกี่ยวกับพัสดุยังไม่เกิดขึ้น

ข. คำเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาต่ำสุดอีก 2 รายให้คงมีผลต่อไป โดยส่วนราชการยังคงมีสิทธิเก็บหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาไว้จนกว่าจะมีการลงนามสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งถ้าผู้ชนะการประกวดราคาไม่สามารถลงนามสัญญา ไม่ว่าจะเพราะเหตุใด ส่วนราชการยังคงมีสิทธิสนองรับราคาของผู้เสนอราคา 2 รายที่ถูกเก็บหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาไว้ได้

ค. คำเสนอราคาของผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอขายรายอื่น (นอกจาก 3 รายที่เสนอราคาต่ำสุด) เป็นอันสิ้นผล และส่วนราชการต้องคืนหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้เสนอการรายอื่นดังกล่าว

### 2.3.3 การบังคับเอาหลักประกันการเสนอราคา

ในการดำเนินการบังคับเอาหลักประกันการเสนอราคานั้น เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอได้วางหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาไว้แล้วต่อมาก่อทำผิดเงื่อนไขการเสนอราคา หรือผู้ที่ได้รับประกาศคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาแต่ไม่ไปทำสัญญาภายในเวลาที่หน่วยงานภาครัฐ กำหนดจะต้องถูกยึดหรือริบหลักประกันการเสนอราคา

## 2.4 หลักประกันการเสนอราคาตามร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement)

การศึกษาลักษณะการเสนอราคาตามร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) เพื่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้ศึกษาได้ศึกษาร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศในการประชุมสมัยที่ 27 ได้ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ UNCITRAL ปี 2011 (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) เป็นการรวบรวมข้อกำหนดและปรับปรุงร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ การก่อสร้าง และบริการ ของ UNCITRAL ปี 1994 (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) เพื่อให้สามารถเป็นต้นแบบการร่างกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีความแตกต่างกันทั้งในด้านกฎหมาย สังคม และระบบเศรษฐกิจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นไปด้วยความคุ้มค่า มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรม<sup>92</sup>

### 2.4.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา

ร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) ได้กำหนดนิยามคำว่า “หลักประกันยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง” (Tender Securities) ไว้ใน มาตรา 2 (u)<sup>93</sup> ไว้หมายความว่า หลักประกันที่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างเรียกจากผู้ประกอบการ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง (f) ของกฎหมายฉบับนี้ และหมายความรวมถึงหลักประกัน ดังต่อไปนี้ด้วย

<sup>92</sup> วัลัญญา งามศิริอุดม, **สถานะทางกฎหมายของการวางเงินมัดไว้เป็นหลักประกันตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 109.

<sup>93</sup> Article 2 Definitions

For the purposes of this law : ...

(u) “Tender Securities” means a security required from suppliers or contractors by the procuring entity and provided to the procuring entity to secure the fulfillment of any obligation referred to in paragraph 1 (f) of article 17 of this law and includes such arrangements as bank guarantees, surety bonds, standby letters of credit, cheques for which a bank is primarily liable, cash deposits, promissory notes and bills or exchange. For the avoidance of doubt, the term excludes any security for the performance of the contract.

- 1) การค้ำประกันของธนาคาร
- 2) พันธบัตรที่เป็นหลักประกัน
- 3) หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Standby L/C)
- 4) เช็ค
- 5) เงินสด
- 6) ตั๋วสัญญาใช้เงิน
- 7) ตั๋วแลกเงิน

ทั้งนี้เพื่อให้กรณีไม่เป็นที่สงสัยความในส่วนนี้ไม่หมายความรวมถึงหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

จากบทนิยามของหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง (Tender Securities) ดังกล่าว ความในตอนท้ายของบทนิยามที่กำหนดว่า “กรณีไม่เป็นที่สงสัยความในส่วนนี้ไม่หมายความรวมถึงหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา” นั้น เมื่อพิจารณาคำอธิบายประกอบต้นแบบร่างกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL (Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011))<sup>94</sup> อาจแปลความ<sup>95</sup> ได้ว่า โดยบริบทปกติหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างตามนิยามมาตรา 2 (u) และที่กล่าวถึงในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง (f) ไม่หมายความรวมถึงหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาด้วย แต่ไม่ได้หมายความว่าหลักประกันประเภทต่าง ๆ ที่ระบุในหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะขอได้แค่นั้นในขั้นตอนการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างแต่เพียงอย่างเดียว แต่สามารถขอหลักประกันเพื่อประกันการปฏิบัติตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ด้วย ถ้าได้ระบุไว้ในหนังสือเชิญชวนว่าจะเรียกหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เช่น มาตรา 39 (k) (รายละเอียดที่ต้องกำหนดไว้ในหนังสือเชิญชวน)

#### 2.4.2 ลักษณะและเงื่อนไขของหลักประกันการเสนอราคา

ร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL Model Law on Public Procurement มาตรา 17 (1)<sup>96</sup> กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติสำหรับหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างในการเรียกหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างจากผู้ประกอบการ มีดังนี้

<sup>94</sup>Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011), p. 60 – 61, 98 อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดิม*.

<sup>95</sup>วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 110.

<sup>96</sup>Article 17 Tender securities

1. When the procuring entity requires suppliers or contractors presenting submissions to provided a tender security:

(a) The requirement shall apply to all suppliers or contractors;

(b) The solicitation documents may stipulate that the issuer of the tender security and the confirmer, if any, of the tender security, as well as the form and terms of the tender security, must be acceptable to the

1) หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องเรียกหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างจากผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน

2) เอกสารเชิญชวนในการจัดซื้อจัดจ้างอาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ออกหลักประกันและผู้รับรองหลักประกันว่าต้องเป็นที่ยอมรับของหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างเช่นเดียวกับ

---

procuring entity. In cases of domestic procurement, the solicitation documents may in addition stipulate that the tender security shall be issued by an issuer in this State;

(c) Notwithstanding the provisions of subparagraph (b) of this paragraph, a tender security shall not be rejected by the procuring entity on the grounds that the tender security was not issued by an issuer in this State if the tender security and the issuer otherwise conform to requirement set out in the solicitation documents, unless the acceptance by the procuring entity of such a tender security would be in violation of a law of this State;

(d) Prior to presenting a submissions, a supplier or contractor may request the procuring entity to confirm the acceptability of proposed issuer of a tender security or of a proposed confirmer, if required; the procuring entity shall respond promptly to such a request;

(e) Confirmation of the acceptability of a proposed issuer or of any proposed confirmer does not preclude the procuring entity from rejecting the tender security on the ground that the issuer or the confirmer, as the case may be, has become insolvent or has otherwise ceased to be creditworthy;

(f) The procuring entity shall specify in the solicitation documents any requirement with respect to the issuer and the nature, form, amount and other principal terms and conditions of the required tendersecurity. Any requirement that refers directly or indirectly to the conduct of the supplier or contractor presenting the submission may relate only to;

(i) Withdrawal or modification of the submission after the deadline for presenting submission, or before the deadline if so stipulated in the solicitation documents;

(ii) Failure to sign a procurementcontract if so required by the solicitation documents;and

(iii) Failure to provide a required security for the performance of the contract after the successful submission has been accepted or failure to comply with any other condition precedent to signing the procurement contract specified in solicitation documents....

รูปแบบและเงื่อนไขของหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง สำหรับการจัดซื้อจัดจ้าง ภายในประเทศ เอกสารเชิญชวนในการจัดซื้อจัดจ้างอาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ออกหลักประกันว่า ต้องเป็นผู้ออกหลักประกันภายในประเทศ ก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างจะต้องไม่ถูกปฏิเสธจากหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างเพียงเพราะหลักประกันดังกล่าวไม่ได้ออกโดยผู้ออกหลักประกันภายในประเทศ หากหลักประกันดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขอื่นที่กำหนดไว้ใน หนังสือเชิญชวน เว้นแต่การยอมรับเอาหลักประกันดังกล่าวจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศนั้น หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจะไม่รับหลักประกันดังกล่าวก็ได้

3) ก่อนยื่นคำเสนอจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ประกอบการอาจร้องขอให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างยืนยันว่า จะยอมรับผู้ออกหลักประกันหรือผู้รับรองหลักประกันที่ผู้ประกอบการเสนอหรือไม่ โดยหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องดำเนินการตามที่ผู้ประกอบการร้องขอในทันที อย่างไรก็ตามการยืนยันที่จะรับหลักประกันที่ผู้ประกอบการเสนอ ไม่ตัดสิทธิหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างในการปฏิเสธหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว หากปรากฏว่าผู้ออกหลักประกันตกเป็นผู้ล้มละลายหรือขาดความน่าเชื่อถือ

4) หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างต้องระบุรายละเอียดในหนังสือเชิญชวนเกี่ยวกับผู้ออกหลักประกัน ลักษณะ ประเภท ชนิด จำนวนของหลักประกัน ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างที่อ้างอิงให้ปฏิบัติทั้งทางตรงหรือทางอ้อม โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ การดำเนินการของผู้ประกอบการที่ไม่นอกเหนือไปจากรายละเอียดดังต่อไปนี้

ก. การถอนหรือเปลี่ยนแปลงข้อเสนอของผู้ประกอบการภายหลังครบกำหนดการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง หรือก่อนครบกำหนดการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างหากหนังสือเชิญชวนกำหนดเงื่อนไขไว้

ข. กรณีที่ไม่สามารถเซ็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ตามที่กำหนดไว้ในหนังสือเชิญชวน ถ้ามีการกำหนดไว้โดยหน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างว่าให้มีการเซ็นสัญญา

ค. กรณีที่ไม่สามารถจัดหาหลักประกันเพื่อประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้ ภายหลังจากที่เป็นผู้ชนะในการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง หรือกรณีที่ไม่สามารถทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในหนังสือเชิญชวนก่อนการเซ็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

### 2.4.3 การบังคับหลักประกันการเสนอราคา

ร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของ UNCITRAL Model Law on Public Procurement มาตรา 17 (2)<sup>97</sup> กำหนดให้หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างไม่มีสิทธิริบหลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างและต้องคืนหลักประกันดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการทันที ในกรณีดังต่อไปนี้

<sup>97</sup>Article 17 Tender securities...

2. The procuring entity shall make no claim to the amount of the tender security and shall promptly return, or procure the return of, the security document after the earliest of the following events :

(a) The expiry of the tender security;

- 1) หลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้างหมดอายุ
- 2) เมื่อสัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีผลใช้บังคับ เว้นแต่มีข้อกำหนดในหนังสือเชิญชวนว่าจะใช้เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา
- 3) เมื่อมีการยกเลิกสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง
- 4) เมื่อมีการถอนข้อเสนอก่อนครบกำหนดยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง เว้นแต่หนังสือเชิญชวนจะระบุเงื่อนไขห้ามถอนข้อเสนอ

---

(b) The entry into force of a procurement contract and the provision of a security for the performance of the contract, if such a security is required by the solicitation documents;

(c) The cancellation of procurement;

(d) The withdrawal of a submission prior to the deadline for presenting submissions, unless the solicitation documents stipulated that no such withdrawal is permitted.

## บทที่ 3

### หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศ

การศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศนั้น ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสโดยแต่ละประเทศมีหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและหลักประกันการเสนอราคาที่แตกต่างกัน โดยผู้ศึกษาได้จำแนกรายละเอียด ดังนี้

#### 3.1 หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศเยอรมัน

ในการศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศเยอรมัน เพื่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในประเทศเยอรมันอย่างชัดเจน ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศเยอรมันโดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 3.1.1 สาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในกฎหมายประเทศเยอรมัน

###### 3.1.1.1 ความหมายและสาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

กระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุหรือการให้บริการของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สามารถมีได้ทั้งในสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง โดยกระบวนการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสัญญาประเภทใดนั้น จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นหลัก หากสัญญาใดมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์กับเอกชนเพื่อเป็นการปฏิบัติงานในภาระหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง และคู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้ามามีอิทธิพลต่อการกำหนดข้อกำหนดในสัญญา สัญญาดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำสัญญาในรูปแบบตามกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกับกับเอกชนทั้งหลาย และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ สัญญาดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งส่งผลให้กระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญาเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนการจัดทำสัญญาในทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งแล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วในการทำสัญญาจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุหรือบริการของรัฐ โดยผ่านกระบวนการจัดหาพัสดุมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>98</sup>

<sup>98</sup> ยุทธนา ทิณรัตน์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) 2549, หน้า 40.

กระบวนการจัดหาพัสดุหรือการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐ (Fiskalische Tätigkeit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ส่วนใหญ่ถือว่ามีลักษณะเช่นเดียวกันกับเอกชน ทั้งหลายที่ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็น เช่น วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ ที่ดิน อาคารสถานที่ เพื่อเป็นเครื่องช่วยในการปฏิบัติภารกิจรัฐหรือฝ่ายปกครองจึงอาจดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยการทำสัญญากับบริษัทเอกชน ไม่ว่าจะป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ ซึ่งในกรณีดังกล่าวรัฐกับเอกชนไม่มีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย เครื่องมือเครื่องมือหรือพัสดุนั้นก็เป็นการจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองเพื่อใช้ในการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครอง<sup>99</sup> ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การปฏิบัติภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม แต่สำหรับการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการ โดยรัฐ ในกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายเอกชนกับเอกชนเพื่อเป็นการปฏิบัติงานในภาระหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง ได้แก่ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น น้ำ ก๊าซ พลังงาน การกำจัดน้ำเสีย และรวมถึงการให้ความช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจ หรือการกำหนดทิศทาง เศรษฐกิจในรูปของการให้เงินช่วยเหลือ จะถือเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองโดยการทำสัญญา ตามกฎหมายเอกชนเพื่อปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsprivatrechtliches Handeln) ซึ่งการ ดำเนินการดังกล่าวจะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองเอาไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย กำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการในรูปแบบตามกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) หรือตาม กฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ก็ได้<sup>100</sup>

ประเทศเยอรมันได้แบ่งวิธีการจัดซื้อจัดจ้างออกเป็น 3 ประเภท ตามมูลค่าของงานที่จะจัดซื้อจัดจ้าง ดังนี้<sup>101</sup>

1) การจัดซื้อจัดจ้างที่เปิดกว้างเป็นการทั่วไป (Offentliche Ausschreibung) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างวิธีนี้ ผู้ดำเนินกิจการทุกคนที่สนใจต่อการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้นได้ จะไม่มีการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้าง และผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องประกาศให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้างนั้นตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้มีเป้าหมายเพื่อเปิดโอกาสให้มีผู้ยื่นข้อเสนอจำนวนมาก ได้มีโอกาสเสนอราคาแข่งขันกัน

2) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน (Nicht Offense Verfahren) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน เป็นวิธีการที่ต้องการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมแข่งขัน ดังนั้น

<sup>99</sup> H. Maurer, Allg Verw R., พิมพ์ครั้งที่ 14, ค.ศ. 2002, § 14 Rn. 10 อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, 5. สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ**, สำนักงานศาลปกครอง สำนักนโยบายและแผน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน, ม.ป.ป.), หน้า 12.

<sup>100</sup> Wolff / Bachof / Stober, VerwR Bd 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 ค.ศ. 1999, § 23 Rn. 29 อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 14-15.

<sup>101</sup> Arnold Boeses, *Das Neue Vergaberecht* (Koln: Druckhaus Locher Gabtl, 1999), p. 30. อ้างถึงใน สุภวรรณ แยมอุบล, **มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535** (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 122.

ผู้ดำเนินกิจการที่สนใจที่จะเข้าร่วมในการยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้าง อาจไม่ได้เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หากไม่ได้รับคำเชิญชวนจากผู้จัดซื้อจัดจ้าง

### 3) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจา (Verhandlungsverfahren)

การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้จะมีเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างอาจไม่จำเป็นต้องทำการประกาศเป็นการทั่วไปเพื่อเสนอให้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้าง และการเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการทำการยื่นข้อเสนอการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจานั้น โดยทั่วไปมักไม่เคร่งครัดต่อกฎเกณฑ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อห้ามในการเจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอซึ่งข้อห้ามดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในวิธีนี้

โดยวิธีการคัดเลือกผู้เข้าร่วมกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ในแต่ละวิธีจะแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าเป็นการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีใด ซึ่งโดยหลักการแล้วจะมีความคล้ายคลึงกัน แต่จะแตกต่างกันในเรื่องของวิธีการของแต่ละแบบ ซึ่งในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีรายละเอียดซับซ้อนมากที่สุด และมีโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้มากกว่าแบบอื่นได้แก่ วิธีการจัดซื้อจัดจ้างแบบวิธีการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการแข่งขัน โดยวิธีการดังกล่าวเริ่มจากก่อนที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างจะทำการคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าว ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำการตรวจสอบว่า ผู้ยื่นข้อเสนอดังกล่าวมีความเหมาะสมสำหรับการดำเนินงานนั้น ๆ หรือไม่ ในการเชิญชวนให้บุคคลยื่นข้อเสนอ นั้น ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องเชิญชวนบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน มีความสามารถในการดำเนินงาน และมีความน่าเชื่อถือ นอกจากนี้ยังต้องมีความพร้อมทางด้านเศรษฐกิจ และทางด้านเทคนิค โดยการตรวจสอบทางด้านความเหมาะสมดังกล่าวจะพิจารณาจากข้อความที่ผู้ยื่นข้อเสนอได้แสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมของตนที่ได้ยื่นมาพร้อมกับคำร้องขอเข้าร่วมในการแข่งขัน

ในกรณีที่ได้มีการพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็นผู้มีความเหมาะสมผู้จัดซื้อจัดจ้างจะเป็นผู้มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะเชิญชวนบุคคลใดให้ทำการยื่นข้อเสนอบ้างแต่ในการนี้ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้ดำเนินกิจการในท้องถิ่นหรือในภูมิภาคมาเป็นข้อจำกัด และในขณะเดียวกันการตัดสินใจเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ นั้นจะต้องไม่จำกัดเฉพาะผู้ยื่นข้อเสนอที่เป็นที่รู้จักของผู้จัดซื้อจัดจ้างแล้วเท่านั้นโดยจะต้องให้โอกาสแก่ผู้เสนอราคารายใหม่ให้มีโอกาสได้รับการคัดเลือกด้วย

ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่เข้ามาทำการแข่งขันประเทศเยอรมันจะทำการคัดเลือกโดยการประเมินข้อเสนอ (Wertung der Angebote) ซึ่งการประเมินข้อเสนอดังกล่าวถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเนื่องจากเป็นการวินิจฉัยว่าข้อเสนอใดควรจะได้รับผลตอบแทนหรือจ้างต่อไปซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวนี้ผู้จัดซื้อจัดจ้างมีข้อผูกพันที่จะต้องเชิญชวนให้บุคคลอื่นยื่นข้อเสนออย่างน้อยที่สุดจำนวน 5 รายหลักเกณฑ์นี้ได้กำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันว่าถึงแม้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการนี้จะจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการแข่งขันแต่อย่างน้อยก็ยังมีการแข่งขันอยู่ผู้ประกอบกิจการที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ยื่นข้อเสนอ อาจทำคำร้องต่อผู้จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องให้เหตุผลว่าทำไมจึงปฏิเสธไม่ให้นำบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมการแข่งขัน โดยจะต้องแจ้งเหตุผลให้บุคคลนั้นทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ทั้งนี้ กรณีที่

บุคคลนั้นไม่ได้รับการพิจารณาเพราะขาดความเหมาะสม ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องแจ้ง ให้บุคคลนั้นทราบ  
ด้วยว่า หลักเกณฑ์ความเหมาะสมข้อใดที่บุคคลนั้นมีไม่เพียงพอ<sup>102</sup>

ขั้นตอนการประเมินข้อเสนอแบ่งออกเป็น 4 ขั้นตอนคือ<sup>103</sup>

ขั้นตอนที่ 1 ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำการตรวจสอบว่ามีข้อเสนอใดมีข้อบกพร่อง  
ตามที่กำหนดไว้หรือไม่หากข้อเสนอใดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้ข้อเสนอนั้นจะ  
ไม่ได้รับการพิจารณาในขั้นตอนไป

ขั้นตอนที่ 2 การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับ  
ความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอกรณีนี้ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถ  
ในการดำเนินงานในเรื่องนั้นและมีความชำนาญเฉพาะด้าน

ขั้นตอนที่ 3 การประเมินทางด้านราคาหลังจากที่ได้มีการคัดแยกบุคคลที่ไม่เข้า  
เงื่อนไขในด้านความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอออกไปแล้ว ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องประเมินความ  
เหมาะสมในด้านราคาของข้อเสนอต่างๆ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวมี 2 ขั้นตอนดังนี้

1) ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องตรวจสอบพื้นฐานในทางประสพการณ์ทั่วไปว่า  
ราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอนั้นอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับงานที่จะดำเนินการหรือไม่ถ้าพิจารณาได้  
ว่าราคาที่เสนอนั้นไม่อยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมข้อเสนอดังกล่าวนั้นก็เป็นอันตกไปความไม่เหมาะสมของ  
ราคานั้นอาจเกิดขึ้นทั้งกรณีที่มีราคาสูงเกินไปหรือราคาที่ต่ำเกินไปด้วย

2) หลังจากที่ได้พิจารณาความเหมาะสมของราคากับสัดส่วนของงานแล้ว  
จึงจะพิจารณาราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายได้เสนอมายังได้ดำเนินการดำเนินงานของบุคคลนั้นและการ  
ดำเนินกิจการในแนวทางเศรษฐกิจอย่างประหยัด

ขั้นตอนที่ 4 การตัดสินใจเลือกข้อเสนอ ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะคัดเลือกข้อเสนอที่  
ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจไม่ได้หมายถึง  
ข้อเสนอที่ราคาถูกที่สุด แต่ราคาจะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญที่สุด โดยผู้จัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่  
ที่จะต้องเปิดเผยถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาดังกล่าว ซึ่งอาจกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน หรือ  
ในเอกสารเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยควรมีการกล่าวถึงความสำคัญของหลักเกณฑ์ในแต่ละข้อว่ามี  
ความสำคัญอย่างไร

### 3.1.1.2 กลไกในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง

หากผู้เข้าร่วมที่ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า การดำเนินการตาม  
กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำอันไม่ถูกต้อง บุคคลนั้นอาจขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อ  
จัดจ้างได้ โดยการยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อองค์กรตรวจสอบการจัดซื้อ  
จัดจ้าง คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง  
และองค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงเยอรมันตามลำดับ โดยองค์กรตรวจสอบในแต่ละ  
องค์กรดังกล่าวและมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Amold Boeses, *op.cit.*, pp. 43-44 อ้างถึงใน ยุทธนา ทิณรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 43.

<sup>103</sup> สุภวรรณ แยมอุบล, *เรื่องเดิม*, หน้า 122.

<sup>104</sup> Amold Boeses, *ibid.*, pp. 83-89. อ้างถึงใน ยุทธนา ทิณรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 45.

### 1) องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabepflichtstelle)

องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในระดับมลรัฐและหรือสหพันธรัฐและของเยอรมันเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือความเหมาะสมของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างองค์กรนี้มีลักษณะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองไม่ใช่องค์กรศาลทำหน้าที่ในการเข้าไปตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมด (มาตรา 103(2)GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1998)) เมื่อมีการยื่นคำร้องเข้ามาเพื่อขอให้ตรวจสอบหรือถ้าพบว่าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่ถูกต้องก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้เองโดยไม่ต้องมีการยื่นคำร้องขอการตรวจสอบดังกล่าวจะเป็นการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องของการใช้อำนาจของทางราชการเช่นการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดไว้หรือไม่ซึ่งหากพบว่าการดำเนินการดังกล่าวขัดต่อกฎหมายขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างมีอำนาจที่จะยกเลิกการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายนั้นได้และสามารถสั่งให้ดำเนินการต่อไปตามขั้นตอนที่ถูกต้องต่อไปได้อีกด้วยแต่ในระหว่างที่มีการยื่นคำร้องให้องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่เป็นผลให้มี การระงับการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลังดำเนินอยู่ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยังสามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้อย่างไรก็ตามผู้เสนอราคาที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้ โดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อ จัดจ้าง

### 2) คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง

(Vergabeüberwachungsausschüssen)

คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นองค์กรอีกองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโดยจะมีหน้าที่พิจารณาโต้แย้งคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวซึ่งเป็นการทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงาน ขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างอีกครั้งหนึ่ง

### 3) คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabekammer)

คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง มีหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีผู้ยื่นคำร้องให้ตรวจสอบโดยผู้ยื่นคำร้องจะต้องเป็นผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับงานที่จัดซื้อจัดจ้างและจะต้องเป็นการกล่าวอ้างว่าถูกกระทำละเมิดสิทธิโดยการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการกระทำละเมิดดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตน (มาตรา 107 (2) GWB)

การใช้สิทธิโต้แย้งหน่วยงานของรัฐหรือที่ทำหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างนี้ ผู้ยื่นคำร้องที่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการโต้แย้งโดยทันทีที่ผู้ยื่นคำร้องได้รู้ถึงการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นในระหว่างดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง หากไม่ได้ดำเนินการโต้แย้งต่อผู้จัดซื้อจัดจ้างในทันที หรือกรณีที่การละเมิดบทบัญญัติของการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปเนื่องจากมีการประกาศให้ทราบ และไม่ได้มีการโต้แย้งต่อผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจนสิ้นสุดเวลาให้ทำการยื่นข้อเสนอ หรือระยะเวลาเข้าทำการแข่งขันตามที่ได้กำหนดไว้ในประกาศจัดซื้อจัดจ้าง การยื่นคำร้องเพื่อให้ทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็ไม่อาจกระทำได้ (มาตรา 107 (3) GWB)

เมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง จะมีผลทำให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหยุดลงชั่วคราวโดยทันที และโดยผลของกฎหมายจะห้ามมิให้ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตอบตกลงเพื่อทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับบุคคลใด จนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (มาตรา 115 (1) GWB) หากปรากฏว่าผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้ตกลงเลือกผู้เสนอราคา รายใดในระหว่างการดำเนินการตรวจสอบดังกล่าว ถือว่าการตกลงดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การตอบตกลงนั้นมีผลเป็นโมฆะ (มาตรา 134 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)

#### 4) องค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐ

องค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐนี้ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง โดยมีลักษณะเป็นองค์กรศาลที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่มีผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้ องค์กรดังกล่าวจะทำการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเฉพาะกรณีที่ได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น องค์กรนี้จะไม่พิจารณาคำร้องที่ไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างอย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเรียกร้องว่าผู้จัดซื้อจัดจ้างดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยผ่านทางคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และองค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐนั้น ผู้เข้ามีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อเค้เงินไขสองประการดังต่อไปนี้

ประการแรก มูลค่าของงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีมูลค่าตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงจะสามารถนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลมาใช้บังคับได้ (มาตรา 102 GWB) ดังนั้นถ้ามูลค่าของงานต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนด จะไม่สามารถให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรศาลได้

ประการที่สองต้องเป็นกรณีที่ยังไม่มีเจตนารับข้อเสนอมจากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง เนื่องจากตามกฎหมายเยอรมันนั้น หากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้แสดงเจตนารับข้อเสนอมของผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่ง ถือว่าได้เกิดสัญญาทางแพ่งขึ้นแล้ว และในการตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำร้องนั้น ไม่สามารถที่จะทำการเพิกถอนสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แล้วได้ หรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะทำการแก้ไขกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ผิดพลาดในภายหลังเมื่อได้ตกลงรับข้อเสนอมแล้วผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการที่ผิดพลาดดังกล่าวควรมีสสิทธิเฉพาะการเรียกร้องค่าเสียหายจากความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเท่านั้น

เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ผู้เข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เห็นว่ากระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของตน บุคคลนั้นจึงจะขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและองค์คณะที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐได้ (มาตรา 102 และมาตรา 116 GWB)

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่าในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐในแต่ละขั้นตอนนั้น ล้วนแล้วแต่เปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างสามารถตัดสิทธิผู้เสนอราคา ที่เห็นว่าขาดคุณสมบัติออกจากการเป็นผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอมในรอบต่อไปได้ การดำเนินการตัด

สิทธิผู้ยื่นเสนอราคาในแต่ละขั้นตอนดังกล่าวนี้ หากผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิ์เห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องก็อาจเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งหากผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า การดำเนินการตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการละเมิดสิทธิของตน บุคคลนั้นอาจขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยการยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อองค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง หากผู้เสนอราคาไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้โดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ถ้าโครงการที่จัดซื้อจัดจ้างนั้นมีมูลค่ามากทั้งนี้ตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ผู้ไม่เห็นด้วยกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก็สามารถยื่นให้คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นผู้ตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวและสามารถเรียกร้องเอาค่าเสียหายในกรณีนี้เห็นว่าการกระทำที่ไม่ชอบนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของตนได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง สามารถนำข้อพิพาทเสนอต่อองค์กรคณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงเยอรมัน ให้เป็นผู้ชี้ขาดได้อีกชั้นหนึ่ง<sup>105</sup>

ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของศาลเยอรมันนั้น เนื่องจากในอดีตประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยไม่ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายศาลจะนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976 เรียกโดยย่อว่า VwVfG) กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบทเท่าที่มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะแล้วยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย<sup>106</sup> ด้วยเหตุที่ว่าตามหลักกฎหมายของเยอรมันถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่งดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยการแสดงเจตนาในการทำสัญญาและหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอสนองเป็นต้น<sup>107</sup> ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลสูงเยอรมันจะเห็นได้ว่าศาลมองว่า แม้จะยังไม่มีการผูกพันกันคู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากัน ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก็มีความสัมพันธ์ทางหนี้ต่อกันแล้ว โดยมีหลักว่า การกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้คู่กรณีที่เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการติดต่อก่อนการเกิดสัญญานั้น ๆ ซึ่งหน้าที่ของคู่กรณีที่ต้องปฏิบัติในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ ก็คือหน้าที่ตาม

<sup>105</sup> ยุทนา ทิณรัตน์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 47.

<sup>106</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 1.

<sup>107</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4.

กฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ และค่าเสียหายที่เรียกร้องนี้ เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ที่คู่กรณีต้องใช้ความระมัดระวังและความซื่อสัตย์ไว้วางใจต่อกันในการเจรจาทำสัญญา ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายเพราะความไว้วางใจ ซึ่งได้แก่ผลประโยชน์ในทางลบ ทั้งนี้ เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการเจรจาต่อรองทำสัญญา จากการศึกษาที่ได้มีการวินิจฉัยลงไปว่า การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือละเมิด ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวตรงกับทฤษฎีการกระทำที่แยกออกจากสัญญา ซึ่งเป็นหลักความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่ง และได้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ได้มีการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งและมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรณีเช่นนี้ย่อมมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 57 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 1976 ของเยอรมัน (VwVfG) ที่ได้กำหนดในสัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น<sup>108</sup> ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ หากมีการเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบ (ระหว่างผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้ทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้าง) ก็จะต้องไปเรียกร้องกันเป็นข้อพิพาทที่จะต้องรับผิดชอบในทางสัญญาต่อไป

### 3.1.2 หลักประกันการเสนอราคาของประเทศเยอรมัน

#### 3.1.2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกัน

หลักกฎหมายว่าด้วยหลักประกันของเยอรมัน<sup>109</sup> ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันเป็นพิเศษโดยเฉพาะ ในบรรพ 1 หลักทั่วไป ลักษณะ 7 บทบัญญัติว่าด้วยหลักประกัน (Provision of Security) มาตรา 232 ถึง มาตรา 240

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดชนิดของหลักประกันในกรณีที่บุคคลจำต้องให้หลักประกันไว้รวมทั้งสิ้น 8 ชนิด ดังต่อไปนี้

- 1) เงินสดหรือหลักทรัพย์
- 2) การจำนำสิทธิเรียกร้องที่ได้จดทะเบียนไว้กับ The Federal Debt Register [Bundesschuldbuch] หรือ The Land Debt Register [Landesschuldbuch]
- 3) การจำนำสังหาริมทรัพย์
- 4) การจำนองเรือที่ได้จดทะเบียนไว้
- 5) การจำนองที่ดินที่อยู่ในประเทศ
- 6) การจำนองสิทธิเรียกร้องเหนือการจำนองที่ดินที่อยู่ในประเทศ
- 7) การจำนำภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ภายในประเทศ

<sup>108</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

<sup>109</sup> วรรณญา งามศิริอุดม, เรื่องเดิม, หน้า 81-83.

8) การค้ำประกันด้วยบุคคล ซึ่งการค้ำประกันด้วยบุคคลนี้ทำได้เฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถใช้หลักประกันอย่างอื่นได้แล้ว<sup>110</sup>

ทั้งนี้ ชนิดของหลักประกันดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในมาตรา 232<sup>111</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

### 3.1.2.2 เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกัน

1) เมื่อได้มีการวางเงินสดเป็นหลักประกันแล้ว ให้ผู้ที่ได้รับเงินสดเป็นหลักประกันมีสิทธิเป็นประกันเหนือเงินสดที่ตนได้รับเป็นหลักประกันนั้น และหลักกรรมสิทธิ์ในหลักประกันที่เป็นเงินสดนั้นต้องตกไปเป็นของกระทรวงการคลัง (The Treasury) หรือหน่วยงานที่ได้รับหน้าที่เป็น The Depository Office บุคคลดังกล่าวมีสิทธิเป็นประกันเหนือค่าเสียหายที่จะได้รับชดใช้คืน (มาตรา 233<sup>112</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)

2) ให้ผู้วางประกันมีหน้าที่จัดหาหลักประกันมาเพิ่มหรือหาหลักประกันอื่นมาทดแทน ในกรณีที่หลักประกันที่ได้ให้ไว้ไม่เพียงพอโดยไม่ใช้ความผิดของผู้รับหลักประกัน (มาตรา 240<sup>113</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน)

---

<sup>110</sup> Ernest J. Schuster, *The Principles of German Civil Law*, Reprint of the edition Oxford 1907, (Germany: Fotokop Wilhelm Weihert KG, 1979), P. 76-77 อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

<sup>111</sup> Section 232 Types

(1) A person who is required to provide security may do so : by the deposit of money or securities, by the pledge of claims that are registered in the Federal Debt Register [Bundesschuldbuch] or the Land Debt Register [Landesschuldbuch] of a land, by the pledge of movable things, by the creation of ship mortgages on ships or ships under construction which are recorded in a German ship register or a ship construction register, by the creation of mortgages on land within the country, by the pledge of land charges or annuity land charges on land within the country.

(2) If security cannot be provided in this manner, it is admissible to furnish a reasonable surety. อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

<sup>112</sup> Section 233 Effect of deposit

When the deposit is made, the person entitled acquires a security right over the money deposited or the securities deposited and, if the money or the securities pass into the ownership of the treasury or the institution designated as the depository office, a security right over the claim for reimbursement อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 82.

<sup>113</sup> Section 240 Duty to supplement security

หลักกฎหมายว่าด้วยเบี้ยปรับของเยอรมัน<sup>114</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดเรื่องเบี้ยปรับไว้ในบรรพ 2 นี้ ลักษณะ 3 สัญญา หมวด 4 มัดจำและข้อกำหนดเบี้ยปรับ มาตรา 339 ถึง มาตรา 345

(ก) ความหมายและผลของการกำหนดเบี้ยปรับ

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์ของเบี้ยปรับไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 339<sup>115</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะพบว่ามีเนื้อความเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งในตารางที่มาของบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5 ของพระยามานวราชเสวี<sup>116</sup> ระบุว่า มาตรา 379 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 379 จึงให้ความหมายของเบี้ยปรับได้ว่า เบี้ยปรับ คือ ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ เมื่อมีการชำระหนี้แต่ไม่ต้องสมควร หรือเมื่อมีการกระทำอันฝ่าฝืนมูลหนี้สำหรับหนึ่งดเว้นกระทำการเช่นเดียวกันกับหลักกฎหมายว่าด้วยเบี้ยปรับของไทย

สำหรับผลของการกำหนดเบี้ยปรับนั้น อาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

(1) กรณีที่มีการชำระหนี้ถูกต้องตามสัญญา ผลของการชำระหนี้ถูกต้องตามสัญญา เจ้าหนี้ไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระเบี้ยปรับหรือรับเบี้ยปรับได้

(2) กรณีที่ตกลงให้เบี้ยปรับเมื่อไม่มีการชำระหนี้เลยผลของการกำหนดเบี้ยปรับกรณีที่ตกลงให้เบี้ยปรับเมื่อไม่มีการชำระหนี้เลยจะเป็นไปตามมาตรา 340 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับแทนการชำระหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ใช้สิทธิดังกล่าวแล้วเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้หรือเรียกค่าเสียหายอีกไม่ได้ตามมาตรา 340 (1) หรือเจ้าหนี้อาจฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ไม่เรียกเบี้ยปรับและไม่ฟ้องเรียกให้

If the security provided becomes insufficient without this being the fault of the person entitled, it is to be supplemented or another security is to be provided อ้างถึงใน วรรฎญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

<sup>114</sup> วรรฎญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 85-88.

<sup>115</sup> Section 339 Payability of contractual penalty

Where the obligor promises the obligee, in the event that he fails to perform his obligation or fails to do so properly, payment of an amount of money as a penalty, the penalty is payable if he is in default. If the performance owed consists in forbearance, the penalty is payable on breach อ้างถึงใน วรรฎญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 85.

<sup>116</sup> พระยามานวราชเสวี, *อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 ฉบับกรรมาญกฎหมาย ;ที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-5;รายชื่อหนังสือของกรมพระยานวราชเสวีที่มีอยู่ในสำนักหอสมุดกลาง มหาวิทยาลัยกรุงเทพและห้องสมุดกรมอัยการ, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2533) หน้า 11 อ้างถึงใน วรรฎญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 10.*

ลูกหนี้ชำระหนี้ กรณีดังกล่าวเจ้าหนี้สามารถเรียกเอาเบี้ยปรับเป็นฐานจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหาย ตามมาตรา 340 (2)

(3) กรณีที่ตกลงให้เบี้ยปรับเมื่อมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

ผลของการกำหนดเบี้ยปรับกรณีที่ตกลงให้เบี้ยปรับเมื่อมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องจะต้องเป็นไปตามมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยในกรณีที่ลูกหนี้ได้สัญญาไว้ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้อง เช่น ไม่ชำระหนี้ตรงตามเวลาที่กำหนด เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้และเรียกเอาเบี้ยปรับอีกด้วยก็ได้ตามมาตรา 341 (1) นอกจากนี้ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในมูลชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้อาจดำเนินการตามมาตรา 340 (2) ได้ กล่าวคือเจ้าหนี้สามารถเรียกเอาเบี้ยปรับเป็นฐานจำนวนน้อยที่สุดแห่งค่าเสียหาย ทั้งนี้ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้แล้วจะเรียกเอาเบี้ยปรับได้ต่อเมื่อได้บอกสงวนสิทธิไว้ในเวลารับชำระหนี้ตามมาตรา 341 (3) ซึ่งหลักการตามมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น ตารางที่มาของบทกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-5 ของพระยามานวราชเสวี ระบุว่าเป็นที่มาของมาตรา 381 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ทั้งนี้รายละเอียดที่กล่าวมาข้างต้นเป็นกรณีผลของการกำหนดเบี้ยปรับในกรณีกำหนดเบี้ยปรับเป็นเงิน นอกจากนี้เบี้ยปรับยังอาจกำหนดเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนเงินได้อีกด้วย โดยจะเป็นไปตามมาตรา 342 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่สัญญาว่าจะทำการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นให้เป็นเบี้ยปรับไม่ใช่ใช้เป็นจำนวนเงิน ให้นำบทบัญญัติมาตรา 339 ถึง มาตรา 341 มาใช้บังคับ ทั้งนี้หากเจ้าหนี้เรียกเอาเบี้ยปรับแล้วเจ้าหนี้จะไม่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอีก”

(ข) วัตถุประสงค์ของการกำหนดเบี้ยปรับ

วัตถุประสงค์ของการกำหนดเบี้ยปรับ คือเพื่อเป็นค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ เมื่อมีการชำระหนี้แต่ไม่ถูกต้องสมควร หรือเมื่อมีการกระทำอันฝ่าฝืนมูลหนี้สำหรับหนึ่งดเว้นกระทำการ นอกจากนี้การกำหนดเบี้ยปรับยังมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง จึงใจให้คู่สัญญาชำระหนี้ตามสัญญาเพื่อที่จะไม่ต้องถูกริบหรือเรียกเบี้ยปรับ และเพื่อจำกัดค่าสินไหมทดแทนอีกด้วย

(ค) ลักษณะของเบี้ยปรับ

บทบัญญัติว่าด้วยเบี้ยปรับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้เบี้ยปรับอาจกำหนดเป็นเงินตามมาตรา 339 หรืออาจกำหนดเบี้ยปรับเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนเงินตามมาตรา 342 ได้อีกด้วย

(ง) การคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้

มาตรา 345 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดหลักการซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ไว้ในกรณีการระงับการพิสูจน์ถึงการชำระหนี้ หากลูกหนี้อ้างว่าชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ต้องมีภาระการพิสูจน์ เว้นแต่กรณีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นการงดเว้นการกระทำ หากเจ้าหนี้อ้างว่ามีการฝ่าฝืนเจ้าหนี้ต้องเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ ทั้งนี้บทบัญญัติว่าด้วยเบี้ยปรับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการคุ้มครองเจ้าหนี้เกี่ยวกับเบี้ยปรับในกรณีอื่นไว้ เช่น ในกรณีเจ้าหนี้ได้รับเบี้ยปรับไว้แล้วในระหว่างที่ลูกหนี้ยังไม่ผินผาย สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือเบี้ยปรับ

ดังกล่าวจะมีอยู่อย่างไรและกรรมสิทธิ์เหนือเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นที่กำหนดเป็นเบี้ยปรับจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร เป็นต้น

## 3.2 หลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศส

ในการศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในประเทศฝรั่งเศสอย่างชัดเจน ผู้ศึกษาได้ศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศสโดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

### 3.2.1 สารสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในกฎหมายฝรั่งเศส

#### 3.2.1.1 ความหมายและสารสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง<sup>117</sup>

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ เป็นสัญญาของฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ (Les Sources Legislatives) และกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (Les Sources Reglementaires) เกี่ยวข้องด้วยเป็นจำนวนมาก กฎหมายและกฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1833 และต่อมาก็ได้ถูกนำมารวบรวมไว้ในรูปของประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des Marches Publics) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 และใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ไปแล้วในปี ค.ศ. 2001 โดยสัญญาพัสดุในปัจจุบันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ (Code des Marches Publics) ฉบับใหม่ซึ่งเพิ่งประกาศใช้เมื่อปลายปีที่ผ่านมาโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-210 ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 และรัฐบัญญัติที่ 2001-1168 ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001 ซึ่งบรรดาฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายนี้เมื่อมีการออกคำสั่งในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือบริการต่าง ๆ โดยการจัดการดังกล่าวนี้ กฎหมายฝรั่งเศสรวมเรียกว่าการพัสดุ (Marches Publics)<sup>118</sup>

ประมวลกฎหมายพัสดุ มาตรา 1 ได้กำหนดถึงเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าสัญญาของฝ่ายปกครองใดเป็น “สัญญาพัสดุ” ตามความหมายของประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ไว้ว่า “สัญญาพัสดุ” ได้แก่ สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง การจัดหาพัสดุและการจัดให้มีบริการ จากกรณีศึกษาพบว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (Marches de Travaux Publics) จะได้แก่ สัญญาก่อสร้างถนน สัญญาขุดคลอง สัญญาสร้างสะพาน สัญญาสร้างทางระบายน้ำ (Ecluse) สัญญา

<sup>117</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 497, หน้า 503 –504.

<sup>118</sup> คำว่า Marches Publics เป็นศัพท์กฎหมายฝรั่งเศส หมายถึง การดำเนินการทางการค้า ในรูปแบบสัญญา ที่กระทำโดยฝ่ายปกครอง ในที่นี้จะเรียกว่า การพัสดุ ทั้งนี้ ผลแห่งสัญญาเป็นการกระทำโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้ได้มาซึ่งการจัดหา การบริการ หรือก่อให้เกิดงานก่อสร้าง, สรุปรจาก พิชมา จิตรมหิมา, *แนวคิดหลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส*, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ค้นวันที่ 29 มิถุนายน 2561 จาก

<http://www.krisdika.go.th/data/activity/act290>

ก่อสร้างอาคาร ฯลฯ ส่วนสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ (Marches de Fourniture) ได้แก่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งน้ำ ส่งก๊าซ หรือส่งกระแสไฟฟ้า สัญญาซื้อเครื่องพิมพ์ดีด สัญญาจัดพิมพ์หนังสือ สัญญาซื้ออาหาร ถ่านหิน น้ำมัน รถยนต์ เครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ เครื่องแบบ ฯลฯ สำหรับสัญญาจัดให้มีบริการ (Marches de Services) ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับการขนส่ง (Les Contrats de Transport) เช่น สัญญาจ้างผู้จัดให้มีบริการรับส่งนักเรียน สัญญาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ทำขึ้นเพื่อให้มีการเก็บขยะหรือของเสีย (Immondices) ต่างๆ สัญญาที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษา (Les Contrats d'Entretien) เช่น สัญญาให้บำรุงรักษาเครื่องบิน รถยนต์ วัสดุอุปกรณ์ ในสำนักงานประเภทคอมพิวเตอร์ ลิฟต์ สัญญาจ้างทำงานวิจัย (Les Contrats de Recherche) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐบัญญัติที่ 2001-1168 ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001 ก็ได้ขยายความถึง “ลักษณะของสัญญาพัสดุเข้าไปอีกในมาตรา 2 โดยกำหนดให้ สัญญาที่ทำตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายพัสดุ มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง คำจำกัดความนี้เองที่มีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 กรณี CneSauve ได้กล่าวไว้ว่า สัญญาพัสดุอาจเป็นสัญญาทางกฎหมายเอกชนได้ (หากสัญญานั้นไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง คือ ไม่มีข้อกำหนดพิเศษที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง (Clause Exorbitante) หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา (Objet du Contrat) ที่มีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ) ไม่มีผลใช้บังคับ<sup>119</sup>

ประมวลกฎหมายพัสดุมตรา 2 ได้กำหนดถึงนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ประมวลกฎหมายพัสดุดังใหม่ไว้<sup>120</sup> ดังนี้ คือ 1) รัฐ 2) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ 3) การจัดหาพัสดุในต่างประเทศ โดยอธิบายสรุปได้ ดังนี้<sup>121</sup>

1) รัฐ การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายพัสดุ รัฐสามารถจัดซื้อจัดจ้างได้โดยผ่านหน่วยงานส่วนกลาง (Les Services Centraux) หน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการระดับชาติ (Les Services a Competencemationale) หน่วยงานที่รัฐแบ่งอำนาจไปให้ (Les Services Deconcentres) รวมทั้งองค์กร (Organismes) อื่น ๆ ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลและมีอิสระในการดำเนินการบางประการ เช่น องค์กรมหาชนอิสระ (Les Autoritesadministrativesindependantes) เป็นต้น

ส่วนการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชน (Etablissements Publics) ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายพัสดุเช่นกัน เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชน ที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์ กรรม (Les Etablissements Publicsindustriels et Commerciaux) องค์การมหาชนที่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายพัสดุนี้ มิได้จำกัดอยู่ที่องค์การมหาชนที่มีลักษณะทางปกครอง (Les Etablissements Publicsadministratifs) เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงองค์การมหาชนที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม (Culturel) วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (Scientifiqueet Technologique) ด้วย

<sup>119</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 497 และหน้า 503.

<sup>120</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 503-504.

<sup>121</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 505-511.

2) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ประมวลกฎหมายพัสดุใช้บังคับกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นประเภททั่วไปคือ เทศบาล (Commune) จังหวัด (Departement) และภาค (Region) และประเภทพิเศษคือ เทศบาลเมือง Paris, Lyon และ Marseille เทศบาลเมือง Alsace และ Moselle นอกจากนี้ยังใช้บังคับกับภาคและจังหวัดโพ้นทะเล (Region et Departement d'outre Mer) ส่วนการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Les Entreprises Publiques des Collectivites Locales) นั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายพัสดุเช่นเดียวกันกับองค์การมหาชนระดับชาติ แต่มีข้อแตกต่างอยู่ที่องค์การมหาชนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นประเภทที่ลักษณะทางปกครองหรือลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมล้วนแล้วแต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายพัสดุทั้งสิ้น

3) การจัดหาพัสดุในต่างประเทศ การจัดหาพัสดุในประเทศฝรั่งเศสแต่ไปดำเนินการนอกประเทศฝรั่งเศสจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายฝรั่งเศสคือประมวลกฎหมายพัสดุประมวลกฎหมายพัสดุจะไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่จัดทำและดำเนินการในต่างประเทศเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันให้นำประมวลกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสมาใช้บังคับ

กระบวนการจัดหาพัสดุ รัฐธรรมนูญกาลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1806 ได้วางหลักสำคัญไว้หลักหนึ่งคือ ในการก่อสร้างต่าง ๆ ของเทศบาลจะต้องทำโดยวิธีการประกวดราคา (Adjudication) ต่อมามาตรา 12 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1833 ซึ่งนับได้ว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุก็ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้สำหรับกระบวนการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งรัฐกำหนด (Ordonnance) ลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1836 ได้บัญญัติขยายหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 ว่าการจัดหาพัสดุของรัฐทุกประเภทจะต้องทำโดยเปิดโอกาสให้มีการแข่งขัน (Concurrence) และมีการประกาศเชิญชวน (Publication) ให้เข้าร่วมแข่งขัน และในรัฐกำหนดฉบับนี้เองได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประมูลเอาไว้ นอกจากนี้ รัฐกำหนดลงวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1837 ก็ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้สำหรับใช้กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

ในปี ค.ศ. 1959 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพัสดุ (La Commission Centrale des Marches) ขึ้นอยู่ภายใต้กระทรวงการคลังทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและคำแนะนำเกี่ยวกับการพัสดุ ในปี ค.ศ. 1964 คณะกรรมการพัสดุได้ยกร่างประมวลกฎหมายพัสดุ (Le Code des Marches Publics) ขึ้นและต่อมาก็ได้ประกาศใช้บังคับโดยรัฐสภา ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1946 ประมวลกฎหมายพัสดุนับดังกล่าวได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งจนกระทั่งในปี ค.ศ. 2001 ก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายพัสดุนับปัจจุบันดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

กระบวนการจัดหาพัสดุตามประมวลกฎหมายพัสดุนับปัจจุบันประกอบด้วยสาระสำคัญโดยสังเขปดังนี้

1) การเลือกคู่สัญญา ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่าประมวลกฎหมายพัสดุกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุของรัฐไว้ว่าจะต้องทำโดยการประมูลและมีการออกประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วม โดยหลักดังกล่าวมีที่มาจากหลักว่าด้วยความเสมอภาค (Principe de l'Egalite) ที่ใช้กันอยู่ในประเทศฝรั่งเศสมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 แล้ว

การเลือกคู่สัญญาจะต้องพิจารณาจากสองด้านคือ ด้านของคู่สัญญาฝ่ายปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

(ก) คู่สัญญาฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำสัญญาพัสดุได้จะต้องเป็นฝ่ายปกครองผู้ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยในประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 ว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายพัสดุให้ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างที่ทำโดยรัฐ องค์กรมหาชน (Etablissements Publics) ที่ไม่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (A Caractereindustriel et Commercial) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Les Collectivites Locales) และองค์กรมหาชนทั้งหลายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Les Etablissements Publics des Collectiviteslocales) นั้น ๆ

นอกจากหน่วยงานดังกล่าวแล้ว มาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ใหม่โดยยอมให้มีการรวมกลุ่มกันเพื่อทำการจัดหาพัสดุได้ หรือที่เรียกว่ากลุ่มผู้ต้องการพัสดุ (Groupement des Commandes) ซึ่งเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกันหลายองค์กร เช่น การก่อสร้างอุโมงค์หรือถนนผ่านเทศบาลและจังหวัดหลาย ๆ แห่ง ซึ่งในมาตรา 8 ได้กำหนดให้องค์กรที่เกี่ยวข้องสามารถรวมกลุ่มกันและทำสัญญาก่อสร้างกับเอกชนฉบับเดียวได้ การรวมกลุ่มกันนี้กฎหมายมิได้กำหนดไว้ถึงจำนวนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น หากมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตั้งแต่สองหน่วยงานขึ้นไปก็สามารถรวมกลุ่มกันได้ การรวมกลุ่มนั้นมีขั้นตอนที่สำคัญอยู่สองขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็น “ความตกลง” ของหน่วยงานที่เข้ามารวมกลุ่มกันโดยแต่ละหน่วยงานจะต้องกำหนดความต้องการของตนไว้อย่างแน่นอน โดยต้องทำเป็นข้อตกลง (Convention) ภายในกลุ่มของตน จากนั้นในขั้นตอนที่สองจะต้องมีการแต่งตั้งตัวแทนของกลุ่มเป็นผู้จัดการ (Coordinateur) ที่จะไปกระทำการต่าง ๆ ในนามของกลุ่มต่อไป

(ข) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลบางประเภทไม่สามารถเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดหาพัสดุได้ หากบุคคลนี้หรือนิติบุคคลนั้นเคยถูกลงโทษในการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ นอกจากนี้แล้วบุคคลที่ให้ข้อมูลเท็จเกี่ยวกับสถานะการเงินและการเสียภาษีของตนก็อาจถูกตัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดหาพัสดุได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ถึงมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ ซึ่งได้วางหลักการเอาไว้ว่า วิสาหกิจ (Entreprise) ที่สนใจจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดหาพัสดุจะต้องส่งเอกสารเกี่ยวกับสถานะการเงินและการเสียภาษีของตนต่อฝ่ายปกครองพร้อมๆ กับการเสนอราคา เอกสารดังกล่าววิสาหกิจจะต้องรับรองด้วยตนเองว่าเป็นความจริง (Une Attestation Sur l'Honneur) และเมื่อวิสาหกิจนั้นได้รับเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองก็จะต้องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีเอกสารยืนยันถึงสถานะการเงินและการเสียภาษีของตน ไปยังฝ่ายปกครองคู่สัญญา หากไม่ตรงกันวิสาหกิจก็จะถูกตัดสิทธิมิให้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดหาพัสดุ เช่นเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถรวมกลุ่มกันเพื่อทำสัญญาจัดหาพัสดุ ให้กับฝ่ายปกครองเพียงสัญญาเดียวได้ โดยมาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ได้กำหนดไว้ว่า สัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง (Marches de Travaux Publics) สัญญาจัดหาพัสดุ (Marches de Fourniture) และสัญญาจัดให้มีบริการ (Marches de Services) สามารถทำร่วมกันเป็นสัญญาเดียวได้ โดยวิสาหกิจหลายๆแห่งรวมกลุ่มกัน

เข้าและไม่ต้องจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่ขึ้นมา วิสาหกิจรวมกลุ่มกันนี้จะต้องตั้งตัวแทนขึ้นมา (Unedesignaglon d'un Manbatirecommun) อนึ่ง สัญญาระหว่างวิสาหกิจเอกชนที่สร้างขึ้นเพื่อตกลงเข้าร่วมกลุ่มกันนี้ ไม่มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

2) กระบวนการปกติในการจัดหาพัสดุ การจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ สามประการ คือ เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ เงื่อนไขทางด้านประกาศเชิญชวน และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับความเสมอภาค

ประการแรก เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ เป็นเรื่องสำคัญที่สุด ของการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง เพราะการจัดหาพัสดุนั้น จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ และระเบียบต่างๆอย่างเคร่งครัด

ประการที่สอง เงื่อนไขทางด้านประกาศเชิญชวนก็เป็นการใช้วิธีการที่ทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะเข้ามาทำงานกับฝ่ายปกครอง นอกจากนี้การประกาศเชิญชวนยังก่อให้เกิดความโปร่งใส ในการเลือกคู่สัญญาของฝ่ายปกครองด้วย

ประการที่สาม เงื่อนไขที่เกี่ยวกับความเสมอภาค ก็มีที่มาจากความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะหรือมีส่วนร่วมในการจัดทำ บริการสาธารณะร่วมกับฝ่ายปกครอง ความเสมอภาคนี้ถือว่าเป็นพื้นฐาน “ของการแข่งขัน เพราะเมื่อทุกคนมีความเสมอภาคที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง วิธีที่ดีที่สุดที่จะคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุดที่เข้าทำงานกับฝ่ายปกครองก็คือ การแข่งขัน (Concurrence) นั่นเอง

เงื่อนไขทั้งสามประการนี้มีอิทธิพลต่อการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองเป็นอันมาก กระบวนการปกติในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองได้แก่

(ก) การเสนอราคา (L'Appeld'Offrex) ประมวลกฎหมายพัสดุฉบับใหม่ได้นำเอาระบบการเสนอราคามาแทนที่การประกวดราคา (Adjudication) ทั้งการเสนอราคาและการประกวดราคาต่างก็มีกระบวนการที่ใกล้เคียงกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเริ่มต้นภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ประกาศเชิญชวนไปแล้ว คือทั้งคู่เสนอราคาและผู้ประกวดราคาต่างก็ต้องยื่นยื่นข้อเสนอของตนต่อฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการเสนอราคาและการประกวดราคามีข้อแตกต่างที่สำคัญคือ การประกวดราคานั้น ผู้ยื่นข้อเสนอราคาต่ำสุดจะถูกคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งหมายความว่าผู้เสนอราคาต่ำสุดจะได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้สัญญากับฝ่ายปกครองโดยอัตโนมัติ ในขณะที่การเสนอราคานั้น ผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดจะเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือก ซึ่งการประกวดราคานั้นอาจมีข้อบกพร่องอยู่ที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดอาจไม่ใช่ผู้ที่ดีที่สุดที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองก็ได้ ดังนั้น การเสนอราคาจึงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองได้ประโยชน์มากกว่าการประกวดราคาเพราะฝ่ายปกครองสามารถเลือก “คู่สัญญาได้จากการพิจารณาข้อเสนอ ทั้งทางด้านเทคนิคและราคา”

การเสนอราคาสามารถทำได้สองวิธี คือ การเสนอราคาเป็นการทั่วไป (Ouvrte) และการเสนอราคาแบบจำกัด (Restreinte) กล่าวคือ การเสนอราคาแบบเป็นการทั่วไปนั้น ได้แก่ กระบวนการระดับชาติที่ผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ผู้สนทุกคนสามารถยื่นข้อเสนอได้ ในขณะที่การเสนอราคาแบบจำกัดนั้น ได้แก่ กระบวนการระดับชาติที่จำกัดไว้เฉพาะผู้ประกอบการที่ได้รับเชิญจากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุเท่านั้น ที่จะสามารถยื่นข้อเสนอได้ โดยฝ่าย

ปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุจะต้องเชิญผู้ประกอบการไม่ต่ำกว่า 5 วัน ให้เข้าร่วมในการเสนอราคาดังกล่าว

กระบวนการในการเสนอราคาทั้งสองวิธีมีจุดเริ่มต้นที่ต่างกันในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้น เมื่อถึงเวลาที่ฝ่ายปกครองกำหนดผู้ประกอบการที่สนใจ ก็สามารถเสนอราคาได้ ในขณะที่การเสนอราคาแบบจำกัดนั้น จุดเริ่มต้นอยู่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ฝ่ายปกครองต้องการเชิญให้มาเสนอราคาก่อนโดยในการทำบัญชีรายชื่อนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องดูจากผู้ที่ม่ประสบการณ์และมีฐานะการเงินที่ดี

(ข) การประกาศเชิญชวนนับแต่ปี ค.ศ. 1833 เป็นต้นมา กฎหมายลงวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1833 ได้กำหนดให้สัญญาพัสดุของรัฐทุกสัญญาจะต้องมีการประกาศเชิญชวนและเปิดโอกาสให้ผู้สนใจเข้าแข่งขันกัน การประกาศเชิญชวนเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยความเสมอภาค เนื่องจากวิธีการที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคในการ “เข้าทำงาน” กับฝ่ายปกครองก็คือเปิดโอกาสให้แก่ทุกคนที่จะเข้าแข่งขันกันเพื่อทำงานกับฝ่ายปกครอง ดังนั้น การประกาศเชิญชวนจึงเป็นวิธีการ “กระจายข่าว” ให้ผู้เกี่ยวข้องทราบเพื่อที่จะได้มีโอกาสเตรียมตัวเข้าแข่งขัน

มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ได้กล่าวถึงกระบวนการประกาศเชิญชวนไว้ว่า การประกาศเชิญชวนนั้นจะต้องมีสาระที่สำคัญคือ วัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุ สถานที่ที่ผู้สนใจเข้าร่วมจะสามารถหาข้อมูลหรือขอคำปรึกษาได้ ระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ การประกาศเชิญชวนจะต้องพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารที่เรียกว่า Bulletin Officiel Desannonces des Marches Publics

สำหรับระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอราคานั้น โดยปกติทั่วไปแล้วมีการกำหนดไว้เป็นสองลักษณะที่สัมพันธ์กับการเสนอราคา คือ การเสนอราคาเป็นการทั่วไปจะต้องกำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า 52 วัน หรือในกรณีพิเศษอาจลดลงมาเหลือ 26 วันได้ ภายใต้เงื่อนไขพิเศษที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ และนอกจากนี้ระยะเวลาอาจลดลงมาเป็น 36 วัน หากการจัดหาพัสดุนั้นมีจำนวนเงินต่ำกว่า 5 ล้านยูโร (Euro) ส่วนในกรณีการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น มีระยะเวลา 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ฝ่ายปกครองจะเชิญเข้าร่วมเสนอราคาจะต้องดำเนินการจัดทำภายใน 37 วัน นับแต่วันที่มีการประกาศว่าจะให้มีการเสนอราคา ส่วนขั้นตอนที่สอง จะต้องเป็นกรณีเมื่อฝ่ายปกครองตกลงที่จะเชิญผู้ใดให้เข้าเสนอราคานั้น ผู้นั้นจะต้องเสนอราคาต่อฝ่ายปกครองภายใน 40 นับแต่ได้รับจดหมายเชิญจากฝ่ายปกครอง

(ค) การคัดเลือกมาตรา 53 ได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เสนอราคาเอาไว้ ดังนี้คือ

(ค.1) ข้อเสนอที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย มาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุนับปัจจุบันบัญญัติไว้ว่า สัญญาพัสดุจะต้องตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเสนอแล้วเห็นว่า ไม่ได้เป็นไปตามความต้องการของฝ่ายปกครองหรือไม่ได้ตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ข้อเสนอดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครอง

(ค.2) หลักในการเลือกข้อเสนอ ฝ่ายปกครองจะต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบข้อเสนอทั้งหมดและพิจารณาว่าข้อเสนอใดให้ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุด ส่วนใหญ่แล้วข้อเสนอที่ให้ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุดจะเป็นข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเงิน เช่น จำนวนเงิน ระยะเวลาในการจ่ายเงินของฝ่ายปกครองหรือผลประโยชน์ทางการเงินที่ฝ่ายปกครองจะได้รับ เป็นต้น การคัดเลือกข้อเสนอต้องทำบนพื้นฐานของหลักว่าด้วยความเสมอภาคและหลักว่าด้วยความโปร่งใส

(ค.3) การจัดลำดับ การคัดเลือกของฝ่ายปกครองต้องมีการ “ให้คะแนน” เพื่อ “จัดลำดับ” ผู้ยื่นข้อเสนอ ในกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอเป็นจำนวนมากฝ่ายปกครองจะจัดลำดับผู้ได้รับการคัดเลือกไว้ประมาณ 10-12 ราย ผู้ที่อยู่ในลำดับต้นเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกในเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ถึงว่าเป็นการคัดเลือกอย่างเด็ดขาดเพราะมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุได้กำหนดหลักเกณฑ์บางประการไว้ ไว้ว่า วิสาหกิจ (Entreprise) ที่ได้เข้ามาเสนอราคา จะต้องจัดส่งเอกสารเกี่ยวกับสถานะการเงินและการเสียภาษีของตนต่อฝ่ายปกครองพร้อมๆกัน กับการเสนอราคา โดยวิสาหกิจจะเป็นผู้รับรองเอกสารเหล่านั้นด้วยตนเองว่า ประกอบด้วยข้อมูลที่เป็นความจริงทุกประการ เมื่อวิสาหกิจนั้นได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะในการเสนอราคาที่จะต้องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำการรับรองเอกสารดังกล่าวว่าเป็นความจริง และนำมาเสนอต่อฝ่ายปกครองที่ได้ทำการคัดเลือกตนไว้ภายในระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนด หากไม่สามารถดำเนินการได้ วิสาหกิจนั้นก็จะมีผลเสมือนหนึ่งจะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองก็ต้องให้ผู้ที่อยู่ในลำดับถัดไปได้ดำเนินการตามมาตรา 46 ต่อไป

3) ระเบียบการพิเศษในการจัดหาพัสดุตามหมวด 2 และหมวด 3 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 2001 ได้กำหนดถึงระเบียบการทั่วไปในการจัดหาพัสดุไว้อย่างละเอียดโดยวางหลักเกณฑ์ในเบื้องต้นว่า การจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองต้องทำโดยใช้วิธีการเสนอราคา (Appeld'Offres) ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดเป็นหลัก หลักดังกล่าวใช้ในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายพัสดุก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวเอาไว้ในหลายกรณี ซึ่งข้อยกเว้นเหล่านั้นมิได้เพิ่งเกิดขึ้นในประมวลกฎหมายพัสดุนับนี้ แต่เกิดขึ้นมาตั้งแต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพัสดุนับก่อน ๆ หน้านี้นี้คือ กำหนดในปี ค.ศ. 1836 และ 1837

(ก) ระเบียบการพิเศษที่เกี่ยวข้องกับจำนวนเงิน ประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ได้ยกเลิกเพดานของจำนวนเงินในการจัดหาพัสดุเอาไว้ โดยในกฎหมายเดิมนั้น การจัดหาพัสดุที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 700,000 ฟรังก์ (Francs) สามารถใช้ระเบียบการพิเศษได้

(ก.1) การคำนวณมูลค่า ประมวลกฎหมายพัสดุ มาตรา 27 ได้วางหลักเกณฑ์ที่จะคำนวณมูลค่าของการจัดหาพัสดุไว้ว่า จะต้องรวมคำนวณจำนวนเงินทั้งหมดของงานนั้นเข้าด้วยกัน ไม่สามารถแยกกันคำนวณแต่ละรายการได้ แม้จะมีผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ในโครงการต่าง ๆ หลายคนในงานนั้นก็ตามเมื่อรวมจำนวนเงินที่เกิดจากงานทั้งหมดเข้าด้วยกันแล้วต่ำกว่าเพดานที่ประมวลกฎหมายพัสดุกำหนด ฝ่ายปกครองก็อาจใช้ “วิธีพิเศษ” ในการทำสัญญาจัดหาพัสดุได้ ระเบียบการดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการพยายามแบ่งแยกเนื้องานออกจากกัน เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ระเบียบการเสนอราคาตามที่กฎหมายกำหนด

(ก.2) การจัดหาพัสดุที่ไม่ต้องมีรูปแบบ ประมวลกฎหมายพัสดุ กำหนดไว้ในมาตรา 28 ว่า การจัดหาพัสดุที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 90,000 ยูโร สามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้กระบวนการตามประมวลกฎหมายพัสดุ คือการเสนอราคา ส่วนการจัดหาสิ่งอุปโภคต่าง ๆ ของรัฐที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 130,000 ยูโร และขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีจำนวนเงินต่ำกว่า 200,000 ยูโร ที่ฝ่ายปกครองจะต้องซื้อจากสถานประกอบการโดยตรงก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้กระบวนการตามประมวลกฎหมายพัสดุ

(ข) กระบวนการเจรจาต่อรอง มาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ยอมรับการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองด้วยวิธีการพิเศษที่ไม่ต้องนำกระบวนการเสนอราคา (Appeld'Offres) มาใช้บังคับ นั่นคือกระบวนการเจรจาต่อรอง (La Procedure Negociee) กระบวนการเจรจาต่อรองมีสองวิธีด้วยกัน คือ

(ข.1) การเจรจาต่อรองที่ต้องทำการแข่งขัน มาตรา 35-I แห่งประมวลกฎหมายพัสดุ ได้กำหนดถึงการใช้กระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อจัดหาพัสดุไว้ว่า สามารถทำได้โดยฝ่ายปกครองจะต้องจัดให้มีการประชุมเชิญชวน (La Publicite) เพื่อให้เกิดการแข่งขันภายใต้เงื่อนไขสำคัญบางประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 66 และมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายพัสดุดั้งเดิม คือกระบวนการเสนอราคาตามปกติเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นต้องทำหรือไม่ สามารถทำได้ เช่น กรณีจ้างผู้เข้ามาทำงานวิจัย เป็นต้น

(ข.2) การเจรจาต่อรองที่ไม่ต้องทำการแข่งขัน มาตรา 35-III และ มาตรา 35-IV บัญญัติถึงการใช้กระบวนการเจรจาต่อรองเพื่อจัดหาพัสดุโดยไม่ต้องทำการแข่งขันไว้ว่า สามารถทำได้หากวัตถุประสงค์ของงานนั้นเป็นเรื่องที่เป็นความลับและไม่สามารถประกาศเชิญชวนได้

### 3.2.1.2 กลไกในการควบคุมการจัดซื้อจัดจ้าง

ประเทศฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมการจัดหาพัสดุไว้ 2 ขั้นตอน คือ การควบคุมก่อนการทำสัญญาและการควบคุมภายหลังการทำสัญญา

ขั้นตอนแรก การควบคุมก่อนการทำสัญญาประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมการจัดหาพัสดุไว้หลายกรณีด้วยกัน คือ<sup>122</sup>

#### 1) การควบคุมโดยขั้นตอนและวิธีการจัดหาพัสดุ

การควบคุมโดยวิธีการนี้เป็นการเข้าไปควบคุมตั้งแต่ขั้นตอนการจัดหาพัสดุในแต่ละขั้นตอนให้เกิดความโปร่งใส เช่น กรณีการประกาศราคากลางให้ทราบล่วงหน้า ซึ่งผู้เสนอราคาจะเสนอราคาที่สูงกว่าราคากลางที่กำหนดไว้ไม่ได้ ถ้าหากมีการเสนอราคามาสูงกว่าก็จะถูกตัดสิทธิในการเป็นคู่สัญญาของรัฐ หรือในกรณีการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุกำหนดให้ส่วนราชการที่จะทำการซื้อหรือจ้างจะต้องกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุให้ตรงกับรายละเอียดทางเทคนิคที่กลุ่มงานถาวรว่าด้วย

<sup>122</sup> ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม, ปัญหาการควบคุมการแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 21.

การศึกษาการพัสดุจัดทำขึ้น และตรงตามมาตรฐานของสินค้าที่ฝรั่งเศสรับรอง อันเป็นการป้องกันปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ตรงกับผู้เสนอราคาขายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะ

นอกจากการประกาศเผยแพร่ราคากลาง และการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุข้างต้นแล้ว การจัดหาพัสดุในแต่ละวิธีของฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมการพิจารณาคัดเลือกพัสดุ โดยคณะกรรมการที่มีความอิสระไม่ถูกแทรกแซงจากบุคคลภายนอก เช่น กรณีการสอบราคา คณะกรรมการสอบราคาจะได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะมีผู้แทนของกระทรวงการคลังเข้ามาทำหน้าที่ดูแลการแข่งขันเพื่อไม่ให้มีการสมยอมกัน ซึ่งจะเป็นเพียงการให้คำปรึกษาเท่านั้น แต่ฉันไม่มีสิทธิออกเสียงในการคัดเลือก คณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่พิจารณาข้อเสนอของผู้เสนอราคา และทำการวิเคราะห์ว่าผู้เสนอราคาแต่ละรายมีข้อเสนออย่างไรและให้คะแนนตามลำดับ แล้วเสนอไปยังเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อพิจารณาคัดเลือกต่อไป ซึ่งโดยปกติแล้วก็จะคัดเลือกผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดในอันดับที่หนึ่ง

## 2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกที่เป็นอิสระ

การควบคุมโดยวิธีนี้เป็น การควบคุมโดยคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุได้กำหนดให้มีองค์กรต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการจัดหาพัสดุให้ถูกต้อง และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยกำหนดให้มีองค์กรต่างๆ ดังต่อไปนี้

### (1) คณะกรรมการควบคุมการเสนอราคา (Commission

d'Appeld'Offres)

ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาจะต้องมีการตรวจสอบอย่างละเอียดโดยผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ ซึ่งในระดับชาติจะมีคณะกรรมการดูแลอยู่ 6 คณะ ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยประธานคณะกรรมการคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลปกครองหรือศาลบัญชี คณะกรรมการเหล่านี้จะมีความเป็นอิสระ จะไม่รับคำสั่งหรือคำสั่งนำจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

### (2) คณะกรรมการเชี่ยวชาญพิเศษ (Passage Devant la

Commission Spécialisé du Marché)

คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการติดตามกระบวนการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกกระบวนการ และจะตรวจสอบว่ามีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ราคาที่เสนอหรือราคาที่ตกลงกันนั้นถูกต้องหรือไม่ และเมื่อตรวจสอบแล้วคณะกรรมการจะมีอำนาจให้ความเห็นว่า กระบวนการที่ผ่านมา นั้นถูกต้องหรือไม่ แล้วแจ้งความเห็นไปยังหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งหน่วยงานนั้นไม่ผูกพันจะต้องทำตามความเห็นของคณะกรรมการ แต่ถ้าไม่ทำตามความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวจะต้องรายงานให้ผู้บังคับทราบ

### (3) คณะกรรมการกลางในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (Commission

Centrale de Marché)

คณะกรรมการชุดนี้จะประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเรื่องการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ ซึ่งโดยทั่วไปคณะกรรมการจะเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงการคลัง มี

อำนาจหน้าที่ดูแลการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนเป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

3) การควบคุมโดยผู้พิพากษาพิเศษ (Juge de Référéprécontractuel)

การควบคุมโดยผู้พิพากษาพิเศษนี้ เป็นการควบคุมการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญา หากปรากฏว่ามีความผิดปกติในขั้นตอนประกาศเชิญชวน หรือมีความผิดปกติในการเปิดให้มีการแข่งขัน ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำร้องต่อผู้พิพากษาเพื่อให้พิจารณาเป็นเรื่องเร่งด่วน การร้องขอจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการทำสัญญา ขั้นตอนนี้จะใช้กับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อมีการยื่นคำร้องดังกล่าว ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจสั่งการให้ผู้รับผิดชอบในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สั่งระงับการทำสัญญา หรือสั่งยกเลิกกระบวนการหรือขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่ได้ดำเนินการมาในช่วงก่อนการทำสัญญา เป็นต้น เมื่อศาลตัดสินแล้วฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยสั่งการของหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นอาจส่งเรื่องให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยในชั้นสุดท้ายได้

ความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาหรือความรับผิดที่มาจากภายนอกของสัญญาดังกล่าว หากฝ่ายปกครองทำผิดแล้วส่งผลทำให้ไม่สามารถทำสัญญาได้หรือการทำสัญญาเป็นโมฆะ กรณีดังกล่าวถือเป็นความรับผิดของฝ่ายปกครองที่หรือความรับผิดของหน่วยงาน (La Faute de Service) ที่ไม่ใช่ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะตัว<sup>123</sup> โดยผู้รับผิดชอบได้แก่ผู้ที่เริ่มกระบวนการทำสัญญา (กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง) หรือผู้ที่ทำสัญญาโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในบางครั้งหากรัฐในฐานะผู้ให้ความเห็นชอบ (Approbation) มิได้เห็นชอบตามที่กฎหมายกำหนด รัฐก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าว<sup>124</sup> การกระทำของรัฐฝ่ายปกครองในชั้นนี้ ถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งข้อพิพาทส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ผู้เข้าร่วมประมูลตามสัญญาพัสดุที่ไม่ผ่านเข้ารอบต่อไป หรือวิสาหกิจที่ไม่สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมประมูลเห็นว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองที่ตัดสิทธิตนเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้มีการเยียวยา (Réparation) ทางศาลด้วยกันขอให้ตรวจสอบคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยผู้เข้าร่วมประมูลมักขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งขอให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่วางเกณฑ์ไว้แน่นอนว่าจะพิจารณาจากจุดใด แต่ส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นเกณฑ์<sup>125</sup>

<sup>123</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1955 กรณี Bizet อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 438.

<sup>124</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1992 กรณี S.C.I. Vallieres อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง, เรื่องเดิม*, หน้า 438.

<sup>125</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง, เรื่องเดิม*, หน้า 438.

### ขั้นตอนที่สอง การควบคุมภายหลังการทำสัญญา

การควบคุมภายหลังการทำสัญญาหรือการควบคุมและกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามสัญญา<sup>126</sup> ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางไว้ในคำพิพากษาเมื่อประมาณเกือบ 100 ปีที่ผ่านมาว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมและกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามสัญญา<sup>127</sup> โดยในส่วนของสัญญาพัสดุนั้น ฝ่ายปกครองคู่สัญญาจะเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมและกำกับดูแลกระบวนการต่าง ๆ ให้สอดคล้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ตัวอย่างเช่น ในสัญญาโยธาสาธารณะ (Travaux Publics) วิศวกรของหน่วยงานสามารถที่จะเข้าไปในบริเวณก่อสร้างและออกคำสั่งแก่ผู้รับเหมาก่อสร้างได้ เป็นต้น<sup>128</sup> แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจในการควบคุมและกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครองก็มีข้อจำกัดอยู่บ้างเพราะหากมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

(ก) อำนาจในการควบคุม โดยปกติแล้วผู้ประกอบการ (Entrepreneur) ซึ่งเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองจะเป็นผู้เลือกวิธีการในการปฏิบัติตามสัญญา แต่บ่อยครั้งที่ในการปฏิบัติตามสัญญาโยธาสาธารณะ ฝ่ายปกครองคู่สัญญาที่เป็นเจ้าของงานมักจะสั่งการบางอย่าง การสั่งการนี้โดยทั่วไปแล้วจะเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะต้องลงนามโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ หากการสั่งการของฝ่ายปกครองเป็นการเพิ่มงานให้แก่ผู้ประกอบการนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญา ผู้ประกอบการมีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนจากการดำเนินการตามคำสั่งการนั้น<sup>129</sup>

(ข) ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจในการควบคุม ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนสั่งการให้ผู้ประกอบการคู่สัญญาดำเนินการบางอย่างและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับผู้ประกอบการคู่สัญญาหรือต่อวัตถุประสงค์ของสัญญา กรณีเหล่านี้ถือเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากความผิดของฝ่ายปกครองคู่สัญญา ผู้ประกอบการคู่สัญญาไม่สามารถที่จะหยุดการปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ผู้ประกอบการคู่สัญญาจะต้องฟ้องศาลปกครองเพื่อขอค่าเสียหาย (Dommages – Interêts) หรือขอเลิกสัญญา หากเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง<sup>130</sup>

<sup>126</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 515.

<sup>127</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1907 กรณี Delplanque อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 515.

<sup>128</sup> Catherine Prebissy-Schnhnall, *Execution du Marche*, 645<sup>th</sup> ed. (Paris: Juris-classeur, 2002), p. (4) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 515.

<sup>129</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1978 กรณี Cne Riedisheim อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 51.

<sup>130</sup> Catherine Prebissy-Schnhnall, *Execution du Marche*, 645<sup>th</sup> ed. (Paris: Juris-classeur, 2002), p. (4) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 515.

### 3.2.2 หลักประกันการเสนาอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศฝรั่งเศส

#### 3.2.2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกัน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องเบี้ยปรับไว้ในส่วนที่ 6 หนีซึ่งมีข้อกำหนดเบี้ยปรับมาตรา 1226 ถึง มาตรา 1233

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้กล่าวถึงความหมายของเบี้ยปรับ (Penalty) ไว้ในหลายมาตรา โดยมาตรา 1226 บัญญัติว่า “เบี้ยปรับคือข้อตกลงที่ลูกหนี้ผูกพันตนเองต่อเจ้าหนี้ว่าจะให้เบี้ยปรับในกรณีที่ไม่ชำระหนี้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญา” และมาตรา 1229 บัญญัติว่า “ข้อกำหนดเบี้ยปรับคือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาประธาณ” ทั้งนี้เจ้าหนี้ไม่สามารถเรียกให้ชำระหนี้และเรียกเบี้ยปรับพร้อมกันได้ เว้นแต่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าให้เรียกให้ชำระหนี้และเรียกเบี้ยปรับได้เพราะเหตุชำระหนี้ล่าช้าเท่านั้น ประกอบกับมาตรา 1152<sup>131</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดว่า ในกรณีที่มีข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา กำหนดให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ชำระเบี้ยปรับเป็นเงินจำนวนหนึ่งที่แน่นอนแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ไม่อาจได้รับเบี้ยปรับในจำนวนที่สูงเกินไปหรือน้อยเกินไป

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า เบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หมายถึง ข้อตกลงที่ลูกหนี้ผูกพันตนเองต่อเจ้าหนี้ว่าจะให้เบี้ยปรับเป็นเงินจำนวนหนึ่งที่แน่นอนแก่เจ้าหนี้ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาประธาณเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญา

สำหรับผลของการกำหนดเบี้ยปรับนั้น เมื่อมีการตกลงว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เมื่อเกิดเหตุดังกล่าวขึ้นเจ้าหนี้อาจมีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้ตามมาตรา 1226 และมาตรา 1229 อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้อาจเรียกให้ชำระหนี้แทนการเรียกเบี้ยปรับจากลูกหนี้ที่ผิดนัดได้ตามมาตรา 1228<sup>132</sup> ทั้งนี้เจ้าหนี้จะเรียกเบี้ยปรับได้ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและเกิดจากลูกหนี้เป็นผู้ผิดสัญญา หากความผิดเกิดขึ้นจากเจ้าหนี้เป็นผลให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับ<sup>133</sup>

<sup>131</sup> Article 1152 Where agreement provides that he who fails to perform it will pay a certain sum as damages, the other party may not be awarded a greater or lesser sum อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดิม*, หน้า 94.

<sup>132</sup> Article 1228 A creditor, instead of claiming the penalty stipulated against the debtor who is under notice of default, may proceed with the performance of the principal obligation อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 94.

<sup>133</sup> รุ่งนภา ฉันทวัตวงศ์, *ข้อสัญญาเกี่ยวกับเบี้ยปรับตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 10.

วัตถุประสงค์ของการกำหนดเบี้ยปรับ<sup>134</sup> ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ ดังนี้

- 1) เพื่อกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า
- 2) เพื่อป้องกันปัญหาในการคำนวณค่าเสียหายในภายหลัง
- 3) เพื่อจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบของลูกหนี้

นอกจากวัตถุประสงค์ 3 ประการ ข้างต้นแล้ว เห็นได้ว่า ข้อกำหนดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยังมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ เพื่อลงโทษลูกหนี้ซึ่งไม่ชำระหนี้ด้วย

### 3.2.2.2 เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกัน

เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยเบี้ยปรับของฝรั่งเศสมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ดังนี้<sup>135</sup>

- 1) เบี้ยปรับเป็นจำนวนเงินที่เจ้าหนี้จะได้รับเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้
- 2) เบี้ยปรับมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ทันภายใน

กำหนดเวลา

นอกจากนี้ข้อกำหนดเบี้ยปรับมีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ต้องอาศัยความสมบูรณ์ของสัญญาประธานด้วย หากสัญญาประธานเป็นโมฆะข้อกำหนดเบี้ยปรับก็เป็นโมฆะด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 1227<sup>136</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

การคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสกำหนดเฉพาะความหมายตลอดจนผลของการกำหนดเบี้ยปรับไว้ว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติว่าด้วยเบี้ยปรับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการคุ้มครองเจ้าหนี้เกี่ยวกับเบี้ยปรับในกรณีอื่นไว้ เช่น ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้รับเบี้ยปรับไปแล้วในระหว่างที่ลูกหนี้ยังไม่ผิดนัด สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือเบี้ยปรับดังกล่าวจะมีอยู่อย่างไร และกรรมสิทธิ์เหนือเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นที่กำหนดเป็นเบี้ยปรับ หากมีเจ้าหนี้รายอื่นใช้สิทธิเรียกร้องเหนือเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นที่กำหนดเป็นเบี้ยปรับจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร เป็นต้น

<sup>134</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

<sup>135</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

<sup>136</sup> Article 1227 Nullity of the principal obligation involves that of the penalty clause. Nullity of the latter does no involve that of the principal obligation อ้างถึงใน วรรณญา งามศิริอุดม, *เรื่องเดิม*, หน้า 95.

## บทที่ 4

### หลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

การศึกษาหลักประกันการเสนอราคาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาได้  
จำแนกรายละเอียด ดังนี้

#### 4.1 กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ในการศึกษากระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ  
ภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้ทราบหรือเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับสาระสำคัญและกระบวนการอย่าง  
ชัดเจน ผู้ศึกษาได้ศึกษาโดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 4.1.1 ความหมายและสาระสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้ให้  
ความหมายของ “การจัดซื้อจัดจ้าง” หมายความว่า “การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ  
การจ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” และ “พัสดุ” หมายความว่า  
“สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษาและงานออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง  
รวมทั้งการดำเนินการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ  
ภาครัฐ ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างก่อสร้าง สัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัด  
ปริมาณ สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขาย และอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์  
สัญญาเช่าคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้างบริการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแก้ไขคอมพิวเตอร์ สัญญาเช่า  
รถยนต์ สัญญาจ้างทำความสะอาดอาคาร สัญญาเช่าเครื่องถ่ายเอกสาร สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญา  
จ้างออกแบบและควบคุมงานก่อสร้าง สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา  
สัญญาภาครัฐเหล่านี้ คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐโดยความ  
เห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ได้กำหนดแบบสัญญาและได้ประกาศแบบสัญญาดังกล่าวไว้  
แล้ว<sup>137</sup> เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้สำหรับทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ จากความหมายของ “การ  
จัดซื้อจัดจ้าง” และ “พัสดุ” ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุภาครัฐ  
หมายถึง สัญญาเกี่ยวกับการซื้อ การจ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือนิติกรรมอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่ง สินค้า

<sup>137</sup> ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง แบบ  
สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.  
2560

งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษาและงานออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง หรือพัสดุอื่น โดยคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานของรัฐ

#### 4.1.2 กระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐโดยทั่วไป<sup>138</sup> สรุปได้ดังต่อไปนี้

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับความเห็นชอบงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือผู้มีอำนาจในการพิจารณางบประมาณแล้ว เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายในการปฏิบัติงานนั้นต้องจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อขอความเห็นชอบ เมื่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐให้ความเห็นชอบแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีแล้ว หัวหน้าเจ้าหน้าที่ต้องประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐและต้องปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือโดยฉุกเฉินหรือเป็นพัสดุที่ใช้ในราชการลับหรือที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ หรือมีเหตุอื่นที่เข้าข่ายยกเว้นที่ไม่ต้องประกาศเผยแพร่<sup>139</sup>

เมื่อได้รับงบประมาณหรือได้รับทราบยอดเงินในการจัดซื้อจัดจ้างรายการพัสดุสำหรับปีนั้น ๆ แล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุหรือผู้ที่มีหน้าที่จะต้องทำรายงานขอซื้อหรือจ้างพัสดุ จากหัวหน้าส่วนราชการหรือผู้มีอำนาจ โดยมีรายการหรือรายละเอียดต่าง ๆ เช่น เหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องซื้อหรือจ้าง รายละเอียดของพัสดุที่จะซื้อหรืองานที่จะจ้าง ราคามาตรฐานหรือราคากลาง วงเงินที่ซื้อหรือจ้าง ตามงบประมาณ กำหนดเวลาที่ต้องการใช้หรือให้งานนั้นแล้วเสร็จ วิธีที่จะซื้อหรือจ้างและเหตุผลที่จะต้องซื้อหรือจ้างโดยวิธีนั้น รวมถึงข้อเสนอนั้น ๆ เช่น ขอนุมัติแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการต่างๆที่ต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่เห็นชอบในรายงานการขอซื้อหรือจ้างตามที่เสนอมาแล้วจึงดำเนินการตามวิธีการซื้อหรือจ้างนั้นต่อไป

ในการทำเอกสารการจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานของรัฐจะต้องทำเอกสารการซื้อหรือจ้าง โดยมีรายละเอียด เช่น คุณสมบัติเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง หรือขอบเขตของงาน จำนวนที่ต้องการ แบบรูปรายการละเอียด คุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคา แบบใบเสนอราคา ประกาศและเอกสารเชิญชวนโดยมีสาระสำคัญว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด วัน เวลา สถานที่ยื่นข้อเสนอและเงื่อนไขอื่น ๆ

การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุแต่ละครั้ง ผู้มีอำนาจต้องแต่งตั้งคณะกรรมการการจัดซื้อจัดจ้างหรือเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้น การบริหารสัญญาและการตรวจรับพัสดุ ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจรับพัสดุเพื่อรับผิดชอบการบริหารสัญญาหรือข้อตกลงและการตรวจรับพัสดุ ในกรณีที่การจัดซื้อจัดจ้างมีวงเงินเล็กน้อยจะแต่งตั้งบุคคลหนึ่ง บุคคลใดเป็นผู้ตรวจรับพัสดุนั้น โดยให้ปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการตรวจรับพัสดุก็ได้

<sup>138</sup> ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>139</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560  
 มาตรา 11 ประกอบระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุอาจกระทำได้โดยวิธี<sup>140</sup> ดังนี้

1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ

2) วิธีคัดเลือก ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายให้เข้ายื่นข้อเสนอไว้ในงานนั้นมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย ทั้งนี้ การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุหน่วยงานของรัฐต้องเลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขในกรณีที่ให้ใช้วิธีการคัดเลือก เช่น (ก) ใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้ว แต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนอนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก (ข) พัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเฉพาะเป็นพิเศษหรือซับซ้อนหรือ (ค) มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้พัสดุนั้น เป็นต้น

3) วิธีเฉพาะเจาะจง ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอหรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคารวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการโดยตรงในวงเงินเล็กน้อยทั้งนี้จะต้องใช้ทั้งวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปและวิธีคัดเลือก หรือใช้วิธีคัดเลือกแล้วแต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนอนั้นไม่ได้รับการคัดเลือกก่อนแล้วจึงจะใช้วิธีเฉพาะเจาะจงได้ จะต้องเข้าเงื่อนไขในกรณี (ก) การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีผู้ประกอบการซึ่งมีคุณสมบัติโดยตรงเพียงรายเดียวหรือการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุจากผู้ประกอบการซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายหรือตัวแทนผู้ให้บริการโดยชอบด้วยกฎหมายเพียงรายเดียวในประเทศไทยและไม่มีพัสดุอื่นที่จะใช้ทดแทนได้ (ข) มีความจำเป็นต้องใช้พัสดุนั้นโดยฉุกเฉินเนื่องจากเกิดอุบัติเหตุหรือภัยธรรมชาติหรือเกิดโรคติดต่ออันตรายตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ และการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปหรือวิธีคัดเลือกอาจก่อให้เกิดความล่าช้าและอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (ค) เป็นพัสดุที่เป็นที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งจำเป็นต้องซื้อเฉพาะแห่ง เป็นต้น

การจัดซื้อจัดจ้างโดยปกติหน่วยงานของรัฐต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และปิดประกาศโดยเปิดเผยและสถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และหน่วยงานของรัฐจะเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวโดยวิธีการอื่นด้วยก็ได้ เว้นแต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้พัสดุนั้นอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ซึ่งหากใช้วิธีการประกาศเชิญชวนทั่วไปจะทำให้ไม่ทันต่อความต้องการใช้พัสดุ หรือเป็นพัสดุที่ใช้นาราชการลับ หรือเป็นงานที่ต้องปกปิดเป็นความลับของหน่วยงานของรัฐหรือที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือมีเหตุอื่นที่ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างไม่ต้องใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป

<sup>140</sup> มาตรา 55 และมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

เมื่อผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอได้ผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะไม่มีลักษณะต้องห้ามแล้ว ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการโดยพิจารณาถึงผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยให้คำนึงถึงเกณฑ์ราคา และพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วย เช่น ต้นทุนของพัสดุนั้นตลอดอายุการใช้งาน มาตรฐานของสินค้าหรือบริการ บริการหลังการขาย ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น ในกรณีที่กำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น เป็นต้น

กรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีลักษณะต้องคำนึงถึงเทคโนโลยีของพัสดุ หรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือกรณีอื่นที่ทำให้มีปัญหาในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอ หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอทางด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อนการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอก็ได้

หน่วยงานของรัฐต้องประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกและเหตุผลสนับสนุน ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐและต้องปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และแจ้งผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกนำเอกสารหลักฐานมาทำสัญญากับของหน่วยงานของรัฐตามวัน เวลาและสถานที่กำหนด

การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำได้ต่อเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาและไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ หากมีการอุทธรณ์การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำได้ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินเล็กน้อย หากผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกไม่มาทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณายึดหรือริบหลักประกันการเสนอราคาหรือหลักประกันของ และพิจารณาแจ้งเวียนทีมงานต่อไป

เมื่อได้ทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกันแล้วคู่สัญญามีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา การต่อสัญญา การพิจารณางดหรือลดค่าปรับตามสัญญา การตรวจรับหรือตรวจการจ้าง จนกระทั่งพ้นข้อผูกพันตามสัญญาและได้มีการคืนหลักประกันสัญญาเรียกว่าขั้นตอนการบริหารสัญญา

## 4.2 หลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

### 4.2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักประกันการเสนอราคา

หลักประกันการเสนอราคาหรือหนังสือค้ำประกันซอง (Bid Bond/Bid Security) นั้น มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่หน่วยงานภาครัฐว่าผู้เสนอราคาจะปฏิบัติตามกระบวนการเสนอราคาโดยไม่กระทำผิดเงื่อนไขไปจนกระทั่งมีการคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาและมีการทำสัญญากัน กล่าวคือ<sup>141</sup> เพื่อเป็นมาตรการป้องกันมิให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาถอนตัวออกจากการเข้า

<sup>141</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ, คำนวนที่ 19 สิงหาคม 2562) จาก

<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/09bookdetail-4911.html>, หน้า 357.

ร่วมเสนอราคาน้อยรายหรือรายเดียว รวมทั้งเป็นการป้องปรามมิให้มีการกระทำหรือมีพฤติการณ์อันมีลักษณะเป็นการสมยอมกันในระหว่างผู้มีสิทธิเสนอ รวมถึงเป็นมาตรการให้ผู้ที่ได้รับประกาศให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาหรือเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกมาทำสัญญากับภาครัฐ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปสำหรับงานจ้างในบางประเภทมีค่าใช้จ่ายสูง ประกอบกับในบางโครงการของรัฐมีวงเงินงบประมาณที่สูง จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันเพื่อให้เกิดความคุ้มค่าต่อการจัดซื้อจัดจ้างในแต่ละครั้ง หน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดหลักประกันการเสนอราคาเพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการซื้อหรือจ้าง หรือการจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง<sup>142</sup>

#### 4.2.2 เงื่อนไขและขอบเขตของหลักประกันการเสนอราคา

1) การซื้อหรือการจ้างของภาครัฐด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ต้องมีการวางหลักประกันการเสนอราคา โดยใช้หลักประกันอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้<sup>143</sup>

1.1) เช็คหรือตราพท์ที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายซึ่งเป็นเช็คหรือตราพท์ลงวันที่ที่ใช้เช็คหรือตราพท์นั้นชำระต่อเจ้าที่ หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ

1.2) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

1.3) พันธบัตรรัฐบาลไทย

1.4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกัน

2) งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ต้องมีการวางหลักประกันการเสนอราคา โดยใช้หลักประกันอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้<sup>144</sup>

2.1) เงินสด

2.2) เช็คหรือตราพท์ที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายซึ่งเป็นเช็คหรือตราพท์ลงวันที่ที่ใช้เช็ค หรือ ตราพท์นั้นชำระต่อเจ้าที่ หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ

2.3) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

2.4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกัน

2.5) พันธบัตรรัฐบาลไทย

<sup>142</sup> ข้อ 166 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>143</sup> ข้อ 166 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>144</sup> ข้อ 166 วรรคสาม แห่งตามนัยระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3) กรณีเป็นการยื่นข้อเสนอจากต่างประเทศ สำหรับการประกวดราคานานาชาติ ต้องใช้หนังสือคำประกันของธนาคารในต่างประเทศที่มีหลักฐานดี และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเชื่อถือเป็นประกันการเสนอราคาได้อีกประเภทหนึ่งด้วย<sup>145</sup>

การกำหนดมูลค่าของหลักประกันการเสนอราคา ต้องกำหนดมูลค่าเป็นจำนวนเต็มในอัตรา ร้อยละห้าของวงเงินงบประมาณหรือราคาพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น แล้วแต่กรณี เว้นแต่การซื้อ การจ้างที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่ามีค่าสำคัญเป็นพิเศษ จะกำหนดอัตราสูงกว่าร้อยละห้าแต่ไม่เกินร้อยละสิบก็ได้<sup>146</sup> การกำหนดหลักประกันดังกล่าวจะต้องระบุไว้เป็นเงื่อนไขในเอกสารเชิญชวนที่ ให้เข้ายื่นข้อเสนอด้วย<sup>147</sup>

กรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอวางหลักประกันการเสนอราคาที่มีมูลค่าสูงกว่าที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือ เอกสารเชิญชวนให้อนุโลมรับไว้ได้<sup>148</sup>

การวางหลักประกันการเสนอราคาให้กับหน่วยงานภาครัฐ ต้องเป็นไปตาม ตามวันเวลาที่ กำหนดในประกาศและเอกสารเชิญชวน<sup>149</sup> กล่าวคือ ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาต้องลงทะเบียนใน ระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยอิเล็กทรอนิกส์ ของกรมบัญชีกลาง ตาม ตามวันเวลาที่กำหนดใน ประกาศและเอกสารเชิญชวน โดยเมื่อลงทะเบียนในระบบได้แล้ว ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาต้อง กรอกข้อมูลบัญชีเอกสารส่วนที่ 1 ที่แสดงถึงฐานะของบุคคลหรือนิติบุคคล ต่อมาจึงกรอกบัญชี เอกสารส่วนที่ 2 ซึ่งขั้นตอนการแนบเอกสารหลักฐานหลักประกันการเสนอราคา จะอยู่ในขั้นตอน นี้<sup>150</sup> กรณีผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาได้นำหลักประกันการเสนอราคาหรือหลักประกันของที่เป็น เช็ครหัสโทรศัพท์ที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายมาชำระต่อเจ้าหน้าที่ หรือพันธบัตรรัฐบาลไทย หรือหนังสือคำ ประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อ การพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้าประกันมาเป็นหลักประกันการเสนอราคา ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอ ราคจะต้องส่งหลักประกันการเสนอราคาในรูปแบบ PDF File (Portable Document Format)

<sup>145</sup> ข้อ 166 วรรคสี่ แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>146</sup> ข้อ 168 วรรคแรก แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>147</sup> ข้อ 168 วรรคสาม แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>148</sup> ข้อ 168 วรรคท้าย แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>149</sup> ข้อ 168 วรรคสาม แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>150</sup> กรมบัญชีกลาง สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, คู่มือการใช้งานผู้ค้ากับภาครัฐ (Electronic Bidding: e-Bidding), ค้นจาก

ในวันเสนอราคา และผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาต้องส่งต้นฉบับของหลักประกันการเสนอราคา ดังกล่าวไปให้หน่วยงานของรัฐตรวจสอบความถูกต้อง ตามวันและเวลาที่กำหนด<sup>151</sup>

หน่วยงานของรัฐจะคืนหลักประกันการการเสนอราคาให้ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกัน ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะ การประกวดราคาเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดหรือได้ คะแนนสูงสุดไม่เกิน 3 ราย ให้คืนได้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือผู้ยื่นข้อเสนอได้พ้นจากข้อ ผูกพันแล้ว และการคืนหลักประกันการเสนอราคาไม่ว่าในกรณีใด ๆ จะคืนให้โดยไม่มีดอกเบี้ย ตามนัย ข้อ 5 วรรคห้า และวรรคหก ของแบบเอกสารประกวดราคาด้วยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding)<sup>152</sup>

จากขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกฎหมายว่าด้วยการ จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในภาคดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า ในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ หลักประกันการเสนอราคาจะเข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการหรือในขั้นตอนของการเสนอราคาจนกระทั่งผู้เสนอราคาพ้นจากข้อผูกพันในการเสนอราคา

#### 4.2.3 การบังคับตามหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอ หรือผู้เสนอราคา หรือผู้ให้บริการได้วางหลักประกันการเสนอราคาไว้ แล้วแต่ไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง<sup>153</sup> หรือกระทำผิดเงื่อนไขการเสนอราคา หรือได้รับการ พิจารณาให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาแต่ไม่ไปทำสัญญาภายในเวลาที่หน่วยงานภาครัฐกำหนดหรือมิได้ มอบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้องหรือครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในประกาศและเอกสาร เชิญชวนและใบเสนอราคา จะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา หรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือ คำประกันการเสนอราคา<sup>154</sup>

<sup>151</sup> ข้อ 166 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคท้าย แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการ จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>152</sup> แบบเอกสารประกวดราคาด้วยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) กำหนดโดยคณะกรรมการนโยบายจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ ตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 24 (6) เพื่อให้ หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน (แจ้งเวียนตามหนังสือคณะกรรมการนโยบาย จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐด่วนที่สุด ที่ กค (กนบ) 0405.2/ว 410 ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2560)

<sup>153</sup> ข้อ 166 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พักฐุภาครัฐ พ.ศ. 2560

<sup>154</sup> ตามนัยข้อ 5 ของแบบใบเสนอราคาจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของแบบประกาศและเอกสารประกวดราคา

จากการศึกษาคำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแนะนำหรือวินิจฉัยข้อพิพาทที่ในเรื่องของการบังคับเอาหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนาอราคา ดังนี้

#### ก. ศาลยุติธรรม

1) คำพิพากษาฎีกา ที่ 931/2480 จำเลยซึ่งเป็นบริษัทรับเหมาก่อสร้างได้ยื่นใบเสนาอราคา และได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ประกวดราคาได้แต่ไม่ไปทำสัญญากับโจทก์ ดังนั้นเมื่อจำเลยไม่ทำสัญญาก่อสร้างโจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยผิด “สัญญาประกวดราคา” โดยให้โจทก์ริบเงินมัดจำของตามที่ตกลงไว้

2) คำพิพากษาฎีกา ที่ 1825/2522 โจทก์ได้ออกประกาศประกวดราคาจัดซื้อลวดเกลียว ซึ่งจำเลยได้เสนาอราคาขายและได้วางเงินมัดจำของประกวดราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคาโจทก์คัดเลือกให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ชนะผู้ประกวดราคาและแจ้งให้จำเลยทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ได้ แต่จำเลยกับปฏิเสธไม่มาทำสัญญากับโจทก์ทำให้โจทก์เสียหายโจทก์ย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอันเป็นข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้น

3) คำพิพากษาฎีกา ที่ 1318/2529 เงื่อนไขในการประกวดข้อเสนอโครงการปรับปรุงใช้ประโยชน์ที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทยมีว่า ผู้ชนะการประกวดข้อเสนอจะต้องมาทำสัญญาเช่าที่ดินการรถไฟฯ ภายใน 15 วันหากไม่มาทำสัญญาจะถือว่าสละสิทธิ การรถไฟฯ จะริบเงินประกันของ เมื่อผู้ชนะการประกวดข้อเสนอไม่มาทำสัญญาตามกำหนด การรถไฟฯ จำเลยมีสิทธิริบเงินประกันของอันเป็นเบี้ยปรับตามเงื่อนไขในการประกวดข้อเสนอดังกล่าวได้

4) คำพิพากษาฎีกา ที่ 1418/2529 ในการประกวดราคา โจทก์กำหนดเงื่อนไขว่าผู้ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ประกวดราคาได้จะต้องมาทำสัญญาซื้อขายภายใน 7 วัน ถ้าไม่ทำสัญญาตามกำหนดโจทก์ริบเงินประกันของได้ทันทีจำเลยเป็นผู้ประกวดราคาได้แต่ไม่ไปทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ตามกำหนดที่โจทก์แจ้งให้ทราบ จึงถือว่ายังไม่มีสัญญาซื้อขายต่อกัน โจทก์จึงมีเพียงสิทธิริบเงินประกันของประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้น

#### ข. ศาลปกครอง

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด 678/2555 กรณีผู้แทนของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเสนาอราคามาไม่ทันกำหนดเวลาลงทะเบียนเนื่องจากรถยนต์ที่ใช้เดินทางประสบอุบัติเหตุ ซึ่งเกิดจากการขับรถโดยปราศจากความระมัดระวังของพนักงานขับรถยนต์ของผู้ฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีได้ส่งริบหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีและได้มีหนังสือแจ้งให้ธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันของนำเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกันไปชำระแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสืออุทธรณ์คำสั่งริบหลักประกันของดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าอุบัติเหตุดังกล่าวไม่ใช่เหตุสุดวิสัย ศาลวินิจฉัยว่าอุบัติเหตุดังกล่าวเกิดจากการขับรถโดยปราศจากความระมัดระวังของพนักงานขับรถยนต์ของผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นเหตุสุดวิสัย การที่ผู้แทนของผู้ฟ้องคดีไม่ได้ลงทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นผลให้ถูกประกาศเป็นผู้หมดสิทธิเสนาอราคา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และต้องถูกยึดหลักประกันของตามประกาศประกวดราคาจ้างและหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องคืนเงินหลักประกันของให้แก่ผู้ฟ้องคดี

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด 1234/2558 กรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ออกประกาศประมูลงานก่อสร้างโดยกำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกันของพร้อมกับการยื่นเอกสารประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก่อนการประมูลราคาเพื่อเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการป้องกันการทุจริตและการสมยอมราคาหรือการฮั้วประมูลข้อกำหนดให้รับหลักประกันของจึงเป็นมาตรการเชิงลงโทษที่มีเจตนาพิเศษยิ่งกว่าการริบเงินดังกล่าวในลักษณะค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ทั้งผู้ฟ้องคดีก็ได้ตกลงรับเงื่อนไขการริบหลักประกันของ เมื่อข้อตกลงดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงสามารถใช้บังคับกันได้ หน่วยงานของรัฐจึงมีสิทธิยึดหลักประกันของของผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.1120/2558 ศาลวินิจฉัยว่า ถึงแม้หนังสือค้ำประกันจะปรากฏข้อความระบุว่า “ยกเลิก” ก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันเนื่องจากหนังสือค้ำประกันระบุว่า มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ทำสัญญาจนถึงวันที่ภาระหน้าที่ทั้งหลายของผู้รับจ้างจะได้ปฏิบัติให้สำเร็จลุล่วงไป แม้ผู้จ้างจะนำหนังสือค้ำประกันมาคืนแก่ธนาคารผู้ค้ำประกัน แม้ธนาคารผู้ค้ำประกันได้ยกเลิกหนังสือค้ำประกันดังกล่าว ธนาคารยังต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในภาระหน้าที่ตามสัญญาค้ำประกัน

4) คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 660/2551 ศาลวินิจฉัยว่าการที่ผู้ฟ้องคดียึดหลักประกันของของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และมีหนังสือเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำไว้กับผู้ฟ้องคดีและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์

5) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553 ศาลวินิจฉัยโดยสรุปว่า ประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีอาชีพรับจ้างที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลงานจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานทางปกครอง และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” การยึดหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ

#### ค. สำนักงานอัยการสูงสุด

ในการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับข้อพิพาทในเรื่องหลักประกันของตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ (ปัจจุบันคือหลักประกันการเสนอราคาตามระเบียบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ) ดังนี้

1) คำวินิจฉัยที่ 80/2526 การที่ผู้ประมูลครั้งแรกไม่มาทำสัญญากับกรมสรรพสามิต กรมสรรพสามิตจึงมีสิทธิริบเงินประกันของตามข้อตกลงในการประมูลได้

2) คำวินิจฉัยที่ 174/2532 มีผู้เสนอราคาเพียง 3 รายการ เมื่อได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและมีหนังสือเรียกให้มาทำสัญญา ผู้เสนอราคาดังกล่าว ทำสัญญาเพียง 2 รายการ ต้องถือว่าผิดเงื่อนไขการประกวดราคา การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีสิทธิริบหลักประกันของทั้งหมด

### 4.3 สัญญาและการทำสัญญาในประเทศไทย

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุที่อยู่ภายใต้บังคับให้ต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการพัสดุหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ อย่างไรก็ตามประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับในการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาของรัฐ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการแสดง เจตนา คำเสนอ คำสนอง การเกิดสัญญา หนี้ การระงับแห่งหนี้ การบอกเลิกสัญญา อายุความ ก็ต้องนำมาใช้บังคับกับสัญญาของรัฐด้วยเช่นกัน ตั้งแต่ขั้นตอนการเจรจาสัญญา การยกร่างสัญญา การทำสัญญาการบริหารสัญญาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเบี่ยงปรับและความรับผิดชอบการบอกเลิกสัญญา ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับแก่สัญญาของรัฐเช่นเดียวกับสัญญาระหว่างภาคเอกชน เพียงแต่การทำสัญญาของรัฐนั้นหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับการทำสัญญาของรัฐนั้น

#### 4.3.1 ความหมายและสาระสำคัญของสัญญา

สัญญาก็คือนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรืออาจเป็นหลายฝ่ายก็ได้ การศึกษาข้อความคิดหรือกฎหมายว่าด้วยสัญญาจึงต้องคำนึงถึงกฎหมายและหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมด้วยเสมอ ซึ่งอาจทำความเข้าใจทางภาษาได้ว่า “นิติกรรม” หมายถึง “นิติ” ซึ่งก็คือกฎหมาย ส่วน “กรรม” ก็คือการกระทำ เพราะฉะนั้นเมื่อพิจารณาความหมายโดยรวมแล้ว นิติกรรมจึงหมายถึงการกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายนั่นเอง อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้คำนิยาม “นิติกรรม” ไว้ในมาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆอันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” จากบทนิยามดังกล่าว อธิบายลักษณะของนิติกรรมในเบื้องต้นได้ดังนี้ 1) เป็นการกระทำ ของบุคคลที่เกิดจากความคิด การตัดสินใจตามขั้นตอนหรือกระบวนการในการก่อเจตนานั้นเอง และจะต้องกระทำโดยรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำ เพราะฉะนั้นการนิ่งจึงไม่อาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ เพราะไม่มีใครอาจล่วงรู้ถึงความต้องการ 2) เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย คือมีกฎหมายรองรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองเป็นกรณีๆไป เพราะโดยหลัก กฎหมายได้รับรองเสรีภาพของปัจเจกชน จึงเท่ากับว่าการใดที่ทำไปตามหลักเสรีภาพกฎหมายย่อมรับรองว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน 3) ต้องทำโดยสมัครใจ คือบุคคลนั้นได้กระทำนิติ

กรรมโดยความสมัครใจของตนเอง มิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวงหรือถูกกลฉ้อฉล มิได้กระทำไปเพราะถูกบังคับหรือข่มขู่ หรือมิได้กระทำไปเพราะความเข้าใจผิด 4) ต้องการก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือผู้กระทำนิติกรรมต้องมีเจตนาหรือความต้องการมุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย กล่าวคือมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย หากไม่มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย การกระทำนั้นก็กลายเป็นเรื่องลอยๆ ไม่มีผลผูกพันใด ๆ 5) เป็นผลผูกพันระหว่างบุคคลการทำนิติกรรมต้องทำจากบุคคล ความผูกพันทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเกิดระหว่างบุคคลเท่านั้น 6) ผลนั้นก็คือการเคลื่อนไหวในสิทธิ ในการก่อให้เกิดสิทธิ หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิที่เคยมีแล้วเป็นอย่างอื่น หรือโอนสิทธิให้กับบุคคลอื่น หรือสวณสิทธิที่เคยมีให้เกิดความมั่นคง หรือระงับสิทธิที่เคยมีหรือก่อไว้<sup>155</sup>

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัตินิยามของสัญญาไว้ ว่าหมายถึงอะไร แต่เมื่อได้ศึกษาและพิจารณาจากตำราทั่วไป ประกอบคำนิยามของนิติกรรมแล้วอาจกล่าวได้ว่า สัญญาหมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์<sup>156</sup>

#### 4.3.2 เงื่อนไขการเกิดสัญญา<sup>157</sup>

การเกิดสัญญาหรือจุดช่วงเวลาใดที่สัญญาได้เกิดขึ้นหรือการตกลงกันได้สำเร็จลงนั้นนับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในทางปฏิบัติเป็นอย่างยิ่งในหลายด้านกล่าวคือในเบื้องต้นก็เพื่อที่จะพิจารณาว่าในขณะที่สัญญาเกิดนั้นคู่สัญญาเองมีความสามารถในการที่จะทำสัญญาหรือไม่หรือกฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้นหากสัญญาเกิดขึ้นในระหว่างช่วงที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือเพื่อที่จะพิจารณาว่าในขณะที่เกิดนั้นสัญญาเกิดขึ้นที่ใดซึ่งอาจมีผลต่อการนำจารีตประเพณีของท้องถิ่นมาใช้พิจารณาเมื่อมีปัญหาในการตีความสัญญาหรือต่อการพิจารณาตัวบทกฎหมายของประเทศที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลหรือการที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่อาจใช้เป็นเกณฑ์ในการที่จะวินิจฉัยว่ามีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้วหรือยัง

ในทางปฏิบัติสัญญาอาจเกิดขึ้นได้หลายวิธีไม่ว่าจะเป็นการเจรจาต่อรองกันก่อนที่จะตกลงทำสัญญาหรือการตกลงลงนามในเอกสารสัญญาร่วมกันหรือโดยการแลกเปลี่ยนเจตนาไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาที่เราารู้จักกันในรูปของคำเสนอหรือคำสนองที่ต้องตรงกันดังนั้น ถ้าการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาเกิดในเวลาและในสถานที่เดียวกันการที่เราจะกำหนดว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดคงจะไม่ใช่เรื่องยากแต่ปัญหาที่สลับซับซ้อนมักเกิดขึ้นเมื่อมีการเจรจาทำสัญญาในเวลาที่แตกต่างกันหรือระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางซึ่งติดต่อกันโดยผ่านตัวแทนโดยทางไปรษณีย์ทางโทรศัพท์หรือโทรเลขหรือวิธีอื่นๆ ในลักษณะทำนองเดียวกันนี้ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณากระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาเสียก่อนเป็นลำดับแรก

<sup>155</sup> ศันนักรกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 21, หน้า 33-37.

<sup>156</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 247.

<sup>157</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 269-283.

#### 4.3.2.1 กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาณนั้นมีอยู่หรืออาจเกิดขึ้นได้หลายวิธีได้แก่

1) การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งทำสนองรับที่ต้องตรงตามคำเสนอทุกอย่างและคำสนอนั้นเกิดขึ้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเสนอ ก็ก่อให้เกิดสัญญาณได้ ซึ่งกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาณในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นในลักษณะของการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าและอีกฝ่ายสนองรับกลับมาทันทีหรืออาจเกิดด้วยการแสดงเจตนาต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าโดยผู้ทำคำเสนอเขียนจดหมายทำคำเสนอไปและผู้รับคำเสนอเขียนจดหมายสนองรับคำเสนอกลับมาก็ได้ซึ่งจะได้ศึกษาโดยละเอียดต่อไป

2) การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นไว้ก่อนว่าจะทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งคำมั่นอาจแสดงเจตนาในลักษณะเฉพาะหน้าหรือไม่เฉพาะหน้าก็ได้ในกรณีนี้ สัญญาจะเกิดเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายสนองรับตามคำมั่นนั้นภายในกำหนดเวลาหากคำมั่นนั้นบ่งเวลาไว้หรือสนองรับกลับมาภายในอายุสัญญา หากเป็นคำมั่นในสัญญาหรือสนองรับกลับมาเมื่อใดก็ได้ก็ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้เช่นกัน

3) การเจรจาไปด้วยกันระหว่างคู่กรณีสองฝ่ายก็เป็นกระบวนการในการก่อสัญญาได้อย่างหนึ่ง หากการเจรจานั้นได้ดำเนินไปจนถึงขั้นที่ทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงก่อความผูกพันระหว่างกันขึ้นมาได้

4) การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันกันไว้ขั้นหนึ่งก่อนว่าจะมาทำสัญญาในอนาคตอีกฉบับหนึ่งในกรณีนี้เป็นสัญญาเบื้องต้น หากทั้งสองฝ่ายมาทำสัญญาในอนาคตตามที่ได้ตกลงกันอันเป็นการปฏิบัติตามความผูกพันของสัญญาอันแรกสัญญาฉบับหลังหรือสัญญาเสร็จเด็ดขาดก็จะเกิดขึ้นได้

5) การที่คู่กรณีกำหนดไว้ก่อนแล้วว่าสัญญาจะต้องเป็นหนังสือตั้งนั้นแม้เมื่อมีคำเสนอคำสนองตรงกันแล้วสัญญาจะเกิดเมื่อได้ทำเป็นหนังสือแล้ว

อย่างไรก็ตามแม้ในขั้นตอนก่อนที่จะเกิดสัญญาตามที่คู่กรณีมุ่งหมาย คู่กรณีก็อาจทำ ความตกลงในบางเรื่องหรือบางอย่างได้ส่วนความตกลงดังกล่าวจะถึงขนาดเป็น “สัญญา” หรือไม่ก็แล้วแต่ความผูกพันที่มุ่งหมายให้เกิดจากข้อตกลงนั้น บางกรณีข้อตกลงนั้นอาจไม่ถึงขนาดเป็นสัญญา เพราะขาดความมุ่งหมายที่จะ ผูกพันกันได้จริงก็เป็นเพียงข้อตกลงหลวม ๆ บางครั้งข้อตกลงนั้นอาจถึงขนาดเป็นสัญญา แต่ก็มีใช้สัญญาที่มุ่งหมายกันจริง จึงอาจเข้าลักษณะของสัญญาเกี่ยวเนื่องใน ลักษณะที่ใช้กันในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้หรือเราอาจเรียกว่าสัญญา เบื้องต้นอย่างหนึ่งก็ได้ ซึ่งกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาที่รู้จักกันทั่วไปนั้น และเป็นเรื่องที่ต้อง ศึกษากันโดยละเอียด ได้เริ่มต้นด้วย “คำเสนอ” และจบลงด้วย “คำสนอง”

#### 4.3.2.2 การเจรจาก่อนทำสัญญา

การทำสัญญาที่สำคัญๆ อาจต้องมีช่วงระยะเวลาหนึ่งที่ใช้สำหรับ “การเจรจา” เพื่อที่จะตกลงกันในเนื้อหาของสัญญาที่จะทำขึ้นหรือเพื่อที่จะได้มีการตรวจสอบด้านเทคนิคหรือด้าน กฎหมายของคู่เจรจาว່าคอร์ที่จะถึงขั้นเข้าทำสัญญาหรือไม่โดยปกติในระหว่างเวลาที่มีการเจรจานี้ คู่เจรจอาจจะตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาก็ได้หากเห็นว่าได้รับประโยชน์ที่ไม่คุ้มค่าและการไม่เข้าทำ สัญญานี้ก็ได้เป็นการปฏิบัติที่ผิดหน้าที่แต่ประการใดเพราะตราบในสัญญาที่ยังไม่เกิดหนี้หรือหน้าที่ ใด ๆ อันสืบเนื่องมาจากสัญญาก็ยังไม่มีคู่เจรจาจึงมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม

ในบางครั้ง การเลิกเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือการลอบให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาทำการเจรจาโดยที่คู่กรณีฝ่ายแรกตั้งใจอยู่แล้วว่าจะไม่ทำสัญญาและเมื่อสัญญามีได้เกิดขึ้นจริงก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งโดยสุจริตได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จของสัญญาเช่นนี้ได้เกิดแนวความคิดที่จะให้คู่เจรจาฝ่ายที่ลอบลวงเขาหรือฝ่ายที่เลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องรับผิดชอบแต่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญาเพราะถือว่าได้มีการปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายนั้นหลักสุจริตแล้ว

#### 4.3.2.3 สัญญาเบื้องต้น

“สัญญาเบื้องต้น” หรือที่ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เรียกว่า “สัญญาก่อนสัญญา” นั้น ในปัจจุบันอาจทำให้เข้าใจได้ 2 ความหมาย คือ

1) สัญญาหรือข้อตกลงใดๆ ก็ตามที่มีมาก่อนสัญญาเช่นสัญญาประกวดราคา ที่อาจก่อให้เกิดความผูกพันได้ระดับหนึ่งหรืออาจเป็นข้อตกลงที่ไม่ถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความผูกพันเช่นสัญญาที่แท้จริงแต่สาระในข้อตกลงนั้นอาจก่อความผูกพันระดับหนึ่งซึ่งอาจเกิดในลักษณะของหนังสือแสดงเจตจำนงหรือบันทึกความเข้าใจ เป็นต้น

2) สัญญาที่คู่สัญญาตกลงผูกพันกันว่าจะมาทำสัญญาอีกฉบับหนึ่งในอนาคตที่เรียกว่าสัญญาเสร็จเด็ดขาดเพราะเหตุผลบางประการที่ไม่อาจทำสัญญาให้เสร็จเด็ดขาดไปชั่วคราวเดียวได้สัญญาเบื้องต้นในลักษณะนี้จึงเป็นสัญญาแล้วและเมื่อเป็นสัญญาแล้วสัญญานี้จึงก่อให้เกิด “หนี้” อันมีลักษณะของหนี้กระทำการคือการที่คู่สัญญาต้องมาแสดงเจตนาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดอีกฉบับหนึ่งในอนาคตและเมื่อมีการทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดแล้วผลของสัญญาเสร็จเด็ดขาดก็จะเกิดขึ้นตามความมุ่งหมายของคู่สัญญา

สัญญาเบื้องต้นประเภทนี้มีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บ้างก็ได้แก่ สัญญาจะซื้อจะขายสัญญาจะให้โดยเสน่หาส่วนสัญญาเบื้องต้นอื่นๆ ที่มีกล่าวถึงบ้างในวงการกฎหมายไทยก็คือสัญญาจะให้เช่า อันถือได้ว่าเป็นสัญญาเบื้องต้นที่ทำกันได้บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

รองศาสตราจารย์ ดร.ศันน์ทกรณ โสทธิพันธุ์ เห็นว่าสัญญาเบื้องต้นทุกชนิดไม่ว่าจะมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้บ้างหรือไม่ก็ตามก็ล้วนเป็นสัญญาที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทั้งสิ้น เพราะการบัญญัติของกฎหมายมิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ทั้งหลายของสัญญาเบื้องต้นนั้นเหมือนที่บัญญัติไว้เป็นเอกเทศสัญญาแต่ละเรื่อง ประเด็นเดียวที่บัญญัติไว้คือประเด็นในเรื่องการที่จะบังคับตามสัญญาเท่านั้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาเบื้องต้นที่ทำกันนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ

อนึ่งสัญญาเบื้องต้นมีความแตกต่างจากคำมั่นเพราะสัญญาเบื้องต้นไม่ว่าในความหมายใดมีลักษณะเป็นข้อตกลงคือเป็นนิติกรรมสองฝ่ายแล้วในขณะที่คำมั่นนั้นเป็นเพียงนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาและแม้นักกฎหมายบางท่านจะเรียกคำมั่นว่าเป็นสัญญาฝ่ายเดียวก็เป็นเพียงความประสงค์ที่จะยืนยัน “ลักษณะของความผูกพัน” ของคำมั่นนั่นเองว่าเป็นความผูกพันฝ่ายเดียวมากกว่าจะยืนยันว่าคำมั่นเป็นนิติกรรมสองฝ่าย

#### 4.3.2.4 คำเสนอ

##### ลักษณะของคำเสนอมี ดังนี้

1) เป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญา เพราะฉะนั้น ในเรื่องของคำเสนอจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของการแสดงเจตนาและการถอนการแสดงเจตนา กล่าวคือ

(ก) ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าคำเสนอนั้นจะมีผลก็ต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ “ทราบ” การแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168)

สำหรับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลอยู่เฉพาะหน้านั้นย่อมหมายถึงรวมถึงการแสดงเจตนาทำคำเสนอโดยทางโทรศัพท์ที่ผู้รับคำเสนอสามารถรับ “ทราบ” ได้ทันทีทั้งยังหมายถึงรวมถึงการแสดงเจตนาทำคำเสนอโดยทางโทรสารที่ผู้รับคำเสนอรับอยู่ที่ปลายทางเพราะเป็นกรณีที่ผู้รับคำเสนอ “ทราบ” ได้ทันทีเช่นเดียวกัน

(ข) ถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลเพราะหน้า (หรือที่บทบัญญัติบรรพ 1 เดิมเรียกว่า “บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง”) คำเสนอนั้นจะมีผลเป็นคำเสนอก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอได้ไป “ถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง) ไม่ว่าผู้รับการแสดงเจตนาหรือผู้รับคำเสนอนั้นจะได้ทราบข้อความในคำเสนอนั้นหรือไม่ก็ตาม

สำหรับคำเสนอต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าอันหมายถึงการทำคำเสนอที่ผู้รับคำเสนอไม่สามารถรับ “ทราบ” ได้ทันทีนั้นนอกจากจะเป็นการทำคำเสนอด้วยการเขียนจดหมายด้วยการโทรเลขด้วยการโทรสารในกรณีที่ได้รับมิได้รอรับอยู่ที่ปลายทางทันทีแล้วยังหมายถึงรวมถึงการทำคำเสนอด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ ซึ่งผู้รับคำเสนอจะทราบก็ต่อเมื่อได้เปิดดูอีกด้วย

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตด้วยว่าหลักในการบอกถอนการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่งนั้นก็ยังสามารถรับใช้กับคำเสนอได้กล่าวคือทราบใดที่คำเสนอยังไม่มี “ผล” เป็นคำเสนอคือยังไม่ “ถึง” ผู้รับคำเสนอผู้ทำคำเสนอก็ยังสามารถบอกถอนคำเสนอนั้นได้เสมอแต่การบอกถอนจะมีผลก็ต่อเมื่อการบอกถอนนั้นไปถึงก่อนหรืออย่างน้อยพร้อมกับคำเสนอนั้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่งตอนท้าย

2) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจา หรือลายลักษณ์อักษรหรือกิริยาอาการก็ตาม ต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนปราศจากข้อเคลือบแคลงสงสัยว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญา และคำเสนอนั้นแม้จะมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำสนองแต่ก็มีความแตกต่างจากคำสนองตรงที่คำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนเท่านั้นคำเสนอโดยปริยายไม่อาจที่จะมีได้แต่มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าคำเสนอโดยปริยายก็มีได้

3) คำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้หากผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมาลักษณะของคำเสนอในข้อนี้ถือว่าเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญมากทีเดียวบ่อยครั้งในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อความในคำเสนอนั้นมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอหรือไม่เป็นเรื่องยาก และถ้าวินิจฉัยผิด ผลในทางกฎหมายก็อาจจะผิดพลาดไปด้วยตัวอย่างเช่นถ้าเป็นคำเสนอซื้อ

หรือคำเสนอขายที่ต้องชัดเจนแน่นอนก็คือชนิดและประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขายราคาที่จะซื้อขาย และจำนวนที่ต้องการจะซื้อขายซึ่งถ้าหากคำเสนอนั้นชัดเจนแน่นอนถึงขนาดแล้วเมื่อผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมาสัญญาที่จะเกิดขึ้นได้ทันทีแต่ถ้าหากคำเสนอนั้นไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอก็อาจจะยังไม่เข้าลักษณะของ “คำเสนอ” แม้เราจะใช้คำว่า “คำเสนอ” ก็ตามแต่อาจมีลักษณะทางกฎหมายอย่างอื่น เช่นเป็นคำปรารภหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอก็ได้ซึ่งจะส่งผลตามมาว่าหากผู้รับการแสดงเจตนาตอบรับกลับมาสัญญาก็ยังไม่เกิดการตอบรับหรือที่เราเรียกว่า “คำสนอง” นั้นอาจมีลักษณะเป็นเพียง “คำเสนอ” เท่านั้นหากมีข้อความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอได้

4) คำเสนออาจทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงก็ได้หรืออาจทำต่อสาธารณะชนก็ได้ (เพราะความแตกต่างอยู่ที่จำนวนของผู้รับการแสดงเจตนาว่ามีเพียงคนเดียวหรือหลายคน) ที่สำคัญก็คือคำเสนอนั้นจะต้องมีลักษณะของคำเสนออย่างครบถ้วน ตัวอย่างเช่น การโฆษณาซื้อสินค้าพร้อมติดราคาไว้ในตู้กระจกตามห้างสรรพสินค้าก็ดี ตู้อัตโนมัติที่ใช้หยอดเหรียญเพื่อที่จะได้สินค้า เช่นเครื่องดื่ม บุหรี่ ฯลฯ ก็คือการเสนอขายหุ้นของบริษัทใดบริษัทหนึ่งในราคาที่แน่นอนก็ดี เหล่านี้ อาจถือเป็นคำเสนอต่อสาธารณะชนได้ข้อที่ควรพิจารณาก็คือ คำเสนอต่อสาธารณะชนนั้นในบางครั้งอาจสับสนกับคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอได้ ซึ่งคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอนั้นเป็นเพียงการกระตุ้นให้เกิดคำเสนอหรือคำขอทำสัญญาเท่านั้น

คำเสนอนั้นเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 หรือตามมาตรา 169 ก็ตีผลของการเป็นคำเสนอจะมีดังนี้ คือ

4.3.2.5 คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้อีกต่อไปซึ่งจะแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

1) บอกถอนไม่ได้โดยชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้นท่านว่าไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้” ซึ่งหมายความว่าได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้ในคำเสนอแล้วว่าผู้เสนอจะไม่ถอนภายในเวลานั้นซึ่งในกรณีนี้ อาจเกิดขึ้นได้ทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า และทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง สำคัญอยู่ที่การกำหนดเวลาผูกพันไว้แล้วเท่านั้นซึ่งก็ต้องเป็นไปตามเจตนา

2) บอกถอนไม่ได้โดยปริยาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทำคำเสนอไปยังผู้อื่นซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางและมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนจะถอนคำเสนอของตนเสียภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอนนั้นท่านว่าอาจจะถอนได้ไม่” เป็นที่น่าสังเกตว่าการบอกถอนคำเสนอโดยปริยายไม่ได้นี้ใช้เฉพาะกับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางเท่านั้นจะไม่ใช้คำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

ในกรณีนี้ แม้ในคำเสนอจะมีได้กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนอนไว้ซึ่งโดยหลักความเข้าใจทั่วไปก็คือว่า ตราบใดที่สัญญายังไม่เกิดคำเสนอนั้นก็น่าจะบอกถอนได้ กลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ไม่ได้เพราะโดยหลักของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 นั้นเข้าใจว่าผู้ร่างกฎหมายน่าจะมีเหตุผลในการพิจารณาว่าคำเสนอเป็นคำขอทำสัญญาเพราะฉะนั้นตามวัตถุประสงค์ของคำเสนอแล้ว น่าที่จะให้ออกาสและเวลาแก่ผู้รับคำเสนอตามสมควรสำหรับการสนองรับหากเขาประสงค์จะทำสัญญาจึงได้กำหนดให้ถอนคำเสนอไม่ได้ภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการ

สนองนั้นในระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อคำเสนอไม่อาจถอนได้ไม่ว่าภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ก็ดี หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าอีกฝ่ายจะสนองรับก็ดี และการที่นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่าแม้จะมีการบอกถอนการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น คำเสนอนั้นก็ยังคงอยู่ ผู้เสนอยังคงมีความผูกพันตามคำเสนอทุกประการตั้งนั้นเมื่อมีการสนองมาสัญญาจึงเกิดขึ้นเสมอโดยไม่สนใจว่าผู้ทำคำเสนอได้ถอนคำเสนอไปแล้วตั้งนั้น เท่ากับนักกฎหมายไทยมองว่า เมื่อมีการทำคำเสนออันเป็นการที่ผู้เสนอได้ใช้เสรีภาพของตนแสดงเจตนาขอทำสัญญา การใช้เสรีภาพดังกล่าวเมื่อใช้แล้วย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ทำคำเสนอเองผู้ทำคำเสนอจึงถอนคำเสนอไม่ได้

#### 4.3.2.6 การสิ้นความผูกพันของคำเสนอนั้นมี ดังนี้

1) เมื่อผู้รับคำเสนอได้บอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 สำหรับการ “บอกปิด” ก็คือการปฏิเสธคำเสนอโดยสิ้นเชิงและการบอกปิดอาจทำได้ทั้งต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือไม่เฉพาะหน้าแล้วแต่กรณี

2) เมื่อผู้รับคำเสนอไม่สนองรับ

(ก) ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับคำเสนอทั้งที่ทำต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและที่ทำต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า หากได้มีการกำหนดเวลาไว้ล่วงหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354

(ข) ภายในระยะเวลาอันควรคาดหมายสำหรับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355

(ค) ในขณะที่มีคำเสนอ สำหรับคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า และคำเสนอที่ทำโดยทางโทรศัพท์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 356

ปัญหาที่ว่าคำเสนอนั้นเป็นนิติกรรมหรือไม่เพราะนักกฎหมายบางฝ่ายก็มีความเห็นว่าคำเสนอก่อความผูกพันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 มาตรา 355 หรือ มาตรา 356 แล้วแต่กรณี คำเสนอเมื่อมีผลเป็นคำเสนอแล้วจึงถอนไม่ได้ ส่วนความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่เป็นนิติกรรม เพราะไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในเรื่องคำเสนอที่แม้มีผลเป็นคำเสนอแล้วก็ยังถอนได้เสนอตราบเท่าที่สัญญาไม่เกิด คำเสนอในระบบกฎหมายบางประเทศนั้นไม่เป็นนิติกรรม แต่เป็นเพียงขั้นตอนก่อนสัญญา แต่สำหรับกฎหมายไทยแม้คำเสนอจะก่อความผูกพันก็ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ หรือความเคลื่อนไหวในสิทธิจึงไม่ควรเป็น “นิติกรรม” แต่คำเสนออาจมีลักษณะของการสร้างความผูกพันประการหนึ่งที่เรียกว่า “ความผูกพันตามคำเสนอ” ซึ่งต้องแยกออกจาก “ความผูกพันทางหนี้” ตามคำเสนอ เพราะความผูกพันทางหนี้ตามคำเสนอย่อมก่อให้เกิดผลทางหนี้ทันที ส่วนความผูกพันตามคำเสนอเป็นแต่เพียงการที่คำเสนอนั้นต้องอยู่ภายใต้ผลบางประการเท่านั้น

#### 4.3.2.7 คำสนอง

1) ความหมาย ของคำสนองก็คือการแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอเพื่อที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ

2) ลักษณะของคำสนอง

ก) คำสนองโดยลำพังมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอเพราะฉะนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการแสดงเจตนาจะต้องนำมาใช้กับคำสนองด้วย กล่าวคือ

(ก.1) ถ้าเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าคำสนอนนั้นจะมี“ผล”ก็ต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาให้“ทราบ”การแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168)

(ก.2) ถ้าเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า คำสนอนนั้นจะมีผลเป็นคำสนองก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนาทำคำสนอนไป “ถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง) ซึ่งเมื่อไปถึงแล้ว ถ้าคำสนองต้องตรงตามคำเสนอทุกประการก็ทำให้สัญญาเกิดได้

อนึ่ง โดยลักษณะเดียวกับการแสดงเจตนาโดยทั่วไป การบอกถอนคำสนอนในฐานะของการบอกถอนการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง ก็น่าที่จะทำได้เช่นเดียวกัน แต่ต้องเป็นไปตามหลักที่ว่า การบอกถอนคำสนอนต้องไปถึงก่อนหรืออย่างน้อยพร้อมกันกับคำสนอนนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง ตอนท้ายส่วนที่ว่า คำสนอน โดยลำพังจะถือเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น ก็ยังเป็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่

ข) การแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งการแสดงเจตนาทำคำสนอนโดยชัดแจ้งนั้น ก็อาจจะกระทำด้วยวาจากระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยการกระทำอาการที่ชัดแจ้งก็ได้ เช่น ผงกศีรษะรับ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น อาจเกิดขึ้นโดยปริยายได้ด้วย การเกิดขึ้นโดยปริยายนี้หมายถึง โดยการกระทำที่ไม่ชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำคำสนอน แต่จากการกระทำนั้น “สันนิษฐาน” ได้ว่า เป็นการแสดงเจตนาสนองรับโดยการสันนิษฐานนี้ ต้องอาศัยการสันนิษฐานจากเจตนาผู้เสนอประการหนึ่ง หรือการสันนิษฐานตามปกติประเพณีอีกประการหนึ่งตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคสอง

ค) ในคำสนอนนั้นต้องมีข้อความชัดเจน แน่นนอน ไม่มีเงื่อนไข และไม่มี การแก้ไขจำกัด ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอเลย

ง) คำสนอนจะต้องตอบมาภายในเวลาที่ระบุในคำเสนอ หรืออย่างน้อยภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะมีการบอกกล่าวสนองรับหรือขณะที่มีคำเสนอแล้วแต่กรณี

จ) คำสนอนต้องกระทำต่อบุคคลที่เจาะจงตัว ซึ่งก็ได้แก่ผู้ทำคำเสนอ นั่นเอง คำสนอนจะทำต่อสาธารณชนโดยทั่วไปไม่ได้เพราะจะไม่สามารถทราบได้ว่าจะเกิดสัญญาผูกพันใครหรือใครมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอย่างไร

#### 4.3.2.8 ผลของคำสนอน

1) เมื่อคำสนอน “ต้องตรงตามคำเสนอ” ทุกประการแล้ว สัญญาก็เกิดเสมือนหนึ่งว่า การแสดงเจตนาทำคำสนอนได้มีน้ำหนักแน่นรวมกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอจนสานเข้าเป็นเจตนาเดียวกัน จึงเรียกว่าเป็นเจตนาในสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญา

2) เมื่อคำสนอน “เป็นผล” แล้ว ย่อมถอนไม่ได้อีกต่อไป

3) คำสนอนไม่สิ้นความผูกพันเพราะผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ (คือตกเป็นคนที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนที่ไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ) ทั้งนี้เป็นเพราะเขาได้ก่อเจตนาโดยสมบูรณ์และเป็นเจตนาที่ชัดเจนแล้ว

4) คำสอนงที่มาถึงล่วงเวลา แม้จะเป็นคำสอนงที่มีข้อความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่คำสอนงนั้นก็ไม้อาจลักษณะของคำสอนงได้อีกต่อไปเพราะการที่จะเป็นคำสอนงได้นั้น คำสอนงจะต้องยังคงผูกพันอยู่ แต่เมื่อคำสอนงมาถึงล่วงเวลา แสดงว่าคำสอนงนั้นได้สิ้นความผูกพันไปแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357 สัญญาจึงไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้น มาตรา 359 วรรคหนึ่ง จึงบัญญัติถึงผลของคำสอนงที่มาถึงล่วงเวลาไว้ว่า ถ้าคำสอนงมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสอนงนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ข้อที่พึงสังเกตก็คือว่า คำสอนงที่จะกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ได้นั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดิมที่ว่า ในคำสอนงนั้นต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนด้วยในบางกรณี แม้ตามข้อเท็จจริงคำสอนงจะมาถึงล่วงเวลา แต่กฎหมายอาจให้ถือว่าคำสอนงนั้นมีได้ล่วงเวลาก็ได้ ซึ่งก็คือกรณีของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 358 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคำบอกกล่าวสนองมาถึงล่วงเวลา แต่เป็นที่เห็นประจักษ์ว่าคำบอกกล่าวนั้นได้ส่งโดยทางการซึ่งตามปกติควรจะมาถึงภายในเวลากำหนดไซ้ ผู้เสนอต้องบอกกล่าวแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยพลันว่าคำสอนงนั้นมาถึงเนินช้า เว้นแต่จะได้บอกกล่าวเช่นนั้นก่อนแล้วถ้าผู้เสนอละเลยไม่บอกกล่าวดังว่ามาในวรรคต้น ท่านให้ถือว่าคำบอกกล่าวสนองนั้นมีได้ล่วงเวลา” เมื่อกฎหมายให้ถือว่าคำสอนงมีได้ล่วงเวลาสัญญาจึงเกิดเมื่อคำสอนงไปถึงผู้เสนอนั่นเอง

5) คำสอนงที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสองนั้น ให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วย การเพิ่มเติม จำกัดหรือแก้ไขคำเสนอขึ้นโดยหลักก็คือการทำให้สาระของคำเสนอเดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้นคำสอนงที่มีลักษณะเช่นนี้จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็น “คำสอนงที่ต้องตรงตามคำเสนอ” จึงเสมือนกับว่าผู้สนองมิได้ต้องการเข้าทำสัญญาตามและผู้เสนอได้ขอมา แต่ได้เสนอที่จะขอให้ผู้เสนอเดินเข้าทำสัญญากับตนตามเนื้อหาใหม่นั้นเองและสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้เสนอเดิมได้สนองรับกลับมาอีกครั้ง

#### 4.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

##### 4.4.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

1) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 931/2480 ความว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทรับเหมาก่อสร้างได้ยื่นซองประกวดราคาก่อสร้างตึก ตามประกาศประกวดราคาของโจทก์ การยื่นซองประกวดราคาของจำเลยเป็นการทำคำเสนอในการประกวดราคาครั้งนี้ และจำเลยได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ประกวดราคาได้แต่ไม่ไปทำสัญญากับโจทก์ ทำให้โจทก์ต้องจัดประกวดราคาใหม่ และต้องจ้างผู้รับจ้างรายใหม่แพงกว่านั้น การที่จำเลยเข้าร่วมการประกวดราคารับเหมาก่อสร้างตามคำเชื้อเชิญของโจทก์อันจัดได้ว่าทำคำเสนอทำสัญญาประกวดราคา ซึ่งกรรมการของโจทก์จะได้พิจารณาความสมควรจะประกวดราคาได้หรือไม่ เรียกได้ว่าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง การที่จำเลยบอกถอนคำเสนอขึ้นก่อนระยะเวลาอันสมควรคาดหมายคำเสนอจึงยังไม่มีผล เมื่อโจทก์คือฝ่ายผู้จัดการประกวดราคารับคำเสนอนี้ สัญญาประกวดราคาก็เกิดขึ้นการประกวดราคารายนี้มีความมุ่งหมายที่แจ่มแจ้งว่าการเรียกประกวดเพื่อหาผู้รับเหมาแม้ว่าวัตถุประสงค์ที่สุดคือการจ้างทำของก็ตาม แต่การที่โจทก์

และจำเลยจะผูกมัดกันไว้เสียต่อนึ่งก่อนว่า ในการก่อสร้างตึกรายนี้โจทก์จะไม่ให้ผู้อื่นทำนอกจาก จำเลยและจำเลยก็ยอมรับเข้าทำการโดยเรียกร้อยเอาตามราคาเท่าที่ขอไว้ ศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์และ จำเลยตกลงกันให้มีรายละเอียดกันอย่างไรจะต้องทำสัญญาก่อสร้างกันขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่ง ดังนั้น เมื่อจำเลยไม่ทำสัญญาก่อสร้างโจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยผิด “สัญญาประกวด ราคา” โดยให้โจทก์ริบเงินมัดจำของตามที่ตกลงไว้

2) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1825/2522 ความว่าโจทก์ได้ออกประกาศประกวดราคา จัดซื้อลวดเกลียว ซึ่งเป็นคำเชื้อเชิญชวนให้ผู้ที่ประสงค์จะเข้าประกวดราคายื่นข้อเสนอหรือทำคำเสนอ ซึ่งจำเลยได้มีหนังสือเสนอราคาเป็นคำเสนอและได้วางเงินมัดจำของประกวดราคาตามเงื่อนไขของ การประกวดราคา โจทก์คัดเลือกให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ชนะผู้ประกวดราคาและแจ้งให้จำเลยทำสัญญาซื้อ ขายกับโจทก์ได้ แต่จำเลยกับปฏิเสธไม่มาทำสัญญากับโจทก์ทำให้โจทก์เสียหาย โจทก์ยอมมีสิทธิริบ เงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา

3) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 581/2523 ความว่าการประกาศให้ผู้ประสงค์รับเหมา ก่อสร้างเพื่อยื่นซองประกวดราคาเป็นคำเชื้อเชิญ โจทก์ทราบเงื่อนไขดังกล่าวและรายละเอียดอื่นดี แล้วจึงยื่นซองประกวดราคา รับเหมาก่อสร้างงานนี้ซึ่งเป็นคำเสนอ ฉะนั้น เมื่อจำเลยได้มีหนังสือแจ้ง ผลการประกวดราคาให้โจทก์ทราบแล้วว่าตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้างงานนี้ ถือได้ว่าเป็นคำ สนองของจำเลยโจทก์ผู้ประกวดราคาจึงมีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อ โจทก์ผู้ประกวดราคาได้ไม่ไปลงนามในสัญญาตามกำหนด ก็ถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวด ราคาจ้างเหมาจำเลยจึงมีสิทธิริบเงินประจำซองได้

4) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2252/2535 ความว่า จำเลยที่ 3 ได้ออกหนังสือคำ ประกันการยื่นซองประกวดราคาก่อสร้างอาคารของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ว่า จำเลยที่ 3 ขอรับเป็นผู้ คำประกันจำเลยที่ 1 ไว้ต่อโจทก์ หากจำเลยที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของโจทก์ในการยื่นซอง ประกวดราคาเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และโจทก์ไม่สามารถเรียกร้อยเอาจากจำเลยที่ 1 ได้แล้วจำเลยที่ 3 จะเป็นผู้ชำระเงินค่าเสียหายแทนจำเลยที่ 1 ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่ยอม ไปทำสัญญาก่อสร้างกับโจทก์ตามที่ยื่นซองประกวดราคาได้ จึงผิดสัญญาประกวดราคาทำให้โจทก์ต้อง ว่างบุคคลอื่นสร้างอาคารดังกล่าวในราคาที่สูงกว่าโจทก์จำเลยจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าเสียหายให้แก่ โจทก์

#### 4.4.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการ จัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

4.4.2.1 คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการวางหลักประกันการเสนอ ราคาซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจาก คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงรับ ฟังได้ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดผู้ฟ้องคดี ได้เข้ายื่นซองประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างงาน โดยผ่านขั้นตอน การเสนอด้านเทคนิคแล้วได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาในขั้นตอนต่อไป ตามวันเวลา สถานที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด แต่ปรากฏว่าในวันดังกล่าวผู้แทนของ ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับมอบอำนาจ

ให้ยื่นขอเสนอราคาไม่สามารถไปลงทะเบียนและเสนอราคาได้ทันเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้มีหนังสือยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี และให้ผู้ฟ้องคดีนำเงินมาชำระภายในเจ็ดวันนับแต่วันได้รับหนังสือ แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีสิทธิจะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้ เพราะตามข้อหนึ่งของหนังสือค้ำประกันธนาคารฯ กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิริบหลักประกันก็เพื่อขอใช้ความเสียหายเฉพาะในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ถอนใบเสนอราคาของตนภายในระยะเวลาที่ใบเสนอราคามีผลอยู่ หรือมิได้ไปลงนามในสัญญาเมื่อได้รับแจ้งไปทำสัญญาหรือมิได้วางหลักประกันสัญญาภายในเวลาที่กำหนดในเอกสารประกวดราคาเท่านั้น ส่วนข้อ 10 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ก็กำหนดให้ประธานคณะกรรมการประกวดราคา มีอำนาจเพียงประกาศให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่ส่งผู้แทนเข้ายื่นขอเสนอราคาภายในกำหนดเวลาเป็นผู้หมดสิทธิเสนอราคาแล้วแจ้งผู้แทนผู้มีสิทธิเสนอราคาที่เหลือทุกราย เพื่อเข้าสู่ขบวนการเสนอราคา หากกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีไม่ นอกจากนั้นผู้ฟ้องคดีก็ยังเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มีอำนาจให้ความเห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้ตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 กำหนด และกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าร่วมยื่นขอเสนอราคา ก็มีได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาทบทวนการยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีอีกครั้ง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ อันเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายแล้ว ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้เห็นว่าหนังสือดังกล่าวที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีเป็นเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดีได้จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง มีข้อคดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กั้นตามสัญญา

4.4.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคาซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 ความว่า ประกาศประกวดราคาจ้างเป็น ค่าเชื้อเชิญให้ทำค่าเสนอ และการที่มหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาสั่งรับค่าเสนอรับจ้าง เป็นค่านอง มีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เป็นสัญญานับแต่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอราคา และเมื่อตามประกาศประกวดราคาจ้างพิพาทและแบบใบเสนอราคามีเงื่อนไขกำหนดว่า หากผู้ชนะการประกวดราคาไม่ทำสัญญากับผู้ประกาศประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคา ยอมให้มหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาริบหลักประกันของหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือค้ำประกันรวมทั้งยินดีชดใช้ค่าเสียหายต่าง ๆ เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาได้ยื่นใบเสนอราคา โดยยอมรับเงื่อนไขข้างต้นและมหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาได้มีค่านองเป็นหนังสือว่าเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดี เป็นผู้ออกสร้างโครงการดังกล่าว ข้อพิพาทในคดีนี้จึงมิใช่ข้อพิพาทว่าการประกวดราคาไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ หรือคำสั่งรับค่าเสนอรับจ้างไม่ชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีข้อเสนอของผู้ฟ้องคดี และคำสนองของมหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างตามประกาศที่เป็นสัญญาทางปกครองต่อไปข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งริบหลักประกันซองและให้มหาวิทยาลัยฯ คืนหลักประกันซองแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

2) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 ศาลวินิจฉัยสรุปความได้ว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อหาผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างมาเสนอราคา รับเหมาก่อสร้างอาคารที่ทำการแผนกสถานีไฟฟ้าแรงสูง โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้กำหนดเงื่อนไขการเสนอราคาไว้ว่า ผู้เสนอราคาต้องยื่นซองข้อเสนอทางเทคนิค พร้อมกับยื่นเงินหลักประกันซอง และหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ถ้าผู้เสนอราคารายใดผ่านการตรวจสอบสมบัติและผ่านมาตรฐานทางเทคนิค ผู้ถูกฟ้องคดีจะแจ้งวัน เวลา และสถานที่เสนอราคาให้ทราบ ถ้าหากผู้เสนอราคารายใดได้รับแจ้งวันเวลา และสถานที่เสนอราคาแล้วไม่ไปราคาหรือไปมาทันการลงทะเบียน ผู้เสนอราคารายนั้นจะถูกยึดหลักประกันซอง ต่อมาผู้ฟ้องคดีผ่านการตรวจสอบสมบัติและผ่านมาตรฐานทางเทคนิคแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้นัดหมายให้ผู้ฟ้องคดีไปเสนอราคาตามวันเวลาและสถานที่ที่กำหนดแต่เมื่อถึงวันเสนอราคา ผู้รับมอบอำนาจของผู้ฟ้องคดีไปถึงสถานที่ในเวลาช้ากว่าที่กำหนดประมาณ 33 นาที คณะกรรมการผู้จัดการประมูลจึงแจ้งด้วยวาจาว่าไม่อนุญาตให้ผู้รับมอบอำนาจที่ที่ประมูลซึ่งเห็นว่าเป็นคนนอกจากประกาศของ ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำข้อเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันซองต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันซอง” โดยที่สัญญาหลักประกันซองมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีในสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันซองดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้มีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดี และการยึดหลักประกันซองดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันซอง คดีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 ศาลวินิจฉัยโดยสรุปว่า แม้ประกาศประมูลงานจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์จะยังไม่ใช่สัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ อันจะมีผลผูกพัน

บุคคลภายนอก และถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างมาทำคำเสนอกับหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีอาชีพรับจ้างสนใจจะเข้าร่วมประมูลและได้มาซื้อเอกสารการประมูล รวมทั้งได้ยื่นซองเอกสารเกี่ยวกับคุณสมบัติและหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองได้ตรวจสอบคุณสมบัติแล้วได้ประกาศให้ผู้ฟ้องคดีผ่านคุณสมบัติเป็นผู้ที่สามารถเข้าเสนอราคาได้แม้ผู้ฟ้องคดีจะยังไม่ได้ทำหนังสือลงนามสามฝ่ายหรือทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำเสนอตามแบบใบยื่นข้อเสนอการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์โดยตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่างๆ ตามเอกสารการประมูลและหน่วยงานทางปกครองได้ตกลงยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมการประมูลงานดังกล่าวได้แล้วนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า “สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” ขึ้นแล้ว

4) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553 ความว่า ประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีอาชีพรับจ้างที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลงานจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานทางปกครอง และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” การยึดหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ

#### 4.4.3 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

1) คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 17/2550 ความว่า ปราบกฎข้อเท็จจริงตามคำฟ้องที่ยื่นต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสามารถสรุปได้ว่า โจทก์ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางพ.ศ. 2530 มีฐานะเป็นนิติบุคคล ประกาศประกวดราคาซื้อปุ๋ยบำรุงเพื่อนำไปจ่ายสงเคราะห์ให้แก่เกษตรกร จำเลยร่วมยื่นใบเสนอราคาและได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาจัดซื้อปุ๋ย ซึ่งในใบเสนอราคาทั้งสองฉบับระบุว่า กรณีจำเลยร่วมได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาจำเลยร่วมรับรองที่จะทำสัญญาตามแบบสัญญาซื้อขายแนบท้ายเอกสารประกวดราคาภายใน 7 วันนับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้งให้ไปทำสัญญาหากจำเลยร่วมไม่ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามที่ระบุไว้ข้างต้นจำเลยร่วมยอมให้โจทก์ริบหลักประกันของหรือเรียกออกจากผู้ออกหนังสือคำประกันรวมทั้งคดีใช้ค่าเสียหายใด ๆ ที่อาจมีแก่โจทก์โดยมอบหนังสือคำประกันของจำเลยเพื่อเป็นหลักประกันของจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายปุ๋ยดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองเห็นว่าพระราชบัญญัติตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมาตรา 3 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแม้โจทก์ซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการสงเคราะห์การทำสวนยางมีอำนาจกระทำการใดๆ ที่จำเป็นหรือเป็นอุปกรณ์จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ได้อีกตามแต่การจัดซื้อปุ๋ย

ของโจทก์จะเป็นไปเพื่อนำไปจ่ายสงเคราะห์ให้แก่เกษตรกรซึ่งเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของโจทก์เองและจำเลยร่วมมีหน้าที่ส่งมอบปุ๋ยตามปริมาณและคุณภาพที่กำหนดเท่านั้นโดยไม่ปรากฏว่าโจทก์จะให้จำเลยร่วมมีส่วนร่วมในการดำเนินการหรือได้รับมอบหมายจากโจทก์ให้จัดจำหน่ายปุ๋ยแก่เกษตรกรแต่อย่างใดการจัดซื้อปุ๋ยเป็นเพียงเครื่องมือส่วนหนึ่งที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์สัญญาซื้อขายปุ๋ยจึงเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์เท่านั้นสัญญาซื้อขายปุ๋ยดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางครองตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ.2542 จึงมีประเด็นเกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายที่ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลล้มละลายกลางอันเป็นศาลชำนาญพิเศษศาลหนึ่งในระบบศาลยุติธรรม ดังนั้นคดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่าคดีระหว่างกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางโจทก์ธนาคารนครหลวงไทยจำกัด(มหาชน) จำเลยบริษัท ปุ๋ยเอ็นเอฟซีจำกัด (มหาชน) หรือบริษัท ปุ๋ยแห่งชาติ จำกัด (มหาชน) จำเลยร่วม ดังกล่าว อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

2) คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 12/2552 ความว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบโดยโจทก์ซึ่งเป็นผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรมพ.ศ. 2543 ตามมาตรา 5 โจทก์จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการของศาลยุติธรรมงานส่งเสริมงานตุลาการและงานวิชาการทั้งนี้เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรมรวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพตามมาตรา 6 อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะการที่โจทก์ตกลงทำสัญญาว่าจ้างให้จำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบเป็นการจัดให้มีอาคารเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผลสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลจังหวัดสมุยพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จึงเป็นสัญญาทางปกครองส่วนสัญญาค้าประกันเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบซึ่งเป็นสัญญาหลักเมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้าประกันของจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

3) คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 7 /2555 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเห็นว่าสัญญาจ้างจำเลยที่ 1 ให้พัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ของกรมส่งเสริมสหกรณ์ โดยโจทก์เป็นส่วนราชการมีฐานะเป็นกรมสังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์มีภารกิจเกี่ยวกับการส่งเสริมเผยแพร่ให้ความรู้เกี่ยวกับอุดมการณ์ หลักการและวิธีการสหกรณ์ให้แก่บุคลากรสหกรณ์กลุ่มเกษตรกรและประชาชนทั่วไป ฯลฯ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองเมื่อสัญญาว่าจ้างพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 มีสาระสำคัญให้จำเลยที่ 1 พัฒนาโปรแกรมระบบงานสหกรณ์และติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ให้แก่หน่วยงานโจทก์เพื่อนำไปติดตั้งใช้งานที่สหกรณ์สามารถรวบรวมและเรียกใช้ข้อมูลของสหกรณ์

ประเภทที่โจทย์ต้องการได้ผ่านโปรแกรมระบบงานโดยจำเลยที่ 1 จะต้องจัดส่งและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์พร้อมโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับระบบงานทุกระบบตลอดจนเดินสายเชื่อมโยงเครือข่ายและการติดต่อสื่อสารในระบบงานสหกรณ์ของโจทก์ให้ใช้งานร่วมกันได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพเพื่อให้โจทก์มีอุปกรณ์ที่ทันสมัยใช้ในการปฏิบัติงานตามภารกิจในการดำเนินบริการสาธารณะของโจทก์ให้มีความสะดวกรวดเร็วและสามารถใช้งานได้ทุกระบบครบวงจร การพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์ให้บรรลุผลสัมฤทธิ์ว่าจ้างพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 จึงเป็นสัญญาทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค่าประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล สรุปหลักเกณฑ์แนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้ประกอบพิจารณาเพื่อกำหนดประเภทสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของได้ ดังนี้

1) สัญญาจ้างปรับปรุงภูมิทัศน์และระบบระบายน้ำที่จะทำขึ้นในอนาคตมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์ในการศึกษาและส่งเสริมวิชาการของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง เมื่อสัญญาหลักที่จะมีขึ้นในอนาคตไม่เป็นสัญญาทางปกครองสัญญาหลักประกันของจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ

2) การจัดซื้อพัสดุเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น หากได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคด้วยไม่ ดังนั้นสัญญาหลักประกันของเพื่อนำไปสู่การจัดทำสัญญาซื้อขายดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคของอันเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด สัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง

3) หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเท่านั้นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง เมื่อมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีหลักซึ่งจะต้องใช้กฎหมายเฉพาะที่อยู่ในระบบศาลยุติธรรม ดังนั้นคดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

4) การที่หน่วยงานทางปกครองตกลงทำสัญญาว่าจ้างให้ผู้รับจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการสำนักงานพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบเป็นการจัดให้มีอาคารเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผลสัมฤทธิ์ว่าจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองส่วนสัญญาค่าประกันเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวเมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค่าประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

5) สัญญาจ้างพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์มีสาระสำคัญให้ผู้รับจ้างพัฒนาโปรแกรมระบบงานสหกรณ์และติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ให้แก่หน่วยงานทางปกครองเพื่อนำใช้ในการปฏิบัติงานตามภารกิจในการดำเนินบริการสาธารณะของโจทก์ให้มีความสะดวกรวดเร็ว

และสามารถใช้ได้ครบวงจร การพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์ให้บรรลุผลสัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครองและข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้าประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ตามที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ในบทที่ 3 และบทที่ 4 โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยสัญญา และกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ก่อนที่พระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับส่วนราชการหรือภาครัฐได้ใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538 หรือกฎระเบียบว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการหรือหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐแต่ละหน่วยงานไว้ รวมถึงเงื่อนไขในการวางหลักประกันของไว้ด้วย (หลักประกันของปัจจุบันก็คือหลักประกันการเสนอราคาตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ)

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ลงวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2550 ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง (ผู้จัดหาพัสดุ) แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคา กล่าวอ้างว่าหน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุ ไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของได้ จึงเป็นกรณีที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคา ได้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง มีใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันตามสัญญา และกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2550 ชักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่า คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุดังนั้นกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองไว้ในคำสั่งศาล

ปกครองสูงสุดที่ 660/2551 ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2551 ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง (ผู้จัดทำพัสดุ) แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอทำไว้กับหน่วยงานทางปกครองและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

จากตัวอย่างคำสั่งหรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าศาลปกครองให้เหตุผลเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีกรณีพิพาทในการยึดหรือริบหลักประกันของแตกต่างกันออกไป จึงมีประเด็นปัญหาที่ควรศึกษาว่า ข้อพิพาทในกระบวนการหรือขั้นตอนในการยึดหรือริบหลักประกันของนั้น เป็นข้อพิพาททางคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นข้อพิพาทในใช้สิทธิตามสัญญา หรือมีสถานะทางกฎหมายเป็นประการใด เนื่องจากหากข้อพิพาทในกระบวนการหรือขั้นตอนในการยึดหรือริบหลักประกันของกล่าวมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง กรณีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่หากการยึดหรือริบหลักประกันของเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา กรณีฟ้องโต้แย้งการยึดหรือริบหลักประกันของข้างต้น ก็จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งการกำหนดประเภทคดีที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ยังส่งผลต่อการกำหนดประเภทคดีของศาลปกครอง และส่งผลต่อการพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดีและเนื้อหาแห่งคดีในบางกรณีที่แตกต่างกันออกไปด้วย ผู้ศึกษาจึงได้แยกเป็นประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้ 1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา 2) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเกี่ยวกับการวางหลักประกันการเสนอราคา 3) ปัญหาเกี่ยวกับประเภทสัญญาประกวดราคา 4) ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคาโดยมีรายละเอียด ดังนี้

## 5.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

### แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

ศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า ประกาศประกวดราคาเป็นคำเชื้อเชิญในส่วนการยื่นซองประกวดราคาหรือการมีหนังสือเสนอราคาเป็นการทำคำเสนอและได้มีการวางเงินมัดจำของประกวดราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคา เมื่อผู้จัดการประกวดราคารับคำเสนอ สัญญาประกวดราคาก็เกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา ผู้จัดการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 931/2480 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1825/2522 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 581/2523 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2252/2535)

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550 ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดทำพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคากล่าวอ้างว่า หน่วยงานทางปกครองผู้จัดทำ

พัสดุไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของได้ จึงเป็นกรณีที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาโต้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กันตามสัญญา และกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2550 ชักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่า คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้นกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551 ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2551 ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอทำไว้กับหน่วยงานทางปกครองและผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่ควรศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

ผู้เขียนเห็นว่าการประกาศประกวดราคาหน่วยงานภาครัฐต้องแนบขอบเขตของงานหรือคุณลักษณะหรือรายละเอียดของงาน เพื่อเผยแพร่ตามข้อ 48 และข้อ 49 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ผู้ประกอบการที่สนใจได้รับการประกาศประกวดราคา โดยเนื้อหาของประกาศมีลักษณะเป็นการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้ามาประกวดราคา การประกาศประกวดราคาจึงเป็นคำเสนอ ตามมาตรา 169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกันได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามข้อ 54 และ ข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ เมื่อคำเสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน อันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น และในขณะเดียวกันก็เป็นคำเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคาไปถึงผู้ประกาศประกวดราคาย่อมถือว่ามีผลเป็นคำเสนอ ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว และผูกพันผู้ยื่นซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคาที่จะไม่ถอนซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคานั้นจนกว่าจะล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 หรือเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองจากผู้ประกาศประกวดราคา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

พานิชย์ มาตรา 355 แล้วแต่กรณี และหากไม่มีการสนองรับจากผู้ประกาศประกวดราคาจนล่วงเลยเวลาดังกล่าวค่าเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปโดยปริยายหรือสิ้นความผูกพันไปเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพานิชย์ มาตรา 357

เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด จึงพิจารณาได้ว่าคำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครองผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการวางหลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดพิพากษา ที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยว่าเมื่อสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ผู้จัดการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคา (คำพิพากษาฎีกา ที่ 931/2480 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 1825/2522 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 581/2523 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 2252/2535 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553)

## 5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดมีคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน ดังนี้

### 5.2.1 กรณีศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สรุปได้ดังนี้

1) เมื่อถึงเวลากำหนดนัดหมายผู้แทนของผู้ยื่นซองประกวดราคาไม่ไปตรงตามเวลาที่แจ้งนัดหมาย หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาจึงได้ประกาศให้ผู้ยื่นซองประกวดราคา เป็นผู้หมดสิทธิเสนอราคาและยึดหลักประกันของ การที่ผู้ฟ้องคดียึดหลักประกันของของผู้ยื่นซองประกวดราคา และมีหนังสือเรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันของ มิใช่เป็นการใช้

อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคา ใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ยื่นซองประกวดราคาทำไว้ คำฟ้องคดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551)

2) ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมเข้าทำสัญญาจ้าง หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาจึงริบหลักประกันของและเรียกให้ชำระดอกเบี้ยตามเงื่อนไขการประกวดราคาผู้ชนะการประกวดราคาไม่เห็นด้วยจึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งริบหลักประกันและให้คืนหลักประกันดังกล่าวซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบอันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารที่จะเป็นสัญญาทางปกครองต่อไป ดังนั้นข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองตาม บทนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548)

3) ผู้เสนอราคาได้ยื่นซองประกวดราคาจ้างพร้อมวางหลักประกันของ แต่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งการคืนหลักประกันของนั้น ตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ และเอกสารประกวดราคากำหนดหลักเกณฑ์การคืนหลักประกันของไว้ทำนองเดียวกันว่าหัวหน้าหน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคาจะคืนหลักประกันของให้แก่ผู้เสนอราคาภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้เสนอราคารายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลงหรือเมื่อผู้เสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ประกอบกับเอกสารประกวดราคาดังกล่าวกำหนดว่า ราคาที่เสนอจะต้องเสนอกำหนดยื่นราคาไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันเปิดซองประกวดราคา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศประกวดราคาจ้างงานก่อสร้างดังกล่าว และดำเนินการให้มีการซื้อเอกสารประกวดราคาจ้างเหมา ตลอดจนจัดให้มีการประกวดราคาเพื่อนำไปสู่การทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ถือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นการดำเนินกิจการทางปกครอง เอกสารประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.173/2552)

## 5.2.2 กรณีศาลวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หนังสือที่ผู้ประกาศประกวดราคาแจ้งให้ยึดหลักประกันของของผู้ยื่นซองประกวดราคา (ผู้มีสิทธิเสนอราคา) เป็นเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ยื่นซองประกวดราคา กล่าวอ้างว่าผู้ประกาศประกวดราคาไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของของผู้ยื่นซองประกวดราคา จึงเป็นกรณีที่ ผู้ยื่นซองประกวดราคาโต้แย้งว่าคำสั่งของผู้ประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่ที่กั้นตามสัญญา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550)

ผู้เขียนเห็นว่าตามระเบียบกฎหมายว่าด้วยการพัสดุฉบับเดิม และเอกสารประกวดราคาแบบเดิมกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการประกวดราคา ว่าเมื่อถึงเวลากำหนดนัดหมายผู้แทนของผู้ยื่นซองประกวดราคา ต้องไปให้ตรงตามเวลาที่แจ้งนัดหมายหรือจะต้องเข้าสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเข้าเสนอราคามิฉะนั้นจะถือว่ากระทำผิดเงื่อนไขของการเสนอราคาจะต้องถูกริบหลักประกัน และปัจจุบัน ตามข้อ 54 ประกอบข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) เมื่อถึงกำหนดวันเสนอราคาผู้ประกอบการหรือผู้ยื่นข้อเสนอราคาจะต้องเข้าระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) แล้วเสนอราคา ในส่วนของหลักประกันการเสนอราคากรณีเป็นหนังสือค้ำประกันอิเล็กทรอนิกส์สามารถนำส่งในระบบอิเล็กทรอนิกส์ล่วงหน้า หากเป็นหลักประกันประเภทอื่น เช่น เช็คหรือพันธบัตรรัฐบาล จะต้องส่งหลักประกันการเสนอดังกล่าวในรูปแบบ PDF File ในวันเสนอราคา เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอราคาตามหลักเกณฑ์ ในขั้นตอนนี้เห็นได้ว่าสัญญาประกวดราคาได้เกิดขึ้นแล้ว หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประมูลไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในกำหนดจะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา หรือหน่วยงานของรัฐอาจมีหนังสือเรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันการเสนอราคา ตามข้อตกลงในประกาศและเอกสารเชิญชวนหรือสัญญาประกวดราคา ซึ่งมีใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง และกรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบอันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคา ใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา กล่าวคือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เมื่อมีกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่ความรับผิดชอบตามสัญญา อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

กรณีผู้เสนอราคาได้ยื่นซองประกวดราคาจ้างพร้อมวางหลักประกันซอง หรือกรณีการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอราคาพร้อมทั้งวางหลักประกันการเสนอราคาแล้ว ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือเมื่อผู้ยื่นข้อเสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว หากมีกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากหากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคา ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา

เดิมก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามกฎหมาย เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องเสนอคดีของต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจ ต่อมาเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ในระยะเริ่มแรกยังมีความสับสนว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยมี 3 แนวทางหรือแนวความคิด ดังต่อไปนี้

#### 5.3.1 แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง

1) ประกาศประกวดราคาจ้าง เป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และการที่มหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาส่งรับคำเสนอรับจ้าง เป็นคำสนอง มีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เป็นสัญญานับแต่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอราคา และเมื่อตามประกาศประกวดราคาจ้างพิพาทและแบบใบเสนอราคามีเงื่อนไขกำหนดว่า หากผู้ชนะการประกวดราคาไม่ทำสัญญากับผู้ประกาศประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคา ยอมให้มหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาริบหลักประกันซองหรือเรียกจูงจากผู้ออกหนังสือค้ำประกัน รวมทั้งยินดีชดใช้ค่าเสียหายต่าง ๆ เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาได้ยื่นใบเสนอราคาโดยยอมรับเงื่อนไขข้างต้นและมหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศประกวดราคาได้มีคำสนองเป็นหนังสือว่าเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดี เป็นผู้ก่อสร้างโครงการดังกล่าว ข้อพิพาทในคดีนี้จึงมิใช่ข้อพิพาทว่าการประกวดราคาไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ หรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตาม

ประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอของผู้ฟ้องคดีและคำสนองของมหาวิทยาลัยฯ ผู้ประกาศ อันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างตามประกาศที่เป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้วข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งริบหลักประกันซองและให้มหาวิทยาลัยฯ คืนหลักประกันซองแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548)

2) หน่วยงานของรัฐ ผู้ถูกฟ้องคดี ได้มีประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อหาผู้มีอาชีพรับจ้าง ผู้ถูกฟ้องคดีได้นัดหมายให้ผู้ฟ้องคดีไปเสนอราคาตามวันเวลาและสถานที่ที่กำหนดแต่เมื่อถึงวันเสนอราคาผู้รับมอบอำนาจของผู้ฟ้องคดีไปถึงสถานที่ในเวลาช้ากว่าที่กำหนด คณะกรรมการผู้จัดการประมูลจึงแจ้งว่าไม่อนุญาตให้ประมูล ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่านอกจากประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันซองต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันซอง” โดยที่สัญญาหลักประกันซองมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีในสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันซองดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้มีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดี และการยึดหลักประกันซองดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันซอง คดีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551)

3) หน่วยงานของรัฐ ผู้ฟ้องคดี ได้มีประกาศประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์งานจ้างปรับปรุงท่อจ่ายน้ำ ท่อบริการและงานที่เกี่ยวข้องด้านลดน้ำเสีย โดยกำหนดเงื่อนไขของการเสนอราคาว่า ผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกันซองพร้อมกับยื่นซองเอกสารทางด้านเทคนิค/คุณสมบัติ ซึ่งบริษัทผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ยื่นเอกสารประกวดราคาพร้อมวางหลักประกันซองเป็นหนังสือค้ำประกันของธนาคารผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขของการประกวดราคาดังกล่าว และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ร่วมทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ร่วมกับผู้ฟ้องคดี และบริษัท ผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์โดยกำหนดเงื่อนไขข้อ 2.2 เกี่ยวกับการยึดหลักประกันซองของผู้มีสิทธิเสนอราคาว่าผู้รับบริการจะยึดหลักประกันซองของผู้มีสิทธิเสนอราคาได้ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อ

เข้าสู่กระบวนการเสนอราคา ตามวันเวลาและสถานที่ที่กำหนด ต่อมาเมื่อคณะกรรมการประกวดราคาได้พิจารณาคุณสมบัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้วมีมติให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาเนื่องจากมีคุณสมบัติครบถ้วนพร้อมทั้งนัดหมายให้ไปลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามวันและเวลาที่กำหนด ทั้งได้แจ้งว่าจะต้องไปให้ทันเวลาการลงทะเบียน มิฉะนั้นจะถูกยึดหลักประกัน แต่เมื่อถึงเวลากำหนดนัดหมายผู้แทนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ไปตรงตามเวลาที่แจ้งนัดหมายประธานกรรมการประกวดราคาจึงได้ประกาศให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้หมดสิทธิเสนอราคาและยึดหลักประกันของของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และให้ผู้ฟ้องคดีนำเงินมาชำระภายในเจ็ดวันนับแต่วันได้รับหนังสือ แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และมีหนังสือเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้ค้าประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกัน (หลักประกันของ) ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่ผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิตามหนังสือการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง จัดให้มีการทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีมี เอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งมีความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการสาธารณะบรรลุผล สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551)

4) หน่วยงานของรัฐ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศประกวดราคางานก่อสร้างเขื่อน ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองประกวดราคาจ้างงานดังกล่าวพร้อมวางหลักประกันซอง แต่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งการคืนหลักประกันซองนั้น ตามข้อ 138 วรรคหนึ่ง (1) ของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538 และข้อ 5.5 ของเอกสารประกวดราคากำหนดหลักเกณฑ์การคืนหลักประกันซองไว้ทำนองเดียวกันว่า หัวหน้าหน่วยงานจะคืนหลักประกันซองให้แก่ผู้เสนอราคาภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้เสนอราคารายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลงหรือเมื่อผู้เสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ประกอบกับข้อ 4.2 ของเอกสารประกวดราคาดังกล่าวกำหนดว่าราคาที่เสนอจะต้องเสนอกำหนดยื่นราคาไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันเปิดซองประกวดราคา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศประกวดราคาจ้างงานก่อสร้างดังกล่าว และดำเนินการให้มีการซื้อเอกสารประกวดราคาจ้างเหมา ตลอดจนจัดให้มีการประกวดราคาเพื่อนำไปสู่การทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ถือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นการดำเนินกิจการทางปกครอง เอกสารประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเครื่องมือที่จะให้การดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.173/2552)

5) ประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำซื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทำค่าเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีอาชีพรับจ้างที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลงานจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานทางปกครอง และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” การยึดหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ที่ 521/2553)

6) หน่วยงานของรัฐ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศกรมชลประทานประกวดราคาซื้อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อซื้อหินย่อย-ทรายหยาบ สำหรับใช้ในงานปรับปรุงระบบชลประทานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งถือเป็นการดำเนินกิจการทางปกครอง และหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้รับบริการ และบริษัทผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ ฝ่ายหนึ่ง ทำกับผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้มีสิทธิเสนอราคา อีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งสามฝ่ายตกลงยินยอมรับเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติในการเข้าร่วมประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยกำหนดไว้ในวัตถุประสงค์และขอบเขตว่า ผู้รับบริการประสงค์จะเปิดทำการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามรายละเอียดข้อกำหนดหรือประกาศประกวดราคาดังกล่าว หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาจะต้องมาเสนอราคา ณ วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด โดยต้องส่งผู้เข้าเสนอราคาไม่เกิน 3 คน และไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มผู้แทนได้แต่สามารถถอดถอนผู้แทนบางคนด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งได้ และยังได้กำหนดว่าการยึดหลักประกันของผู้มีสิทธิเสนอราคา ให้ผู้รับบริการยึดหลักประกันที่ผู้รับบริการกำหนดให้มีในการเข้าเสนอราคาจากผู้มีสิทธิเสนอราคาในกรณีผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดนั้น มีลักษณะเป็นข้อตกลงหรือสัญญา ที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่จะทำให้การดำเนินกิจการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองบรรลุผล กล่าวคือ ได้มาซึ่งวัสดุตามประกาศประกวดราคาสำหรับใช้ในงานปรับปรุงระบบชลประทานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพกรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2556)

### 5.3.2 แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง

1) หน่วยงานทางปกครองได้มีประกาศประกวดราคาซื้อปุ๋ยบำรุงเพื่อนำไปจ่ายสงเคราะห์ให้แก่เกษตรกร จำเลยร่วมยื่นใบเสนอราคาและได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาจัดซื้อปุ๋ย ซึ่งในใบเสนอราคาทั้งสองฉบับระบุว่า กรณีจำเลยร่วมได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาจำเลยร่วมรับรองที่จะทำสัญญาตามแบบสัญญาซื้อขายแนบท้ายเอกสาร

ประกวดราคาภายใน 7 วันนับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้งให้ไปทำสัญญา หากจำเลยร่วมไม่ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามที่ระบุไว้ข้างต้นจำเลยร่วมยอมให้โจทก์ริบหลักประกันของหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือค้ำประกันรวมทั้งคดีใช้ค่าเสียหายใดๆ ที่อาจมีแก่โจทก์โดยมอบหนังสือค้ำประกันของจำเลยเพื่อเป็นหลักประกันของ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายปุ๋ยดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองเห็นว่าพระราชบัญญัติตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมาตรา 3 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแม้โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการสงเคราะห์การทำสวนยางมีอำนาจกระทำการใดๆ ที่จำเป็นหรือเป็นอุปกรณ์จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ได้ก็ตามแต่การจัดซื้อปุ๋ยของโจทก์จะเป็นไปเพื่อนำไปจ่ายสงเคราะห์ให้แก่เกษตรกรซึ่งเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของโจทก์เองและจำเลยร่วมมีหน้าที่ส่งมอบปุ๋ยตามปริมาณและคุณภาพที่กำหนดเท่านั้นโดยไม่ปรากฏว่าโจทก์จะให้จำเลยร่วมมีส่วนร่วมในการดำเนินการหรือได้รับมอบหมายจากโจทก์ให้จัดจำหน่ายปุ๋ยแก่เกษตรกรแต่อย่างใดการจัดซื้อปุ๋ยเป็นเพียงเครื่องมือส่วนหนึ่งที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์สัญญาซื้อขายปุ๋ยจึงเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของโจทก์เท่านั้นสัญญาซื้อขายปุ๋ยดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีประเด็นเกี่ยวพันกับคดีล้มละลายที่ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลล้มละลายกลางอันเป็นศาลชำนาญพิเศษศาลหนึ่งในระบบศาลยุติธรรม ดังนั้น คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 17/2550)

2) ผู้ฟ้องคดี เป็นผู้มิสิทธิเข้าเสนอราคา ตามประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซื้อคอนกรีตผสมเสร็จเพื่อนำไปก่อสร้าง คันคูและอ่างเก็บน้ำ แต่ในวันเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถไปเสนอราคาได้ทันตามเวลาที่กำหนด จนเป็นเหตุให้กรมชลประทาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยอธิบดีกรมชลประทาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือยึดหลักประกันของผู้ฟ้องคดีเนื่องจากทำผิดเงื่อนไขการประกวดราคาการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ขอให้ศาลพิพากษาและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองส่งมอบและ/หรือคืนหลักประกันของแก่ผู้ฟ้องคดีและให้เพิกถอนคำสั่งและหรือระงับการบังคับยึด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การจัดซื้อคอนกรีตผสมเสร็จดังกล่าวเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เท่านั้น หากได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคด้วยไม่ ดังนั้น สัญญาหลักประกันของเพื่อนำไปสู่การจัดทำสัญญาซื้อขายคอนกรีตระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงมิใช่สัญญาที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคของอันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด สัญญาหลักประกันของดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งมิได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ที่ 251/2553)

### 5.3.3 แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใด (สัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง) จะต้องถือตามสัญญาหลัก

1) มหาวิทยาลัยของรัฐ ได้มีประกาศจ้างปรับปรุงภูมิทัศน์และระบบระบายน้ำ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยื่นข้อเสนอการประกวดราคาพร้อมวางหลักประกันซองเป็นหนังสือค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้มิสิทธิเสนอราคา จึงแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มาเสนอราคาภายในวันเวลาที่กำหนดปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่มาเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันชดใช้เงินตามหนังสือค้ำประกันซอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างปรับปรุงภูมิทัศน์และระบบระบายน้ำที่จะทำขึ้นในอนาคตมิได้เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการศึกษาและส่งเสริมวิชาการของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง เมื่อสัญญาหลักที่จะมีขึ้นในอนาคตไม่เป็นสัญญาทางปกครองสัญญาหลักประกันซองจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลักประกันซองดังกล่าวจึงไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551)

2) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและมีอำนาจหน้าที่การ จัดทำบริการสาธารณะ การที่คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวตกลงทำสัญญาว่าจ้างให้ผู้รับจ้าง ก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลพร้อมบ้านพักและสิ่งก่อสร้างประกอบเป็นการจัดให้มีอาคารเพื่อให้การจัดทำบริการ สาธารณะของหน่วยงานทางปกครองให้บรรลุผล สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการศาลพร้อมบ้านพัก และสิ่งก่อสร้างประกอบดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัญญาค้ำประกันเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาจ้างดังกล่าว ซึ่งเป็นสัญญา อุปกรณ์ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล ที่ 12/2552)

3) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองว่าจ้างพัฒนาโปรแกรมและติดตั้ง ระบบคอมพิวเตอร์ตลอดจนเดินสายเชื่อมโยงเครือข่ายและการติดต่อสื่อสารในระบบงานสหกรณ์ให้ใช้ งานร่วมกันได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองมีอุปกรณ์ที่ทันสมัยใช้ในการ ปฏิบัติงานตามภารกิจในการดำเนินบริการสาธารณะให้มีความสะดวกรวดเร็วและสามารถใช้งาน ได้ทุกระบบครบวงจร การพัฒนาโปรแกรมและติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือหรือ อุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาว่าจ้างพัฒนาโปรแกรมและ ติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกัน ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน (คำวินิจฉัยชี้ ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 7 /2555)

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ผู้เขียนวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ตาม แนวคำวินิจฉัย ได้ดังนี้

#### 1) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประกาศประกวดราคาจ้างและแบบใบเสนอราคามีเงื่อนไขกำหนด ว่า หากผู้ชนะการประกวดราคาไม่ทำสัญญากับผู้ประกาศประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคา ยอม

ให้หน่วยงานภาครัฐผู้ประกาศประกวดราคาหลักประกันของหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือค้ำประกัน รวมทั้งยินดีชดใช้ค่าเสียหายต่าง ๆ เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาได้ยื่นใบเสนอราคาโดยยอมรับเงื่อนไขข้างต้นและผู้ประกาศประกวดราคาได้มีคำสนองเป็นหนังสือว่าเห็นควรจ้างผู้เสนอราคา เป็นผู้ก่อสร้างโครงการดังกล่าว ข้อพิพาทในคดีนี้จึงมีข้อพิพาทว่าการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ หรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของหน่วยงานภาครัฐผู้ประกาศอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างตามประกาศ ที่เป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง กรณีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งรับหลักประกันของและให้คืนหลักประกันของดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

เมื่อผู้เสนอราคาตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศของหน่วยงานภาครัฐด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี และก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” โดยที่สัญญาหลักประกันของมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้มีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดียึดหลักประกันของของผู้ฟ้องคดี และการยึดหลักประกันของดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของ คดีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

หน่วยงานของรัฐผู้ออกประกาศประกวดราคา จะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันหลักประกันของผู้เสนอราคาภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลการคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย ให้คืนได้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือผู้ยื่นข้อเสนอได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ตามข้อ 170 วรรคหนึ่ง (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และเอกสารประกวดราคากำหนดหลักเกณฑ์การคืนหลักประกันของไว้ทำนองเดียวกันว่า ประกอบกับเอกสารประกวดราคาดังกล่าวจะต้องกำหนดกำหนดระยะเวลาคืนราคาไว้ด้วย การที่หน่วยงานของรัฐ ได้มีประกาศประกวดราคาดังกล่าว และดำเนินการให้มีการซื้อเอกสารประกวดราคา ตลอดจนจัดให้มีการประกวดราคาเพื่อนำไปสู่การทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้าง ถือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นการดำเนินกิจการทางปกครอง เอกสารประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเครื่องมือที่จะทำให้การดำเนินกิจการ

ทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีบรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการคืนหลักประกันการเสนาอราคา จึงเป็นกรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### 2) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง

ผู้เขียนเห็นว่าแม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หรือมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะก็ตามแต่การจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ซึ่งเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองเองและเป็นเพียงเครื่องมือส่วนหนึ่งที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครอง สัญญาซื้อขายจึงเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนหรือใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองเท่านั้นสัญญาซื้อขายวัสดุดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาทางปกครองตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การจัดซื้ออุปกรณ์ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะของภาครัฐหาได้เป็นสิ่งสาธารณูปโภคหรือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะด้วยไม่ ดังนั้นสัญญาหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนาอราคาเพื่อนำไปสู่การจัดทำสัญญาซื้อขายอุปกรณ์ดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาที่ให้ผู้เสนอจัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคของอันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด สัญญาหลักประกันของดังกล่าวเป็นสัญญาทางแพ่งมีได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ดังนั้นหากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นเพียงสัญญาจัดหาพัสดุธรรมดาที่สนับสนุนการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเท่านั้นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง เมื่อมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับคดีหลักซึ่งจะต้องใช้กฎหมายเฉพาะที่อยู่ในระบบศาลยุติธรรม ดังนั้นคดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

### 3) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใด (สัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง) จะต้องถือตามสัญญาหลัก

ผู้เขียนเห็นว่าการทำสัญญาซื้อจ้างที่จะทำขึ้นในอนาคตซึ่งมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ และมีได้มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อสัญญาหลักที่จะมีขึ้นในอนาคตไม่เป็นสัญญาทางปกครองสัญญาหลักประกันของหรือสัญญาประกวดราคาจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หากสัญญาซื้อจ้าง ซึ่งเป็นสัญญาหลักเป็นสัญญาทางปกครองข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาสัญญาหลักประกันของหรือสัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ก็อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

สัญญาว่าจ้างเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองมีอุปกรณ์ที่ทันสมัยใช้ในการปฏิบัติงานตามภารกิจในการดำเนินการบริการสาธารณะ ให้มีความสะดวกรวดเร็วและสามารถใช้งานได้ทุกระบบครบวงจร จึงเป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์สำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล สัญญาว่าจ้างดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง

และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าสัญญาประกันราคาหรือสัญญาหลักประกันของดั่งกล่าวหรือสัญญาก่อนสัญญาหลักนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งควรต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งหากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกันราคาหรือสัญญาหลักประกันของดั่งกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกันราคาหรือสัญญาหลักประกันของดั่งกล่าวควรต้องเป็นสัญญาทางแพ่งด้วยเช่นเดียวกันทั้งนี้เพื่อความสะดวกของตัวความหรือคู่ความในการต่อสู้คดีรวมถึงการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยโดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญาประกันราคาหรือสัญญาหลักประกันของนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักเช่นเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2552 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 7/2555)

## 5.4 ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกันราคา

การศึกษาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้วางแนวคำวินิจฉัยในปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกันราคาไว้ดังต่อไปนี้

### 5.4.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม

ศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า ประกาศประกันราคาซื้อจ้างเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ ให้ผู้ที่ประสงค์จะเข้าประกวดราคาทำคำเสนอ การยื่นซองประกวดราคาหรือใบเสนอราคาของจำเลยเป็นการทำ คำเสนอในการประกวดราคา เมื่อหน่วยงานภาครัฐฝ่ายผู้จัดการประกวดราคารับคำเสนอแล้วคัดเลือกและแจ้งผลการประกวดราคาเป็นคำสนอง “สัญญาประกันราคา” ก็เกิดขึ้น ผู้ประกวดราคาจึงมีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจำเลยได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ประกวดราคาได้แต่ไม่ไปทำสัญญากับโจทก์ตามกำหนด ก็ถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวดราคาจ้างจำเลยจึงมีสิทธิรับเงินมัดจำของหรือหลักประกันการเสนอราคา(คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 931/2480 คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1825/2522 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 581/2523)

### 5.4.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า ประกาศประกวดราคาหรือประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพทำคำเสนอแล้วยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย และเมื่อผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลการซื้อหรือจ้าง

ดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้มีอาชีพได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553) หรือในบางคดีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย สรุปได้ว่า เมื่อผู้มีอาชีพรับจ้างสนใจจะเข้าร่วมประมูลและได้มาซื้อเอกสารการประมูล รวมทั้งได้ยื่นของเอกสารเกี่ยวกับคุณสมบัติและหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งหน่วยงานทางปกครองได้ตรวจสอบคุณสมบัติแล้วได้ประกาศให้ผู้ยื่นของผ่านคุณสมบัติเป็นผู้ที่สามารถเข้าเสนอราคาได้แม้จะยังไม่ได้ทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่การที่ผู้มีอาชีพได้ยื่นคำเสนอตามแบบใบยื่นข้อเสนอการประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ตามเอกสารการประมูลและหน่วยงานทางปกครองได้ตกลงยินยอมให้เข้าร่วมการประมูลงานดังกล่าวได้แล้วนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า “สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” ขึ้นแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552) แต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในบางคดี วินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาจ้างเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และการที่หน่วยงานภาครัฐ ผู้ประกาศประกวดราคาสั่งรับคำเสนอรับจ้างเป็นคำสนอง มีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เป็นสัญญานับแต่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอราคา และเมื่อตามประกาศประกวดราคาจ้างและแบบใบเสนอราคามีเงื่อนไขกำหนดว่าหากผู้ชนะการประกวดราคาไม่ทำสัญญากับผู้ประกาศประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคา ยอมให้หน่วยงานภาครัฐผู้ประกาศประกวดราคารับหลักประกันของหรือเรียกมัดจำจาก ผู้ออกหนังสือค้ำประกัน เมื่อผู้ชนะการประกวดราคาได้ยื่นใบเสนอราคาโดยยอมรับเงื่อนไขข้างต้นและหน่วยงานภาครัฐผู้ประกาศประกวดราคาได้มีคำสนองเป็นหนังสือว่าเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดี เป็นผู้ก่อสร้างโครงการดังกล่าว ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคา ซึ่งได้มีคำเสนอของผู้ชนะการประกวดราคาและคำสนองของหน่วยงานภาครัฐผู้ประกาศอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างตามประกาศที่เป็นสัญญาทางปกครองต่อไป ข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548)

มีประเด็นที่ควรศึกษาว่า การประกาศประกวดราคาหรือประกาศประมูลซื้อจ้างเป็นคำเสนอหรือไม่ คำเสนอสนองในขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้างเกิดขึ้นเมื่อใด หรือสัญญาประกวดราคา เกิดขึ้นเมื่อใด และคู่สัญญาตามประกาศประกวดราคาจะต้องผูกพันและจะเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบตามสัญญาได้หรือไม่ประการใด

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวผู้เขียนวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา ได้ดังนี้

การประกาศประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐมีความประสงค์จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด ตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ หรือข้อกำหนดหรือขอบเขตงานที่ได้แนบท้ายเอกสารประกวดราคา และประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าว ยังได้กำหนดคุณสมบัติของมีสิทธิเสนอราคา และวัน เวลาที่จะเสนอราคา เนื้อหาโดยรวมของประกาศประกวดราคาเป็นการเชิญชวนผู้มีอาชีพเข้ามาเสนอราคา ประกาศ

ประกวดราคาดังกล่าวจึงเป็นคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 กล่าวคือ เมื่อผู้มีอาชีพได้รับทราบประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) ย่อมถือว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีผลเป็นคำเสนอ ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว และผูกพันหน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาจนกว่าจะล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 หรือเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองจากผู้มีอาชีพ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 แล้วแต่กรณี และหากไม่มีการสนองรับจากผู้มีอาชีพจนล่วงเลยเวลาดังกล่าวคำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปโดยปริยายหรือสิ้นความผูกพันไปเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357

เมื่อผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการยื่นของประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา ในกรณีนี้จึงถือว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง เมื่อคำเสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน อันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า ประกาศประกวดราคาหรือประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพทำคำเสนอแล้วยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย และเมื่อผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้มีอาชีพได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ก่อให้เกิดสัญญาหลักประกันของหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553) ในขณะเดียวกันก็เป็นคำเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อของประกวดราคาหรือใบเสนอราคาไปถึงหน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาย่อมถือว่ามีผลเป็นคำเสนอ ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว และผูกพันผู้ยื่นของประกวดราคาหรือผู้เสนอเสนอราคาที่จะไม่ถอนของประกวดราคาหรือใบเสนอราคานั้นจนกว่าจะล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 หรือเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองจากผู้ประกาศประกวดราคา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 แล้วแต่กรณี และหากไม่มีการสนองรับจากผู้ประกาศประกวดราคาจนล่วงเลยเวลาดังกล่าวคำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปโดยปริยายหรือสิ้นความผูกพันไปเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357

ในกรณีที่ผู้เสนอราคาได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาไม่มาทำสัญญาซื้อจ้างกับหน่วยงานของรัฐตามที่ได้แจ้งกำหนดเวลาไว้ หรือมิได้มอบหลักประกันสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ถึงแม้ก่อนที่จะมีการทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุเป็นหนังสือ ยังไม่มีสัญญาซื้อจ้างดังกล่าว คู่กรณียังไม่มีความผูกพันหรือจะเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบตามสัญญาหลักกันยัง

มิได้ แต่หน่วยงานของรัฐสามารถเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งถือเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักได้ และคู่สัญญาสัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นหน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคาไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายผู้เสนอราคาให้มาทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุ แต่มีสิทธิบังคับเอาหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาโดยการยึดหรือริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอื่นๆ นอกเหนือจากหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาได้อีกด้วยตามที่กำหนดไว้ในใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) ซึ่งถือว่าส่วนหนึ่งของสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด จึงพิจารณาได้ว่าคำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครองผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐพบว่า ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยคดีโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีพิพาทในการยึดหรือริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาแตกต่างกันออกไป โดยมีประเด็นปัญหาสำคัญที่ได้ศึกษา ดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

ประกาศประกวดราคามีเนื้อหาที่เป็นลักษณะเป็นการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้ามาประกวดราคา ประกวดราคาจึงเป็นคำเสนอ เมื่อผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกันได้มีการวางเงินหลักประกันของหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ อันก่อให้เกิดสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน และในขณะเดียวกันก็เป็นคำเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือเมื่อซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคาไปถึงผู้ประกาศประกวดราคาย่อมถือว่ามีผลเป็นคำเสนอแล้ว เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่ทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของ การวางหลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด (คำพิพากษาฎีกา ที่ 931/2480 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 1825/2522 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 581/2523 และคำพิพากษาฎีกา ที่ 2252/2535 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553)

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน

กรณีผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมเข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาจึงริบหลักประกันการเสนอราคา อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา กล่าวคือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เมื่อมีการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551) ในส่วนกรณีหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคาที่พ้นข้อผูกพันภายใน

กำหนด ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 173/2552 กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอราคาพร้อมกับวางหลักประกันการเสนอราคาแล้ว ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือเมื่อผู้ยื่นข้อเสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว หากมีกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากหากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคา ดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีแนวความคิดเป็น 3 แนวทาง ดังนี้ 1) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง 2) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง 3) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใดนั้นจะต้องถือตามสัญญาหลัก ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งควรต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคต กล่าวคือ หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคาย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคาควรต้องเป็นสัญญาทางแพ่งด้วย เช่นเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยโดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นสัญญาประเภทใดนั้นจะต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักเช่นเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 12/2552 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 7/2555)

ประการที่สี่ ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา

การจัดซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาและการประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวน ให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐมีความประสงค์จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด ตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะหรือข้อกำหนดหรือขอบเขตงานที่ได้แนบท้ายเอกสารประกวดราคา และประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวยังได้กำหนดคุณสมบัติของมีสิทธิเสนอราคา และวัน เวลาที่จะเสนอราคา เนื้อหาโดยรวมของประกาศประกวดราคาเป็นการเชิญชวนผู้มีอาชีพเข้ามาเสนอราคา ประกาศประกวดราคาดังกล่าวจึงเป็นคำเสนอ กล่าวคือ เมื่อผู้มีอาชีพได้รับทราบประกาศประกวดราคาซื้อจ้างแล้วย่อมถือว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีผลเป็นคำเสนอ และเมื่อผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการ

จัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา ในกรณีนี้จึงถือว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของภาครัฐแล้วสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน อันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553) ในขณะเดียวกันถือได้ว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้ทำคำเสนอซื้อจ้างต่อภาครัฐด้วย (เทียบเคียงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548)

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

1) การพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา หากนำหลักการในเรื่องคำเสนอสนองซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่าสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา

2) การซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาหรือด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดไม่ยอมเข้าทำสัญญาภายในกำหนดหรือมิได้มอบหลักประกันสัญญา ถือได้ว่ากระทำผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Bidding) และเอกสารประกาศเชิญชวนได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้าประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีกด้วย

3) หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หากฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

4) แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันการเสนอราคาจะมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

## บรรณานุกรม

กฎกระทรวงกำหนดเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐที่ใช้สิทธิอุทธรณ์ไม่ได้ พ.ศ. 2560.

**ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 86ก (23 สิงหาคม 2560): 33 – 34.

กฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำ

ข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ

พ.ศ. 2560. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 86ก (23 สิงหาคม 2560): 20 - 21.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนที่ปรึกษา พ.ศ. 2560. **ราชกิจจา**

**นุเบกษา.** 134, 86ก (23 สิงหาคม 2560): 22 – 30.

กฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าจ้างผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง พ.ศ. 2560.

**ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 86ก (23 สิงหาคม 2560): 31 – 32.

กรมบัญชีกลาง. 2550 (22 ตุลาคม). หนังสือ ที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365. **ซักซ้อมความเข้าใจ**

**และการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ**

**พัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549.**

กรมบัญชีกลาง คณะกรรมการจัดทำหนังสือเพื่อจำหน่าย. **คู่มือการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการ**

**ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไข**

**เพิ่มเติม.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2552.

กรมบัญชีกลาง สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ. **คู่มือการจัดทำประกาศจัดซื้อจัดจ้าง**

**(วิธีประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น**

**(e-Government Procurement: e-GP).** กรุงเทพมหานคร: กรม, 2554.

กรมบัญชีกลาง สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ. **คู่มือการใช้งานผู้ค้ากับภาครัฐ**

**(Electronic Bidding: e-Bidding).** ค้นจาก

<http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER20/DRAWER058/GENERAL/DATA0000/00000148.PDF>

กรมบัญชีกลาง สำนักมาตรฐานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ. **คู่มือข้อหารือการวินิจฉัยปัญหาการปฏิบัติ**

**ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** กรุงเทพมหานคร:

**สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2556.**

กฤษฎา จินเลิศ. **การจัดซื้อจัดจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ของภาครัฐ (e - Procurement)**

**ศึกษากรณี ประสิทธิภาพการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์**

**(e-Auction).** กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐประศาสนศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

2548.

กำชัย จงจักรพันธ์. **คู่มือกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

**มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.**

กิ่งพร ทองใบ, สุชาติ ศุภมงคล, และวรวรรณี ชลนภาสถิตย์. **การจัดการวัสดุและการจัดซื้อ.**

กรุงเทพมหานคร: สาขาวิชาวิทยาการจัดการมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. **รายงานการวิจัยหรือหลักสูตร เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการชำระหนี้เนื่องจาก  
เหตุการณ์อันเป็นรากฐานแห่งมูลหนี้เปลี่ยนแปลงไปเพราะเหตุแทรกซ้อนเหนือความ  
คาดหมาย (Supervening Events).** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์. 2554 (21 เมษายน). หนังสือ ที่ กค  
(กพรอ) 0421.3/ว 141. **การชักข้อคมความเข้าใจเกี่ยวกับเงื่อนไขการรับหลักประกัน  
ของ การแก้ไขปรับปรุงตัวอย่างเอกสารประกวดราคาซื้อและตัวอย่างเอกสาร  
ประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และตัวอย่างหนังสือแสดงเงื่อนไขการ  
ซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์.**

จำปี โสทธิพันธ์. **หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

จุลสิงห์ วสันตสิงห์. **สัญญาของรัฐ (Government Contracts).** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน,  
2554.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.**

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.** กรุงเทพมหานคร:  
วิญญูชน, 2547.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ.**

กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญา  
ทางปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.

เชิดชัย มีคำ. **คู่มือปฏิบัติงานพัสดุ เล่ม 1.** กรุงเทพมหานคร, ม.ป.พ., 2552.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2548.

ไชยวัฒน์ บุนนาค และสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. **สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน.**

**วารสารสภาพนายความ** 5, 24 (ตุลาคม – พฤศจิกายน 2539): 36 - 56.

ณัฐพล ลือสิงหนาท. **การใช้อำนาจในการสั่งยกเลิกการประมูล.** อุทธรณ์จากคดีปกครอง 7  
มิถุนายน 2553. ค้นวันที่ 13 มิถุนายน 2558 จาก

[http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/0905\\_case.htm](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/0905_case.htm)

दानากู ขออาพั๊ด. **สัญญาทางปกครองที่เกิดจากกระบวนการคัดเลือกเอกชนเข้าเป็นคู่สัญญาที่ไม่  
ชอบด้วยกฎหมาย.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2552.

ดารารพร ธีระวัฒน์. **กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่  
เป็นธรรม.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม. ค้นวันที่ 13 กรกฎาคม 2558 จาก

<http://www.Lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/th/317/8816.pdf>

ทศพร ศิริสัมพันธ์ และคณะ. รายงานวิจัยเรื่อง การพัฒนาระบบและกลไกของการตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ธันว์รัตน์ ธนพิทักษ์. บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครอง กรณีสถานะทางกฎหมายของคำสั่งยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์. ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2558 จาก

[http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/0903\\_tecnical\\_papers.htm](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/0903_tecnical_papers.htm)

จิตติมา กลางทัพ. ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างของเทศบาล ศึกษาเฉพาะกรณี การประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e - auction). กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2549.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย. หน่วยที่ 3 นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัย-ธรรมธิราช, 2559.

นิธินันท์ สุขวงศ์. ข้อสังเกตบางประการต่อกรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่มาตามวัน เวลาและสถานที่ที่กำหนดตามระเบียบ. บทความและสาระ 30 มกราคม 2554. ค้นวันที่ 13 มิถุนายน 2558 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1551>

บรม ศรีสุข. คำบรรยายวิธีพิจารณาวิญญูชนข้อหาหรือของ กวพ. และหลักเกณฑ์ส่วนสาระสำคัญของการจัดหาพัสดุของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กับการจัดทำและวิธีการบริหารสัญญาจัดซื้อ-จัดจ้างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535. กรุงเทพมหานคร: บริษัท นิไวไทยมิตรการพิมพ์ (1996) จำกัด, 2557.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ. วารสารกฎหมายปกครอง. 13, 2 (2530): 13-16.

- บุพผา อัครพิมาน. **สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย.** กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม. **ปัญหาการควบคุมการแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง **แบบสัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.** **ราชกิจจานุเบกษา.** 135, 37ง พิเศษ (19 กุมภาพันธ์ 2561): 8 – 9, 1 – 10.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. **สัญญาทางปกครองและพัสดุ.** เอกสารประกอบบรรยาย หลักสูตรกฎหมายปกครองสำหรับข้าราชการกรมศุลกากร วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2561. (เอกสารไม่ได้ตีพิมพ์).
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. **หลักกฎหมายและคดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุ สัญญาทางปกครอง และอนุญาโตตุลาการ.** เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ที่ ก.ศป. รับรอง) มุขนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เมื่อวันที่ 23 เมษายน 2560.
- ปารวี พิสิฐเสนากุล. **หลัก Clausula Rebus Sicstantibus ในสัญญาทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์. **ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครอง ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส.** ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2558 จาก [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academic/0903\\_tecnical\\_papers.htm](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academic/0903_tecnical_papers.htm)
- พงศธร สัตย์เจริญ. **ปัญหาสัญญาทางปกครอง.** บทความและสาระ 6 สิงหาคม 2549. ค้นวันที่ 13 กรกฎาคม 2558 จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=947>
- พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 24ก (24 กุมภาพันธ์ 2560): 13 – 54.
- พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553. **ราชกิจจานุเบกษา.** 127, 75ก (7 ธันวาคม 2553): 38 – 50.
- พีชมา จิตรมहिมา. **แนวคิดหลักกฎหมาย และนิติวิธีในการรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายการพัสดุของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ค้นวันที่ 29 มิถุนายน 2561 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act290>
- พัชรวรรณ นุชประยูร. **กม 7201 ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐ และการกระทำทางปกครอง.** เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคการศึกษาที่ 2/2557, คณะนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2557.

- พัชรวรรณ นุชประยูร. **กม 7202 กฎหมายปกครองชั้นสูง สัญญาทางปกครอง**. เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคการศึกษาที่ 2/2557 คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557. (เอกสารไม่ได้ตีพิมพ์).
- พัชรวรรณ นุชประยูร. **หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ**. ใน **เอกสารการสอนชุดวิชา วิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย**. หน่วยที่ 5. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมธิราช, 2559.
- พัชรวรรณ นุชประยูร. **หลักกฎหมายว่าด้วยการบริการสาธารณะ**. ใน **เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย**. หน่วยที่ 3. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมธิราช, 2559.
- พิชญ์สินี สัตยาธนาโชติ. **การบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษกรณีความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- พีระพงษ์ มีชันทอง. **ความรู้ คู่มือปฏิบัติงานเกี่ยวกับการพัสดุของส่วนราชการและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรไทย, 2553.
- เพ็ญศรี วงศ์เสรี. 5. **สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**. ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ**. สำนักงานศาลปกครอง สำนักนโยบายและแผน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน, ม.ป.ป.
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์. **รายงานการวิจัย การศึกษารายละเอียดกระบวนการเข้าร่วมภาคีความตกลงการจัดซื้อโดยรัฐในองค์การการค้าโลกของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. **หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- ยงยุทธ อนุกุล. **หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ: หลักการพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ**. เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครอง ครั้งที่ 2/2547 เรื่อง **สัญญาทางปกครองและพัสดุ** จัดโดย สำนักงานศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 16 - 18 กรกฎาคม 2547.
- ยุทธนา ทิณรัตน์. **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560. **ราชกิจจานุเบกษา**. 134, 210ง พิเศษ (23 สิงหาคม 2560): 1 - 71.
- รัฐพงศ์ โภคะสุวรรณ. **ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

- รุ่งนภา ฉันทวัตวงศ์. **ข้อสัญญาเกี่ยวกับเบี้ยปรับตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.
- ฤทัย หงส์สิริ. การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย. **วารสารกฎหมายปกครอง.** 18, 1 (เมษายน 2542): 55 – 75.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายน่ารู้: แนวคิดและหลักการแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง. **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา.** 6, 1 (เมษายน – กันยายน 2556): 149-168.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- วรัญญา งามศิริอุดม. **สถานะทางกฎหมายของการวางเงินมัดไว้เป็นหลักประกันตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- วัชรระ ปากดีสี. **เกาหลีใต้กับความสำเร็จของ e-Government.** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ค้นวันที่ 24 มิถุนายน 2558 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act76.htm>
- วันชัย สุระกุล, ดุสิต เสี่ยงมศักดิ์, วรวิทย์ จันทร, วสันต์ ฤทธิมนตรี และสมชาย วิมลรัตน์. **การจัดซื้อจัดจ้างด้วยระบบประมูลอิเล็กทรอนิกส์ (e – Auction) กับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในองค์การภาครัฐ กรณีศึกษา หน่วยงานสื่อสารสาธารณะ บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน).** กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2548.
- วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป.** ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- ศันันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- สถาบันพระปกเกล้า. **บทสรุปสำหรับผู้บริหาร เรื่องคดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **รายงานวิจัยเรื่อง การสร้างระบบความพร้อมรับผิดในระบอบราชการ (Accountability System in Thai Public Service).** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เจ.ปรีน, 2546.
- สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.
- สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด. **คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 8 พ.ศ. 2542 – 2543** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543.

- สำนักงานศาลปกครอง. **หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, 2554.
- สำนักงานศาลปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง. **แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ.** ค้นจาก [http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Oldnews/00\\_web/00\\_file/Supplies050856.pdf](http://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Oldnews/00_web/00_file/Supplies050856.pdf)
- สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย. **คำวินิจฉัยสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหาหรือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ เล่มที่ 5 พ.ศ. 2534 – 2536.** กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2536.
- สำนักวิจัยและวิชาการ ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง. **แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ.** ค้นวันที่ 19 สิงหาคม 2562 จาก <http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/09bookdetail-4911.html>
- สุชาติ ศุภมงคล, วินิจ วีรยางกูร และเอียรชัย จิตต์แจ้ง. **การจัดการพัสดุและการจัดซื้อ.** กรุงเทพมหานคร: สาขาวิชาวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2552.
- สุภวรรณ แยมอุบล. **มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- สุรพล นิตไกรพจน์. **สัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement. 2011. **อ้างอิงใน วรรณฎา งามศิริอุตม. สถานะทางกฎหมายของการวางเงินสดไว้เป็นหลักประกันตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

ว่าที่เรือโทเชาวลิต จันมณี

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปีที่สำเร็จการศึกษา 2544

ประสบการณ์ทำงาน

19 กุมภาพันธ์ 2547 - 15 มกราคม 2548  
นายความ สำนักงานสันักัด วิเศษศรี นายความ  
อำเภอเมืองระยอง จังหวัดระยอง

16 มกราคม 2548 - 31 มกราคม 2549  
นายความ สำนักงานมานิต เล็กโล่ง นายความ  
อำเภอนิคมพัฒนา จังหวัดระยอง

1 มิถุนายน 2549 - 1 พฤษภาคม 2556  
นิติกร ระดับ 3 /4/5/6ว หัวหน้างานนิติกรรมสัญญา  
กองวิชาการและแผนงาน เทศบาลเมืองมาบตาพุด  
จังหวัดระยอง

1 พฤษภาคม 2556 - 28 มิถุนายน 2558  
นิติกร ระดับ 6ว (ระดับชำนาญการ) หัวหน้างานตรา  
เทศบัญญัติ และหัวหน้างานรับเรื่องราวร้องทุกข์ กอง  
วิชาการและแผนงาน เทศบาลนครระยอง จังหวัดระยอง

29 มิถุนายน 2558 - ปัจจุบัน (พ.ศ. 2562)  
หัวหน้าฝ่ายนิติการ (ประเภทอำนวยการระดับต้น)  
เทศบาลนครระยอง จังหวัดระยอง