

มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี
จากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ

นางสาวสุวิมล จุ่มปุ



การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2564

**Legal Measures of Damage Remedy to Parties for Cancellation
of Public Procurement**

Miss Suwimon Jumpoo

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2021

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภค
จากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ
ชื่อและนามสกุล นางสาวสุวิมล จุ่มปู้
วิชาเอก กฎหมายธุรกิจ
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤติญา เกิดลาภผล

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2565

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



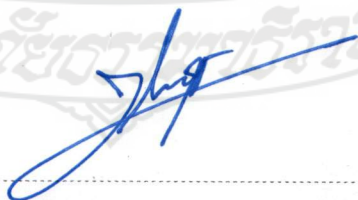
..... ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤติญา เกิดลาภผล)



..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ศิริพันธ์ พลรบ)



..... (รองศาสตราจารย์วรุฒิ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณีจากการยกเลิก
การจัดซื้อจัดจ้าง ของหน่วยงานรัฐ

ผู้ศึกษา นางสาวสุวิมล จูมปุ รหัสนักศึกษา 2614001762 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤติญา เกิดลาภผล ปีการศึกษา 2564

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีขอให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง สถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี (2) ศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาทั้งในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ และหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มครองของหน่วยงานรัฐในสัญญาทางปกครอง (3) ศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ ลักษณะของความรับผิด สิทธิการฟ้องคดี และมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี (4) วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายและขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงการกำหนดสถานะทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (5) เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีวิจัยทางเอกสาร โดยค้นคว้าจากตำรา บทความทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อมูลสารสนเทศ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ แนวคำวินิจฉัยของศาล รวมทั้งหลักกฎหมายไทยและหลักกฎหมายต่างประเทศ

ผลการศึกษาพบว่า มีข้อจำกัดของกฎหมาย 2 ประการ คือ (1) ความเหมาะสมของการกำหนดสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติให้ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ และจะอุทธรณ์ในเรื่องการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างไม่ได้ และการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีและการกำหนดค่าเสียหายในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญายังมีความไม่เหมาะสม (2) ข้อจำกัดสิทธิการฟ้องคดีขอให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ในการศึกษาครั้งนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยเพิ่มความในมาตรา 67 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง และเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 67/1

คำสำคัญ จัดซื้อจัดจ้าง, ความรับผิดชอบก่อนสัญญา, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

Independent Study title: Legal Measures of Damage Remedy to Parties for Cancellation of Public Procurement

Author : Miss Suwimon Jumpoo; **ID:** 2614001762; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study advisors: Dr. Kristhyada Kerdlapphon, Assistant Professor;

Academic year: 2021

Abstract

The objectives of this study were (1) to study the problems involving rights to file damage claims of the cancellation of the public procurement and to file for revocation of cancellation order, which provide legal relationship between parties in the procurement process prior to sign a contract and appoint compensation for damage caused by cancellation of contract; (2) to study the principle and theory concerning Culpa in Contrahendo of Thailand Acts and other countries and the privilege of the State agency in administrative contract; (3) to study Thai law concerning the cancellation of the public procurement, type of liability, right of filling and legal measures to remedy compensate for a party alleges; (4) to analyze the problems concerning rights to file for claim damages and revocation of the cancellation of the public procurement, which provide legal relationship between parties; and (5) to recommend legal measures for such problems.

The study was qualitative research methods; by documentary research from books, academic article, research, thesis, law, rule, regulation, judicial decisions, including principle of Thai law and international law.

The study found 2 limitations of law as follows; (1) The legal relationship between parties in the procurement process prior to the signing of a contract and remedy compensation for parties in The Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2560 which stated that the cancellation the procurement could not claim any damages from the State agency and could not submit an appeal of the cancellation of the procurement, as well as the legal relationship between parties for a dispute in the procurement process prior to the signing a contract and appoint compensation for a party unsuitable. (2) The limitation of rights to file for damage claims of the cancellation of the public procurement. This study recommend to amend The Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2560 in Section 67 paragraph 1 (1), paragraph 2 and added as section 67/1.

Keywords: Cancellation of Procurement, Culpa in Contrahendo, Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2560

กิตติกรรมประกาศ

การทำการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤติญา เกิดลาภผล สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช อาจารย์ที่ปรึกษาการศึกษาค้นคว้าอิสระ ที่ได้ให้ความกรุณาให้คำปรึกษา ข้อเสนอแนะและติดตามการทำการศึกษาค้นคว้าอิสระอย่างใกล้ชิดตลอดมา นับตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสำเร็จเรียบร้อยด้วยดี และรองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ กรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำ และข้อชี้แนะในการศึกษาค้นคว้าอิสระให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ผู้ศึกษารู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของอาจารย์ทั้งสองท่านเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ ขอบพระคุณคณาจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช เจ้าหน้าที่ เพื่อนนักศึกษา เพื่อนร่วมงาน ครอบครัว และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ทุกท่านที่ได้กรุณาให้การสนับสนุน ช่วยเหลือ และให้กำลังใจผู้ศึกษาตลอดมา

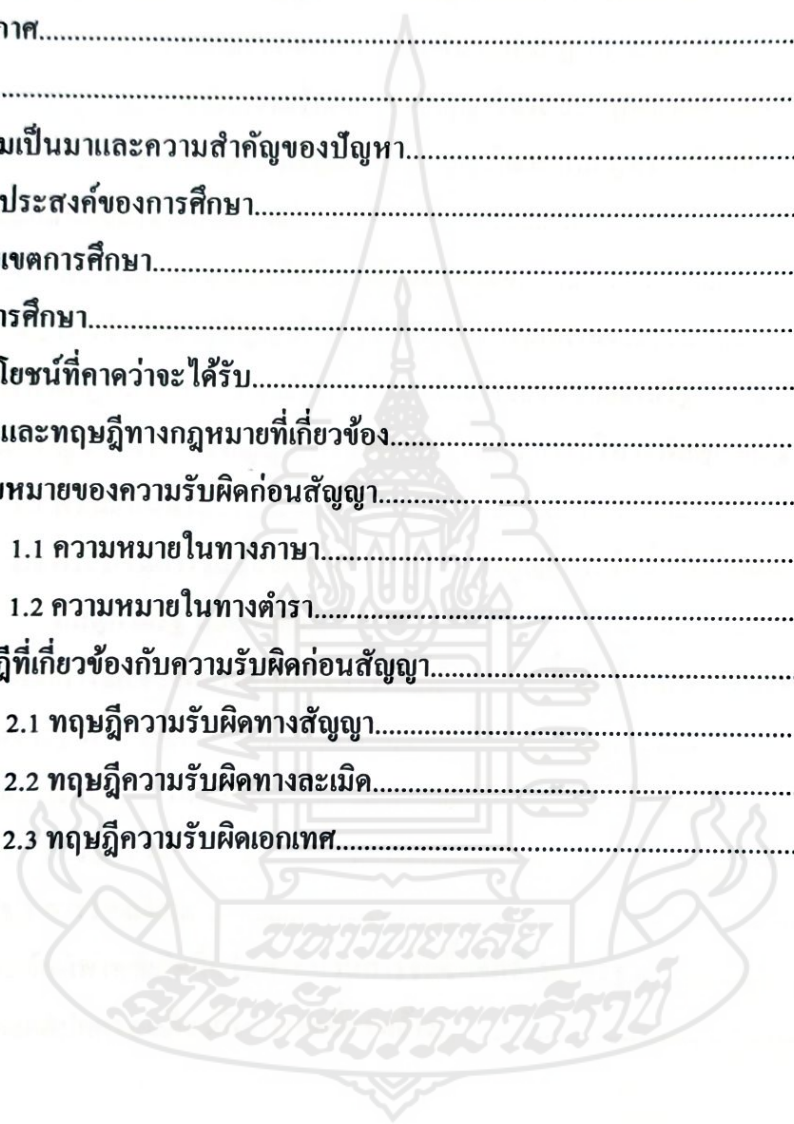
สุดท้ายนี้ ผู้ศึกษาหวังว่าการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้คงเป็นประโยชน์สำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และผู้ที่สนใจศึกษาต่อไป จึงขอมอบส่วนดีทั้งหมดนี้ให้แก่เหล่าคณาจารย์ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาจนทำให้ผลงานการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง และขอมอบความกตัญญูกตเวทิตาคุณแด่บิดา มารดา และผู้มีพระคุณทุกท่าน สำหรับข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นนั้น ผู้ศึกษาขอน้อมรับผิดเพียงผู้เดียว และยินดีที่จะรับฟังคำแนะนำจากทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษาเพื่อเป็นประโยชน์ในพัฒนาความรู้และการศึกษาค้นคว้าต่อไป

สุวิมล จุมปู

กันยายน 2565

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
3. ขอบเขตการศึกษา.....	6
4. วิธีการศึกษา.....	6
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	8
1. ความหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	8
1.1 ความหมายในทางภาษา.....	9
1.2 ความหมายในทางคำรา.....	9
2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	12
2.1 ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา.....	12
2.2 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด.....	14
2.3 ทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ.....	17



มหาวิทยาลัย
ราชภัฏบรจรัมราช

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	19
3.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายไทย.....	20
3.2 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของต่างประเทศ.....	24
3.2.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	24
3.2.2 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	29
3.2.3 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี.....	35
4. หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	39
4.1 ความหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	40
4.2 เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง.....	41
บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ.....	48
1. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	48
1.1 ความเป็นมา.....	48
1.2 กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	50
2. การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	65
3. การอุทธรณ์และการร้องเรียน.....	69
3.1 การอุทธรณ์.....	69
3.2 การร้องเรียน.....	72
4. ลักษณะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ.....	74
5. การฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง.....	82

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ของหน่วยงานรัฐ.....	120
1. ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของกลุ่มในกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี.....	121
2. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อ จัดจ้างของหน่วยงานรัฐ.....	142
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	163
1. บทสรุป.....	163
2. ข้อเสนอแนะ.....	170
บรรณานุกรม.....	175
ประวัติผู้ศึกษา.....	179



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในกระบวนการจัดทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุอันได้แก่สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรืองานจ้างควบคุมงานก่อสร้าง โดยก่อนที่ภาครัฐจะเข้าทำสัญญาเหล่านี้กับเอกชน หน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของเงินงบประมาณหรือเจ้าของโครงการที่จะจัดซื้อจัดจ้างจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์วิธีการและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง กรอบการปฏิบัติหรือกระบวนการต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติก่อนที่จะมีการทำสัญญากับเอกชนรายใดนั้น เรียกว่า “กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา” ซึ่งเป็นการดำเนินการที่ใช้ประโยชน์จากการแข่งขันราคาของเอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญากับภาครัฐเพื่อให้ได้พัสดุที่มีคุณภาพต้องตามความประสงค์ของหน่วยงานรัฐในราคาที่เหมาะสม

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ถือเป็นกฎหมายที่กำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐนำไปเป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุดเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและมีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหา การทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยในกระบวนการคัดเลือกเอกชนเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานรัฐจนถึงขั้นตอนก่อนลงนามในสัญญานั้นประกอบด้วยหลายขั้นตอน เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการเสนอราคา การออกประกาศเชิญชวน กระบวนการยื่นข้อเสนอ การพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอราคา การคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคา การเรียกให้มาลงนามในสัญญา เป็นต้น โดยทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนย่อมต้องมีการเตรียมการหลายประการเพื่อเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ไม่ว่าจะเป็นการจัดเตรียมเอกสารการเสนอราคา การจัดทำแคตตาล็อก การจัดทำแบบงานก่อสร้าง การจัดทำปริมาณงานและประมาณการราคางานจ้าง การวางแผนระยะเวลาทำงาน การติดต่อประสานงานด้านต่าง ๆ การจ้างที่ปรึกษาโครงการ การจัดหาหลักประกัน ตลอดจนการเตรียมการใด ๆ เพื่อเตรียมพร้อม

สำหรับการเข้าทำสัญญาในกรณีที่ได้รับคัดเลือกเป็นผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอย่างไรก็ดี พบว่ามีบ่อยครั้งที่หน่วยงานของรัฐได้ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหลังจากที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาด้วยสาเหตุหลายประการ อาทิ เหตุขัดข้องด้านงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง ไม่เพียงพอที่จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปหรือไม่ได้รับการจัดสรรงบประมาณ หรือเป็นกรณีที่หากดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือการยกเลิกประกาศผลผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างเนื่องจากมีการกระทำที่เข้าลักษณะมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือขัดขวางการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรม หรือการที่เอกชนผู้ชนะการเสนอราคาไม่เข้าลงนามเพื่อทำสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดและไม่มีผู้เสนอราคารายอื่นที่มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงมีเหตุอื่นใดที่ทำให้หน่วยงานรัฐต้องยุติการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไปก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา ซึ่งการดำเนินการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อเอกชนที่เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้นและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีได้

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการยกเลิกการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว พบข้อจำกัดของกฎหมาย 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาความชัดเจนของสิทธิในการฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายจากกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในหมวด 6 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิที่จะประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ โดยเอกชนผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้น จะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 67 วรรคหนึ่ง ความว่า “ก่อนลงนามในสัญญา หน่วยงานของรัฐอาจประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป (2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมหรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือต่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด (3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” และวรรคสอง

บัญญัติว่า “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกละเลินนั้น จะเรียกร้อยค่าเสียหายใดๆ จากหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้อยค่าเสียหายจากกรณีที่หน่วยงานของรัฐประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง อันมีลักษณะเป็นข้อห้ามเด็ดขาดมิให้มีการนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยให้ถือว่าการดำเนินการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐที่จะกระทำได้ จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่าบทบัญญัตินี้อาจไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดีเพื่อให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งอาจขัดต่อหลักนิติรัฐด้วย ในขณะที่เดียวกันเมื่อไม่สามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ก็อาจเป็นการขัดขวางการใช้อำนาจของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในทางคดีความกฎหมายแล้วการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐในกรณีที่มีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุ 4 ประการ ตามที่บัญญัติไว้มาตรา 67 วรรคหนึ่ง อาจกระทำได้แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติชัดเจนถึงสิทธิในการฟ้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายแต่อย่างใด

ปัญหาประการที่สอง ปัญหาการห้ามมิให้มีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

การที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้ “การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกันเป็นคำสั่งทางปกครอง” จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีผลทำให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ที่คำสั่งทางปกครองถือเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ย่อมอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวด้วย ดังนั้น องค์การตุลาการจึงย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ย่อมที่จะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งนั้นเสียได้และนอกจากการควบคุมตรวจสอบโดยองค์การตุลาการแล้ว การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยองค์การฝ่ายปกครองเองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอนคำสั่งนั้นเสียเองหากเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือทบทวนตามคำขอของคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองด้วยการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง แต่การที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้

การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 เป็นเรื่องที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 115 ว่า “ผู้มีสิทธิอุทธรณ์จะยื่นอุทธรณ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่ได้ (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 (3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวน ของหน่วยงานของรัฐ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เมื่อพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งต้องสามารถตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการหรือฝ่ายปกครองเอง การบัญญัติห้ามมิให้มีการอุทธรณ์เช่นนี้ จึงอาจถือได้ว่าเป็นการตัดสิทธิของประชาชนในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิของตน ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติรัฐ นอกจากนี้ ยังอาจมองได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 115 นี้ ประสงค์ที่จะห้ามมิให้มีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอน การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้ด้วยเช่นกัน

ปัญหาประการที่สาม ปัญหาสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณี ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา

ปัจจุบัน การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ถือเป็นการ สั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณา คำเสนอและมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามนัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ดังที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งการกำหนดให้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญามีสถานะทางกฎหมายอย่างไรนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากผลของการเป็นคำสั่งทางปกครองทำให้เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจทางปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลย่อมถูกกำหนดให้เป็น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด การพิจารณาความรับผิดและการกำหนดจำนวนค่าเสียหายจึงอยู่บนหลักการในเรื่องความรับผิดทางละเมิด แต่หากกำหนดให้คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์กันในทางสัญญา เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น แม้จะไม่มีสัญญาต่อกัน คู่กรณีก็อาจมีความรับผิดในมูลหนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตาม “หลักความรับผิดก่อนสัญญา” ซึ่งหมายความว่า บุคคลอาจมีความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกัน ก็ได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานของรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อน ที่จะมีการลงนามในสัญญา ก็อาจถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งในการพิจารณาความรับผิดย่อมสามารถนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้ได้ ดังนั้น การกำหนดสถานะของ

การกระทำต่าง ๆ ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างที่แตกต่างกัน ก็ทำให้ประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงสิทธิความเป็นผู้เสียหายและการกำหนดจำนวนความเสียหายมีความแตกต่างกันไปด้วย จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงความเหมาะสมในการกำหนดสถานะของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ดังกล่าวมีความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือไม่เพียงใด และเป็น การตัดสิทธิการฟ้องคดีโดยเด็ดขาดในลักษณะที่เป็นการตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การนำหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มครองหน่วยงานของรัฐมาใช้ในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ควรมีข้อจำกัดหรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขใด ตลอดจนในการวินิจฉัยความรับผิดของหน่วยงานของรัฐ อันเนื่องมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและการกำหนดค่าเสียหายควรนำหลักกฎหมายในเรื่องใดมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ในขณะที่เดียวกันต้องไม่กระทบต่อหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงลักษณะของความรับผิดในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง สิทธิของผู้เสียหายในการนำคดีมาฟ้องต่อศาล และมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณีจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนของสิทธิการฟ้องคดีขอให้ชดเชยค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา

2.2 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา และหลักเอกสิทธิ์ความคุ้มครองของหน่วยงานรัฐในสัญญาทางปกครองทั้งในระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายต่างประเทศ

2.3 เพื่อศึกษากฎหมายประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ ลักษณะของความรับผิดในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง สิทธิของผู้เสียหายในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหรือขอให้ชดเชย

ค่าเสียหาย และมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี รวมถึง ข้อจำกัด และเงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ

2.4 เพื่อวิเคราะห์ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย กรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึง การกำหนดสถานะทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก่อนมีการลงนามในสัญญา

2.5 เพื่อเสนอแนะแนวทาง ในการแก้ไขปัญหาด้านกฎหมายเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิ ในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และการขอให้ เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งความเหมาะสมของการกำหนดสถานะทางกฎหมายของ นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อน มีการลงนามในสัญญา

3. ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4. วิธีการศึกษา

ดำเนินการศึกษาด้วยวิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากตำราและบทความทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อมูล สารสนเทศ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ แนวคำวินิจฉัย คำพิพากษาและคำสั่งของศาล รวมทั้ง หลักกฎหมายไทยและหลักกฎหมายต่างประเทศ

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนของสิทธิการฟ้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย กรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง การห้ามมิให้มีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการยกเลิก การจัดซื้อจัดจ้าง และปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณี ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อน มีการลงนามในสัญญา

5.2 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา และหลักเอกสิทธิ์คุ้มครองของหน่วยงานรัฐในสัญญาทางปกครองทั้งในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

5.3 ทำให้ทราบถึงกฎหมายประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ ลักษณะของความรับผิดชอบในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง สิทธิของผู้เสียหายในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายหรือให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหรือและมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี รวมถึงข้อจำกัดและเงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐ

5.4 ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และการขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงการกำหนดสถานะทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา

5.5 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้านกฎหมายเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง และการขอให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงความเหมาะสมของการกำหนดสถานะทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา



บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ และการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในระหว่างดำเนินการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนทำสัญญา เป็นการดำเนินการที่ต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายและต้องเป็นไปตามกรอบการปฏิบัติงานที่กฎหมายกำหนด ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ การที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐเป็นกรณีที่มีความรับผิดชอบได้เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่สัญญายังไม่เกิดขึ้น จึงต้องศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาทั้งในระบบกฎหมายไทย และระบบกฎหมายของต่างประเทศ และหลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองควบคู่กันไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ความหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpa in contrahendo)

โดยปกติสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลตามสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันและเกิดเป็นสัญญาขึ้นซึ่งถือว่าเป็นโครงสร้างหลักในการเกิดสัญญาของทุกระบบกฎหมาย โดยกระบวนการก่อนที่จะมีการเกิดขึ้นของสัญญาส่วนใหญ่คู่สัญญาหรือบุคคลที่เป็นฝ่ายยื่นคำเสนอมักจะต้องมีการเตรียมการบางอย่าง เช่น การจัดทำข้อมูลการจัดเตรียมเอกสารสำหรับนำเสนอ การว่าจ้างที่ปรึกษาด้านกฎหมายหรือที่ปรึกษาโครงการ การหาหลักประกันสัญญา เป็นต้น โดยมีความคาดหวังว่าจะได้มีการทำสัญญากันต่อไป แม้ว่าในทางธุรกิจการที่ฝ่ายใดต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมการเพื่อยื่นคำเสนอทำสัญญา ย่อมจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ไปเพราะถือว่าเป็นความเสี่ยงตามปกติของการดำเนินธุรกิจ¹ ประกอบกับหลักสำคัญของการทำสัญญานั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานความสมัครใจ จึงไม่สามารถเรียกร้องอะไรจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้วสิ่งที่จะอาจเกิดขึ้นก็คือ ความไม่สุจริตหรือความไม่จริงใจของคู่กรณีในการเข้าร่วมกระบวนการยื่นคำเสนอคำสนอง

¹ จงปี โสคติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 23

หรือความไม่เป็นธรรมในการยกเลิกคำเสนอหรือคำสนองไปฝ่ายเดียว เมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายในขั้นตอนก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น ความรับผิดในช่วงเวลาก่อนสัญญาเกิดขึ้นนี้เรียกว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” เป็นความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีสัญญาต่อกัน²

ความรับผิดก่อนสัญญาหรือ *culpa in contrahendo* ได้มีการศึกษาถึงหลักการและแนวคิดทางกฎหมายไว้อย่างกว้างขวาง จึงต้องพิจารณาความหมายของความรับผิดก่อนสัญญาให้รอบด้าน ทั้งด้านความหมายทางภาษาและความหมายในทางตำรา

1.1 ความหมายในทางภาษา

โดยศึกษาถึงความหมายตามตัวอักษรของหลักความรับผิดก่อนสัญญา (*precontractual liability*) หรือในภาษาลาติน เรียกว่า *culpa in contrahendo* ซึ่ง ดร.ศันันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์ (จำปี หยกอุบล) ได้กล่าวถึงความหมายของ *culpa in contrahendo* หรือความรับผิดก่อนสัญญาไว้ว่า “เป็นความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง กล่าวคือ บุคคลนั้นๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์ที่เขาจะเจรจาตกลงกันได้โดยอิสระ และประโยชน์เช่นว่านี้เป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปในอันที่จะต้องเคารพต่อสิทธิของผู้อื่น (*neminem laedere*)” โดยอธิบายไว้ ดังนี้

คำว่า “*culpa*” ตรงกับคำว่า “*fault*”³ ในภาษาอังกฤษที่แปลว่า ความผิดหรือการกระทำที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ส่วนคำว่า “*contrahendo*” มาจากคำกริยาว่า *contrarre* หมายถึง การเข้าทำสัญญา และเมื่อนำคำว่า *endo* มาต่อท้าย ทำให้มีความหมายว่า กำลังเกิดขึ้น คำว่า *contrahendo* จึงมีความหมายว่า กำลังเกิดสัญญา

ดังนั้น *culpa in contrahendo* จึงมีความหมายว่า ความผิดที่เกิดขึ้นในขณะที่กำลังทำสัญญาอันเป็นความผิดที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ⁴

1.2 ความหมายในทางตำรา

สำหรับในทางตำรานั้นได้นักกฎหมายหลายท่านได้ให้คำนิยามและกล่าวถึงเรื่องความรับผิดตามสัญญาไว้ ดังนี้

² ไพจิตร บุญญพันธุ์, ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน, วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช 14, 2545 (ธันวาคม).

³ Zweigert K. & Kotz H., *An introduction to comparative Law 2nd*. Revised and translated from the German by Tony Weir (Clarendon Press: Oxford) 1992, p.639 อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁴ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

Professor ชาวอังกฤษชื่อ Groffrey Samuel และ Jae Rinkes ได้เขียนไว้ว่า culpa in contrahendo อยู่บนพื้นฐานความคิดว่าคู่กรณีที่เจรจาต่อรองทำสัญญา แต่ละฝ่ายจะมีหนี้ต่อกัน ซึ่งเป็นหน้าที่ด้วยตัวของสัญญาเอง เช่น หลักความซื่อสัตย์หรือกฎหมายละเมิด⁵

Professor Nigel G. Foster ได้เขียนไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาหรือ culpa in contrahendo หรือ Verschulden bei Vertragsverhandlung เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ได้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้ามาเพื่อจะทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง ดูแล และต้องซื่อสัตย์ (loyalty) ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง⁶

Professor Friedrich Kessler และ Edith Fine⁷ ได้เขียนไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นทฤษฎีที่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบความเสียหายในระหว่างเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญา แต่ไม่อาจทำได้เนื่องจากเป็นโมฆะหรือเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องจากคู่กรณีฝ่ายแรกได้

Rudolf Von Jhering นักกฎหมายและนักประวัติศาสตร์ชาวเยอรมันได้นำเสนอความคิดเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาหรือ culpa in contrahendo ไว้ในบทความที่ชื่อ culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten vertragen (ความผิดสำหรับความเสียหายในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะหรือสัญญาไม่เกิด) ว่า ในการทำสัญญานั้น มิได้ก่อให้เกิดหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น ในบางสถานการณ์นี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา นี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะมีอุปสรรคในทางกฎหมายซึ่งทำให้สัญญาเป็นโมฆะ แต่ความเป็นโมฆะนี้ ควรจะหมายความเฉพาะความไม่มีผลของสัญญาเท่านั้น มิใช่ว่าไม่มีผลทุกอย่าง ฉะนั้น เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ แม้ว่าจะยังไม่มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา แต่คู่กรณีก็ยังไม่หลุดพ้นจากหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ซึ่งมีมูลหนี้มาจากความผิด (culpa) ที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย เขาจึงเห็นว่าความผูกพันทางสัญญาจึงมิได้มีอยู่เฉพาะในกรณีที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่รวมไปถึงกรณีที่สัญญากำลังจะเกิดด้วย (statu nascendi) เพราะการเริ่มต้นการเจรจานั้นเป็นการนำคู่สัญญาเข้าสู่ความสัมพันธ์

⁵ Groffrey Samuel & Jae Rinkes, law of obligations and legal remedies (London : Cavendish Publish limited, 1996), p.228, อ้างใน ยุทธนา ทิฆรณัน, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2549, หน้า 8

⁶ Nigel G. Foster, German Law and Legal System (London : Blackstone Press Limited, 1993), p. 221 – 222, เรื่องเดียวกัน

⁷ Kessler F. & Fine E., “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A Comparative Study” 77 Harv.L.Rew, 1969, p.143, อ้างถึงใน จำปี โสภิตพันธุ์, อ้างแล้ว

ทางสัญญาที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในภายหน้า ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของตนที่มีอยู่ในช่วงเวลาก่อนเกิดสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกค่าเสียหายได้ด้วยเหตุที่ได้ให้ความไว้วางใจในความสำเร็จหรือในความสมบูรณ์ของสัญญา ซึ่งความรับผิดเช่นว่านี้ Jhering เห็นว่ามีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดตามสัญญาอันมีพื้นฐานอยู่บนความผิด โดยเป้าหมายของการเรียกค่าเสียหายนั้นก็คือ การทำให้คู่สัญญาอยู่ในฐานะที่ควรจะเป็นถ้าไม่เข้าทำสัญญา ฉะนั้นประโยชน์ที่ควรเรียกร้องได้จึงได้แก่ประโยชน์จากการไม่เข้าทำสัญญา มิใช่ประโยชน์จากการเข้าทำสัญญา⁸

นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านยังได้กล่าวถึงความรับผิดก่อนสัญญาไว้ ดังนี้

Professor Bianca⁹ ให้ความเห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดในความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นต่อเสรีภาพในการตกลงเข้าทำสัญญากัน ซึ่งไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดที่มีที่มาจากภายนอกของสัญญา ซึ่งไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา¹⁰

จากความเห็นของนักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น พอสรุปความหมายของความรับผิดก่อนสัญญาได้ว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” หมายถึง ความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญาต่อกัน ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตหรือความประมาทเลินเล่อของบุคคลนั้นๆ จนเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเข้าทำสัญญาได้หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์

การให้มีความรับผิดชอบของคู่สัญญาต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา ก่อนมีการทำสัญญา (pre – contractual contract) นี้ก็เพื่อให้บุคคลที่จะเข้าเป็นคู่สัญญาจะต้องมีความระมัดระวังและซื่อสัตย์ (good faith) ต่อกัน หรืออาจกล่าวได้ว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” คือ ความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่กำลังตกลงเจรจาเพื่อทำสัญญาต่อกัน ซึ่งคู่เจรจาได้กระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อ อันเป็นผลให้เกิดความรับผิดตามมา แต่คู่เจรจาฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายนั้นจะบังคับให้มีการรับผิดตามสัญญาไม่ได้เพราะสัญญายังไม่เกิด จึงยังไม่มี ความผูกพันให้ต้องรับผิดตามสัญญา (contractual liability) และไม่อาจถือได้ว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด เพราะความรับผิดดังกล่าวอาจไม่ถึงขั้นที่จะเป็นการกระทำต่อผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางละเมิด

⁸ จำปี โสทิพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, 2548, หน้า 33 - 39

⁹ Bianca C.M., supra note 4, p. 159. อ้างถึงใน จำปี โสทิพันธุ์, อ้างแล้ว

¹⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556, หน้า 434 - 437

2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ทฤษฎีทางกฎหมายที่นำมาอธิบายเรื่องความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา แยกเป็น 3 กรณี ได้แก่ ทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญา ทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิด และทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญา (contractual liability)

ความรับผิดชอบทางสัญญามีพัฒนาการในช่วงศตวรรษที่ 18 เนื่องด้วยในยุคนั้นมีการตื่นตัวเรื่องสิทธิและเสรีภาพอย่างกว้างขวาง ทำให้เกิดแนวคิดเชิงปรัชญาที่เชื่อลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ที่ปัจเจกชนสามารถตัดสินใจได้อย่างเสรี โดยรัฐต้องเคารพในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและต้องรับรองให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้นั้น ถือว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนเองได้ และการจำกัดเสรีภาพของบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยการใช้เสรีภาพของบุคคลนั่นเอง¹¹ แนวคิดดังกล่าวจึงส่งเสริมให้บุคคลใช้เสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น ทำให้พัฒนาการทางสังคมในการทำสัญญาเริ่มเปลี่ยนไป ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 10 สัญญาที่ทำกันจะอยู่ในลักษณะที่เกิดจากความสมัครใจและมีพื้นฐานของความซื่อสัตย์ (good faith) ของบุคคลแต่ละคน โดยในสมัยนั้นมีชนชั้นที่สำคัญ คือ ชนชั้นขุนนางและพ่อค้าที่มีความมุ่งหมายในการทำสัญญาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สัญญาที่พ่อค้าตกลงกันจะเน้นการต่อรองและผลประโยชน์ ส่วนสัญญาที่มีชนชั้นขุนนางเป็นคู่สัญญาจะเกิดขึ้นบนพื้นฐานของการรักษาความศรัทธาที่มีต่อการรักษาคำมั่นสัญญาและความซื่อสัตย์จึงเป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างคู่สัญญา โดยที่ “สัญญา” คือ ความตกลงที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในอนาคต สัญญาจึงก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาและมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา (privies of contract) ดังนั้น คู่สัญญาจะอ้างในภายหลังว่าตนไม่ควรต้องผูกพันหรือต้องปฏิบัติตามเพื่อชำระหนี้ไม่ได้¹²

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมมีผลผูกพันให้คู่สัญญาที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น คู่สัญญาจะเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนสัญญานั้นไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะยินยอมด้วย¹³ สัญญา

¹¹ ศนันท์กรณ (เจ้าปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 12), กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550, หน้า 237

¹² คาราวร ภิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 1), (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2538, หน้า 7.

¹³ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5), (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2552, หน้า 251.

อาจสิ้นผลผูกพันลงได้ด้วยการเลิกสัญญา โดยการเลิกสัญญานั้นอาจทำได้ด้วยการตกลงเลิกสัญญา ซึ่งอาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดทำคำเสนอขอเลิกสัญญาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย และคู่สัญญาอีกฝ่ายก็ทำคำสนองตอบรับกลับมาส่งผลให้เกิดสัญญาใหม่เพื่อเลิกสัญญาเดิม นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติหรือมีข้อกำหนดในสัญญาให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสิทธิได้ฝ่ายเดียว

ความรับผิดชอบตามสัญญานั้นเป็นความรับผิดชอบซึ่งสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งหมายถึงโดยปริยายว่าจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามมา ที่รู้จักกันในชื่อของการชำระหนี้ ตามทฤษฎีนี้ได้เน้นหน้าที่ของการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตแม้ในช่วงของการเจรจา ก่อนที่สัญญาจะเกิด ดังนั้น นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายอิตาลีเห็นส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าแม้ก่อนที่สัญญาจะเกิดจะยังไม่เห็นหน้าที่ตามสัญญาก็ตาม แต่ว่าคู่กรณีที่เจรจาเพื่อทำสัญญา หรือคู่เจรจาก็ได้มีหน้าที่ตามกฎหมายอย่างหนึ่งต่อกันแล้ว หน้าที่ดังกล่าวก็คือหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตอันเป็นหน้าที่หรือหน้าที่ทำนองเดียวกับที่มีเมื่อสัญญาเกิดแล้ว สำหรับนักกฎหมายอิตาลีเห็นอีกส่วนหนึ่งที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดชอบที่เกิดก่อนสัญญานี้ไว้ในกลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาเช่นกัน แต่ด้วยเหตุผลที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาในมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต” โดยจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีใช้คำว่า “คู่สัญญา” เสียแล้ว เพราะฉะนั้นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจึงน่าที่จะเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา มากกว่าที่จะเป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือความรับผิดชอบในทางละเมิด ประกอบกับเหตุผลอีกประการหนึ่ง ก็คือ บทบัญญัติมาตรา 1337 เรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในหมวดเรื่องสัญญา

ตามทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญานี้มีแนวคิดในเรื่องการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาว่า ควรจะต้องให้ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดชอบทางสัญญา มิใช่อาศัยมูลละเมิด แม้ว่าจะอยู่ในช่วงที่สัญญายังไม่เกิดก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น คู่กรณีสองฝ่ายที่อยู่ในระหว่างการเจรจาต่อรองกันย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามต่อกันตามหลักสุจริต โดยจะต้องมีความซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน ขณะที่สัญญายังไม่เกิด การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการแสดงเจตนา แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่กระทำการนั้นย่อมต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายตามกฎหมายสัญญา แม้ว่าอาจมีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม เช่น การทำคำเสนอ เป็นต้น ทฤษฎีนี้เห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวอาจเป็นมูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ได้ หากผู้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวบอกถอนการแสดงเจตนาของตนก่อนมีการสนองรับ

ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการที่ได้เตรียมการบางอย่างเพื่อจะแสดงเจตนาสนองรับ ดังเช่นกรณีการถอนคำเสนอก่อนมีคำสนองรับนั้น โดยถือว่ามีหนี้ที่ต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งกรณีเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากการไม่ชำระหนี้ในกรณีอื่น ๆ¹⁴ ที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการละเลยไม่ชำระหนี้ได้เช่นกัน หนี้ที่เกิดจากคำเสนออาจถือได้ว่าเป็นหนี้ที่ถึงวันการกระทำ กล่าวคือ ผู้เสนอต้องปล่อยให้คำเสนอคงมีผลอยู่และไม่บอกถอน ถ้าหากถอนคำเสนอไปก็จะก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งสิทธิในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ก็คือ การถอนคำเสนอนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องร้องคดีต่อศาลนั้น ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ย่อมเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องระบุว่าค่าเสียหายนั้นเกิดจากฐานใดเพราะเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ยกบทกฎหมายขึ้นปรับใช้เอง เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย¹⁵

2.2 ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด (delictual liability theory)

กฎหมายลักษณะละเมิดได้ถือกำเนิดขึ้นมาจากการที่มนุษย์เข้ามาอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กันทั้งทางตรงและทางอ้อม เมื่อมีการอยู่ร่วมกันในสังคมหมู่มากย่อมมีการกระทบกระทั่งสิทธิกันทำให้เกิดปัญหาและความเสียหายกันอยู่บ้าง และหากมีความเสียหายเกิดขึ้นย่อมเป็นปัญหาว่าผู้เสียหายเหล่านั้นจะเรียกร้องให้ใครมาเยียวยาความเสียหาย แต่ละสังคมจึงต้องมีการวางกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติ และถ้าใครฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการละเมิดอันจะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใด บุคคลนั้นย่อมจะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะดังที่เป็นอยู่เดิมหรือใกล้เคียงกับสถานะเดิมให้มากที่สุด ซึ่งการที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตนต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ มีการกระทำโดยผิดกฎหมายและเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้บุคคลบางประเภทจะต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เนื่องจากการกระทำของบุคคลนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ในฐานะที่บุคคลนั้นควรเป็น

¹⁴ จิตติ ดิงศกัทธิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์), 2522, หน้า 3

¹⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), 2526, หน้า 341

ผู้รับภาระในการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือเป็นกรณีที่ยากแก่การพิสูจน์ถึงความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ

ความรับผิดเพื่อละเมิดเป็นมูลแห่งหนี้ประเภทหนึ่ง (source of obligation) ที่บัญญัติไว้ในบรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบทบาทของกฎหมายละเมิดได้ถูกกำหนดให้เป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในรูปของเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ต้องสูญเสียและหรือได้รับความเดือดร้อนจากการถูกระทบกระเทือนต่อสิทธิปัจเจกของบุคคล

สัญญาละเมิดต่างก็เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เป็นเหตุให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เพราะทั้งละเมิดและสัญญาต่างก็บัญญัติอยู่ในเรื่องหนี้เช่นเดียวกัน โดยจุดที่เหมือนกันคือ ความเสียหาย การผิดสัญญาและการกระทำละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายเช่นเดียวกัน โดยความเสียหายในเรื่องละเมิดนั้นถือว่าเป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) สิทธิตามสัญญานั้นเป็นบุคคลสิทธิ คือ สิทธิที่ใช้อย่างกันได้อย่างเฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น แต่สิทธิเด็ดขาดจะเป็นสิทธิที่ใช้อย่างกับบุคคลทุกคน โดยในทางสัญญานั้นหากเกิดความเสียหายที่เป็นผลมาจากการไม่ชำระหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย เช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ รวมตลอดถึงเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษได้ หากคู่กรณีได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว มีประเด็นที่น่าสนใจว่า ถ้าเกิดการผิดสัญญาขึ้น เจ้าหนี้จะสามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายไว้ว่า ในกรณีที่ไม่มี ความรับผิดทางสัญญาเลย แต่เจ้าหนี้ผู้เสียหายจะฟ้องร้องทางละเมิดได้หรือไม่ นั้น มีประโยชน์ที่จะถกเถียงกันอย่างยิ่ง เนื่องจากการที่จะชี้ไปทางใดย่อมจะเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์แก่เจ้าหนี้ผู้เสียหายได้ ส่วนกรณีที่มีความรับผิดทางสัญญาอยู่แล้วจะมีประโยชน์ในการเลือกฟ้องทางรับผิดทางละเมิดได้หรือไม่ นั้น ความจริงก็คือไม่เปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้เสียหายเท่าใดนัก เพราะความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดต่างก็มีผลให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเหมือนกัน แต่อาจมีข้อแตกต่างกันบ้างในเรื่องเกี่ยวกับประเด็นที่น่าสับสนและในเรื่องเกี่ยวกับจำนวนค่าสินไหมทดแทน และการบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งโดยมากการฟ้องให้รับผิดทางสัญญาได้เปรียบมากกว่าในเรื่องที่ไม่ต้องนำสืบพิสูจน์ความผิด ส่วนการฟ้องให้รับผิดในทางละเมิดจะได้เปรียบในเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องมีการทวงถาม และจำนวนค่าสินไหมที่บังคับให้

ใช้ทดแทนไม่จำกัด รวมถึงการร่วมกันรับผิดชอบ เป็นต้น¹⁶ ฉะนั้น เพื่อให้เข้าใจปัญหานี้จึงต้องเข้าใจก่อนว่าในเรื่องความรับผิดชอบทางสัญญา นั้น เจตนาของคู่สัญญาถือเป็นหลักสำคัญยิ่ง หากว่าขณะทำสัญญาไม่ได้ตกลงที่จะยกเว้นบทบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดแล้ว เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่ได้ตกลงยกเว้นความรับผิดชอบทางละเมิดไว้ก็ไม่มีปัญหาเลยที่เจ้าหนี้ผู้เสียหายจะฟ้องร้องทางละเมิดไม่ได้ ในทางตรงกันข้ามหากคู่สัญญาได้มีเจตนาตกลงกันในเรื่องความรับผิดชอบไว้แล้ว ซึ่งหมายความว่าไม่ต้องการให้เอาหลักเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดมาใช้ในเมื่อเกิดความเสียหายตามกรณีที่ตกลงไว้ ก็เป็นเรื่องที่แน่นอนอยู่แล้วว่าคู่สัญญาต่างมีเจตนาที่จะไม่เอาหลักความรับผิดชอบทางละเมิดมาใช้แต่อย่างใด นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์บางท่าน ได้แก่ ท่าน Thaller ท่าน Sauzet และท่าน Saintelette เห็นว่า เมื่อมีคดีความผิดทางสัญญาเกิดขึ้น หากในกรณีเดียวกันนั้นเองมีลักษณะครบองค์เป็นความรับผิดชอบด้วยแล้ว ควรอนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายเลือกฟ้องร้องทางละเมิดแทนการฟ้องร้องทางสัญญาได้ เนื่องด้วยบทบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งสัญญาใด ๆ ย่อมไม่อาจตกลงกันยกเลิกหลักนั้นได้ การที่ห้ามเจ้าหนี้ฟ้องร้องทางละเมิดไม่ทำให้ฐานะของเจ้าหนี้ด้อยไปกว่าฐานะของบุคคลภายนอกแต่ก็มีนักนิติศาสตร์บางท่าน เช่น ท่าน Josserand ท่าน Demogue เป็นต้น มีความเห็นแตกต่างออกไป โดยเห็นว่า การที่อนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายฟ้องร้องทางละเมิดได้นั้นย่อมจะทำให้ความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาเสียก่อนเกิดความเสียหาย เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันเป็นเรียบร้อยแล้วว่าจะดำเนินความรับผิดชอบกันเช่นใด เจ้าหนี้กลับมาฟ้องทางละเมิดย่อมทำให้ผิดจากข้อตกลงนั้นไป จึงไม่ควรอนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้เสียหายเลือกฟ้องทางละเมิดได้¹⁷ จากความเห็นข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่าในกรณีที่คู่สัญญาตกลงยกเว้นหลักความรับผิดชอบทางละเมิดออกเสียแล้ว เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นก็ต้องใช้หลักความรับผิดชอบทางสัญญา ย่อมไม่ทำให้เกิดมีการฟ้องร้องละเมิดขึ้นได้

ตามทฤษฎีนี้นักกฎหมายไทยมีความเห็นว่า ความรับผิดชอบซึ่งเกิดขึ้นก่อนสัญญาไม่ใช่ความรับผิดชอบตามสัญญา แต่ควรเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด เนื่องจากสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่ายเท่านั้นที่ก่อหนี้ได้หรือเป็นบ่อเกิดแห่งนี้ได้ ส่วนนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นก่อหนี้ไม่ได้ เพราะนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นเพียงทำให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ได้แก่ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ แต่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ เพราะหนี้เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ลูกหนี้ ต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า เจ้าหนี้ ดังนั้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว จึงขาดบุคคลไปฝ่ายหนึ่ง

¹⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 61 - 63

¹⁷ จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดียวกัน

คือ เจ้าหนี้ หนี้จึงไม่เกิดขึ้น เพราะไม่มีใครแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์นั้น จึงยังไม่มีใครได้ สิทธิเรียกร้องเป็นเจ้าหนี้¹⁸ เมื่อยังไม่มีสิทธิเรียกร้องก็ยังไม่มีการฟ้องกัน การจะให้บุคคลอื่น เข้ามาผูกพันเกี่ยวข้องกับ จึงต้องให้เขาแสดงเจตนาสมัครใจยินยอมด้วย แม้แต่ในการที่จะให้เขา เป็นเจ้าหนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า ใคร ๆ ก็ยินดีสมัครใจด้วยเนื่องจากผู้ที่เป็นเจ้าของหนี้จะต้องรับภาระ บางอย่างก็ได้ ฉะนั้น หากไม่มีสัญญาต่อกันก็ย่อมจะไม่มี ความรับผิดชอบทางสัญญาต่อกันด้วย ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา ผู้เสียหายจึงต้องเรียกร้องหรือฟ้องร้องตามหลักละเมิด¹⁹

สำหรับประเทศที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มความรับผิดชอบ นอกสัญญาหรือละเมิดนี้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส โดยมีนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า ความรับผิดชอบ นอกสัญญาหรือความรับผิดชอบทางละเมิดนี้เป็นความรับผิดชอบที่สันนิษฐานถึงความมีอยู่ของหนี้ หรือความผูกพันทั่ว ๆ ไปที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น²⁰ ส่วนนักกฎหมายอิตาลีเห็นบางส่วนก็เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มนี้ โดยมีความเห็นว่า เพราะไม่อาจจัดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจาก เป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิด มิใช่ความรับผิดชอบสำหรับความผิดเมื่อเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น แม้อาจจะกล่าวได้ถึงหนี้ที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนสัญญา แต่ก็ไม่อาจจะกล่าวได้เลยว่าหนี้ นั้น มีลักษณะเฉพาะของตัวเอง และในท่ามกลางหลักเกณฑ์เหล่านั้นก็มีหลักสุจริตอยู่ด้วย (good faith หมายถึง หลักแห่งมาตรฐานความซื่อสัตย์หรือความเชื่อมั่นศรัทธาอันบุคคลพึงมีแก่กันโดยชอบ) ซึ่งการฝ่าฝืนจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบอันอยู่นอกขอบเขตของสัญญา²¹ และเมื่อไม่อาจจัดอยู่ใน กลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาได้ กลุ่มที่เหลืออยู่จึงมีเฉพาะกลุ่มความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือ ความรับผิดชอบทางละเมิดเท่านั้น

2.3 ทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศ (third land theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบที่เกิดในช่วงการเจรจาก่อนที่จะเกิดสัญญาเป็นความผิด ที่ไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบทางสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิด และไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่ม ความรับผิดชอบทางละเมิดเช่นกัน จึงควรนำมาจัดอยู่ในกลุ่มใหม่ คือกลุ่มความรับผิดชอบก่อนสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญามีรากฐานแตกต่างจากความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะสัญญา

¹⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค 1 – 2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์), 2520, หน้า 434 -435 อ้างใน ธัญพร รินนายรักษ์, ปัญหาทางกฎหมาย เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานรัฐ, การศึกษาอิสระมหาวิทยาลัยรามคำแหง หลักสูตรปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต ปีการศึกษา 2553

¹⁹ วงษ์ วีระพันธ์, ละเมิดกับสัญญาต่างกันอย่างไร, คุณพาห 10 (มกราคม 2506), อ้างใน ธัญพร รินนายรักษ์, เรื่องเดียวกัน

²⁰ จำปี โสคติพันธุ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายอิตาลี, อ้างใน ยุทธนา ทิณรัตน์, เรื่องเดียวกัน

²¹ งามใจ แวมฉวีวรรณ (2542), ความรับผิดชอบก่อนสัญญา ศึกษาในเชิงทฤษฎี, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 24 – 25

ยังมีได้เกิดขึ้น จึงยังมีได้มีความผูกพันใด ๆ ทางสัญญาต่อกัน แต่ก็มิได้หมายความว่าความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญาจะอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือละเมิด เพราะว่าในกรณีละเมิดนั้นสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมายทั้งในเรื่องของสัญญาและเรื่องของละเมิดอยู่แล้ว จึงควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่ซึ่งเป็นกลุ่มความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศ²² ยิ่งไปกว่านั้นมิใช่ให้ความเห็นอีกว่านี่ที่เกิดก่อนสัญญานี้เป็นหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่เป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเจรจาด้วย ซึ่งความเห็นนี้ถูกคัดค้านเป็นอย่างมากในประเทศอิตาลี เพราะถือกันว่าในกฎหมายเอกชนของอิตาลีนั้น ไม่อาจที่จะมีกลุ่มความรับผิดชอบที่สามนอกเหนือจากกลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาและกลุ่มความรับผิดชอบในทางละเมิด

ประเทศเยอรมันเห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ ซึ่งแต่เดิมกฎหมายเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นหลักทั่วไปไว้โดยตรง จึงได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเรื่อง จึงทำให้ไม่อาจนำกฎหมายที่มีอยู่มาขยายความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาได้ทุกกรณี โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบที่เป็นแนวที่สามหรือเป็นเอกเทศเพราะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบสำหรับความประมาทเลินเล่อในระหว่างการตกลงเข้าทำสัญญา ซึ่งในระหว่างนั้นคู่สัญญามีหน้าที่พิเศษในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) อันเป็นหน้าที่ที่มีเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องทำสัญญาด้วยเท่านั้น มิใช่หน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่ว ๆ ไป ดังเช่นกรณีของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงมิใช่หลักที่มาขยายหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ยิ่งไปกว่านั้น หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าวมีอยู่ก่อนที่สัญญาจะเกิด ดังนั้น ไม่ว่าสัญญาจะเกิดหรือไม่ก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบก่อนสัญญาจึงมิใช่ความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะสัญญาอาจยังไม่เกิดขึ้นก็ได้ และหากสัญญาจะเกิดแล้ว ความไม่ระมัดระวังดังกล่าวก็ยังอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดอยู่ดี

ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ทฤษฎีความรับผิดชอบทางสัญญาหรือทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิด แต่เป็นทฤษฎีที่อยู่ระหว่างสองทฤษฎี โดยมีแนวคิดในการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เพื่อคุ้มครองคู่กรณีแต่ละฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาว่าจะต้องมี ความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือประมาท คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตจากคู่กรณีฝ่ายแรกได้

²² จาปี โสคติพันธุ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, อ้างแล้ว

ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 จึงได้มีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน²³

3. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้เสนอ” ได้ทำคำเสนอไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า “ผู้สนอง” และผู้สนองได้สนองรับคำเสนอนั้น เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันก็จะเกิดสัญญาขึ้น ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของการก่อให้เกิดสัญญา

นอกจากการทำคำเสนอโดยผู้เสนอซึ่งตามกฎหมายไทยถือเป็นการแสดงเจตนาไปยังผู้สนองเพื่อให้มีการทำสัญญาแล้ว ยังมีการแสดงเจตนาเพื่อเข้าทำสัญญาในรูปแบบอื่น ๆ อีก เช่น ก่อนที่จะมีการทำสัญญากัน ฝ่ายผู้เสนอกับผู้สนองอาจมีการเจรจาต่อรอง หรือมีการทำหนังสือแสดงเจตจำนง (letter of intent) เพื่อเข้าทำสัญญากันในอนาคต ซึ่งถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสนองรับแล้วก็จะเกิดเป็นสัญญาและก่อให้เกิดหนี้ผูกพันคู่สัญญาเช่นเดียวกับกรณีการทำคำเสนอ²⁴ หลังจากที่เกิดสัญญาขึ้นระหว่างคู่สัญญาและมีหนี้ผูกพันคู่สัญญาแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดนัด (default) หรือผิดสัญญา (breach of contract) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้

อย่างไรก็ดี ในระหว่างขั้นตอนที่มีการเจรจาต่อรองทำสัญญากันอยู่ แต่ยังไม่มีการสนองรับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และได้มีการยกเลิกการเจรจาต่อรองทำสัญญาโดยผู้เสนอที่ดี หรือผู้ทำหนังสือแสดงเจตจำนงที่ดีได้ทำการยกเลิก (cancel) หรือเพิกถอน (revoke) การแสดงเจตนาดังกล่าวของตนเสียก่อนที่จะมีการทำสัญญา หรือแม้กระทั่งในกรณีที่มีการกระทำโดยไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายหนึ่งในช่วงเวลาก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น ทำให้ต้องยกเลิกการทำสัญญานั้นไป จึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่าคู่เจรจาหรือผู้ที่แสดงเจตจำนงจะทำสัญญามีสิทธิกระทำการยกเลิกเพิกถอนคำเสนอของตนได้หรือไม่ เพียงใด และจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างไรต่อความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้คาดหมายว่าจะมีการทำสัญญา และได้เตรียมการบางประการไว้ล่วงหน้าเพื่อการที่จะ

²³ ยุทธนา ทิณรัตน์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

²⁴ ฉัฐพงษ์ ไบยะบุตร, ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเนื่องจากการเพิกถอนคำเสนอและการยกเลิกการเจรจาต่อรอง, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษ: ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (สิงหาคม 2552)

เข้าทำสัญญา เมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้นคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้หรือไม่ เพียงใด

3.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายไทย

กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ในเรื่องของความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นยังคงมีความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศเยอรมัน เนื่องจากระบบกฎหมายสัญญาของเยอรมันมีการรับเอากรอบความคิดที่ค่อนข้างกว้างเกี่ยวกับหนี้ในทางสัญญาที่ขยายไปถึงช่วงเวลาของการเจรจา ก่อนมีการตัดสินใจทำสัญญาเข้าไว้ด้วย ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีการกล่าวถึงความคิดเกี่ยวกับหนี้ก่อนสัญญาแต่อย่างใด ดังนั้น ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา คู่เจรจาแต่ละฝ่ายจึงไม่มีหน้าที่หรือหนี้ใด ๆ เป็นการทั่วไปที่จะต้องกระทำการโดยสุจริต เมื่อมีความเสียหายหรือการเสียโอกาสใด ๆ ที่เกิดขึ้นแก่คู่เจรจาเพราะการยุติการเจรจา จึงสามารถเยียวยาได้ด้วยการใช้หลักความรับผิดชอบตามกฎหมายสัญญา กล่าวคือ เป็นการถือว่าคู่เจรจาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบเพราะกระทำการละเมิดต่อสัญญา²⁵

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในบางกรณี เช่น การห้ามบอกถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 354 บัญญัติว่า “คำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้” แต่จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ครอบคลุมไปถึงเรื่องความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในทุกกรณี นักกฎหมายจึงต้องหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในความรับผิดทางแพ่งคือ กฎหมายแพ่ง อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความรับผิดเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาและความรับผิดทางละเมิด

กฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการผิดข้อตกลงก่อนสัญญา หรือการเพิกถอนคำเสนอของไทยนั้นก็มิได้มีการกล่าวถึงชัดเจนนัก ไม่ว่าจะในทางทฤษฎีหรือในทางตำรา หรือแม้กระทั่งในทางปฏิบัติ ตลอดจนแนวคิดนักกฎหมายยังมีข้อจำกัดอยู่มากในเรื่องความรับผิดทางละเมิดและมีความเห็นที่แตกต่างกัน เนื่องจากการจะนำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น

²⁵ Tudsri, P., and Pinkaew, A. A. Formation of Contract, Enforceability, and Pre-Contractual

Liability in Thailand. In Formation and Third Party Beneficiaries. pp. 397 – 426, อ้างใน นัฐติยา ตันตระกูลวาณิชย์, ปัญหาทางกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญา, วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปี พ.ศ. 2561,

โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” และมาตรา 421 “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของคู่กรณีอีกฝ่ายที่เกิดขึ้นก่อนทำสัญญาก็ไม่อาจกระทำได้ เพราะการที่บุคคลจะเข้าทำสัญญากันหรือไม่เป็นเรื่องของหลักเสรีภาพในการสัญญา และการใช้เสรีภาพนั้นทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายก็ไม่ใช่เรื่องของการใช้สิทธิอันมีแต่จะทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแต่ประการใด รวมทั้งการที่จะนำเอาเรื่องหลักสุจริตตามมาตรา 5 ที่ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” มาปรับใช้กับความรับผิดก่อนสัญญาก็ไม่อาจทำได้ เนื่องจาก (1) บทบัญญัติมาตรา 5 เป็นเรื่องของการใช้สิทธิ เช่นเดียวกับมาตรา 421 ไม่ใช่การใช้เสรีภาพ (2) การชำระหนี้ย่อมหมายความว่าได้มีหนี้เกิดขึ้นแล้ว คือ มีสัญญาแล้วและในการชำระหนี้จึงต้องกระทำโดยสุจริต และ (3) มาตรา 5 เป็นการบัญญัติไว้กว้าง ๆ ในลักษณะของหลักทั่วไปจึงมีความหมายกว้างและไม่มียกข้อยกเว้นที่แน่ชัดสำหรับการฝ่าฝืนหลักสุจริต อีกทั้ง ศาลมักจะตัดสินบทลงโทษของการฝ่าฝืนหลักสุจริตที่แตกต่างกัน จึงไม่อาจถือว่าเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เป็นผลประโยชน์ที่ควรได้รับจากการเข้าทำสัญญา²⁶

ในอดีตศาลฎีกาเคยมีพิพากษาว่า แม้จะยังไม่ได้มีการแจ้งให้เข้าทำสัญญาอย่างเป็นทางการก็ตาม เอกชนผู้เสนอราคาก็ไม่สามารถบอกถอนคำเสนอของตนได้ เมื่อผู้เสนอราคาไม่เข้ามาทำสัญญาจ้างตามคำเสนอ จึงเป็นการผิดสัญญาประกวตราค่า ส่วนกรณีที่มีการเรียกให้ผู้เสนอราคาที่ชนะการประกวดราคาเข้ามาทำสัญญาแล้ว แต่ผู้เสนอดังกล่าวไม่ยอมเข้ามาทำสัญญา หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจึงมีการว่าจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้เข้ามาทำสัญญาด้วยราคาค่าจ้างที่สูงกว่าเดิม กรณีเช่นนี้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาสามารถริบเงินมัดจำได้เท่านั้น แต่จะเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาไม่ได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิดขึ้นจึงเรียกให้ผู้เสนอราคารายแรกรับผิดตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งจากการที่ศาลวินิจฉัยว่าสามารถเรียกค่าเสียหายได้ แต่ไม่ใช่ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาโดยมิได้ระบุชัดว่าค่าเสียหายที่เรียกได้นั้นเป็นค่าเสียหายโดยอาศัยความรับผิดฐานใด (ความรับผิดทางสัญญา ความรับผิดทางละเมิด หรือความรับผิดเอกเทศ) ซึ่งแม้ไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาโดยตรง แต่ศาลก็ได้ยอมรับว่าสามารถเกิดความรับผิดได้ในช่วงของการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาได้

²⁶ โชคชัย พิณะเวศน์, รุ่งแสง กฤตยพงษ์, สุธี อยู่สถาพร, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา, การประชุมเสนอผลงานวิจัยผลงานระดับบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 2

ซึ่งการที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาก็อาจมองไปได้ว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญา

ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 การกำหนดลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในกระบวนการจัดหาพัสดุของภาครัฐเป็นการกำหนดโดยนำเอากฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือสิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน จากบทบัญญัติของกฎกระทรวงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของหน่วยงานรัฐที่เข้าลักษณะที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถือว่ามีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” อันมีผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจาก “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจาก “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่ผ่านมาพบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการของหน่วยงานรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยถือว่าการกระทำในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนมีการลงนามในสัญญามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ต่อมาภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว พบว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น มีแนวคำวินิจฉัยแยกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก เห็นว่าการกระทำในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประมูลจ้างเหมาโครงการก่อสร้าง แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้มาลงนามในสัญญาภายในกำหนดเวลา ศาลวินิจฉัยว่า เอกสารประกวดราคาได้มีข้อความแจ้งรายละเอียดกำหนดเวลาที่ผู้ฟ้องคดีต้องไปทำสัญญา รวมทั้งได้แจ้งมาตรการหรือสภาพบังคับในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งรวมถึงการยกเลิกการจ้างไว้ด้วย การที่ผู้ฟ้องคดีมิได้มาลงนามในสัญญาภายในกำหนดเวลาของผู้ฟ้องคดี

จึงถือเป็นการปฏิบัติผิดเงื่อนไขข้อกำหนดเอกสารประมูลจ้าง และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าเนื่องจากระยะเวลาได้ล่วงเลยมานานแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้มาลงนามในสัญญาเป็นเหตุทำให้งานก่อสร้างล่าช้า ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงขอยกเลิกการประมูลจ้างโครงการก่อสร้างและริบหลักประกันซอง เห็นได้ว่าการออกคำสั่งยกเลิกการประมูลจ้าง โครงการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบด้วยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นมาของเรื่องอันเป็นสาระสำคัญ มีการอ้างอิงข้อกฎหมาย รวมทั้งมีเหตุผลอันประกอบด้วยข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการยกเลิกการประมูลจ้างดังกล่าวแล้ว ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยสุจริตและชอบด้วยกฎหมายแล้ว²⁷ จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองกำหนดให้ข้อพิพาทอันเกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง โดยเห็นว่าการยกเลิกการประมูลจ้างมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กรณีที่สอง เห็นว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น ในคดีที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศผลการพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประกวดราคา และได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาจ้างภายใน 3 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับแจ้ง ผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือดังกล่าวเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2553 จึงครบกำหนดในวันที่ 6 เมษายน 2553 แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะวางหลักประกันสัญญาเป็นหนังสือค้ำประกันของธนาคาร ซึ่งจะต้องใช้เวลาดำเนินการประมาณ 7 – 10 วัน จึงขอไปทำสัญญาในวันที่ 28 เมษายน 2553 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้มีประกาศยกเลิกการประกวดราคาจ้างก่อสร้างโครงการดังกล่าวโดยระบุว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มาลงนามในสัญญาภายในเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และใช้สิทธิในการริบหลักประกันซองศาลวินิจฉัยว่า ในการประกวดราคาจ้างด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาต้องเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดีภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีย่อมทราบมาก่อนเข้าร่วมประกวดราคาจะต้องเตรียมหลักประกันไว้ให้พร้อมกรณีเป็นผู้ชนะการประกวดราคา เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีภายในกำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาจ้างฯ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสิทธิริบหลักประกันซองของผู้ฟ้องคดีตามที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาดังกล่าว และเงินค่าปรับดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญา

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.421/2562

ตกลงกันไว้ล่วงหน้าในกรณีที่คุณไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร จึงเป็น
 เบี้ยปรับตามนัยมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่คุณฟ้องคดีใช้สิทธิ
 รับหลักประกันของผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้สิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายและตามสัญญา²⁸

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองทั้งสองกรณีจะเห็นได้ว่า ศาลได้กำหนดลักษณะของ
 ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญา (ลงนามในสัญญา) เป็นคำสั่งทางปกครอง
 และข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งการกำหนดสถานะของการกระทำความผิดต่อ
 การพิจารณาในเรื่องสิทธิการฟ้องคดี เงื่อนไขการฟ้องคดี รวมถึงการเยียวยาความเสียหาย
 แก่คู่กรณีด้วย ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ศึกษาในรายละเอียดในบทที่เกี่ยวข้องต่อไป

3.2 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของต่างประเทศ

โดยทำการศึกษาลักษณะความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบ
 กฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายอิตาลี มีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมัน

หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรม (rechtsgeschafte หรือ juristic acts) ของระบบ
 กฎหมายเยอรมันมีผลทำให้การทำคำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่มีผลผูกพันผู้เสนอ
 และก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่แก่ผู้เสนอที่จะต้องปฏิบัติตามข้อความในคำเสนอของตน โดย
 บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German civil code) มาตรา 145 ถึงมาตรา 148 ได้
 กำหนดว่า คำเสนอที่มีผลผูกพันผู้เสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดให้สนองรับ โดยมีอาชงอนคำเสนอ
 ของตนได้ก่อนครบกำหนด ในกรณีที่คำเสนอมิได้ระบุเวลาแน่นอนให้สนองรับ ผู้เสนอก็ต้อง
 ผูกพันในคำเสนอของตนภายในระยะเวลาอันสมควรที่ควรคาดหมายได้ว่าจะได้รับคำสนอง²⁹
 หลักกฎหมายดังกล่าวมีรากฐานมาจากกฎหมายเยอรมันนิกเก่าแก่ ตั้งแต่ครั้งเยอรมันรับเอากฎหมาย

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.317/2562

²⁹ Section 145 Binding effect of an offer “Any person who offers to another to enter into a contract is bound by the offer, unless he has excluded being bound by it.”

Section 146 Expiry of an offer “An offer expires if a refusal is made to the offeror, or if no acceptance is made to this person in good time in accordance with sections 147 to 149.”

Section 147 Period for acceptance

(1) An offer made to a person who is present may only be accepted immediately. This also applies to an offer made by one person to another using a telephone or another technical facility.

(2) An offer made to a person who is absent may be accepted only until the time when the offeror may expect to receive the answer under ordinary circumstances.

Section 148 Fixing a period for acceptance “If the offeror has determined a period of time for the acceptance of an offer, the acceptance may only take place within this period.”

โรมัน (Roman reception) มาใช้ โดยมีข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้เสนอได้แสดงข้อความว่า “ไม่ผูกพัน” (without engagement) ซึ่งจะมีผลทำให้คำเสนอมีค่าเทียบเท่ากับคำเชื้อเชิญ (invitation to treat) ดังนั้น คำเสนอที่ไม่มีข้อความดังกล่าวหรือข้อความที่คล้ายคลึงกันจึงผูกพันหรือก่อให้เกิดหนี้แก่ผู้เสนอ การถอนคำเสนอก่อนเวลาที่กำหนดจึงไม่สามารถทำได้ตามกฎหมาย (no legal – effect) อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันได้นำหลักสุจริต (good faith) มาใช้ในการวางหลักว่าผู้เสนอซึ่งได้รับคำสนองรับในทันทีทันใด ก็จะต้องตอบสนองโดยทันทีทันใดว่าจะตกลงทำสัญญาหรือไม่ ถ้ามิได้ทำเช่นนั้นหรือหนึ่งเฉยเสีย หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำสัญญาทางพาณิชย์แล้ว ศาลเยอรมันถือว่าสัญญาทางพาณิชย์นั้นได้เกิดขึ้นแล้ว³⁰ ส่วนในการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการเพิกถอนการแสดงเจตนาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย ทำให้เขาเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่น”³¹ ศาลเยอรมันเคยตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานว่า สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 823 ไม่รวมถึงความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (pure economic loss) ดังนั้น การฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการเจรจาต่อรองทางธุรกิจก่อนเกิดสัญญาในทางละเมิดจึงทำได้ยาก ความรับผิดชอบในการเพิกถอนคำเสนอก่อนเกิดสัญญาจึงเป็นความรับผิดชอบทางสัญญาซึ่งมีที่มาจากหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยเบื้องต้นหลักกฎหมายเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานี้ประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการขาดประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ (reliance interest) ของผู้ได้รับคำเสนอ อันมีรากฐานมาจากหน้าที่ในการไว้วางใจและความความหวังร่วมกัน (duty of mutual trust and reliance) ของคู่กรณีในการทำสัญญาที่มีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ก่อนสัญญาที่จะต้องให้ข้อมูลรายละเอียดที่สมบูรณ์และถูกต้องแก่กันในการทำสัญญา ซึ่งในการเรียกร้องค่าเสียหายตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นก็คือ ค่าเสียหายจากการเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการทำสัญญา เช่น ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเจรจาต่อรอง ค่าเสียเวลา ค่าสูญเสียและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นตามสมควรจากการเชื่อมั่นว่าจะเกิดสัญญาขึ้น แต่ไม่รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากกำไรที่คาดว่าจะได้รับหากมีการทำสัญญา (loss of anticipated profit)³²

³⁰ นัฐพงศ์ โปษกะบุตร, อ้างแล้ว

³¹ Section 823 Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

³² นัฐพงศ์ โปษกะบุตร, อ้างแล้ว

ในเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา³³ แต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่ปรากฏว่าได้มีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในบางเรื่องเป็นการเฉพาะ ทำให้ไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นทุกกรณี ศาลเยอรมันจึงนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวในบทเฉพาะเรื่องมาปรับใช้เป็นหลักทั่วไปโดยไม่ระบุว่าเป็นการรับผิดชอบตามสัญญาหรือละเมิด ทั้งนี้ เพื่อเยียวยาความเสียหายโดยใช้ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญามาใช้ตัดสินคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายเกี่ยวกับละเมิดในช่วงระหว่างเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา โดยอาศัยหลักกฎหมายทางสัญญา มาปรับใช้อันแสดงให้เห็นแนวความคิดทางวิชาการในเรื่องดังกล่าว เพียงแต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นเรื่องทั่วไปโดยชัดเจนเท่านั้น แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 ก็ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และได้มีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนี้

มาตรา 241 บัญญัติว่า³³

1) ด้วยมูลแห่งหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ การชำระหนี้อาจได้รับการงดเว้นจากการกระทำบางกรณี

2) หนี้สามารถเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ฝ่ายหนึ่งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ หรือประโยชน์อื่นๆ ของลูกหนี้อีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับคุ้มครองโดยกฎหมาย”

มาตรา 311 บัญญัติว่า³⁴

³³ German civil code

Section 241 Duties arising from an obligation

(1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.

³⁴ German Civil Code

Section 311 Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.

(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by

1. the commencement of contract negotiations

2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or

3. similar business contacts.

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to

1) นอกจากหนี้จะเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายแล้ว การทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา ก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ หรือการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ตามสัญญา

2) หนี้ที่อันเกิดจากมูลหนี้ของคู่กรณีภายใต้มาตรา 241 (2) เป็นผลมาจาก

(1) การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา

(2) การเตรียมเข้าดำเนินงาน โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(3) การทำสัญญาในทางธุรกิจ

3) หนี้ที่อันเกิดจากมูลหนี้ภายใต้มาตรา 241 (2) อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา แต่ได้ยินยอมเข้าร่วมรับผิดชอบด้วยความสมัครใจ ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ น่าไว้วางใจ และมีอิทธิพลต่อการเจรจาทำสัญญาด้วย

จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้น จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 241 (2) ได้กำหนดให้หนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์ หรือประโยชน์อื่นๆ ของคู่กรณีที่ได้รับคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยสิทธิหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองดังกล่าว ได้แก่ กรณีต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 311 คือ การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญา โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยผลของกฎหมายแล้วย่อมก่อให้เกิดหนี้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้ หนี้ดังกล่าวยังอาจเกิดขึ้นได้กับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่กรณี แต่เป็นบุคคลที่ยินยอมเข้าร่วมรับผิดชอบด้วยความสมัครใจ ซึ่งบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการติดต่อทำสัญญา ก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อมูลหนี้ที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน

ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของศาลเยอรมันนั้น ด้วยเหตุที่ในอดีตประมวลกฎหมายของเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยไม่ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่าง

ของกฎหมาย ศาลจะนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 62³⁵ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมนี ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz เรียกโดยย่อว่า VwVfG) ที่กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบท่าที่ มาตรา 54 ถึงมาตรา 61 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้โดยเฉพาะ และยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย เนื่องจากตาม หลักกฎหมายของเยอรมนีถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไป ในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้อง ตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอสนอง เป็นต้น และจากคำวินิจฉัยของศาลสูงเยอรมัน ศาลมองว่า แม้จะยังไม่มีสัญญาผูกพันกัน คู่กรณีที่ได้เข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญากันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็มีความสัมพันธ์ทางนี้ต่อกันแล้ว โดยมีหลักว่าการกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้ คู่กรณี que เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณี ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน ในการติดต่อก่อนการเกิดสัญญานั้น ๆ ซึ่งหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติในกระบวนการจัดซื้อ จัดจ้างนี้ก็คือ หน้าที่ตามกฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับกระบวนการจัดซื้อ จัดจ้างเอาไว้ และค่าเสียหายที่เรียกร้องก็เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ที่คู่กรณีต้องใช้ ความระมัดระวังและความซื่อสัตย์ไว้วางใจต่อกันในการเจรจาทำสัญญา ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ทำให้ เกิดความเสียหายจึงต้องชดเชยค่าเสียหายเพราะความไว้วางใจ ซึ่งได้แก่ ผลประโยชน์ในทางลบ เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการเจรจาต่อรองทำสัญญา ทั้งนี้ จากการที่ศาลไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิด ทางสัญญาหรือละเมิด แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวตรงกับทฤษฎีที่แยกออกจากหลักความรับผิด ทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ซึ่งก็คือหลักความรับผิดนอกสัญญาหรือความรับผิดเอกเทศ

³⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) of May 25th 1976

Section 62 Supplementary application of provisions

As far as sections 54 to 61 do not provide otherwise, the remaining provisions of this Act shall apply. The provisions of the civil code shall also additionally apply as appropriate.

ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้นัยหนึ่งว่า ศาลนำใช้หลักความรับผิดเอกเทศมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา³⁶

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ได้มีการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาขายใดรายหนึ่งและมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรณีเช่นนี้สัญญาย่อมเกิดขึ้นแล้ว ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมนี (VwVfG) มาตรา 57³⁷ ที่ได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อเป็นเช่นนี้ ในระหว่างผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาเพื่อเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐแล้ว หากมีการเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบก็ต้องไปเรียกร้องกันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งในการวินิจฉัยความรับผิดจะต้องใช้หลักความรับผิดตามสัญญามาปรับใช้³⁸

3.2.2 หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นแตกต่างกันสองทาง คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ฝ่ายที่สองเห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา

ฝ่ายที่เห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด (delictual liability) ไม่ว่าจะนำไปตามหลักปกติของความผิด (fault) หรือเป็นเรื่องของการใช้สิทธิเกินส่วนก็ตาม แต่ไม่ใช่เพราะการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เมื่อถูกกำหนดให้มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นเรื่องละเมิด จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดมาปรับใช้เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิด ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ³⁹ คือ

- 1) มีความเสียหาย (damage) ซึ่งต้องเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง เพราะหนี้ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนั้นเป็นหนี้ตามกฎหมาย
- 2) ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ทำละเมิดหรือบุคคลที่อยู่ในความรับผิดชอบของเขา (causality)
- 3) เป็นความรับผิดชอบของผู้ทำละเมิด (responsibility) เพราะเป็นผู้กระทำละเมิดเอง หรือเป็นผู้ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นหรือในสิ่งของที่อยู่ในความดูแลของตน

สำหรับการใช้สิทธิเกินส่วนนั้น ในกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเป็นความผิด (fault) อย่างหนึ่งที่อยู่ในขอบเขตเรื่องละเมิด ซึ่งถือว่าบุคคลหนึ่งกระทำความผิดและต้องรับผิดชอบใช้

³⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง), 2545.

³⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) of May 25th 1976

Section 57 Written form “An agreement under public law must be in written form except where another form is prescribed by law.”

³⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว

³⁹ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายสำหรับการใช้สิทธิเกินส่วนแม้จะเป็นสิทธิที่เขาสามารถใช้ได้
อย่างปราศจากข้อสงสัยก็ตาม⁴⁰

ส่วนฝ่ายที่มองว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบทางสัญญานั้น
มีความเห็นว่าคู่เจรจาอยู่ภายใต้หนี้ตามสัญญา (contractual obligation) ที่จะดำเนินการเจรจาต่อไป
โดยสุจริต

โดยที่หลักกฎหมายแห่งของฝรั่งเศสมีอยู่ว่า “คำเสนอสามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลา
จนกว่าจะมีการสนองรับ” หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งก็คือคำเสนอไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่การที่
จะปล่อยให้มีการเพิกถอนคำเสนอได้โดยเสรี อาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจในการประกอบธุรกิจ
การค้า ศาลฝรั่งเศสจึงได้วางบรรทัดฐานเป็นข้อยกเว้นให้ผู้เสนอต้องผูกพันในคำเสนอของตน
และจะเพิกถอนคำเสนอของตนไม่ได้ใน 3 กรณี ดังนี้

1. ในกรณีที่ผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาแน่นอนให้มีการสนองรับภายในกำหนดเวลา
ดังกล่าว ผู้เสนอมีความผูกพันตามคำเสนอภายในกำหนดเวลานั้น นอกเสียจากว่าผู้สนองได้ปฏิเสธ
คำเสนอนั้นเสียก่อนแล้ว

2. ในกรณีที่ผู้เสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาสนองรับเอาไว้แน่นอน แต่ได้ขอให้
มีการสนองรับในทันทีทันใด ศาลจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรตามแต่กรณีให้ผู้เสนอผูกพัน
เพียงพอที่จะให้ผู้สนองสามารถตกลงใจที่จะทำการสนองรับได้

3. ในกรณีที่ผู้เสนอไม่ได้กำหนดเวลาสนองรับเอาไว้เลย ผู้เสนอจะต้องผูกพันภายใน
ระยะเวลาอันสมควรขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปตามจารีตประเพณี
ทางการค้า มักจะเป็นเวลาที่สั้นกว่ากรณีทางแพ่งและขึ้นอยู่กับประเภทหรือชนิดของทรัพย์สิน
อันเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่น คำเสนอขอซื้อผลองุ่นมาทำไวน์ในฤดูกาลเก็บเกี่ยวผลองุ่น
มีผลผูกพันเป็นเวลา 24 ชั่วโมง เป็นต้น⁴¹

ผลทางกฎหมายที่ตามมาในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นที่ศาลได้วางบรรทัดฐานให้คำเสนอ
มีผลผูกพันผู้เสนอดังกล่าว หากได้มีการบอกถอนคำเสนอก่อนกำหนดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย
ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถอนคำเสนอนั้น นอกจากนี้ ในทางทฤษฎี
ละเมิด การถอนคำเสนอโดยมิชอบก่อให้เกิด “ความผิด” (fault) ซึ่งนำไปสู่การเรียกร้องค่าเสียหาย
ฐานละเมิดได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสให้ข้อสังเกตว่าการถอนคำเสนอโดยมิชอบ
ที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ผู้เสนอจะต้องมีหนี้หรือหน้าที่ที่จะผูกพันตามคำเสนอ

⁴⁰ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁴¹ Judgement of Bordeaux Court, Bordeaux 29 January 1892, อ้างใน ฉัฐพงษ์ โปษะบุตร, ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเนื่องจากการเพิกถอนคำเสนอและการยกเลิกการเจรจาต่อรอง, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

นั้นแล้ว และไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้ นั้น ส่วนปัญหาว่าหนี้ที่เกิดจากการให้คำเสนอ เป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

สำหรับในกรณีที่การเพิกถอนเป็นไปโดยชอบ ผลของการเพิกถอนจะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น หลักกฎหมายฝรั่งเศสถือเอาจุดซึ่งคู่กรณีได้ตกลงกันอนุญาตให้ผู้เสนอได้ถอนคำเสนอของตน โดยการถอนคำเสนอไม่มีผลทางกฎหมาย หากมีการแสดงเจตนาถอนคำเสนอโดยชัดแจ้ง (manifest) แม้การถอนจะไม่สื่อสาร (communicate) ไปถึงผู้สนองก็ตาม

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสถือหลักว่าการดำเนินการเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญา ซึ่งประกอบด้วยขั้นตอนการกระทำต่างๆ ของคู่กรณีจะนำไปสู่การทำสัญญามีผลผูกพัน ในทางกฎหมายในที่สุด ดังนั้น การยกเลิกเจรจาต่อรองจึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีได้ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ปฏิเสธผลผูกพันทางกฎหมายของการยกเลิกการเจรจาต่อรองในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpa in contrahendo) ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายเยอรมันหรือในระบบกฎหมายของประเทศอื่นในภาคพื้นยุโรป แต่ได้กำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382⁴² ความรับผิดในทางละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อมี “ความผิด” (fault) อันเกิดจากการกระทำที่ไม่สุจริต (bad faith) หรือขาดความสุจริต (lack of good faith) อันเกิดจากการกระทำของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งของขั้นตอนการเจรจาต่อรอง แม้การกระทำนั้นจะไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือความตั้งใจที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีก็ตาม

ความผิดดังกล่าวอาจเกิดจากการยกเลิกการเจรจาต่อรองในทันทีทันใดโดยปราศจากเหตุผลสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมาก ในการเตรียมการทำสัญญา หรืออาจเกิดจากการกระทำใดๆ เพื่อให้การเจรจาต่อรอง ต้องใช้เวลาเนิ่นนานเกินสมควร โดยไม่มีความพยายามอย่างจริงจังที่จะให้เกิดสัญญานั้นขึ้น รวมถึงกรณีที่มีการเจรจากับบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งแม้จะเป็นปกติธรรมดาในทางธุรกิจ แต่ความผิด (fait) เกิดขึ้นเนื่องจากการปกปิดข้อความจริงทำให้บุคคลอื่นเชื่อว่าเขาเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นคู่เจรจา โดยค่าเสียหายที่ต้องชดใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายจากการทำละเมิดด้วยการเพิกถอน การแสดงเจตนา นั้นจะเกี่ยวข้องกับค่าเสียเวลา (loss of time) และค่าใช้จ่าย (expense) ที่เกิดจากการเจรจาต่อรอง รวมถึงการเตรียมการใด ๆ (preparing) ที่ได้กระทำขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการเข้าทำสัญญานั้น ซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไร (lost profit)

⁴²ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Civil) Art. 1382 : Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it

ที่คาดหมายว่าจะได้หากมีการทำสัญญาเกิดขึ้น โดยศาลจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าของขั้นตอนการเจรจาว่าได้ดำเนินการไปถึงขั้นตอนใด ทั้งนี้ นอกจากจะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดแล้ว ยังอาจมีความรับผิดในทางนี้เกิดขึ้นอีกในกรณีที่การเจรจาต่อรองได้ก้าวหน้ามาถึงขั้นที่มีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงกำหนดรายละเอียดของวันเวลาแน่นอนที่จะก่อให้เกิดสัญญาอย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการทำหนังสือดังกล่าวก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำตกลงเจรจาทำสัญญาให้ถูกต้อง (unaccord de principe) หรือมีหน้าที่ที่จะต้องทำสัญญาต่อไปโดยสุจริต (duty to negotiate in good faith) อันเป็นหน้าที่ตามสัญญามิใช่ละเมิด ดังนั้นการเพิกถอนหนังสือแสดงเจตจำนงตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดตามกฎหมายได้ทั้งในทางละเมิดและสัญญาโดยจะเป็นความรับผิดทางละเมิด (delictual liability) เมื่อมีการเพิกถอนหนังสือแสดงเจตจำนงก่อนเกิดสัญญาโดยไม่สุจริต (bad faith) แต่จะเป็นความรับผิดทางสัญญา (contractual liability) เมื่อมีการทำผิดหน้าที่ที่จะต้องตกลงเจรจาให้ถูกต้องหรือโดยสุจริตโดยมีหลักฐานปรากฏอย่างชัดเจนในหนังสือแสดงเจตจำนงเพียงพอที่ทำให้เกิดหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือ คู่กรณีต้องไม่ย้อนกลับยังไปจุดที่ได้มีการตกลงกันไว้แล้ว และจะต้องดำเนินการเจรจาตกลงต่อรองกันต่อไปอย่างแข็งขัน (diligent) และในเชิงสร้างสรรค์ (constructive manner) ตามกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ในจุดอื่น ๆ ที่ยังเหลืออยู่ อันเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญของการทำสัญญา การไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวเพื่อก่อให้เกิดสัญญาอย่างจริงจังอาจมีผลทำให้การเจรจาต่อรองทำสัญญาต้องสิ้นสุดลงและผู้ที่ทำให้การเจรจาต่อรองต้องสิ้นสุดลงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น⁴³

ความรับผิดที่เกิดจากกระบวนการจัดหาพัสดุนั้นเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาหรือความรับผิดที่มีที่มาจากภายนอกสัญญา⁴⁴ ถือเป็นความรับผิดของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความรับผิดของหน่วยงาน (la faute de service) ที่ไม่ใช่ความรับผิดของเจ้าหน้าที่รัฐเฉพาะตัว⁴⁵ โดยผู้รับผิดชอบได้แก่ผู้ที่เริ่มกระบวนการทำสัญญา (กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง) หรือผู้ที่ทำสัญญาโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในบางครั้งหากรัฐในฐานะผู้ให้ความเห็นชอบ (approbation) มิได้เห็นชอบตามที่กฎหมายกำหนด รัฐก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าว การกระทำของรัฐฝ่ายปกครองในขั้นนี้ถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งข้อพิพาทส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ผู้เข้าร่วมประมูลตามสัญญาพัสดุที่ไม่ผ่านเข้ารอบต่อไป หรือวิสาหกิจที่ไม่สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมประมูล

⁴³ ฌ็อง-ฌัก โปยกะบุตร, อ้างแล้ว

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2556

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 1955 กรณี Siset, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

เห็นว่าคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ตัดสิทธิคนเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้มีการเยียวยาทางศาลด้วยการขอให้ตรวจสอบคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยผู้เข้าร่วมประมุขมักขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งขอให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ในส่วนของ การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่วางเกณฑ์ไว้แน่นอน แต่ส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นเกณฑ์ โดยการเยียวยาความเสียหายที่กำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสอาจแยกได้เป็น 3 ประเภท คือ

1) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่เกิดจากฝ่ายเอกชนมีข้อบกพร่องในสถานะของตน เมื่อมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา แต่หากตรวจสอบพบว่าวิสาหกิจ ที่ต้องการเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองขาดคุณสมบัติบางประการ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่กำหนดให้มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่วิสาหกิจดังกล่าว เช่น นำหลักประกันมาเสนอประกอบการทำสัญญาไม่ตรงตามที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ในหนังสือเชิญชวน เป็นต้น

2) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ฝ่ายเอกชนไม่อยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง เมื่อมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา แต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าหากไม่เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว วิสาหกิจนั้นก็ยังไม่มีโอกาสที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง ในกรณีเช่นนี้วิสาหกิจสามารถขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้อง แต่ไม่สามารถขอให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง

3) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่เอกชนอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง เมื่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าวิสาหกิจผู้เข้าเสนอราคาน่าจะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง หากวิสาหกิจนั้นมีโอกาสที่จะได้รับการคัดเลือกก็สามารถขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหายจากการที่ไม่ได้รับการคัดเลือกได้บางส่วน แต่ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าวิสาหกิจนั้นต้องได้รับการคัดเลือก ก็สามารถร้องขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เต็มจำนวน⁴⁶

จากกรณีดังกล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำสัญญาได้ในหลายกรณี ซึ่งอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ขั้นตอนเจรจา (des pourparlers) ไปจนถึงขั้นตอนการลงนามในสัญญา ความผิดเหล่านี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ได้ทำสัญญา โดยศาลปกครองได้ยอมรับหลักการเกี่ยวกับการกำหนด

⁴⁶ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, อ่างแก้ว

ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดระหว่างการทำสัญญา แม้กระทั่งได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว หากฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่สามารถทำให้สัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้เนื่องจากยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบ (approbation) จากผู้กำกับดูแล ก็ถือว่าเป็นความผิดซึ่งไม่ได้เกิดจากฝ่ายปกครองคู่สัญญาแต่เกิดจากผู้กำกับดูแล ในกรณีดังกล่าวก็ให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความเสียหายนั้น⁴⁷ นอกจากนี้ ในกรณีที่สัญญายังมีได้มีการลงนามและยังไม่มีผลใช้บังคับ หากฝ่ายปกครองได้สนับสนุนให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา ก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ คู่สัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายได้ แม้จะไม่มีกรกระทำผิดใด ๆ เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาเลยก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญา กล่าวคือ หากมีการปฏิบัติตามสัญญาไปก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับและฝ่ายปกครองยินยอมให้ดำเนินการและใช้ประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วย คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนได้ หากปรากฏในเวลาต่อมาว่าสัญญาทางปกครองนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้ การกำหนดให้คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนดังกล่าวพิจารณาจากความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่ได้แนะนำหรือเสนอให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ⁴⁸ โดยคู่สัญญาจะสามารถเรียกค่าทดแทนได้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การแนะนำหรือการเสนอของฝ่ายปกครองนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาสามารถเข้าไปดำเนินการตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ⁴⁹

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคา ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง ในชั้นนี้หน่วยงานของรัฐย่อมใช้ดุลพินิจในการพิจารณยกเลิกการประกวดราคาได้ตามที่เห็นสมควร⁵⁰ และหากผู้ประกวดราคาได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าว เช่น ความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคา ผู้ประกวดราคาย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้บนฐานความรับผิดทางละเมิด ไม่ใช่ความรับผิดทางสัญญา และแม้ว่าจะอยู่ในขั้นตอนที่มีการประกาศชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาที่มีสิทธิเข้าทำสัญญากับรัฐแล้วก็ตาม ก็ยังไม่ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น สัญญาจัดหาพัสดุ

⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 24 Jun 1938 กรณี Commune d'Huos. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 July 1947 กรณี Exposition internationale de Paris, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ 21 May 1930 กรณี Santori, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁵⁰ ยุทธนา ทิณรัตน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2549

จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้มีอำนาจของหน่วยงานของรัฐนั้นได้ลงนามในหนังสือสัญญาในเวลาอันสมควรแล้วเท่านั้น เนื่องจากประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา 39 และมาตรา 250 ได้กำหนดแบบของสัญญาทางปกครองให้ต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) ไว้เสมอ เว้นแต่ในบางกรณีที่อาจทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจาได้⁵¹

5.2.3 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี

ในระบบกฎหมายอิตาลี นักกฎหมายมีความเห็นเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาแยกออกเป็น 3 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายแรก เห็นว่า น่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดยความเห็นนี้เป็นความเห็นที่ยังหลงเหลืออยู่เนื่องจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เพราะว่าก่อนจะมีการจัดทำประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบัน (ฉบับปี ค.ศ. 1942) นักกฎหมายอิตาลีได้นำเอาหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดมาปรับใช้กับความรับผิดชอบก่อนสัญญา ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นน่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดชอบตามสัญญาเนื่องจากเห็นว่าการปฏิบัติตนตามหลักสุจริตก่อนสัญญาก็คือเหมือนกับกับการปฏิบัติตนตามหลักสุจริตเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาก็ถูกบัญญัติรวมไว้กับบทบัญญัติเรื่องสัญญา และตัวบทที่ใช้คำว่า “คู่สัญญา” ส่วนฝ่ายที่สาม มีความเห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาน่าจะจัดเป็นความรับผิดชอบอีกกลุ่มหนึ่งที่เป็นเอกเทศ และนักกฎหมายบางท่านในฝ่ายเดียวกันนี้ก็ไม่ได้ให้เหตุผลที่ชัดเจนนัก เพียงแต่กล่าวไว้ว่าต้องจัดเป็นอีกกลุ่มหนึ่งต่างหากเพราะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา จึงนำเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญามาใช้ไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องไปจัดเข้ากลุ่มในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญาไป แต่ก็ยังมีนักกฎหมายบางท่านให้เหตุผลว่าเพราะกรณีนี้มีหนี้ตามกฎหมายต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเท่านั้น⁵²

ประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีฉบับปัจจุบันได้มีการนำเอาเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาหรือ *culpa in contrahendo* มาบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปใน 3 มาตรา คือ มาตรา 1337 มาตรา 1338 และมาตรา 1328 วรรคหนึ่ง ซึ่งการบัญญัติหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งนี้เพิ่งจะมีขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ค.ศ. 1942 ที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรก ปี ค.ศ. 1865 ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้นยังไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ ในสมัยนั้นเมื่อเกิดมีปัญหาหรือข้อเท็จจริงแห่งคดีขึ้น ผู้พิพากษาศาลอิตาลีจึงนำเอาหลักกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้เพราะเห็นว่าเป็นหลักเกณฑ์

⁵¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม), 2543, หน้า 47

⁵² ไชยศัย พิณะเวศน์ รุ่งแสง กฤตยพงษ์ และสุธี อยู่สถาพร, อ้างแล้ว

ที่สามารถปรับใช้ได้⁵³ ซึ่งปัจจุบันก็คือ มาตรา 2043⁵⁴ ที่บัญญัติว่า “การกระทำใดที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยไม่ถูกต้อง ผูกพันผู้ซึ่งได้กระทำการดังกล่าวให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย” อาจกล่าวได้ว่า ในกฎหมายลักษณะละเมิดของอิตาลีได้กล่าวถึง การกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยจงใจมักไม่ปัญหาเพราะเป็นเรื่องของการตั้งใจกระทำ แต่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นอาจมีปัญหาในการกำหนดขอบเขตอยู่บ้างว่าแค่ไหน เพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งประเด็นนี้นักกฎหมายอิตาลีเห็นได้ให้นิยามไว้ว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำที่มีได้เกิดขึ้นด้วยความตั้งใจ แต่เกิดเพราะความไม่ระมัดระวัง ไม่รอบคอบหรือไม่เชี่ยวชาญ หรือเพราะการไม่เคารพกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือระเบียบวินัย⁵⁵ และความเสียหายอาจเกิดทั้งจากการกระทำการและการงดเว้นกระทำการ และอาจเป็นความเสียหายที่มีต่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ (ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน) หรืออาจเป็นความเสียหายที่มีต่อร่างกายหรือจิตใจ ที่สำคัญต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ถูกต้อง (ingiusto) หรือไม่ชอบด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี ฉบับปัจจุบันปี ค.ศ. 1942 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ดังนี้

1) มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง⁵⁶ บัญญัติว่า “คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้รับทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มการปฏิบัติตามสัญญา”

2) มาตรา 1337⁵⁷ บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

⁵³ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁵⁴ The Italian Civil Code Article 2043 “Any fraudulent or malicious deed, damaging unjustly the another party, obliges the party responsible for the damage to compensate for it.”

⁵⁵ Torrente A. & Schlesinger P., Manuale di Diritto Privato Italiano (Giuffrè : AFS70) 1981, p.664ss. อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁵⁶ The Italian Civil Code Art.1328 “An offer can be revoked until the contract is concluded. However, if the the acceptor has begun performance in good faith before having notice of the revocation, the offeror is bound to indemnify him for the expenses and losses sustained in beginning performance of the contract. The acceptance can be revoked, provided that the revocation comes to knowledge of the offerer before the acceptance.”

⁵⁷ The Italian Civil Code Art.1337 “While carrying out the negotiations and the formation of contract, the parties must behave according to good faith.”

3) มาตรา 1338⁵⁸ บัญญัติว่า “คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะได้รู้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความคิด”

จากบทบัญญัติทั้งสามมาตราข้างต้น อาจจำแนกหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ ดังนี้

1) มีการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักสุจริต

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1337 จะเห็นได้ว่า คู่กรณีที่เป็น “ว่าที่คู่สัญญา” หรือ “คู่เจรจา” มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในช่วงที่อยู่ในขั้นตอนของการเจรจาก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของ Jhering ที่ว่า แม้สัญญายังไม่เกิด แม้หนี้ตามสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้น แต่ผู้ที่เห็นว่าที่คู่สัญญาหรือคู่เจรจานั้นได้มีหนี้ต่อกันแล้ว ซึ่งก็คือ หนี้ในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตนั่นเอง⁵⁹ ซึ่งในระบบกฎหมายอิตาลีแยกหลักสุจริตออกเป็น 2 ประเภท คือ หลักสุจริตในทางอัตวิสัย หมายถึง ความไม่รู้ว่าตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นสภาพเฉพาะตัวและเกี่ยวกับเงื่อนไขด้านจิตใจของผู้กระทำ และอีกประเภทหนึ่งก็คือ หลักสุจริตในทางภาวะวิสัย หมายถึง ความตรงไปตรงมา ความซื่อสัตย์อันเป็นเกณฑ์ความประพฤติของผู้กระทำที่ต้องพิจารณาตามแต่ละสถานการณ์และตามผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง⁶⁰ ซึ่งหลักสุจริตในเรื่องหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ถูกจัดไว้ในหลักสุจริตในทางภาวะวิสัยนี้ด้วย

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี อาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ อาทิ การไม่แจ้งข้อมูลอันสำคัญที่ควรแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบเพื่อประโยชน์ในการตัดสินใจ การแจ้งสิ่งที่ไม่ควรแจ้ง (การรักษาความลับของกันและกัน) การเจรจาไม่ควรที่จะทำต่อคู่เจรจาพร้อมกันหลายคน (การเจรจาเคียงคู่) การไม่ดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารที่จำเป็นเพื่อให้การทำสัญญาในอนาคตมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย การถอนคำเสนอ และการยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การกระทำกล้อหลหรือข่มขู่คู่เจรจา เป็นต้น

2) การถอนคำเสนอ

ในกฎหมายอิตาลีนั้น คู่กรณีสามารถที่จะถอนคำเสนอหรือคำสนองของตนได้เสมอ หากว่าเป็นการถอนก่อนที่สัญญาจะเกิด โดยอาศัยหลักเสรีภาพของการทำสัญญา และการบอกถอน

⁵⁸ The Italian Civil Code Art.1338 “who knows or must know there is ground for contract invalidity and did not disclose it to the counterpart, has to pay the damages suffered by the other which relied, without fault, on the validity of the contract.

⁵⁹ จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁶⁰ Bianca C.M.,supra note 4, อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

ยอมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ผู้ที่ยกถอนแต่อย่างใด แต่ตามบทบัญญัติในมาตรา 1328 วรรคหนึ่ง ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากการบอกถอน โดยคู่กรณีอีกฝ่ายยังไม่ทราบ และได้ดำเนินการเริ่มการปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะทราบถึงการถอนคำเสนอ อันแสดงให้เห็นว่า แม้คู่กรณีจะมีเสรีภาพในการที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ แต่ก็มีข้อจำกัดของการใช้เสรีภาพว่าจะต้องไม่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากความไว้นั้นเชื่อใจด้วย กรณีนี้มีประเด็นที่น่าสนใจคือศาลสูงของอิตาลีเคยตัดสินในทำนองว่าความรับผิดชอบตามมาตรา 1328 วรรคหนึ่งส่วนท้ายนี้เป็นความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด เช่นนี้ย่อมหมายความว่าสามารถนำบทบัญญัติมาตรานี้มาปรับใช้ให้ผู้ที่ยกถอนคำเสนอต้องชดเชยค่าเสียหายโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ที่ยกถอนคำเสนอนั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายหรือไม่⁶¹ อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีนี้มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาในเรื่องของช่วงเวลาที่จะถือว่าคู่เจรจากับอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาแล้วที่เขาจะได้รับความคุ้มครอง และเมื่อใดจะถือว่าการเลิกการเจรจาเป็นการใช้เสรีภาพโดยชอบ ซึ่งคงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

3) การไม่แจ้งสาเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้หรือควรที่จะรู้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง

ตามบทบัญญัติมาตรา 1338 นี้เป็นเรื่องของการที่คู่สัญญาารู้อยู่แล้วว่ามีสาเหตุที่ทำให้สัญญาที่ทำกันนั้นไม่สมบูรณ์ แต่กระทำการฝ่าฝืนหลักสุจริตด้วยการไม่แจ้งสาเหตุดังกล่าวแก่อีกฝ่าย อันเป็นกรณีที่สัญญาจะเกิดแต่ไม่สมบูรณ์ จึงมีความเสียหายเกิดขึ้นก่อนสัญญา⁶²

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี จะเห็นได้ว่า ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาคือ “ประโยชน์ในการที่ไม่ควรจะต้องเสียอะไรไป” (negative interest)⁶³ หมายถึง การที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทำสัญญา ซึ่งผลที่สุดแล้วสัญญาไม่เกิดขึ้น หรือเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลในทางกฎหมาย การที่ไม่ควรต้องเสียโอกาสที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่น รวมทั้งการที่ไม่ควรต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อที่จะเข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนี้ก็คือประโยชน์ในทางทรัพย์สินที่ไม่ควรจะเสียไปหากไม่ได้เริ่มต้นกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา หรือความสำเร็จของสัญญา โดยค่าเสียหายที่เรียกร้องได้นั้นรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะเกิด แต่อย่างไรก็ตามค่าเสียหายที่สามารถเรียกได้นั้นไม่ได้หมายถึง

⁶¹ Cian G. & Trabucchi A., supra note 17, และ Bianca C.M., supra note 4, อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์

⁶² Benatti F., supra note 16, อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว

⁶³ Kessler F. & Fime E., culpa in contrahendo, bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study, p.402. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

ค่าเสียหายทุกอย่างที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา แต่จะต้องเป็นค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญ เช่น ค่าเสียหายสำหรับการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะทราบถึงการบอกถอนคำเสนอตามมาตรา 1328 วรรคแรก ซึ่งไม่ได้หมายถึงการชดใช้ค่าเสียหายทุกอย่างที่เกิดขึ้นในกระบวนการของการก่อให้เกิดสัญญา⁶⁴ ดังนั้น ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและการติดต่อในการเจรจาจนทำคำเสนอจึงไม่อาจเรียกได้ คงเรียกได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นเท่านั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการบรรจุสินค้าและจัดส่งสินค้า เป็นต้น โดยจะต้องแยกให้ชัดเจนว่าประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในที่นี้ไม่ใช่ประโยชน์ที่จะได้รับการทำสัญญา (positive interest) หรือที่มักเรียกกันว่าค่าขาดกำไร

4. หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองหรืออำนาจพิเศษฝ่ายปกครองมีที่มาจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน⁶⁵ โดยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองถือเป็นสิ่งที่สำคัญที่รัฐนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁶⁶ สัญญาทางปกครองเป็นรูปแบบในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องตอบสนองต่อประโยชน์ของมหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐจึงต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางประการหรือที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะมากที่สุด

4.1 ความหมายของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

⁶⁴ De Cupis. Il Danno : Theoria Generale della Responsabilità Civile vol.1, (Giuffrè : Milano), 1979, p.341. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ “ทฤษฎีอำนาจมหาชน” เป็นทฤษฎีที่ให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยเกิดขึ้นจากแนวคิดที่พัฒนามาจากยุคโรมันที่มองว่าอำนาจมหาชนหมายถึงรัฐ (องค์กร) และการใช้อำนาจรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐเป็นใหญ่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ซึ่งต่อมาแนวคิดสมัยใหม่ได้พัฒนาแนวคิดอำนาจมหาชน โดยมองว่าอำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่เป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ, โดยอ้างอิงจาก บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

⁶⁶ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2561, หน้า 1

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายว่า เอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษเฉพาะบุคคลบางคน หรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อแสวงประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ⁶⁷

เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หมายถึง อำนาจพิเศษของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่จะกระทำต่อปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้อยู่ใต้ปกครอง ในฐานะที่รัฐหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากรัฐหรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อใดก็ตามที่ประโยชน์ของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ จำต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน หากปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐในฐานะที่เป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะย่อมสามารถใช้อำนาจรัฐในการบังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้⁶⁸ เพราะรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต่างจากเอกชนที่กระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้น โดยผลทางกฎหมายมหาชน จึงต้องให้รัฐมีฐานะที่เหนือกว่าเอกชนเพื่อการดำเนินบริการสาธารณะ เรียกว่า เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง⁶⁹

การใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองปรากฏเห็นได้ชัดเจนในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองประเภทต่าง ๆ เช่น การเวนคืน การยึดทรัพย์ การเข้าครอบครองทรัพย์สินของเอกชนเป็นการชั่วคราว การลงโทษ หรือเอกสิทธิ์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของฝ่ายปกครอง เช่น ทรัพย์สินของฝ่ายปกครองอาจไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี หรือในการจัดทำสัญญาทางปกครองซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ไม่ว่าจะเป็นเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หรือเอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น ซึ่งแหล่งที่มาของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจเกิดได้จากการบัญญัติไว้ในบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ รวมถึงปรากฏตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนนั้นมีหลักการและเหตุผลที่สำคัญ ดังนี้

1) เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ และสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของคนในสังคม รวมถึงมีการดำเนินการที่เป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

⁶⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, กรุงเทพฯ: เจริญวิทยการพิมพ์, 2525, หน้า 88

⁶⁸ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง, เพิ่งอ้าง

⁶⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538, หน้า 298

2) เพื่อให้เกิดความมั่นคงและปลอดภัยในสังคม และเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน⁷⁰

4.2 เอกสิทธิของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐนั้น ฝ่ายปกครองยังคงเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของมหาชนโดยตรง ฝ่ายปกครองจึงต้องมีเอกสิทธิ์อยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อควบคุมดูแลการดำเนินงานของเอกชนและเพื่อที่จะช่วยให้การดำเนินงานของรัฐสำเร็จลุล่วง นิติสัมพันธ์ในสัญญาทางปกครองนี้จึงมีใ้ได้อยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจทั้งหมดซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าโดยลักษณะธรรมชาติของสัญญาทางปกครอง คู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนได้ ซึ่งเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญา หากเป็นกรณีที่รัฐมีเหตุจำเป็นสาธารณะและจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนเพื่อบังคับเอกชนคู่สัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามบางอย่างนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ ยิ่งไปกว่านั้นกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาทางปกครองหมดความจำเป็น คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังมีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีส่วนผิดใดๆ เลย แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวได้

เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองที่สำคัญ แบ่งออกเป็น 3 ประการคือ เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด และเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว⁷¹

(1) เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว

เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีแนวคิดมาจากหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องมีการพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย และต้องมีความต่อเนื่อง สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการดำเนินบริการสาธารณะจึงต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีข้อจำกัดบางประการ เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่อาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในส่วนสาระสำคัญจนทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป

⁷⁰ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง, อ้างแล้ว

⁷¹ บุนหา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

และต้องคำนึงถึงเทคนิคและความสามารถทางการลงทุนของเอกชนที่เป็นคู่สัญญาด้วย จะต้องไม่แก้ไขข้อสัญญาจนเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ และการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวอาจเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เอกชนคู่สัญญาได้ เพราะหากไม่มีกำหนดไว้ขณะทำสัญญา แต่สิ่งเหล่านั้นกลายเป็นสิ่งจำเป็นในการตอบสนองต่อบริการสาธารณะภายหลังทำสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากในระหว่างระยะเวลาตามสัญญาความต้องการของประชาชนส่วนรวมอาจเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองมีความจำเป็นจะต้องปรับตัวตาม หรืออาจเป็นกรณีที่ประชาชนมีความต้องการบริการสาธารณะเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเอกชนคู่สัญญาก็ควรที่จะได้รับการชดเชยกับภาระที่เพิ่มมากขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐด้วย⁷²

(2) เอกสิทธิ์ในการควบคุมดูแลการดำเนินการบริการสาธารณะของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ แม้ว่ารัฐจะได้มอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการแทนหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยก็ตาม แต่รัฐก็ยังคงมีหน้าที่เป็นหลักประกันให้การดำเนินการบริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง สม่ำเสมอและมีประสิทธิภาพ รัฐจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในความสมบูรณ์เพียงพอหรือคุณภาพของบริการสาธารณะด้วยเหตุเพียงเพราะได้ทำสัญญามอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้⁷³ ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจึงมีอำนาจในการกำกับและควบคุมการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนอย่างใกล้ชิด โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ⁷⁴ คือ ลักษณะแรก เป็นรูปแบบการควบคุมที่มีลักษณะธรรมดา เป็นการควบคุมตรวจตราว่าฝ่ายเอกชนมีการดำเนินการตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือไม่ อาจทำโดยการเข้าไปตรวจงาน การเรียกเอกสารมาเพื่อตรวจสอบ หรือการออกคำสั่งให้เอกชนปฏิบัติ ลักษณะที่สอง คือ อำนาจในการควบคุมกำหนดทิศทางของสัญญา หมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเข้าไปควบคุมวิธีการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งจะมีระดับที่แตกต่างกันไปตามประเภทของสัญญา

(3) เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว

การเลิกสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนคู่สัญญาไม่ได้ทำผิด

⁷² สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, อ้างแล้ว

⁷³ สุรพล นิตไกรพจน์, สัญญาทางปกครอง, 2555, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁴ บุนผา อัครพิมาน, ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547, 2547.

สัญญาอันเป็นการใช้เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ⁷⁵ ซึ่งเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้นเป็นมติหนึ่งของอำนาจในการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ เพราะการเลิกสัญญาก็เปรียบเสมือนการแก้ไขข้อสัญญาในส่วนของกำหนดระยะเวลาของสัญญา ดังนั้น ฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ จึงเป็นฐานเดียวกันกับที่ใช้ในการพิจารณาอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว กล่าวคือ จะต้องมามีเหตุการณ์ที่แทรกแซงเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญาและส่งผลให้สัญญานั้น ไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะหรือไม่สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป การยกเลิกสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น⁷⁶

เอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐถือเป็นเอกสิทธิ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลงก่อนระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนจึงควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งการใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในกรณีกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญา และการเลิกสัญญาโดยเอกชนกลุ่มสัญญาไม่ได้ทำผิดสัญญา อันเป็นการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐนั้น การเยียวยาความเสียหายมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) กรณีการเลิกสัญญาโดยกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนกระทำผิดสัญญา

ในกรณีที่มีการกำหนดเหตุหรือประเภทของความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนที่จะทำให้กลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาไว้ในข้อสัญญา เหตุที่บอกเลิกสัญญาจะต้องมีการกระทำผิดที่รุนแรงเพียงพอ เช่น การเลิกสัญญาเนื่องจากการสะดุดหยุดลงของการบริการสาธารณะ หรือการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาในสาระสำคัญ เป็นต้น ซึ่งการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากความผิดของกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาหรือเป็นการลงโทษสัญญาที่กระทำผิดสัญญาตามเงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญา มิได้เป็นการใช้เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐ กลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย อีกทั้งกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกลุ่มสัญญาฝ่ายเอกชนได้ด้วย⁷⁷ โดยค่าเสียหายดังกล่าวจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากผลของ

⁷⁵ อภิชาติ แจงยุบล, เอกสิทธิ์ของกลุ่มสัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2550.

⁷⁶ บุษพา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

⁷⁷ สุรพล นิตติไกรพจน์, อ้างแล้ว

การเลิกสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องไปดำเนินการบางอย่างเพื่อทดแทน “หนี้” ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติ เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการสรรหาคู่สัญญารายใหม่ เป็นต้น ในทางตรงกันข้ามหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองอันเนื่องมาจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่เป็นความผิดในส่วนที่มีใช้สาระสำคัญของสัญญา กรณีดังกล่าวก็อาจถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐได้ ซึ่งการที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่คงจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

2) กรณีการเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้กระทำผิดสัญญา

การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดความเสียหายโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด เช่น กรณีมีเหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยอมมีสิทธิเลิกสัญญาทางปกครองได้ อันถือเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครอง แม้ว่าการเลิกสัญญาดังกล่าวจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาดังกล่าว แต่ก็เป็นการคุ้มค่ากว่าที่จะปล่อยให้สัญญาดำเนินต่อไป อาทิ การซื้อคืนสัมปทานซึ่งเป็นการเลิกสัญญาที่มีค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับสัมปทาน เป็นต้น และเหตุเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐอีกประการหนึ่งก็คือ การเลิกสัญญาในกรณีมีเหตุสุดวิสัยอันเกิดจากมีข้อขัดข้องทางเทคนิคซึ่งเป็นเหตุบังเอิญหรือเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ เป็นเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดขึ้นหรือเป็นเหตุการณ์ไม่ปกติหรือเหตุสุดวิสัยทางปกครอง ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสัญญาต่อไปได้

การใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในสัญญาทางปกครองเมื่อข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้สัญญาเดิมไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการสาธารณะอีกต่อไป คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้สิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวถือเป็นการเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ต้องเยียวยาความเสียหายให้เต็มจำนวน ตามความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับ ซึ่งหมายถึง ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (damnum emergens) อันได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดจาก

ค่าใช้จ่ายจริงที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระเพิ่มขึ้นอันมีผลจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และค่าเสียหายในกำไรที่ควรได้ตามปกติ (lucrum cessans)⁷⁸

3. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาจากการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการใช้เอกสิทธิ์เลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นมิติหนึ่งของการใช้เอกสิทธิ์แก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียว หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องที่จะต้องนำมาพิจารณาในการเยียวยาความเสียหายให้แก่คู่สัญญาจากการใช้เอกสิทธิ์ทั้งสองกรณีดังกล่าว จึงมีหลักคิดทฤษฎีในลักษณะเดียวกัน คือ ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้⁷⁹

3.1) ทฤษฎีเหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (théorie du fait du prince) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอันเนื่องมาจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยการใช้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ ทำให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขสัญญาขาดขึ้นหรือเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดเชยค่าทดแทนเต็มจำนวนเท่ากับ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่คู่สัญญา โดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้แยกกรณีระหว่างการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายรัฐเองกับการกระทำที่เกิดจากฝ่ายปกครองอื่นนอกจากกัน และแยกความเสียหายอันเกิดจากคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือความเสียหายอันเกิดจากมาตรการทั่วไปออกจากกัน ดังนี้

3.1.1) ทฤษฎีนี้ใช้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจทำคำสั่งเฉพาะเรื่องบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ที่ไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานให้เอกชนเข้าทำเหมืองแร่ แต่เมื่อเอกชนขนเครื่องมือจะเข้าไปสำรวจแร่ คู่สัญญาฝ่ายรัฐกลับห้ามไม่ให้เอกชนคู่สัญญาเข้าไปในเขตสัมปทาน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษอื่น กรณีนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่สำหรับในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้อำนาจออกมาตรการเป็นการทั่วไปบังคับแก่บุคคลทั่วไป และมาตรการดังกล่าวกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาและทำให้เสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้น ถือว่าเป็นผลกระทบต่อบุคคลทุกคนเป็นการทั่วไป คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ถูกกระทบเพียงผู้เดียว คู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ต้องรับผิดชอบซึ่งเงินไปตามหลักความเสมอภาคในสิทธิและภาระหน้าที่ของทฤษฎีบริการสาธารณะ เว้นเสียแต่ว่ามาตรการนั้นจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อองค์ประกอบสำคัญของสัญญา เช่น การเก็บภาษีของที่จำเป็นต้องใช้

⁷⁸ บุนผา อัครพิมาน, ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, อ้างแล้ว

⁷⁹ บุนผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว

ในการปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงแพงขึ้นมาก กรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องชดใช้ค่าทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3.1.2) ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอื่นเป็นผู้ก่อภาวะพิเศษในการปฏิบัติตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น ในการทำสัญญาทางปกครองของเทศบาลปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องทำให้ภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพิ่มมากขึ้น กรณีดังกล่าวจะต้องบังคับตามทฤษฎีเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ (théorie de l'imprévision) แทน

3.2) ทฤษฎีเหตุที่มีโอกาสคาดหมายได้ (théorie de l'imprévision) ทฤษฎีนี้นำมาปรับใช้กับสัญญาบางประเภทในสถานการณ์บางสถานการณ์เท่านั้น เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะซึ่งมีความแตกต่างจากหลักการในสัญญาทางแพ่งโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในสัญญาทางแพ่งถ้าไม่ได้เกิดเหตุสุดวิสัยที่อาจทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยแล้ว แม้มีเหตุนอกเหนือความคาดหมายทำให้การชำระหนี้เกิดความยากลำบากเพียงใด หรือการปฏิบัติตามสัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงถึงขนาดที่คู่สัญญาต้องขาดทุนอย่างหนักก็ตาม คู่สัญญาก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นมีหลักว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องล้มละลายหรือขาดทุนอย่างหนักเพราะเหตุที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดหมายได้และไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใด ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าทดแทนให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพื่อให้คุณภาพทางการเงินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องเสียไปกลับคืนมา ซึ่งจะทำให้เอกชนคู่สัญญาสามารถดำเนินบริการสาธารณะต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีเงื่อนไขการใช้ค่าทดแทน คือ

3.2.1) กรณีคู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะมีเหตุอันกระทบต่อการปฏิบัติตามสัญญาอย่างรุนแรงเกิดขึ้น และเหตุนั้นเป็นเหตุที่มีสาเหตุปกติ เช่น สงคราม ภัยธรรมชาติ วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจร้ายแรง หรือการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น การลดค่าเงิน การห้ามขึ้นราคาสินค้า แต่กรณีการขาดทุนธรรมดาเพราะคาดการณ์ผิดหรือไม่ได้กำไรไม่ใช่เหตุตามทฤษฎีนี้

3.2.2) โดยเหตุที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และคู่สัญญาไม่อาจป้องกันได้

3.2.3) เหตุที่เกิดขึ้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงในการปฏิบัติตามสัญญาถึงขนาดที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนขาดทุนอย่างหนักและเป็นเวลานานเกินกว่าที่วิญญูชนจะคาดหมายได้ ศาลจะกำหนดอัตราความเสี่ยงต่อการขาดทุนเอาไว้ให้เป็นภาระของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่วนที่เกินความเสี่ยงที่วิญญูชนจะคาดหมายได้จึงจะเป็นค่าทดแทนที่ฝ่ายรัฐต้องชดใช้ให้แก่เอกชน

อย่างไรก็ดี เนื่องจากทฤษฎีเหตุที่มีอาจคาดหมายได้นี้เกิดขึ้นจากหลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ ผลทางกฎหมายของทฤษฎีนี้จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เพียงแต่อาจจะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งค่าทดแทนตามทฤษฎีนี้จะไม่ใช้ค่าทดแทนเต็มจำนวนดังเช่นกรณีเหตุที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเพื่อบำบัดเหตุร้ายแรงที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ถ้าเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลับกลายเป็นเหตุถาวร นับแต่วันแรกที่เหตุนั้นกลายเป็นเหตุถาวรคู่สัญญาฝ่ายรัฐก็ไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าทดแทนอีกต่อไป และคู่สัญญาจำต้องเลิกสัญญาโดยปริยายถือเสมือนว่าสัญญานั้นตกเป็นพ้นวิสัย⁸⁰



⁸⁰ บุนผา อัครพิมาน, อ้างแล้ว

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ

1. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกระบวนการที่รัฐดำเนินการเพื่อการจัดหาสินค้า งานก่อสร้าง หรือการจัดทำบริการเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชนในเรื่องของสาธารณูปโภค หรือเครื่องอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ รถยนต์ โดยสาร ฯลฯ ตามอำนาจหน้าที่หรือภารกิจของรัฐ ด้วยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดย นิติกรรมอื่น¹ ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยส่วนใหญ่เป็นการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเปิด (Open Bidding) ซึ่งเป็นการจัดซื้อจัดจ้างที่เปิดกว้างให้มีการแข่งขันราคา เพราะเชื่อว่าการแข่งขัน ในตลาดจะทำให้รัฐได้ประโยชน์จากการเปรียบเทียบราคาและได้สินค้าที่มีประสิทธิภาพและ เกิดประโยชน์สูงสุดกับส่วนรวม ทั้งยังสามารถตรวจสอบได้ โดยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบด้วยบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่สามฝ่าย ฝ่ายแรก รัฐซึ่งเป็นผู้ซื้อ ฝ่ายที่สอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง และฝ่ายที่สาม ผู้เสนอราคา²

1.1 ความเป็นมา

ประเทศไทยได้นำเอาแนวความคิดการบริหารพัสดุในภาคเอกชนมาใช้ในการจัดการ พัสดุของทางราชการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2498 โดยแยกการจ้างกับการซื้อพัสดุดออกจากกันและกำหนดไว้ในระเบียบสองฉบับ คือ ระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 ซึ่งใช้กับการจัดซื้อ พัสดุนิติภัณฑ์ที่ใช้กับทางราชการทุกชนิด และระเบียบการจ้าง พุทธศักราช 2498 โดยใช้บังคับกับการจ้างแรงงาน การจ้างทำของ และการรับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยระเบียบ ทั้งสองฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญในการกำหนดกรอบแนวทางการดำเนินการซื้อจ้าง กำหนด วิธีการซื้อจ้าง วิธีการรับซองประกวดราคา กำหนดอำนาจตั้งซื้อตั้งจ้าง กำหนดหลักเกณฑ์ การตรวจรับสิ่งของ กำหนดหลักเกณฑ์การทำสัญญา และหลักเกณฑ์การควบคุม ตรวจสอบและ กำหนดวิธีการจำหน่ายพัสดุไว้ เช่น การขายทอดตลาด การโอน การจำหน่ายบัญชีเป็นสูญ ต่อมา

¹ ธรรมนิติย์ สุมนต์คุณ, การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ : หลักการ เหตุผล และวิธีการ, (กรุงเทพ), วิทยุชน, 2561, หน้า 13 -15.

² สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการพัสดุ, กรุงเทพ, วิทยุชน, 2562, หน้า 185.

³ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, เพิ่งอ้าง.

ในปี พ.ศ. 2518 สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้มีการเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อปรับปรุงระเบียบฯ ทั้ง 2 ฉบับ ซึ่งใช้มาเป็นเวลานานกว่า 20 ปี โดยได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการรวบรวมระเบียบว่าด้วยการพัสดุและระเบียบว่าด้วยการจ้างดังกล่าวเข้าด้วยกัน เรียกว่า “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ” รวมไปถึงได้นำมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการซื้อและการจ้างที่สำคัญ รวมทั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุประเภทอื่นนอกจากการซื้อและการจ้าง ได้แก่ การจัดทำเอง การเช่าสังหาริมทรัพย์ และการแลกเปลี่ยนครุภัณฑ์มารวมใช้ด้วยกัน รวมทั้งได้ปรับปรุงขั้นตอนวิธีการควบคุมและการจำหน่ายพัสดุให้สะดวกแก่ผู้ปฏิบัติยิ่งขึ้นและให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และกำหนดเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2522 เป็นต้นมา โดยตามระเบียบฯ พ.ศ. 2521 นี้ จะมีการกำหนดค่านิยมต่างๆ เกี่ยวกับการพัสดุให้ครอบคลุมมากขึ้น เพิ่มวิธีการจัดหาเป็น 5 วิธี คือ การซื้อจ้างโดยวิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ กำหนดให้มีกรรมการจัดหาตามวิธีต่าง ๆ รวมถึงให้มีคณะกรรมการตรวจรับพัสดุในการซื้อ กรรมการตรวจการจ้างในงานจ้าง โดยกำหนดองค์ประกอบคณะกรรมการไว้อย่างชัดเจน กำหนดอำนาจการสั่งซื้อสั่งจ้าง กำหนดให้มีหลักประกันซองในการยื่นเสนอราคาและหลักประกันสัญญาในการทำสัญญา กำหนดให้มีการจ่ายเงินล่วงหน้า กำหนดในเรื่องการทำสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้าง กำหนดเรื่องการลงโทษผู้ทำงาน กำหนดเพิ่มวิธีการจัดหาขึ้น โดยกำหนดวิธีการจัดทำเอง การแลกเปลี่ยน การเช่า และกำหนดเรื่องการควบคุมและการจำหน่ายพัสดุ ต่อมาได้มีปรับปรุงระเบียบว่าด้วยการพัสดุอีกหลายครั้ง จนกระทั่งได้เปลี่ยนเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่ถือได้ว่าเป็นต้นแบบของหน่วยงานภาครัฐในการกำหนดระเบียบ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง⁴

เมื่อเข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศที่สังคมและวัฒนธรรมเปลี่ยนแปลงไป ประเทศต่าง ๆ มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยและเป็นยุคที่ประเทศไทยจะต้องรับมือกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ประเทศไทยจึงเล็งเห็นถึงความสำคัญของการนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้ในระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อให้ภาครัฐมีระบบการทำงานที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพและความเป็นมาตรฐานทัดเทียมกับประเทศต่าง ๆ แต่ยังคงมุ่งเน้นระบบการทำงานที่โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ จึงได้ผลักดันให้มีการใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามามีบทบาทในการดำเนินงานนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงการบริหารการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยออกเป็นประกาศกระทรวงการคลัง

⁴ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, เพิ่งอ้าง.

เรื่อง หลักเกณฑ์การซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ 13 มกราคม 2548 ระเบียบด้านการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของส่วนราชการได้มีการวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง แต่เนื่องจากประเทศไทยได้มีการปรับปรุงโครงสร้างหน่วยงานภาครัฐตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ทำให้เกิดหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ นอกเหนือจากส่วนราชการมากมาย อาทิ องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ องค์การมหาชน มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ เป็นต้น ซึ่งแต่ละหน่วยงานมีรูปแบบการบริหารงานที่สามารถกำหนดให้มีข้อบังคับ ระเบียบด้านการพัสดุเป็นการเฉพาะ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นมาตรฐานกลางในระดับพระราชบัญญัติสำหรับใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทุกแห่งเช่นเดียวกับนานาประเทศ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ขึ้น⁵ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ ซึ่งจะก่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงิน มีการวางแผนการดำเนินงานและมีการประเมินผลการปฏิบัติงาน ซึ่งจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบกับมาตรการอื่นๆ เช่น การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะทำให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอันจะเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับสาธารณชน และก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป

1.2 กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

1.2.1 การจัดซื้อจัดจ้างและประเภทของพัสดุ

การจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึง การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้างเช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁶ โดยพัสดุแบ่งเป็น 6 ประเภท ได้แก่

⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 24 ก วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560

⁶ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(1) สิ้นค้า ได้แก่ วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง และทรัพย์สินอื่นๆ รวมถึงงานบริการที่รวมอยู่ในสินค้านั้นด้วย แต่มูลค่าของงานบริการต้องไม่สูงกว่าของมูลค่าสินค้านั้น

(2) งานบริการ ได้แก่ งานจ้างบริการ งานจ้างเหมาบริการ งานจ้างทำของและการรับขน

(3) งานจ้างก่อสร้าง ได้แก่ งานก่อสร้าง งานก่อสร้างสาธารณูปโภค หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใดและการซ่อมแซม ต่อเติม ปรับปรุง รื้อถอน หรือการกระทำอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับอาคารสาธารณูปโภค หรือสิ่งปลูกสร้างนั้น รวมถึงงานบริการที่รวมอยู่ในสินค้านั้น แต่มูลค่าของงานบริการต้องไม่สูงกว่ามูลค่างานก่อสร้างนั้น

(4) งานจ้างที่ปรึกษา ได้แก่ งานจ้างบริการจากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเพื่อเป็นผู้ให้คำปรึกษาหรือแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในด้านวิศวกรรม สถาปัตยกรรม ฟังเมือง กฎหมาย เศรษฐศาสตร์ การเงิน การคลัง สิ่งแวดล้อม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีสาธารณสุข ศิลปวัฒนธรรม การศึกษาวิจัย หรือด้านอื่นที่อยู่ในภารกิจของรัฐหรือของหน่วยงานของรัฐ

(5) งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง ได้แก่ งานจ้างบริการจากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเพื่อออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง

(6) การดำเนินการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

หลักการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐนั้นจะต้องดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐและต้องสอดคล้องกับหลักการ⁷ คือ

“คุ้มค่า” หมายถึง พัส্তুต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งาน ราคาเหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและชัดเจน

“โปร่งใส” หมายถึง ต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการ โดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการเปิดเผยข้อมูลจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน

“มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล” หมายถึง ต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องล่วงหน้า กำหนดเวลาที่เหมาะสมโดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ

“ตรวจสอบได้” หมายถึง มีการจัดเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

⁷ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

1.2.2 วิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ มีวิธีหลัก ๆ 3 วิธี⁸ ได้แก่

1. วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการทั่วไปที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ
2. วิธีคัดเลือก ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนเฉพาะผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามรายเข้ายื่นข้อเสนอ เว้นแต่ในงานนั้นมีผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดน้อยกว่าสามราย
3. วิธีเฉพาะเจาะจง ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอหรือให้เข้ามาเจรจาต่อรองราคา รวมทั้งการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับผู้ประกอบการโดยตรงในวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ โดยปกติให้เลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน เว้นแต่กรณีที่มีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้นเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด⁹ จึงจะต้องใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีคัดเลือก หรือวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณี แต่หากพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นพัสดุที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ออกกฎกระทรวงให้เป็นพัสดุที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุน หากหน่วยงานของรัฐจะจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้นต้องใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงก่อน ยกเว้นหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศหรือมีกิจกรรมที่ต้องปฏิบัติในต่างประเทศจะทำการจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้วิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจง โดยไม่ใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อนก็ได้¹⁰

1.2.3 ขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง

1. การจัดทำและประกาศแผนการจัดซื้อจัดจ้าง

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับความเห็นชอบวงเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือผู้มีอำนาจในการพิจารณางบประมาณแล้ว ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายในการปฏิบัติงานนั้นจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อขอความเห็นชอบ เมื่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐให้ความเห็นชอบแผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีแล้วให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่ประกาศเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น หากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ประกาศเผยแพร่

⁸ มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁹ มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁰ มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

แผนการจัดซื้อจัดจ้างโครงการใดในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง จะไม่สามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในโครงการนั้นได้¹¹ เว้นแต่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องจัดทำแผน เช่น กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นพัสดุที่ใช้ในราชการลับ มีความจำเป็นต้องใช้พัสดุโดยฉุกเฉินหรือเป็นพัสดุที่จะขายทอดตลาด หรือที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ เป็นต้น หลังจากที่ได้ประกาศเผยแพร่แผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีแล้วให้หน่วยงานของรัฐรับดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นไปตามแผนและขั้นตอน เพื่อให้พร้อมที่จะทำสัญญาหรือข้อตกลงได้ทันทีเมื่อได้รับอนุมัติทางการเงินแล้ว¹²

2. การจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปราชการงานก่อสร้าง

การจัดทำร่างขอบเขตของงาน หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ ประกอบด้วย การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้าง โดยให้คำนึงถึงคุณภาพ เทคนิค และวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น กรณีที่การซื้อหรือจ้างที่มีใช้การจ้างก่อสร้าง ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง หรือจะให้เจ้าหน้าที่หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งรับผิดชอบในการจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้าง รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอด้วย¹³

ในการซื้อหรือจ้างแต่ละวิธี (นอกจากการซื้อที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง) ให้เจ้าหน้าที่จัดทำรายงานขอซื้อหรือขอจ้างเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อขอความเห็นชอบ โดยระบุถึงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อหรือจ้าง ขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปราชการงานก่อสร้างที่จะซื้อหรือจ้าง แล้วแต่กรณี ราคากลางของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้าง วงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง กำหนดเวลาที่ต้องการใช้พัสดุนั้นหรือใ้งานนั้นแล้วเสร็จ วิธีที่จะซื้อหรือจ้างและเหตุผลที่ต้องซื้อหรือจ้างโดยวิธีนั้น หลักเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอ และข้อเสนออื่น ๆ¹⁴ ในกรณีที่หน่วยของรัฐได้มีการให้ความเห็นชอบรายงานขอซื้อหรือจ้างซึ่งมีวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างเกินกว่าหนึ่งแสนบาท ตั้งแต่วันที่ 11 สิงหาคม 2556 เป็นต้นไป ให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลาง และการคำนวณราคากลางตามแบบ

¹¹ ข้อ 11 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹² ข้อ 12 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹³ ข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁴ ข้อ 22 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ตารางแสดงวงเงินงบประมาณที่ได้รับจัดสรรและรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามที่กฎหมายกำหนด¹⁵

3. การเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวน

ก่อนทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป หลังจากที่หน่วยงานรัฐจัดทำร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference : TOR) หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ และร่างเอกสารเชิญชวนแล้ว จะต้องประกาศเผยแพร่ร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference : TOR) หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุและร่างเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด วัน เวลา สถานที่ยื่นข้อเสนอ และเงื่อนไขอื่นๆ ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานนั้น ๆ ตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด และปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานรัฐนั้น ซึ่งจะเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวนโดยวิธีการอื่นด้วยก็ได้¹⁶ แต่หากเป็นการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วยวิธีการคัดเลือกและวิธีเฉพาะเจาะจงต้องจัดทำหนังสือเชิญชวนให้ผู้ประกอบการเข้ายื่นข้อเสนอตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด

การเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวนในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป แบ่งเป็น 3 กรณี ดังนี้

3.1 วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (e-market) เป็นการจัดหาพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะที่ไม่ซับซ้อน เป็นสินค้าหรือบริการทั่วไป มีมาตรฐาน ซึ่งกำหนดให้ส่วนราชการจัดซื้อสินค้าหรืองานจ้างที่กำหนดไว้ในระบบ e-catalog ให้เผยแพร่ประกาศและเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธี e-market ทางเว็บไซต์หน่วยงาน /กรมบัญชีกลางและปิดประกาศที่หน่วยงานไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ¹⁷

3.2 วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เป็นกรณีที่มีการซื้อหรือจ้างครั้งหนึ่งมีวงเงินเกิน 500,000 บาท และเป็นสินค้าหรืองานบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในระบบข้อมูลสินค้า (e-catalog) โดยให้ดำเนินการในระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (electronic bidding : e-bidding) ตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด ซึ่งในการจัดทำร่างเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ จะต้องจัดทำตามแบบและมีรายการตามที่คณะกรรมการนโยบายฯ กำหนด ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบที่คณะกรรมการนโยบายฯ กำหนด โดยมี

¹⁵ หนังสือสำนักงาน ป.ป.ช. ที่ ปช 0001.26/ว 0025 ลงวันที่ 4 กันยายน 2556 เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ราคากลาง และการคำนวณราคากลาง

¹⁶ มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁷ -ข้อ 35 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

สาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบก็ให้กระทำได้¹⁸ ในกรณีที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะของพัสดุที่จะซื้อหรือจะจ้างพร้อมกับร่างประกาศและร่างเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์จากผู้ประกอบการก่อน ก็ให้นำร่างประกาศและร่างเอกสารเอกสารซื้อหรือจ้างฯ นั้นเผยแพร่ทางเว็บไซต์หน่วยงานและเว็บไซต์กรมบัญชีกลาง ไม่น้อยกว่า 3 วันทำการเพื่อให้ผู้ประกอบการเสนอแนะ วิจารณ์หรือมีความเห็นไปยังหน่วยงานโดยตรง¹⁹

หากหน่วยงานของรัฐได้กำหนดรายละเอียดของประกาศหรือเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้หน่วยงานของรัฐยกเลิกการดำเนินการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้นแล้วดำเนินการใหม่ให้ถูกต้องต่อไป²⁰ ถ้ามีการยกเลิกการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ครั้งนั้นและมีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ใหม่ ให้ผู้รับหรือผู้ซื้อเอกสารประกวดราคาในการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ครั้งก่อนมีสิทธิขอรับเอกสารประกวดราคาใหม่โดยไม่ต้องเสียค่าซื้อเอกสารประกวดราคาอีก²¹

3.3 วิธีสอบราคา

ให้มีการประกาศเชิญชวนซื้อหรือจ้างด้วยวิธีสอบราคา โดยหน่วยงานออกร่างประกาศและเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีสอบราคาเผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบการก่อนก็ได้ โดยเผยแพร่ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ โดยให้ใช้วิธีการเช่นเดียวกับการรับฟังความคิดเห็นวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์²²

4. การยื่นข้อเสนอ

ผู้ที่เข้ายื่นข้อเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานรัฐจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม²³ คือ (1) มีความสามารถตามกฎหมาย (2) ไม่เป็นบุคคล

¹⁸ ข้อ 43 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁹ ข้อ 46 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²⁰ ข้อ 53 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²¹ ข้อ 49 วรรคสาม ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²² ข้อ 62 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²³ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ล้มละลาย (3) ไม่อยู่ระหว่างเลิกกิจการ (4) ไม่เป็นบุคคลซึ่งอยู่ระหว่างถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานรัฐเนื่องจากไม่ผ่านการประเมินผลการปฏิบัติงาน (5) ไม่ถูกแจ้งเวียนชื่อให้เป็นผู้ทำงาน (6) คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอื่นที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ ต้องกำหนดเงื่อนไขในประกาศและเอกสารเชิญชวนให้ผู้ที่จะเข้ายื่นข้อเสนอแสดงหลักฐานถึงขีดความสามารถและความพร้อมที่ตนมีอยู่ในวันยื่นข้อเสนอด้วย

5. การพิจารณาผลการเสนอราคา

5.1 วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป

5.1.1 วิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (e-market)

(1) กรณีมีผู้เสนอราคาหลายราย ให้เสนอความเห็นให้ซื้อ/จ้างจากรายที่เสนอราคาต่ำสุด แต่ถ้ามีผู้เสนอราคาต่ำสุดเท่ากันหลายรายให้พิจารณาผู้ที่เสนอราคาในลำดับแรก

(2) กรณีมีผู้เสนอราคารายเดียว หากเห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อราชการ ให้เสนอความเห็นให้รับราคา แต่หากเห็นว่าไม่มีความเหมาะสมและไม่เป็นประโยชน์ต่อราชการให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่เสนอความเห็นเพื่อยกเลิกและดำเนินการใหม่ หรือใช้วิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจง

(3) กรณีไม่มีผู้เสนอราคา ให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่เสนอความเห็นเพื่อยกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้นและดำเนินการใหม่ หรือใช้วิธีคัดเลือก หรือวิธีเฉพาะเจาะจงก็ได้²⁴

กรณีราคาของผู้ชนะการเสนอราคาที่ได้รับซื้อ/จ้างสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ให้เรียกผู้ชนะการเสนอราคารายนั้นมาต่อรองราคา หากต่อรองราคาแล้ว ราคาที่เสนอใหม่ไม่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างหรือสูงกว่าแต่ไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างหรือต่อรองราคาแล้วไม่ยอมลดราคา แต่ส่วนที่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ถ้าเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสม ให้เสนอซื้อหรือจ้างจากผู้เสนอราคารายนั้น ถ้าไม่ได้ผลให้เรียกรายที่เห็นสมควรซื้อหรือจ้างทุกรายมาเสนอราคาใหม่พร้อมกัน โดยผ่านใบเสนอราคา หากรายต่ำสุดในครั้งนั้นเสนอราคาไม่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างหรือสูงกว่าไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ถ้าเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสมให้เสนอซื้อหรือจ้างจากผู้เสนอราคารายนั้น แต่ถ้าดำเนินการตามแล้วไม่ได้ผล ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณายกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น²⁵

²⁴ ข้อ 38 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²⁵ ข้อ 39 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ในกรณีที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดเสนอราคาผิดเงื่อนไขตามที่กำหนด ให้ถือว่าผู้เสนอราคา รายดังกล่าวไม่ผ่านคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้พิจารณาเพื่อยกเลิกการซื้อหรือจ้าง ในครั้งนั้นหรือพิจารณาผู้เสนอราคาต่ำในลำดับถัดไปเป็นผู้ชนะการเสนอราคาก็ได้²⁶

5.1.2 วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding)

ให้คัดเลือกพัสดุหรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอที่ถูกต้อง และพิจารณาคัดเลือก ข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศและเอกสารประกวดราคา โดยเรียงลำดับผู้ที่เสนอ ราคาต่ำสุดหรือได้คะแนนรวมสูงสุดไม่เกิน 3 ราย ในกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ ไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงกับหน่วยงานของรัฐในเวลาที่กำหนดตามเอกสารประกวดราคา ให้พิจารณาผู้ที่เสนอราคาต่ำรายถัดไป หรือผู้ที่ได้คะแนนรวมสูงรายถัดไปตามลำดับ แล้วแต่กรณี และให้จัดทำรายงานผลการพิจารณาและความเห็นเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณา ให้ความเห็นชอบ²⁷ หากมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ถูกต้องตรง ตามเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เพียงรายเดียว ให้เสนอหัวหน้า หน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อยกเลิกการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ครั้งนั้น แต่ถ้าเห็นว่ามีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไปโดยไม่ต้องยกเลิก ก็ให้ต่อรองราคา กับผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้น แล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐต่อไป

กรณีไม่มีผู้เสนอราคาหรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้เสนอหัวหน้า หน่วยงานของรัฐเพื่อยกเลิกและดำเนินการใหม่ แต่หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้ว เห็นว่าดำเนินการโดยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ใหม่อาจไม่ได้ผลดี จะสั่งให้ดำเนินการซื้อ หรือจ้างโดยวิธีคัดเลือก หรือวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณีก็ได้²⁸

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐใช้เกณฑ์ราคาในการพิจารณาผลการประกวดราคา อิเล็กทรอนิกส์ หากราคาของผู้ชนะการเสนอราคาที่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างให้ ดำเนินการดังนี้

(1) แจ้งผู้ที่เสนอราคารายที่คณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างนั้นเพื่อต่อรองราคา ให้ต่ำสุดเท่าที่จะทำได้ หากผู้ที่เสนอราคารายนั้นยอมลดราคาและยื่นใบเสนอราคาแล้ว ราคาที่เสนอ ใหม่ไม่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง หรือสูงกว่าไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างหรือ ต่อรองราคาแล้วไม่ยอมลด แต่ส่วนที่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างนั้น ไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่ จะซื้อหรือจ้าง ถ้าเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสมก็ให้เสนอซื้อหรือจ้างจากผู้ที่เสนอราคารายนั้น

²⁶ ข้อ 40 วรรคสอง ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²⁷ ข้อ 55 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

²⁸ ข้อ 56 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(2) ถ้าดำเนินการตาม (1) แล้วไม่ได้ผล ให้แจ้งผู้ที่เสนอราคาที่คณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างทุกราย เพื่อมาเสนอราคาใหม่พร้อมกัน โดยยื่นใบเสนอราคาภายในกำหนดระยะเวลาอันสมควร หากรายใดไม่ยื่นใบเสนอราคาให้ถือว่ารายนั้นยื่นราคาตามที่เสนอไว้เดิม หากผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดในการเสนอราคาครั้งนี้เสนอราคาไม่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างหรือสูงกว่าแต่ส่วนที่สูงกว่านั้นไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ถ้าเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสม ก็ให้เสนอซื้อหรือจ้างจากผู้ที่เสนอราคารายนั้น

(3) ถ้าดำเนินการตาม (2) แล้วไม่ได้ผล ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐใช้ดุลพินิจว่าจะยกเลิกการซื้อหรือจ้าง หรือขอเงินเพิ่มเติม หรือลดรายการ ลดจำนวน หรือลดเนื้องาน แต่หากการดำเนินการดังกล่าว ทำให้ลำดับของผู้ชนะการเสนอราคาเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ถือว่าก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เสนอราคา ให้ยกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น แต่หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินการ โดยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ใหม่อาจไม่ได้ผลดีจะสั่งให้ดำเนินการซื้อหรือจ้างโดยวิธีคัดเลือก หรือวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณีก็ได้²⁹

กรณีที่หน่วยงานของรัฐเลือกใช้เกณฑ์ราคาประกอบเกณฑ์อื่น หากราคาของผู้ที่ได้คะแนนรวมสูงสุดสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างให้คณะกรรมการแจ้งผู้ที่เสนอราคารายที่คณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างนั้นเพื่อต่อรองราคาให้ต่ำสุดเท่าที่จะทำได้ หากยอมลดราคาและยื่นใบเสนอราคาใหม่แล้วราคาที่เสนอใหม่ไม่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง หรือสูงกว่าแต่ส่วนที่สูงกว่านั้นไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง หรือต่อรองราคาแล้วไม่ยอมลดแต่ส่วนที่สูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างนั้นไม่เกินร้อยละ 10 ของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ถ้าเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสม ก็ให้เสนอซื้อหรือจ้างจากผู้ที่เสนอราคารายนั้นหากดำเนินการไม่ได้ผล ให้เสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐใช้ดุลพินิจว่าจะขอเงินเพิ่มหรือยกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้นและดำเนินการใหม่³⁰

ให้แจ้งผลการพิจารณาผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ตามแบบที่กรมบัญชีกลางกำหนดให้ผู้เสนอราคาทุกรายทราบ และให้ประกาศผลผู้ชนะการเสนอราคาในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น³¹

²⁹ ข้อ 57 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁰ ข้อ 58 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³¹ ข้อ 59 ประกอบข้อ 42 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

5.1.3 วิธีสอบราคา

ให้คณะกรรมการพิจารณาผลการสอบราคาพิจารณาคัดเลือกพัสดุหรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศและเอกสารสอบราคา และจัดเรียงลำดับผู้เสนอราคาต่ำสุดหรือได้คะแนนรวมสูงสุด ไม่เกิน 3 ราย และจัดทำรายงานผลการพิจารณาเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ หากมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารสอบราคาเพียงรายเดียว หรือไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารสอบราคา ให้คณะกรรมการพิจารณาผลการสอบราคาเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อยกเลิกและดำเนินการใหม่ หากราคาของผู้ยื่นข้อเสนอที่คณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างยังสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ให้เรียกผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นมาต่อรองราคา³²

5.2 วิธีคัดเลือก

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้าง หากปรากฏว่ามีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในหนังสือเชิญชวนเพียงรายเดียว ให้คณะกรรมการเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อยกเลิกการคัดเลือกครั้งนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไปโดยไม่ต้องยกเลิกก็ให้ดำเนินการใหม่

ในกรณีที่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอหรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในหนังสือเชิญชวนให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อยกเลิกการคัดเลือกครั้งนั้นและจะดำเนินการใหม่โดยวิธีเฉพาะเจาะจงก็ได้

ถ้าปรากฏว่าราคาของผู้ยื่นข้อเสนอที่คณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างยังสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างให้คณะกรรมการเรียกผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นมาต่อรองราคา โดยให้ดำเนินการเช่นเดียวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) แต่ในกรณีที่เป็น การจ้างซ่อมพัสดุที่จำเป็นต้องถอดตรวจให้ทราบความชำรุดเสียหายเสียก่อนจึงจะประมาณค่าซ่อมได้ เช่น งานจ้างซ่อมเครื่องจักร เครื่องมือกล เครื่องยนต์ เครื่องไฟฟ้า หรือเครื่อง อิเล็กทรอนิกส์ หากไม่สามารถดำเนินการตามปกติได้ ให้คณะกรรมการแจ้งให้ผู้ประกอบการ ยื่นซองข้อเสนอด้านเทคนิคเพื่อพิจารณาให้เป็นไปตามความต้องการก่อนพิจารณาด้านราคา แล้วให้คณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอด้านเทคนิคที่ดีที่สุดแล้วจัดลำดับ หลังจากนั้น ให้เชิญผู้ยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคที่ดีที่สุดมายื่นข้อเสนอด้านราคาและเจรจาต่อรองราคาที่เหมาะสม

³² ข้อ 71 ประกอบข้อ 56 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

หากเจรจาไม่ได้ผล ให้เจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคที่ดีที่สุดรายถัดไป หากดำเนินการไม่ได้ผล ก็ให้เสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณายกเลิกการจ้าง ในครั้งนั้น และจะสั่งให้ดำเนินการใหม่โดยวิธีเฉพาะเจาะจงก็ได้³³

5.3 วิธีเฉพาะเจาะจง

เมื่อใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปและวิธีคัดเลือก หรือวิธีคัดเลือกแล้วแต่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออื่นไม่ได้รับการคัดเลือกให้สิบลราคาจากผู้ประกอบการที่มีอาชีพขายหรือรับจ้างนั้น โดยตรง และจากผู้ยื่นข้อเสนอในการใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปหรือวิธีคัดเลือก ซึ่งถูกยกเลิกไป (ถ้ามี) ทั้งนี้ หากเห็นว่าผู้ยื่นข้อเสนอรายที่เห็นสมควรซื้อหรือจ้างเสนอราคาสูงกว่าราคาในท้องตลาด หรือราคาที่เหมาะสมการเห็นสมควร ก็ให้ต่อรองราคาลงเท่าที่จะทำได้³⁴

6. การประกาศผลผู้ได้รับคัดเลือก

เมื่อคัดเลือกข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอได้แล้ว ต้องประกาศผลผู้ชนะหรือผู้ได้รับการคัดเลือกพร้อมเหตุผลในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานรัฐ ตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนดและปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานรัฐนั้น

7. การทำสัญญาหรือข้อตกลง

การลงนามในสัญญาและการแก้ไขสัญญาเป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ซึ่งการลงนามในสัญญาจะกระทำได้เมื่อพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์แล้ว ทั้งนี้ ให้หน่วยงานของรัฐส่งสำเนาสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือซึ่งมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งล้านบาทขึ้นไป ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและกรมสรรพากรภายใน 30 วัน นับแต่วันทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด³⁵

1.2.4 การจ้างที่ปรึกษา

ในการจ้างที่ปรึกษา หัวหน้าหน่วยงานของรัฐอาจแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง หรือมอบหมายให้เจ้าหน้าที่หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งดำเนินการจัดทำร่างขอบเขตของงานจ้างที่ปรึกษา รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอ และแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อดำเนินงานการจ้างที่ปรึกษา³⁶

³³ ข้อ 75 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁴ ข้อ 78 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁵ มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁶ ข้อ 103 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การจ้างที่ปรึกษาทำได้ 3 วิธี ดังนี้³⁷

(1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ใช้กับงานที่ไม่ซับซ้อน งานที่มีลักษณะเป็นงานประจำของหน่วยงานของรัฐ หรืองานที่มีมาตรฐานตามหลักวิชาชีพ และมีที่ปรึกษาซึ่งทำงานนั้นได้เป็นการทั่วไป โดยหน่วยงานของรัฐประกาศเชิญชวนที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดให้เข้ายื่นข้อเสนอ

การพิจารณาและตัดสินใจให้คณะกรรมการดำเนินงานจ้างที่ปรึกษาเปิดซองข้อเสนอ ด้านราคาของที่ปรึกษาผู้ยื่นข้อเสนอรายที่ถูกต้องและพิจารณาเลือกรายที่เสนอราคาต่ำสุดและจัดลำดับ กรณีที่ปรึกษาผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงกับหน่วยงานของรัฐในเวลาที่กำหนดตามเอกสารจ้างที่ปรึกษา ให้คณะกรรมการพิจารณาผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดรายถัดไป ในกรณีที่มิที่ปรึกษาผู้ยื่นข้อเสนอเสนอราคาต่ำสุดเท่ากันหลายราย ให้เรียกที่ปรึกษาดังกล่าวมาเสนอราคาใหม่ด้วยวิธีการยื่นซองข้อเสนอด้านราคาและพิจารณาเลือกรายที่เสนอราคาต่ำสุด แล้วจัดทำรายงานผลการพิจารณาและความเห็นพร้อมด้วยเอกสารที่ได้รับไว้ทั้งหมดต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ

กรณีมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายราย แต่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐยกเลิก แต่หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า มีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไปโดยไม่ต้องยกเลิก ให้คณะกรรมการต่อรองกับที่ปรึกษารายนั้นแล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐต่อไป

กรณีที่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอหรือข้อเสนอนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณายกเลิก หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจ้างโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปใหม่อาจไม่ได้ผลดี จะสั่งให้ดำเนินการจ้างโดยวิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจงแล้วแต่กรณีก็ได้³⁸

กรณีที่ปรึกษารายที่สมควรจ้างเสนอราคาสูงกว่าวงเงินที่จะจ้าง ให้แจ้งที่ปรึกษารายที่เห็นสมควรจ้างนั้นเพื่อต่อรองราคา หรือเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อยกเลิก หรือดำเนินการจ้างด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปใหม่ หรือดำเนินการจ้างโดยวิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณีก็ได้³⁹

(2) วิธีคัดเลือก ใช้กับกรณีที่วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้วไม่ผลดี หรือเป็นกรณีที่เป็นงานซับซ้อน หรือซับซ้อนมากหรือกรณีเป็นงานจ้างที่มีที่ปรึกษาจำนวนจำกัด ให้หน่วยงาน

³⁷ ข้อ 108 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁸ ข้อ 115 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁹ ข้อ 116 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ของรัฐเชิญชวนเฉพาะที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 3 ราย ให้เข้ายื่นข้อเสนอ เว้นแต่ในงานที่มีที่ปรึกษาน้อยกว่า 3 ราย

การพิจารณาและตัดสินใจให้คณะกรรมการดำเนินงานคัดเลือกข้อเสนอที่ถูกต้อง จัดลำดับคะแนนและพิจารณาคัดเลือก (ก) กรณีงานจ้างที่ปรึกษาที่เป็นไปตามมาตรฐานของหน่วยงานของรัฐหรืองานที่ซับซ้อนให้คัดเลือกจากรายที่ได้คะแนนรวมด้านคุณภาพและด้านราคามากที่สุด (ข) กรณีงานจ้างที่ปรึกษาที่มีความซับซ้อนมาก ให้คัดเลือกรายที่ได้คะแนนด้านคุณภาพมากที่สุด

กรณีมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐยกเลิก แต่หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า มีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไป โดยไม่ต้องยกเลิก ให้คณะกรรมการต่อรองกับที่ปรึกษารายนั้นแล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐต่อไปกรณีที่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอหรือข้อเสนอ นั้นไม่ได้รับการคัดเลือกให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณายกเลิก หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าการจ้างโดยวิธีคัดเลือกใหม่อาจไม่ได้ผลดีจะสั่งให้ดำเนินการจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงก็ได้⁴⁰

(3) วิธีเฉพาะเจาะจง ใช้กับกรณีที่ใช้ทั้งวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปและวิธีคัดเลือก หรือใช้วิธีคัดเลือกแล้วไม่ได้ผลดี หรือกรณีมีวงเงินค่าจ้างไม่เกินวงเงินตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง หรือกรณีจ้างที่ปรึกษารายเดิมทำต่อจากงานที่ได้ทำไว้แล้ว หรือกรณีเป็นงานจ้าง ที่มีที่ปรึกษาในงานที่จะจ้างนั้นจำนวนจำกัดและมีวงเงินค่าจ้างครั้งหนึ่งไม่เกินวงเงินตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง หรือกรณีงานนั้นมีที่ปรึกษาเพียงรายเดียว หรือกรณีเป็นงานที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หรือที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติให้หน่วยงานของรัฐเชิญชวนที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติ ตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดรายใดรายหนึ่งให้เข้ายื่นข้อเสนอ หรือให้เข้าเจรจาต่อรองราคา⁴¹

⁴⁰ ข้อ 121 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴¹ มาตรา 70 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

1.2.5 การจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง

การจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง กระทำได้ 4 วิธี⁴² ดังนี้

(1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ใช้กับงานที่มีลักษณะไม่ซับซ้อน⁴³ ให้เจ้าหน้าที่จัดทำเอกสารจ้างฯ โดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป พร้อมประกาศเผยแพร่ตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐ และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐ เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 5 วันทำการ เพื่อให้ผู้ให้บริการที่ประสงค์จะเข้ายื่นข้อเสนอสามารถขอรับเอกสารจ้างฯ ตั้งแต่วันเริ่มต้นประกาศจนถึงวันสุดท้ายของการเผยแพร่ประกาศและเอกสารจ้างฯ

การพิจารณาและตัดสิน ให้คณะกรรมการดำเนินงานจ้างพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอของผู้ให้บริการรายที่ถูกต้อง ซึ่งมีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐ แล้วให้เสนอจ้างจากรายที่ได้คะแนนคุณภาพมากที่สุด และจัดลำดับคะแนน ในกรณีที่ผู้ให้บริการรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งได้คะแนนคุณภาพมากที่สุดไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงในเวลาที่กำหนด ให้คณะกรรมการพิจารณาผู้ที่ได้คะแนนคุณภาพมากที่สุดในลำดับถัดไป

กรณีมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายราย แต่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐยกเลิก แต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า มีเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไป โดยไม่ต้องยกเลิกการประกาศเชิญชวนทั่วไป ให้คณะกรรมการพิจารณาแล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐต่อไป

กรณีที่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือข้อเสนออื่นไม่ได้รับการคัดเลือก ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านเพื่อพิจารณายกเลิก หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจ้างโดยวิธีคัดเลือกใหม่อาจไม่ได้ผลดี จะสั่งให้ดำเนินการจ้างโดยวิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจงแล้วแต่กรณีก็ได้⁴⁴

(2) วิธีคัดเลือก ใช้กับงานที่มีลักษณะซับซ้อนหรือซับซ้อนมาก หรือใช้กับวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปแล้วไม่ได้ผล หรือกรณีเป็นงานออกแบบหรือใช้ความคิดซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่มีข้อมูลเพียงพอที่จะกำหนดเบื้องต้นได้⁴⁵ โดยให้เชิญชวนผู้ให้บริการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไม่น้อยกว่า 3 รายให้เข้ายื่นข้อเสนอ

⁴² มาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴³ มาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴⁴ ข้อ 147 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴⁵ มาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การพิจารณาและตัดสินใจให้คณะกรรมการดำเนินงานจ้างพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอของผู้ให้บริการที่ไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันและยื่นเอกสารครบถ้วน ถูกต้อง มีคุณสมบัติและข้อเสนอด้านคุณภาพที่ครบถ้วนถูกต้องตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดไว้ในเอกสารจ้างฯ ซึ่งมีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานของรัฐ แล้วให้เสนอจ้างจากรายที่ได้คะแนนคุณภาพมากที่สุด และจัดลำดับคะแนน

กรณีมีผู้ยื่นข้อเสนอเพียงรายเดียวหรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ผ่านการคัดเลือกเพียงรายเดียว ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐยกเลิก หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่ามิเหตุผลสมควรที่จะดำเนินการต่อไปโดยไม่ต้องยกเลิก ให้คณะกรรมการต่อรองเจรจากับผู้ให้บริการรายนั้นแล้วเสนอความเห็นต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐต่อไป

กรณีที่ไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอหรือข้อเสนอนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก ให้เสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่เพื่อพิจารณายกเลิก หากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าการจ้างโดยวิธีคัดเลือกใหม่อาจไม่ได้ผลดีจะสั่งให้ดำเนินการจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงก็ได้⁴⁶

(3) วิธีเฉพาะเจาะจง ให้หน่วยงานของรัฐเลือกผู้ให้บริการรายใดรายหนึ่งซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถแล้ว ตามที่คณะกรรมการดำเนินงานได้พิจารณาเสนอแนะ⁴⁷

(4) วิธีประกวดแบบ เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเชิญชวนผู้ให้บริการที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนด เพื่อออกแบบงานก่อสร้างที่มีลักษณะพิเศษเป็นที่เชิดชูคุณค่าทางด้านศิลปกรรม หรือสถาปัตยกรรมของชาติหรืองานอื่นที่กำหนดตามกฎหมาย⁴⁸

⁴⁶ ข้อ 150 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴⁷ มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴⁸ มาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

2. การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. 2560

2.1 การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง แบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

2.1.1 การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเนื่องจากมีเหตุตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง

(1) หน่วยงานของรัฐนั้น ไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป

(2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(2.1) ผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งคำว่า “ผู้มีผลประโยชน์ร่วมกัน” หมายความว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างต่อหน่วยงานของรัฐใด เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อมในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอื่นที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน ซึ่งการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวข้างต้น ได้แก่ การที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันในลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) มีความสัมพันธ์กันในเชิงบริหาร โดยผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลรายหนึ่ง มีอำนาจหรือสามารถใช้อำนาจในการบริหารจัดการกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลอีกรายหนึ่งหรือหลายรายที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน

(ข) มีความสัมพันธ์กันในเงินทุน โดยผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดอีกรายหนึ่งหรือหลายรายที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ นั้นในคราวเดียวกัน โดยที่คำว่า “ผู้ถือหุ้นรายใหญ่” หมายความว่า ผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นเกินกว่าร้อยละยี่สิบห้า ในกิจการนั้นหรือในอัตราอื่นตามที่ผู้รักษาการตามระเบียบเห็นสมควรประกาศกำหนดสำหรับกิจการบางประเภทหรือบางขนาด

(ค) มีความสัมพันธ์กันในลักษณะไขว้กันระหว่าง (ก) และ (ข) โดยผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดา

หรือของนิติบุคคลรายหนึ่งเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดคือกรายหนึ่งหรือหลายรายที่เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน หรือในนัยกลับกันการดำรงตำแหน่งการเป็นหุ้นส่วน หรือการเข้าถือหุ้นดังกล่าวข้างต้นของกลุ่มสมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลใน (ก) (ข) หรือ (ค) ให้ถือว่าเป็นการดำรงตำแหน่งการเป็นหุ้นส่วนหรือการถือหุ้นของบุคคลดังกล่าว ในกรณีบุคคลใดใช้ชื่อบุคคลอื่นเป็นผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้น โดยที่ตนเองเป็นผู้ใช้อำนาจในการบริหารที่แท้จริงหรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่แท้จริงของห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดแล้วแต่กรณี และห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่เกี่ยวข้องได้เข้าเสนอราคาหรือเข้ายื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐนั้นในคราวเดียวกัน ให้ถือว่าผู้ยื่นข้อเสนอ นั้นมีความสัมพันธ์กันตาม (ก) (ข) หรือ (ค) แล้วแต่กรณี

(2.2) ผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น

(2.3) มีการกระทำที่เป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ซึ่ง “การขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม” หมายความว่า การที่ผู้ยื่นข้อเสนอรายหนึ่งหรือหลายรายกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการขัดขวางหรือเป็นอุปสรรคหรือไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในการเสนอราคาหรือยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมยอมกัน หรือโดยการให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ เรียก รับ หรือยอมจะรับเงิน หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด หรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือแสดงเอกสารอันเป็นเท็จ หรือสื่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์ในระหว่างผู้ยื่นข้อเสนอด้วยกัน หรือเพื่อให้ประโยชน์แก่ผู้ยื่นข้อเสนอรายหนึ่งรายใดเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐนั้น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันอย่างเป็นธรรมหรือเพื่อให้เกิดความได้เปรียบหน่วยงานของรัฐโดยมิใช่เป็นไปในทางการประกอบธุรกิจปกติ⁴⁹

(2.4) มีการสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา

(2.5) มีพฤติการณ์ที่สื่อว่ามีการทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

⁴⁹ข้อ 4 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

แต่ในกรณีที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ยื่นข้อเสนอตั้งแต่สองรายขึ้นไปได้รับการยกเว้น มิให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐนั้นมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือมีส่วนได้เสียกับหน่วยงานของรัฐอื่น ซึ่งหน่วยงานของรัฐในที่นี้หมายความรวมถึงหน่วยงานของรัฐต่างประเทศด้วย⁵⁰

(3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องก่อให้เกิด ประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐและต้องสอดคล้องกับหลักการ 4 ประการ ได้แก่ ประการแรก คือ คุ่มค่า โดยพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างต้องมีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ มีราคาที่เหมาะสม และมีแผนการบริหารพัสดุที่เหมาะสมและ ชัดเจน ประการที่สอง โปร่งใส โดยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายโดยเท่าเทียมกัน มีระยะเวลาที่เหมาะสม และเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ มีหลักฐานการดำเนินงานชัดเจน และมีการ เปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุในทุกขั้นตอน ประการที่สาม มีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล โดยต้องมีการวางแผนการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ล่วงหน้าเพื่อให้ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีกำหนดเวลาที่เหมาะสม โดยมีการประเมินและเปิดเผยผลสัมฤทธิ์ของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ และประการ สุดท้าย คือ ตรวจสอบได้ โดยกำหนดให้มีการเก็บข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ อย่างเป็นระบบเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องใช้หลักการ ทั้งสี่ประการดังกล่าวเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ หากการจัดซื้อจัดจ้างไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าวแต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ หรือเกิดจากกรณีเร่งด่วนหรือมีเหตุผลหรือความจำเป็นอื่น⁵¹ หรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ทำ การจัดซื้อจัดจ้างขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดผิดพลาด หรือผิดพลาดเล็กน้อยและไม่มีผลต่อการจัดซื้อ จัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ การจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมไม่เสียไป ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างเป็นไป โดยเรียบร้อยและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ⁵²

⁵⁰ หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คำนวณที่สุด ที่ กค (ทวจ) 0405.2/ว 220 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2561 เรื่อง การตีความนิยามคำว่า “ผู้มีผลประโยชน์ร่วมกัน” ตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและ การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 4

⁵¹ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵² มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2.1.2 การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเนื่องจากมีเหตุขัดข้องในขั้นตอนการยื่นข้อเสนอ และการพิจารณาผลการเสนอราคา

การดำเนินการคัดเลือกข้อเสนออาจมีเหตุขัดข้องที่ทำให้หน่วยงานของรัฐไม่สามารถดำเนินการต่อไปเพื่อคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาเพื่อเข้าทำสัญญาได้ ดังนี้

(1) กรณีหน่วยงานของรัฐได้กำหนดรายละเอียดของประกาศหรือเอกสารซื้อหรือจ้าง ด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หน่วยงานของรัฐจะต้องยกเลิกการดำเนินการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้นแล้วดำเนินการใหม่ให้ถูกต้อง

(2) เมื่อมีผู้เสนอราคารายเดียว หรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายรายแต่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เพียงรายเดียว หากเห็นว่าไม่มีความเหมาะสมและไม่เป็นประโยชน์ต่อราชการ ให้ยกเลิกและดำเนินการใหม่ หรือใช้วิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจง

(3) ไม่มีผู้เสนอราคาหรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนด

(4) ราคาของผู้ชนะการเสนอราคา que เห็นควรซื้อหรือจ้างสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง

2.2 เอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 วรรคสอง บัญญัติว่า “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้”

การใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ

(1) ต้องกระทำก่อนมีการลงนามในสัญญา

(2) ต้องมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(3) ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้

เมื่อหน่วยงานของรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กฎหมายให้ถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ โดยเมื่อมีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างให้หน่วยงาน

ของรัฐแจ้งให้ผู้ประกอบการซึ่งมารับหรือซื้อเอกสารเชิญชวนทุกรายทราบถึงเหตุผลที่ต้องยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น และให้ประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และหน่วยงานของรัฐจะเผยแพร่ประกาศดังกล่าวโดยวิธีการอื่นด้วยก็ได้

ในกรณีที่มีการยกเลิกการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือการสอบราคา และไม่มี การประกวดราคา หรือสอบราคาใหม่ หน่วยงานของรัฐจะต้องแจ้งให้ผู้ประกอบการซึ่งมารับหรือซื้อเอกสารเชิญชวนทุกรายทราบถึงเหตุผลที่ต้องยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น⁵³ และต้องแจ้งให้ทราบว่า มีสิทธิขอคืนเงินค่าซื้อเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือเอกสารสอบราคาได้ โดยทำเป็นหนังสือแสดงความจำนงขอคืนเงินภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง⁵⁴

3. การอุทธรณ์และการร้องเรียน

3.1 การอุทธรณ์

การอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างสืบเนื่องมาจากการที่กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการส่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้ สิทธิประโยชน์ การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะ เดียวกัน และการสั่งให้เป็นผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการ จัดซื้อจัดจ้างจึงมีการกำหนดขั้นตอนในการอุทธรณ์คำสั่งไว้เพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁵⁵ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁵³ มาตรา 67 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵⁴ หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ค่วนที่สุด ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.155 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2561 เรื่องแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการยกเลิกการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์หรือการสอบราคา

⁵⁵ โอปาร์ เจริญศรี, ปัญหาการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, การศึกษาอิสระหลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

3.1.1 ขอบเขตการยื่นอุทธรณ์

ต้องเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ มิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเป็นเหตุให้ผู้อุทธรณ์ ไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะ หรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ

3.1.2 ข้อห้ามการอุทธรณ์ มี 4 ประการ⁵⁶

(1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้าง ของหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือ หนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ

(4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงกำหนดเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐที่อุทธรณ์ไม่ได้ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดข้อจำกัดในการอุทธรณ์ไว้ 2 ประการ ได้แก่

(ก) คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นที่เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุในครั้งนั้น โดยวิธี ประกาศเชิญชวนทั่วไปด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์

(ข) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเปิดโอกาสให้มีการรับฟังความคิดเห็นร่างขอบเขตของงาน หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุจากผู้ประกอบการก่อนจะทำการจัดซื้อจัดจ้าง หากปรากฏว่า ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้นมิได้วิจารณ์ หรือเสนอแนะร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ ผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นผู้ยื่นข้อเสนอจะอุทธรณ์ในเรื่องขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุของหน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้

3.1.3 ผู้มีสิทธิอุทธรณ์

ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐ โดยมีสิทธิอุทธรณ์ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น

⁵⁶ มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3.1.4 ขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์

การอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้อุทธรณ์ในหนังสืออุทธรณ์ และต้องใช้ถ้อยคำสุภาพ ระบุข้อเท็จจริงและเหตุผลอันเป็นเหตุแห่งการอุทธรณ์ให้ชัดเจน พร้อมแนบเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องไปด้วย⁵⁷ ในกรณีที่เห็นสมควรรัฐมนตรีอาจออกระเบียบกำหนดวิธีการอุทธรณ์เป็นอย่างอื่น หรือรายละเอียดเกี่ยวกับการอุทธรณ์อื่นด้วยก็ได้ โดยให้ผู้มีสิทธิอุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นภายใน 7 วันทำการนับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง⁵⁸

3.1.5 การพิจารณาอุทธรณ์

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับอุทธรณ์ จะต้องพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 7 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็ให้ดำเนินการตามความเห็นนั้น โดยอาจดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นตามที่พิจารณาเห็นสมควรภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ภายใน 3 วันทำการนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์⁵⁹

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ได้รับรายงานจากหน่วยงานของรัฐ ให้พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายงานดังกล่าว หากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้น ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่เกิน 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ

(ก) กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังขึ้นและมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์สั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้มีการจัดซื้อจัดจ้างใหม่หรือเริ่มจากขั้นตอนใดตามที่เห็นสมควร

(ข) ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้นหรือไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ให้แจ้งหน่วยงานของรัฐเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป การวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด ในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์แล้ว แต่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ ให้ยุติเรื่อง และให้

⁵⁷ มาตรา 116 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵⁸ มาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵⁹ มาตรา 118 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แจ้งผู้อุทธรณ์และผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ พร้อมกับแจ้งให้หน่วยงานของรัฐทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป

3.1.6 การคัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

ผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่อง และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว⁶⁰

3.1.7 ผลทางกฎหมาย

ในกรณีที่มีการอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการให้มีการลงนามในสัญญาได้ก็ต่อเมื่อได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เว้นแต่การจัดซื้อจัดจ้างที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง หรือการจัดซื้อจัดจ้างที่มีวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ส่วนกรณีที่ไม่มีการฟ้องคดี การลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างจะกระทำได้ต่อเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว⁶¹

3.2 การร้องเรียน

การร้องเรียนถือเป็นมาตรการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้มีการแยกการร้องเรียนออกจากการอุทธรณ์อย่างชัดเจน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.2.1 ขอบเขตการยื่นเรื่องร้องเรียน

หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

3.2.2 ผู้มีสิทธิร้องเรียน

ผู้มีสิทธิร้องเรียนเป็นผู้ใดก็ได้ที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีสิทธิร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐนั้นหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แล้วแต่กรณีก็ได้⁶²

3.3.3 วิธีการยื่นเรื่องร้องเรียน

⁶⁰ มาตรา 119 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶¹ มาตรา 66 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶² ข้อ 220 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การยื่นข้อร้องเรียนต้องดำเนินการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ว่าหน่วยงานของรัฐนั้นมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยต้องทำเป็นหนังสือร้องเรียน ใช้อ้อยคำสุภาพ และระบุข้อเท็จจริงและเหตุผลอันเป็นเหตุแห่งการร้องเรียนให้ชัดเจน พร้อมแนบเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องไปด้วย⁶³

3.3.4 ระยะเวลาพิจารณาเรื่องร้องเรียน

กรณียื่นเรื่องร้องเรียนต่อหน่วยงานของรัฐ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้รับเรื่องร้องเรียนให้พิจารณาข้อร้องเรียนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว แล้วแจ้งผลให้ผู้ร้องเรียนทราบโดยไม่ชักช้า พร้อมทั้งแจ้งให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ทราบด้วย⁶⁴

กรณียื่นเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาข้อร้องเรียนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว แล้วแจ้งผลให้ผู้ร้องเรียนและหน่วยงานของรัฐทราบด้วย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด⁶⁵

3.3.5 ผลทางกฎหมาย

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาข้อร้องเรียนแล้วรับฟังได้ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้ เว้นแต่จะได้นำมาในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว⁶⁶ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้พิจารณาเรื่องร้องเรียน ไม่ได้กำหนดผลในทางกฎหมายไว้ชัดเจนว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องวินิจฉัยสั่งการอย่างไรได้บ้าง

⁶³ ข้อ 221 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶⁴ ข้อ 222 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶⁵ ข้อ 223 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶⁶ มาตรา 43 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4. ลักษณะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

4.1 ลักษณะข้อพิพาทในขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา

4.1.1 ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)

ก่อนมีการลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐ และผู้ที่เข้ามาอยู่ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญา จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยราชการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ได้แก่ ทุนหมุนเวียนที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารทุนหมุนเวียน⁶⁷ โดยที่การดำเนินการเพื่อจัดหาพัสดุของภาครัฐเป็นการดำเนินงานทางปกครองอย่างหนึ่งของหน่วยงานของรัฐเพื่อการให้บริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นการดำเนินการทางปกครองนอกจากจะต้องอยู่ภายใต้บังคับและเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองให้เป็นไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกันอีกด้วย ซึ่งลักษณะทางกฎหมายของการดำเนินการทางปกครองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยอาศัยอำนาจตามความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน จากบทบัญญัติดังกล่าว

⁶⁷ กฎกระทรวงกำหนดให้หน่วยงานอื่นเป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

มีผลให้การดำเนินการทางปกครองต่างๆ ที่ถูกกำหนดโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) อยู่ในรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ลักษณะทางกฎหมายของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุของหน่วยงานรัฐก่อนมีการลงนามในสัญญา จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ลักษณะข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐก่อนมีการลงนามในสัญญาอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ดังนี้

1. ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ในขั้นตอนเริ่มกระบวนการจัดหาพัสดุ หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนซึ่งก่อนทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป หน่วยงานของรัฐที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างประกาศเผยแพร่ร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างและร่างเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด วัน เวลา สถานที่ยื่นข้อเสนอ และเงื่อนไขอื่นๆ ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานนั้นๆ ตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด

การจัดซื้อจัดจ้างด้วยประกาศเชิญชวนทั่วไปด้วยวิธีการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เมื่อสิ้นสุดการเสนอราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการเสนอราคาจะต้องตรวจสอบการมีผลประโยชน์ร่วมกัน และเอกสารหลักฐานการเสนอราคาต่าง ๆ และพัสดุตัวอย่าง (ถ้ามี) หรือพิจารณาการนำเสนอของผู้นับข้อเสนอทุกรายหรือเอกสารที่กำหนดให้จัดส่งทั้งหมดแล้วคัดเลือกผู้นับเสนอที่ไม่มีผลประโยชน์ร่วมกันและยื่นเอกสารการเสนอราคาครบถ้วนถูกต้อง มีคุณสมบัติและข้อเสนอทางด้านเทคนิคหรือเสนอพัสดุที่มีรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะครบถ้วนถูกต้องตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดไว้ หากคณะกรรมการเห็นว่าผู้นับเสนอรายใดมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่หน่วยงานของรัฐกำหนดไว้ในประกาศและเอกสารประกวด

ราคา ให้คณะกรรมการตัดรายชื่อของผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้นออกจากการประกวดราคาในครั้งนั้น⁶⁸ และในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปหรือวิธีคัดเลือก กำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยให้คำนึงถึงเกณฑ์ราคาและพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วย ดังต่อไปนี้ (1) ต้นทุนของพัสดุนั้นตลอดอายุการใช้งาน (2) มาตรฐานของสินค้าหรือบริการ (3) บริการหลังการขาย (4) พืชที่รัฐต้องการส่งเสริมหรือสนับสนุน (5) การประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการ (6) ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น ในกรณีที่กำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอ ด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อน (7) เกณฑ์อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และเมื่อพิจารณาข้อเสนอประกอบกับเกณฑ์ที่หน่วยงานของรัฐใช้ในการพิจารณาแล้ว ให้คณะกรรมการจัดเรียงลำดับตามคะแนน ข้อเสนอใดที่มีคะแนนสูงสุดให้หน่วยงานของรัฐเลือกข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอรายนั้น สำหรับในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่มีลักษณะที่จะต้องคำนึงถึงเทคโนโลยีของพัสดุหรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ หรือกรณีอื่นที่ทำให้มีปัญหาในการพิจารณาคัดเลือก ข้อเสนอ หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อน การพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอก็ได้⁶⁹ โดยในขั้นตอนของการคัดเลือกข้อเสนอนี้อาจมีการโต้แย้งเกี่ยวกับข้อกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและเงื่อนไขคุณสมบัติเฉพาะของพัสดุที่จะทำซื้อหรือจ้างได้ เช่น ข้อกำหนดด้านเทคนิค เกณฑ์มาตรฐานของสินค้า เป็นต้น โดยการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการถูกปฏิเสธไม่ผ่านการพิจารณาด้านคุณสมบัติหรือข้อเสนอไม่ได้รับการคัดเลือกให้ผ่านเกณฑ์ที่กำหนด หรือถูกตัดรายชื่อออกจากการประกวดราคา ถือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)

2. ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคำสั่งการอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ภายหลังจากที่ได้ผู้ชนะการเสนอราคาแล้ว เจ้าหน้าที่จะรายงานผลการพิจารณาและความเห็นพร้อมด้วยเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ เมื่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐให้ความเห็นชอบรายงานผลการพิจารณา และผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างแล้ว ให้มีการประกาศผลผู้ชนะการซื้อหรือจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่

⁶⁸ ข้อ 55 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶⁹ มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

กรมบัญชีกลางกำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ สถานที่ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น และแจ้งให้ผู้เสนอราคาทุกรายทราบ⁷⁰ โดยจะมีการเรียกผู้ชนะการเสนอราคาให้มาลงนามในสัญญาต่อไปภายหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์แล้วและไม่มีผู้ใดอุทธรณ์ตามมาตรา 117 หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์จะสามารถลงนามในสัญญาได้หลังจากหน่วยงานของรัฐได้รับแจ้งจากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ว่าให้ทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้ เนื่องจากในชั้นนี้อาจมีการโต้แย้งผลการพิจารณาผู้ชนะการเสนอราคาได้

3. ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

ปรากฏตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติว่า ก่อนลงนามในสัญญา กฎหมายได้ให้สิทธิแก่หน่วยงานของรัฐสามารถที่จะประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ หากการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนด ดังต่อไปนี้

(1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป

(2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับคัดเลือก มีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือสื่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใด ในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้เริ่มดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างแล้วปรากฏว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการลงนามในสัญญา ทำให้หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้นไป ในชั้นนี้จึงอาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีการเรียกร้องค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวได้

4.1.2 ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543)

(1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

⁷⁰ มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

เมื่อมีการยื่นข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ หากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาข้อร้องเรียน แล้วรับฟังได้ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนได้⁷¹

(2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิเสธการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการงานก่อสร้างที่จะเข้าร่วมเป็นผู้ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐหรือการเพิกถอนรายชื่อผู้ประกอบการออกจากทะเบียน

เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการราคากลางมีอำนาจประกาศกำหนดให้งานก่อสร้างในสาขาใดหรือพัสดุอื่นเป็นงานก่อสร้างหรือพัสดุที่ผู้ประกอบการจะเข้าร่วมเป็นผู้ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐได้ ต้องเป็นผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับกรมบัญชีกลาง⁷² และให้หน่วยงานของรัฐกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ายื่นข้อเสนอตามที่คณะกรรมการราคากลางกำหนดในประกาศเชิญชวนให้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย⁷³

การขึ้นทะเบียนให้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะเข้าร่วมเป็นผู้ยื่นข้อเสนอต่อหน่วยงานของรัฐยื่นคำร้องขอขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการกับกรมบัญชีกลางตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการราคากลางประกาศกำหนด และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (1) จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย และมีสำนักงานตั้งอยู่ในประเทศไทย
- (2) มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับงานก่อสร้างหรือพัสดุอื่นตามที่กำหนด
- (3) มีกรรมการและกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันเป็นผู้มีสัญชาติไทยมากกว่ากึ่งหนึ่ง
- (4) กรณีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าว ต้องไม่เป็นคนต่างด้าวที่ถูกห้ามมิให้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- (5) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
- (6) ไม่อยู่ระหว่างเลิกกิจการ

⁷¹ มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁷² มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁷³ มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

(7) ไม่เป็นบุคคลซึ่งอยู่ระหว่างถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ
 (8) ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกแจ้งเวียนชื่อให้เป็นผู้ทำงานของหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 109
 (9) มีคุณสมบัติที่เป็นเกณฑ์ความต้องการขั้นต่ำ เช่น ฐานะการเงิน ผลงานหรือประสบการณ์ที่ผ่านมา บุคลากร หรือเครื่องมือเครื่องจักร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการราคากลางประกาศกำหนดในแต่ละสาขางานก่อสร้างหรือในแต่ละพัสดุอื่น

(10) คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนด
 เมื่อกรมบัญชีกลางได้รับคำขอขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการแล้ว ให้ตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม รวมทั้งตรวจสอบคำขอและรายการเอกสารหรือหลักฐานที่ยื่นพร้อมคำขอให้ถูกต้องครบถ้วน และมีหน้าที่ตรวจติดตามผู้ประกอบการที่ขึ้นทะเบียนแล้วว่า ยังเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ โดยให้มีการตรวจติดตามทุกสองปี หากกรมบัญชีกลางตรวจติดตามพบว่าผู้ประกอบการรายใดไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ให้ดำเนินการเพิกถอนรายชื่อผู้ประกอบการรายนั้นออกจากทะเบียน ผู้ประกอบการผู้ที่ถูกเพิกถอนรายชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบการเนื่องจากขาดคุณสมบัติตามข้อ (1) สามารถยื่นขอขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการใหม่ได้ เมื่อพ้นระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่กรมบัญชีกลางเพิกถอนรายชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบการ เว้นแต่กรณีเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามข้อ (7) หรือ (8) ให้ยื่นขอขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการใหม่ได้เมื่อพ้นจากการเป็นบุคคลดังกล่าว⁷⁴

(3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการสั่งระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐไว้ชั่วคราว

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งการประเมินผลการปฏิบัติงานให้พิจารณาถึงความสามารถในการปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ผู้ประกอบการรายใดที่มีผลการประเมินไม่ผ่านเกณฑ์ที่กำหนดจะถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีผลการปฏิบัติงานเป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนด⁷⁵ นอกจากนี้ ผลการประเมินการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการดังกล่าวกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ กับหน่วยงานของรัฐด้วย⁷⁶

⁷⁴ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ พ.ศ. 2560

⁷⁵ มาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁷⁶ มาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4.2 ลักษณะข้อพิพาทในชั้นตอนตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญา

4.2.1 ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาของหน่วยงานของรัฐกระทำการดังต่อไปนี้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ถือว่าผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญานั้นกระทำการอันมีลักษณะเป็นการทำงาน

(1) เป็นผู้ยื่นข้อเสนอที่ได้รับการคัดเลือกแล้วไม่ยอมไปทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือกับหน่วยงานของรัฐภายในเวลาที่กำหนด

(2) คู่สัญญาของหน่วยงานของรัฐหรือผู้รับจ้างช่วงที่หน่วยงานของรัฐอนุญาตให้รับช่วงงานได้ ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือนั้น

(3) เมื่อปรากฏว่าผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาของหน่วยงานของรัฐกระทำการอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม หรือกระทำการโดยไม่สุจริต

(4) เมื่อปรากฏว่าผลการปฏิบัติตามสัญญาของที่ปรึกษาหรือผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบ หรือควบคุมงานก่อสร้างมีข้อบกพร่อง ผิดพลาด หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐอย่างร้ายแรง

(5) เมื่อปรากฏว่าผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างหรือผู้ประกอบการ งานก่อสร้างไม่ปฏิบัติตามมาตรา 88 กล่าวคือ ผู้ให้บริการงานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างหรือผู้ประกอบการงานก่อสร้างที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐต้องไม่มีส่วนได้เสียกับผู้ประกอบการงานก่อสร้างในงานนั้น

(6) การกระทำอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาเป็นผู้ทำงาน คือ ปลัดกระทรวงการคลัง และให้แจ้งเวียนรายชื่อผู้ทำงานให้หน่วยงานของรัฐทราบ และแจ้งเวียนในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง รวมทั้งแจ้งให้ผู้ทำงานทราบด้วย ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ทำงาน ถ้าการกระทำดังกล่าวเกิดจากหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น ให้สั่งให้บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทำงานด้วย⁷⁷ ผู้ที่ถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงานอาจร้องขอให้ได้รับการเพิกถอนการเป็นผู้ทำงาน ได้โดยอย่างน้อยต้องเป็น

⁷⁷ มาตรา 109 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ผู้ที่มีฐานะการเงินมั่นคง มีการชำระภาษีโดยถูกต้องตามกฎหมาย และได้พินกำหนดระยะเวลาการแจ้งเวียนรายชื่อให้เป็นผู้ทำงานตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด⁷⁸

4.2.2 ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการมีนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล เมื่อคู่กรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญา ย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542



⁷⁸ มาตรา 110 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

5. การฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

คดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสัญญา โดยปกติจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการออกคำสั่งทางปกครอง การวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือการกระทำอื่นใดที่กระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเอกชน และข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ลงนามไปแล้วอันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5.1 อำนาจศาลและเงื่อนไขการฟ้องคดี

5.1.1 อำนาจศาล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติลักษณะของคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไว้ 6 ประเภท ดังนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง นอกจากนี้ มาตรา 11 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

5.1.2 เงื่อนไขการฟ้องคดี

(1) ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งหมายถึงทั้งอำนาจพิจารณาและเขตอำนาจศาล กล่าวคือ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นก็จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นจะฟ้องไปยังศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ ในทางกลับกันคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดก็จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น อีกทั้งการยื่นฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น ได้แก่ ศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นหรือศาลที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่เขตศาลนั้น⁷⁹ ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจครอบคลุมทุกพื้นที่ของประเทศ

(2) คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กำหนดไว้⁸⁰

(3) ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย หากผู้ฟ้องคดีมีข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถก็จะต้องดำเนินการแก้ไขตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้

(4) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี⁸¹ กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรือละเว้น

⁷⁹ มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁰ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸¹ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา

การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับกรณีความรับผิดทางละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง “ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้” นั้น จะต้องเป็นผู้ที่ถูก “โต้แย้งสิทธิ” เท่านั้น เพราะเขาต้องเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” โดยสภาพ และสิทธิของเขาถูกโต้แย้งด้วยการกระทำละเมิดหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง

กรณีที่ดีถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีในคดีเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด เช่น

- ผู้ซื้อเอกสารประมูล แม้จะไม่ได้ยื่นซองเสนอราคาแต่ได้คัดค้านการประมูล ถือว่าเป็นผู้ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้ว เมื่อหน่วยงานของรัฐดำเนินการประมูลโดยไม่ฟังคำคัดค้านยอมทำให้ผู้ซื้อเอกสารประมูลเสียสิทธิที่จะเข้าร่วมการประมูล และกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อของเอกสาร จึงเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 413/2557)

- การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (นายกเทศมนตรี) มีประกาศองค์การบริหารส่วนตำบล เรื่องประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์โครงการซ่อมแซมปรับปรุงถนน มีวัตถุประสงค์เพื่อประชาสัมพันธ์เชิญชวนให้ผู้มีอาชีพรับเหมาก่อสร้างเข้าเสนอราคาทำงานจ้าง และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขของการเสนอราคาให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม จึงมีสภาพบังคับต่อผู้มีอาชีพรับเหมาก่อสร้างที่มีความประสงค์จะเข้ามาเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลตำบล จึงมิได้อยู่ในบังคับของประกาศดังกล่าว และมีได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการประกาศดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมิได้เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอเพิกถอนประกาศดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 361/2550)

9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

- ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าการทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารและติดตั้งอุปกรณ์ระบบ ล้อฟ้าและป้องกันฟ้าผ่า สร้างบ่อเก็บน้ำคอนกรีตเสริมเหล็กและชุดเจาะบ่อบาดาลกับผู้ถูกฟ้องคดี (การยางแห่งประเทศไทย) เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์อันเนื่องมาจากการแสดงเจตนาที่ถูกกลั่นแกล้ง ให้เข้าทำสัญญาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนสัญญาที่พิพาทได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2560)

- การที่สถาบัน ท. ได้มีประกาศประกวดราคาจ้างฉบับใหม่ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิก ประกาศประกวดราคาจ้างฉบับเดิม ย่อมเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เข้าร่วมเสนอราคาตามประกาศ ประกวดราคาจ้างฉบับเดิม ได้รับผลกระทบ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างดังกล่าวที่มีสิทธิฟ้อง ขอให้เพิกถอนประกาศประกวดราคาจ้างฉบับใหม่และฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการยกเลิกประกาศ ประกวดราคาจ้างฉบับเดิมตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และโดยที่ประกาศประกวดราคาจ้างมีลักษณะเป็นคำสั่ง ทางปกครองทั่วไป จึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาขึ้นฟ้องต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี ศาลจึงสามารถรับคำฟ้อง ของผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ไว้พิจารณาได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 367/2563)

(5) ระยะเวลาการฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนด กล่าวคือ กรณีที่ฟ้องขอให้ศาล เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุ แห่งการฟ้องคดี กรณีฟ้องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้อง ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าว หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่เห็นว่าไม่มีเหตุผล หรือมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁸² ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ยื่นฟ้องภายใน 1 ปี ถ้าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องฟ้อง ภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่ง

⁸² มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การฟ้องคดี⁸³ อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องเมื่อใดก็ได้ และในบางกรณีถ้าคู่กรณีมีคำขอหรือศาลปกครองเห็นเองว่าคดีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้⁸⁴

(6) การแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนฟ้องคดี

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการนั้นเสียก่อนและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด ส่วนกรณีไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้ ผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายใน 15 วัน หากยังไม่มีการอุทธรณ์ ก็ไม่อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เว้นแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการ สำหรับกรณีการฟ้องเพิกถอนกฎ ผู้ฟ้องคดีที่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ทันทีโดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อน

สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น ไม่มีบทบัญญัติที่บังคับให้เอกชนผู้ฟ้องคดีต้องขอให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดทางละเมิดหรือตามสัญญาเสียก่อน จึงจะสามารถฟ้องคดีปกครองได้ เว้นแต่ในกรณีตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่าผู้เสียหายจะขอให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดก็ได้ และถ้าไม่พอใจผลการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป⁸⁵ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ไม่ได้บังคับว่าจะต้องดำเนินการดังที่กล่าวมาเสียก่อนจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีด้วยเหตุนี้เอกชนผู้เสียหายจึงสามารถฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อน

(7) ค่าธรรมเนียมศาล การฟ้องคดีปกครองขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่

⁸³ มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁴ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁵ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ล่าช้าเกินสมควรไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่ถ้าเป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เว้นแต่ที่ศาลมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล⁸⁶

5.2 ประเภทของคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

การฟ้องคดีเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ปรากฏในมาตรา 119 วรรคห้า ที่กำหนดให้ผู้อุทธรณ์ที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือการยุติเรื่องเนื่องจากพ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์แล้ว แต่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยังพิจารณาไม่แล้วเสร็จ หากผู้อุทธรณ์เห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่การฟ้องคดีดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นแล้ว ซึ่งการใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง สามารถแบ่งประเภทของคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

5.2.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.806/2560 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรี) ได้มีประกาศสอบราคาจัดซื้อวัสดุก่อสร้าง โดยผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองสอบราคาในการจัดซื้อวัสดุก่อสร้างดังกล่าวและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาล) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีประกาศ เรื่อง ยกเลิกการสอบราคาจัดซื้อวัสดุก่อสร้าง อ้างว่าคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาคำเนินการเปิดซองราคาไม่เป็นไปตามที่ประกาศกำหนดเนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดซองสอบราคา จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศ

⁸⁶ มาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการเปิดของสอบราคาได้เปลี่ยนสถานที่เปิดของสอบราคา โดยไม่มีการแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดของสอบราคาแก่ผู้เสนอราคาทุกราย และไม่ได้มีการปิดประกาศแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดของสอบราคาไว้โดยเปิดเผย จึงเป็นกรณีที่คณะกรรมการเปิดของสอบราคาดำเนินการโดยไม่ได้เปิดซองใบเสนอราคา และอ่านแจ้งราคาพร้อมบัญชีรายการเอกสารหลักฐานต่างๆ ของผู้เสนอราคาทุกราย โดยเปิดเผยตามสถานที่กำหนดไว้ในประกาศสอบราคา อันเป็นการฝ่าฝืนต่อข้อ 35 (1) ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และมีลักษณะที่ถือว่าไม่ได้เป็นการดำเนินการโดยเปิดเผย สามารถตรวจสอบได้ และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมตามข้อ 10 ตรี วรรคหนึ่ง ของระเบียบดังกล่าว แม้ว่ามีเหตุจำเป็นที่ต้องเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดของสอบราคา แต่การเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดของสอบราคาไปดำเนินการที่ใดก็ได้ โดยไม่มีประกาศแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบก่อน อาจจะเป็นผลเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐและไม่ใช่เป็นการบริหารจัดการภายในของคณะกรรมการเปิดของสอบราคาเพื่อให้สามารถดำเนินการเปิดของสอบราคาได้ การที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งยกเลิกการสอบราคาด้วยเหตุที่คณะกรรมการเปิดของสอบราคาดำเนินการโดยไม่มีการแจ้งการเปลี่ยนแปลงสถานที่เปิดของสอบราคา จึงชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.422/2561 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ซื้อเอกสารประกวดราคาจ้างและได้ยื่นเอกสารประกวดราคาจ้างตามประกาศประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์งานก่อสร้างโรงเรียนกองทัพบกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมยุทธโยธาทหารบก) แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะกรรมการประกวดราคา) ได้มีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาคัดเลือกเบื้องต้นว่าผู้ฟ้องคดีไม่ผ่านการคัดเลือกเนื่องจากปฏิบัติผิดตามประกาศประกวดราคาจ้างคือ ไม่ได้ยื่นสำเนาทะเบียนบ้านของผู้รับมอบอำนาจในการยื่นเอกสาร และมีการลบแก้ไขหนังสือรับรองของผู้ควบคุมงานแล้วไม่ประทับตราสำคัญของห้างและลงชื่อผู้เสนอราคาและวิศวกรหรือสถาปนิกกำกับไว้ ผู้ฟ้องคดีมีหนังสืออุทธรณ์ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยืนยันผลการคัดเลือก จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ทะเบียนบ้านเป็นเอกสารราชการที่มีวัตถุประสงค์ยืนยันหลักแหล่งที่เป็นภูมิลำเนาของบุคคลอันแตกต่างกับบัตรประจำตัวประชาชนที่ใช้เป็นหลักฐานเพียงการยืนยันตัวบุคคล เมื่อประกาศประกวดราคาจ้างกำหนดให้ต้องแนบสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนและสำเนาทะเบียนบ้าน จึงมีวัตถุประสงค์ต้องการตรวจสอบตัวบุคคลและตรวจสอบภูมิลำเนาของบุคคล การยื่นเอกสารไม่ครบในการยื่นเอกสารประกวดราคา จึงไม่ใช่กรณีที่เป็นการขัดพิสดารเล็กน้อย และหนังสือรับรองของผู้ควบคุมงานถือเป็นสาระสำคัญในการเข้าประกวดราคาที่ต้องลงชื่อพร้อมประทับตราผู้เสนอราคาและวิศวกรหรือสถาปนิกกำกับไว้ทุกแห่ง

เพื่อเป็นหลักฐานสำหรับอ้างอิงและยืนยันการชดเชย แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงเอกสาร การที่หนังสือรับรองของผู้ควบคุมงานมีการลบหรือแก้ไขข้อความ และไม่ประทับตราผู้เสนอราคาและวิศวกร หรือสถาปนิกกำกับจึงเป็นการปฏิบัติแตกต่างไปจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ มิได้ให้ผู้เสนอราคาผ่านการคัดเลือกจึงชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 383/2560 เทศบาลตำบลออกประกาศสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างฅาปนสถาน ซึ่งนาย ก. ได้เสนอราคาและเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด โดยในการเสนอราคารั้งนี้ นาย ก. ได้เสนอผลงานการก่อสร้างศาลากลางน้ำของวัดแห่งหนึ่งและยื่นหนังสือรับรองโดยเจ้าอาวาสเป็นผู้ออกหนังสือรับรองให้ แต่เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบเห็นว่า หนังสือรับรองผลงานยังขาดข้อความสำคัญ จึงแจ้งให้ นาย ก. ส่งเอกสารเพิ่มเติม แต่นาย ก. ก็ไม่ได้จัดส่งเอกสารเพิ่มเติม เทศบาลตำบลผู้ประกาศสอบราคาเห็นว่าหนังสือรับรองผลงานและผลงานของนาย ก. ไม่มีความน่าเชื่อถือ และนาย ก. มิได้เสนอเอกสารเพิ่มเติม อีกทั้งไม่มีผู้เสนอราคารายใดเสนอราคาถูกต้องตามเงื่อนไข จึงประกาศยกเลิกการสอบราคาในครั้งนี้นาย ก. เห็นว่า การยกเลิกประกาศสอบราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม จึงยื่นอุทธรณ์ ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาให้ยกอุทธรณ์ จึงฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนประกาศยกเลิกการสอบราคาดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อหนังสือรับรองผลงานของผู้ฟ้องคดีไม่มีเลขที่หนังสือของวัด ไม่ได้ประทับตราวัด ไม่ได้กล่าวอ้างถึงสัญญาที่กระทำและเนื้องานหรือลักษณะของงานว่าเป็นอย่างไร หนังสือของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีเนื้อหาที่จะแสดงถึงการรับรองผลงานได้ ส่วนการให้ผู้ฟ้องคดีจัดส่งเอกสารเพิ่มเติมก็เพื่อจะได้พิจารณาคัดเลือกผู้รับจ้างที่มีคุณสมบัติและมีศักยภาพในการดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จอันเป็นการรักษาประโยชน์ทางราชการเป็นสำคัญ แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้จัดส่งเอกสารเพิ่มเติมเพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากการเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก เมื่อไม่ปรากฏว่าผลงานตามหนังสือรับรองเป็นผลงานของผู้ฟ้องคดีจริง ผู้ถูกฟ้องคดีย่อมมีอำนาจที่จะไม่รับราคาและไม่ทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีได้ และเมื่อไม่มีผู้เสนอราคา ที่เสนอราคาถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารสอบราคา และผู้ถูกฟ้องคดีทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่รับราคาต่ำสุดหรือราคาหนึ่งราคาใดหรือราคาที่เสนอทั้งหมด หรืออาจจะยกเลิกการสอบราคาโดยไม่พิจารณาจัดจ้างเลยก็ได้ เพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีอำนาจในการยกเลิกการสอบราคาได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการสอบราคาเพื่อดำเนินการสอบราคาใหม่ต่อไป จึงเป็นการดำเนินการโดยชอบแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.325/2563 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้มีประกาศยกเลิกประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างที่พิพาทเพื่อดำเนินการจัดจ้างใหม่ เนื่องจากผู้ยื่นข้อเสนอทุกรายยื่นเอกสารไม่ครบถ้วนตรงตามที่ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือ

อุทธรณ์การยกเลิกประกาศเชิญชวนดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีที่ 3 มีหนังสือวิจารณ์และเสนอแนะแก้ไขเปลี่ยนแปลง TOR ต่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง แต่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแจ้งผลการพิจารณายืนยันตามเดิมและได้ออกประกาศขายเอกสารประกวดราคาที่ประกอบไปด้วย TOR ฉบับเดิมที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองไม่เห็นด้วย จึงไม่ได้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอ และผู้ฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสืออุทธรณ์คัดค้านประกาศฉบับใหม่ยอมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองตั้งแต่เริ่มต้นแล้ว การฟ้องคดีในข้อหานี้ไม่ใช่เรื่องที่ผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ตามมาตรา 119 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหาย แต่เป็นการฟ้องโต้แย้งเริ่มตั้งแต่ประเด็นที่ว่า TOR ทั้งหมดของประกาศประกวดราคาจ้างโครงการไม่ถูกต้องและโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของประกาศยกเลิกการประกวดราคาและประกาศประกวดราคาฉบับใหม่โดยผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์เกี่ยวข้องในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการพิจารณาและประกาศเพิกถอนการประกาศประกวดราคาฉบับแรกและประกาศเชิญชวนฉบับใหม่ของโครงการดังกล่าว ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.344/2556 เทศบาลได้ออกประกาศจัดซื้อรถบรรทุกน้ำอเนกประสงค์ ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในส่วนเครื่องสูบน้ำว่าต้องเป็นเครื่องสูบน้ำแบบแรงเหวี่ยงหนีศูนย์กลางซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพเป็นที่ยอมรับและแพร่หลายในระดับสากลตามมาตรฐาน ISO 9001 – 2000 และมีตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทย พร้อมมีบริการหลังการขาย และอะไหล่สำรอง รวมทั้งเป็นผลิตภัณฑ์ผ่านการทดสอบและรับรองมาตรฐานจาก DIN, NEPA, EN, BS หรือ UL สถาบันใดสถาบันหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณารายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของเครื่องสูบน้ำที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดแล้วเห็นว่ามิมีบริษัทผู้ผลิตเครื่องสูบน้ำที่มีรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด คือ บริษัท ท. จำกัด และบริษัท ศ. จำกัด แต่บริษัทที่ได้รับ การรับรองคุณภาพในระดับสากลตามมาตรฐาน ISO 9001 – 2000 ตามข้อกำหนดของผู้ถูกฟ้องคดีมีเพียงบริษัท ศ. จำกัด เท่านั้น จึงเป็นการไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมตามข้อ 10 ตรีของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1/2563 ฟ้องว่าตนได้เข้ายื่นข้อเสนอร่วมลงทุนกับรัฐใน โครงการพัฒนาสนามบินอู่ตะเภาและเมืองการบินภาคตะวันออก แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้รับ

ข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีทั้งห้าไว้พิจารณาเพียงบางส่วนเท่านั้น และไม่รับข้อเสนอในส่วนของข้อที่ 2 ข้อเสนอด้านเทคนิคและแผนธุรกิจ กล้องที่ 6 กับฉบับสำเนา และข้อที่ 3 ข้อเสนอด้านราคากล้องที่ 9 กับฉบับสำเนา เนื่องจากเป็นเอกสารที่ได้ยื่นภายหลังกำหนดเวลาการยื่นของเอกสาร ข้อเสนอตามที่กำหนดในเอกสารการคัดเลือก จึงฟ้องขอให้เพิกถอนมติไม่รับซองข้อเสนอร่วมลงทุนดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ยื่นข้อเสนอรายใดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกย่อมเป็นไปตามเกณฑ์การประเมินซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกของโครงการจะเป็นผู้พิจารณาและให้คะแนนเป็นสำคัญ สาระสำคัญที่แท้จริงของกระบวนการยื่นข้อเสนอจึงอยู่ที่การแสดงตนเป็นผู้ยื่นข้อเสนอ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าเอกสารข้อเสนอกล้องที่ 6/10 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อที่ 2 ข้อเสนอด้านเทคนิคและแผนธุรกิจ และกล้องที่ 9/10 ซึ่งเป็นข้อที่ 3 ข้อเสนอด้านราคา มีการขนผ่านจุดลงทะเบียนแล้ว จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อบกพร่องหรือการปฏิบัติไม่ถูกต้องถึงขนาดที่มีผลกระทบต่อการดำเนินโครงการร่วมลงทุนในทางที่จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรมอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด มติไม่รับซองข้อเสนอจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.900/2556 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมชลประทาน) ได้มีประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างปรับปรุงคลองส่งน้ำ ผู้ฟ้องคดีได้ซื้อเอกสารประกวดราคาและเข้าร่วมยื่นซองประกวดราคาดังกล่าวด้วย โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาที่ผู้มีสิทธิได้รับคัดเลือกเข้าประกวดราคาจากผู้มีสิทธิได้รับคัดเลือกจำนวน 5 ราย โดยผู้ฟ้องคดีเสนอราคาต่ำสุดในลำดับที่ 4 ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศยกเลิกประกาศประกวดราคาจ้างดังกล่าวและได้มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีแจ้งยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพบว่าเงื่อนไขกำหนดวันเปิดซองใบเสนอราคาตามประกาศประกวดราคากำหนดเป็นวันที่ 12 ตุลาคม 2547 ส่วนในเอกสารรายละเอียดประกอบการประกวดราคากำหนดวันเปิดซองใบเสนอราคาในวันที่ 11 ตุลาคม 2547 ซึ่งอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกับผู้เสนอราคา จึงขอยกเลิกการประกวดราคาเพื่อดำเนินการประกวดราคาใหม่ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสืออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวเนื่องจากการยกเลิกการประกวดราคาเกิดขึ้นหลังจากที่ได้ทำการเปิดซองราคาแล้ว ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าเสนอราคา อีกทั้งยังทำให้ผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติไม่ถูกต้องในการเสนอราคาครั้งแรกมีโอกาเสนอราคาใหม่ได้ ผู้ฟ้องคดี จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวและให้ผู้ถูกฟ้องคดี พิจารณาผลการประกวดราคาดังกล่าวต่อไป ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 53 กำหนดเงื่อนไขที่จะทำให้หัวหน้าส่วนราชการมีอำนาจพิจารณายกเลิกการประกวดราคาได้สามประการประกอบกัน คือ ประการแรก มีการประกวดราคาแล้วแต่ยังไม่ได้

ทำสัญญาหรือตกลงซื้อหรือจ้างกับผู้เสนอราคารายใด ประการที่สอง มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการทำให้ต้องเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในรายการละเอียดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา และประการที่สาม การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าเสนอราคาด้วยกัน คดีนี้เห็นได้ว่าผู้เสนอราคาทั้ง 5 ราย กำหนดยื่นราคาที่ยื่นเสนอจำนวน 240 วัน นับแต่วันเปิดซองใบเสนอราคาตรงตามประกาศและตามเอกสารประกอบการประกวดราคาทุกราย แต่วันเริ่มต้นการยื่นราคาและวันสิ้นสุดการยื่นราคาตามที่ปรากฏในหนังสือคำประกันของประกวดราคาแตกต่างกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด ง. และห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. เข้าใจว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะเปิดซองประกวดราคาในวันที่ 11 ตุลาคม 2547 ตามเอกสารรายละเอียดประกอบการประกวดราคา เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีเปิดซองประกวดราคาในวันที่ 12 ตุลาคม 2547 ตามประกาศประกวดราคา ห้างหุ้นส่วนจำกัด ง. และห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ก็จะผิดเงื่อนไขที่กำหนดในประกาศประกวดราคาโดยยื่นราคาที่ยื่นไม่ครบ 240 วัน อันอาจต้องถูกตัดออกไปไม่ได้รับการพิจารณาโดยมิใช่ความผิดของผู้เสนอราคาทั้งสองราย กรณีจึงถือว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในรายละเอียดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ซึ่งมีผลให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าเสนอราคาด้วยกัน การใช้ดุลยพินิจในการยกเลิกประกาศประกวดราคาจึงเป็นไปโดยชอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 53 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แล้ว ดังนั้น คำสั่งยกเลิกประกาศประกวดราคาจึงชอบด้วยกฎหมาย

5.2.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับกระทำละเมิดทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.232/2554 มติของคณะกรรมการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคที่ให้ยกเลิกการประกวดราคา มีลักษณะเป็นคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ ซึ่งถูกกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องจากการมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.284/2562 วินิจฉัยว่า ประกาศยกเลิกประกาศสอบราคาถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กระทบสิทธิผู้ชนะการสอบราคาซึ่งมีสิทธิได้เข้าทำสัญญาจ้างอยู่ก่อน การยกเลิกประกาศสอบราคาที่พิพาท หน่วยงานของรัฐจึงต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผล ในการยกเลิกประกาศสอบราคา เพื่อให้ผู้ชนะการสอบราคาดังกล่าวได้รับทราบและมีโอกาส ได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อมิได้ให้โอกาสดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องตาม ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นอกจากนี้ แม้จะเบี่ยงว่าด้วยการพัสดุจะไม่ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องจัดส่งประกาศสอบราคาแก่ ผู้รับจ้างรายหนึ่งรายใด โดยเฉพาะ แต่การที่หน่วยงานของรัฐได้มีประกาศสอบราคาครั้งใหม่ ซึ่งหากมีเจตนาสุจริตก็ควรจะใช้ดุลพินิจจัดส่งประกาศสอบราคาครั้งใหม่ให้แก่ผู้ชนะการสอบราคา ครั้งก่อนที่ถูกยกเลิกการสอบราคาไปด้วย การที่มิได้ดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจ โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการยกเลิกการประกาศสอบราคาที่พิพาททำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะ การสอบราคาครั้งแรกได้รับความเสียหาย โดยเสียดำเนินการเข้าทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นการ ทำละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐจึงต้องรับผิดชอบค่าเสียหายต่อผู้ฟ้องคดี ในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.689/2563 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีประกอบการ พาณิชยกรรมประเภทจำหน่ายวัสดุก่อสร้างทุกชนิดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรีตำบล พ.) ได้มีประกาศสอบราคาจ้างโครงการเสริมผิวถนน ค.ส.ล. ภายในหมู่บ้าน โดยผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองสอบราคาจ้างโครงการดังกล่าวด้วย ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ประกาศผลการเปิดซองสอบราคาจ้างให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด พ. เป็นผู้ชนะ การสอบราคาจ้าง โดยให้เหตุผลว่าห้างหุ้นส่วนจำกัด ม. และผู้ฟ้องคดีเสนอรายละเอียดแตกต่างไป จากเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารสอบราคาที่เป็นสาระสำคัญ ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์ผลการสอบราคา จ้าง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้แจ้งผลพิจารณาอุทธรณ์ว่าการพิจารณาผลการสอบราคาของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 2 ชอบด้วยระเบียบและกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือ มีคำสั่งเพิกถอนประกาศผลการเปิดซองสอบราคาจ้าง และให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการสอบราคาจ้าง ดังกล่าวและให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาและดำเนินการก่อสร้างให้กับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการสอบราคาจ้างโครงการที่พิพาทนั้นเมื่อคำนวณราคาต่อหน่วย และต่อรายการของค่าวัสดุและค่าแรงงานตามที่ระบุในบัญชีรายการประมาณราคาของผู้ฟ้องคดีแล้ว ไม่ตรงกับที่ผู้ฟ้องคดีระบุไว้ในใบเสนอราคาและราคารวมที่ระบุไว้ในบัญชีรายการดังกล่าว เอกสาร เสนอราคาของผู้ฟ้องคดีจึงมีรายละเอียดจำนวนเงินที่เสนอราคาไม่ถูกต้องตรงกัน อันเป็น

การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคาจ้าง และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการ ส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ข้อ 33 ดังนั้น การที่นายกเทศมนตรีตำบล พ. เห็นชอบด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาไม่รับพิจารณาผู้เสนอราคายผู้ฟ้องคดี จึงไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 831/2562 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้เข้าซื้อแบบประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โครงการก่อสร้างอาคารพร้อมตกแต่งภายใน ผู้ถูกฟ้องคดี (เทศบาลตำบล พ.) แจ้งผลการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคา เนื่องจากไม่มีสำเนาสัญญาจ้าง ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ผลการพิจารณาดังกล่าว และได้รับการแจ้งผลอุทธรณ์ว่ายังคงให้เป็นผู้ไม่ผ่านการพิจารณา ในขณะเดียวกันผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการประมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไปแล้วทั้ง ๆ ที่ยังอยู่ในระยะเวลาของการพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี การพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ถูกต้อง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกการประมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่พิพาท ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ยื่นซองเสนอราคาไม่ยื่นเอกสารสำเนาสัญญาจ้างก่อสร้างตามที่ประกาศและเอกสารประมูลจ้างที่พิพาทกำหนด จึงต้องถือว่าไม่มีพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานผู้จัดประมูลจ้างกำหนด ดังนั้น คำสั่งตัดสิทธิผู้ยื่นซองเสนอราคารายดังกล่าวในการเข้าเสนอราคาจึงชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการกระทำละเมิด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.764/2561 ฟ้องขอให้ชำระค่าเสียหายเนื่องจากคำสั่งตัดสิทธิให้เป็นผู้ไม่ผ่านการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคาเนื่องจากขาดคุณสมบัติตามเกณฑ์การพิจารณาข้อเสนอด้านคุณสมบัติ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามร่วมกันหรือแทนกันชำระเงินค่าเสียหาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อผู้เสนอราคาเคยเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคามาก่อน การที่หน่วยงานผู้จัดประกวดราคานำผลงานครั้งก่อนมาประกอบการพิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้น เป็นการพิจารณาภายในกรอบของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศประกวดราคา คำสั่งให้ไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว กรณีจึงไม่เป็นการกระทำละเมิด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.745/2561 ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งตัดสิทธิในการเข้าประกวดราคาจ้างโครงการก่อสร้างอาคารพักพยาบาลและเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้นเพราะมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนและมีข้อเสนอด้านเทคนิคไม่เป็นไปตามเอกสารประกวดราคาซึ่งกำหนดให้หลักประกันซองที่เป็นเช็คต้องส่งจ่ายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (จังหวัด) แต่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหลักประกันซองเป็นแคชเชียร์เช็คธนาคารสั่งจ่ายให้แก่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดียื่นหลักประกันซองเป็นแคชเชียร์

เจ้าหน้าที่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดชัยภูมิ เป็นการยื่นหลักประกันของที่แตกต่างไปจากเงื่อนไขที่กำหนดในเอกสารประกวดราคา เป็นกรณีที่น่าจะแก้ไขให้ถูกต้องได้ จึงเป็นข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเพียงเล็กน้อยไม่มีผลทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบต่อผู้เสนอราคารายอื่น การที่คณะกรรมการประกวดราคาจ้างมีมติให้ไม่ผ่านการคัดเลือกเบื้องต้นโดยไม่พิจารณาผ่อนผันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เนื่องจากเป็นข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อย คำสั่งตัดสิทธิดังกล่าวทำให้ผู้เข้าประกวดราคาได้รับความเสียหายเป็นการกระทำละเมิด หน่วยงานรัฐจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในผลแห่งละเมิดดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.343/2561 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบกิจการด้านการพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ มีความสนใจที่จะเข้าร่วมประกวดราคาตามประกาศประกวดราคาระบบศูนย์สำรองข้อมูล โดยได้กำหนดขอบเขตของงาน (TOR) ว่าผู้เสนอราคาต้องมีผลงานในด้านการติดตั้งระบบเครือข่ายหรือระบบรักษาความปลอดภัยเครือข่ายโดยมูลค่าโครงการไม่ต่ำกว่า 1 ล้านบาท อย่างน้อย 2 โครงการให้แก่หน่วยงานราชการหรือรัฐวิสาหกิจและเป็นผลงานที่ทำมาแล้วไม่เกิน 5 ปี ผู้ฟ้องคดี เห็นว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวมีลักษณะกีดกันและไม่เปิดโอกาสให้แก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบกิจการรายย่อยซึ่งเป็นรายใหม่ที่ยังไม่มีผลงานเข้าร่วมประกวดราคาในครั้งนี้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนและเสียหาย ขอให้ชดเชยค่าเสียหายจากการเสียโอกาสในการเข้าร่วมการประกวดราคาและเข้าทำสัญญา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาดังกล่าวแม้จะมีผลทำให้ผู้ประกอบกิจการบางรายรวมทั้งผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าร่วมประกวดราคาในครั้งนี้ได้ แต่เมื่อเปรียบเทียบผลกระทบที่ผู้ประกอบกิจการบางรายรวมทั้งผู้ฟ้องคดีได้รับหรือจะได้รับความเสียหายที่จะเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดี ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะย่อมมีน้ำหนักให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่า อีกทั้งการประกวดราคานี้มีผู้ซื้อเอกสารประกวดราคาและเข้าร่วมการเสนอราคา จำนวน 2 ราย กรณีจึงฟังไม่ได้ว่าเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้ประกอบการบางราย โดยเฉพาะเจาะจง จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กรณีจึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้สนใจเข้าร่วมประกวดราคาตามนัยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 550/2554 ใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้ระบุจำนวนภาษีมูลค่าเพิ่ม ไม่ถือเป็นข้อผิดพลาดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แต่ถือเป็นข้อผิดพลาดเพียงเล็กน้อยเท่านั้นไม่ถึงกับทำให้การยื่นใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีต้องเสียไป อันจะส่งผลให้คณะกรรมการเปิดซองของสอบราคาไม่รับพิจารณาใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่รับใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุแต่เพียงว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ระบุ

จำนวนภาษีมูลค่าเพิ่ม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขในเอกสารสอบราคาและเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี

5.2.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นสัญญาหลักหรือที่มักเรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ที่ไม่อาจจัดเข้าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดก่อนลงนามทำสัญญา เช่น การริบเงินประกัน หรือในกรณีประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคาแล้วแต่ไม่ไปลงทะเบียนเพื่อเสนอราคา หรือไปไม่ทันเวลา หรือไม่เสนอราคา เป็นต้น ศาลปกครองได้วางแนวคำวินิจฉัยในปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวว่า แม้จะยังไม่มีการทำสัญญาอันเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการจัดหาคู่สัญญา แต่เมื่อมีการยื่นซองสอบราคาหรือเข้าประกวดราคาก็ย่อมถือว่าผู้นั้นยินยอมผูกพันตามประกาศสอบราคาหรือประกวดราคาเมื่อทางราชการรับคำเสนอดังกล่าวแล้วทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งขึ้น เรียกว่า “สัญญาสอบราคา” “สัญญาประกวดราคา” หรือ “สัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์” และมีความรับผิดชอบของคู่กรณีหรือคู่สัญญาซึ่งต้องฟ้องในมูลสัญญา ซึ่งสัญญาก่อนสัญญานี้จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือทางแพ่ง ศาลได้วางแนวว่า ต้องดูว่าสัญญาหลักเป็นสัญญาประเภทใด สัญญาก่อนสัญญานี้อาจถือเป็นสัญญาในขั้นตอนการเตรียมการทำสัญญาหลัก การดูว่าสัญญานี้เป็นสัญญาประเภทใดคงต้องเป็นไปตามสัญญาหลักในกรณีนั้น ๆ⁸⁷ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวยังเป็นข้อนำคิดว่ากรณียื่นซองประกวดราคาเข้ามานั้นเป็นคำสนองที่ทำให้เกิดสัญญาแล้วหรือกรณียื่นซองมีสถานะเป็นเพียงคำเสนอเท่านั้น ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาก่อนสัญญาไว้ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2550 การก่อให้เกิดสัญญานั้นมีหลักกฎหมายกำหนดไว้ว่า เมื่อคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างทำคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว สัญญาก็จะเกิดขึ้น ซึ่งมีผลให้คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์หรือมีความผูกพันกันตามกฎหมายและเกิดหน้าที่แก่คู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายใดมีหน้าที่แล้วไม่ปฏิบัติตามสัญญาย่อมถือได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นผิดสัญญา อาจต้องรับผิดชอบตามสัญญาหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับ

⁸⁷ประสาธ พงษ์สุวรรณ, เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาทางปกครองคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี วันเสาร์ที่ 22 สิงหาคม 2563, (อัดสำเนา)

คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้มีประกาศสอบราคาเพื่อหาผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างมารับจ้าง
 เหมာซ่อมแซมฝายเข้ช่องจันทร์โดยเปิดโอกาสให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างที่มีคุณสมบัติครบถ้วน
 เข้าแข่งขันราคากันด้วยวิธีการยื่นซองเสนอราคา ซึ่งในขั้นนี้ประกาศสอบราคาดังกล่าวของผู้
 ฟ้องคดีมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอต่อผู้ฟ้องคดี เมื่อต่อมา
 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ยื่นใบเสนอราคาต่อผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้าง
 กับผู้ฟ้องคดี และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาอนุมัติรับราคาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอและมีหนังสือแจ้ง
 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ไปทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1
 เป็นผู้ชนะการสอบราคาและได้สนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว ดังนั้น เมื่อคำสนอง
 ของผู้ฟ้องคดีตรงกับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า
 “สัญญาสอบราคา” คู่สัญญาตามสัญญาสอบราคามีความผูกพันกันในฐานะที่จะเข้าทำสัญญาจ้าง
 เป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง โดยที่สัญญาสอบราคาดังกล่าวมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีเป็นหน่วยงาน
 ทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายผู้ฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญาควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา
 แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง
 สัญญาสอบราคากระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงแสดงถึงลักษณะพิเศษในการใช้อำนาจ
 ทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลซึ่งมีลักษณะ
 เป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
 ปกครอง พ.ศ. 2542⁸⁸

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.660/2549 วินิจฉัยในข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันว่า
 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำคำเสนอต่อผู้ฟ้องคดีโดยผู้ฟ้องคดีอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า และการที่
 ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตกลงให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคู่สัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยแจ้งให้
 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไปทำสัญญาจ้างภายใน 5 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือ จึงเป็นคำสนอง
 และก่อให้เกิดสัญญาอย่างหนึ่ง

⁸⁸ ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ที่ประชุมใหญ่ฯ เห็นชอบให้กำหนด
 คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ
 จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทาง
 ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่
 ให้จัดให้บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงาน
 ทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ
 โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง
 หรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 835/2563 ประกาศประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ ประกอบกับสัญญาหลักประกันซองเป็นสัญญาสองฝ่ายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างอันเป็นสัญญาหลัก ตามประกาศประกวดราคาจ้างด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เข้าทำสัญญาหลักประกันซองโดยได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ตามประกาศประกวดราคาจ้างดังกล่าว และเข้าดำเนินการเสนอราคา ณ วัน เวลา สถานที่ ตามที่ ผู้ฟ้องคดีกำหนด กรณีหาใช้หลักการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน จึงจะเกิดเป็นสัญญา ตามหลักในกฎหมายแพ่งทั่วไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ในฐานะหุ้นส่วน ผู้จัดการผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นฝ่ายประพฤติดัดสัญญาประกวดราคา โดยมิได้เข้าร่วมเสนอราคาตาม สัญญาดังกล่าว ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะยึดหนังสือค้ำประกันของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะ ผู้ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้ ตามข้อ 5.2 ของสัญญาประกวดราคาดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.498/2558 ประกาศประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการ ทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปแล้วยังมีลักษณะ เป็นคำเชิญเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างงานที่ประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทำคำเสนอ ขอเข้าทำสัญญาจ้างตามแบบสัญญาที่กำหนด อีกทั้งยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคา ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีกำหนดอีกด้วย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ยื่นซอง เอกสารประกวดราคาโดยจัดทำหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับแก้ไข) และวางหลักประกันซองต่อผู้ฟ้องคดีแล้ว จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดง เจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ฟ้องคดีและก่อให้เกิดสัญญาขึ้นตามนัยมาตรา 361 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ฟ้องคดีมุ่งจะกระทำขึ้นในภายหลังสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนนี้มีลักษณะเป็นสัญญา เบื้องต้นที่เรียกว่า สัญญาหลักประกันซอง ซึ่งสัญญาหลักประกันซองดังกล่าวเป็นการที่ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 ตกลงให้ผู้ฟ้องคดียึดหลักประกันซองที่วางไว้เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข โดยไม่มาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวัน เวลาที่กำหนด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.504/2561 เมื่อสัญญาเสนอราคาหรือสัญญาก่อนสัญญาจ้างก่อสร้างเกิดขึ้นแล้ว ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเสนอราคาตามประกาศ ประกวดราคาฯ ที่ต้องเข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างภายใน 7 วัน ถัดจากวันที่รับแจ้งเป็นหนังสือ จากผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีให้ไปทำสัญญาโดยชอบแล้ว การที่ ผู้ฟ้องคดีลงลายมือชื่อในสัญญาแต่ไม่ได้ส่งสัญญาให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีลงลายมือชื่อ จึงเห็นว่า สัญญา จ้างระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีจึงยังไม่เกิดขึ้นตามข้อ 7 ของเอกสารประมูลจ้าง ดังนั้น

ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสิทธิรับหลักประกันของหรือเรียกร้องจากผู้ออกหนังสือค้ำประกันของนั้นได้ตามข้อ 11.4 ของประกาศและเอกสารประมุขการจ้างของผู้ถูกฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 723/2563 เมื่อพิจารณาจากประกาศจังหวัดสุราษฎร์ธานี ซึ่งกำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกันของพร้อมกับการยื่นเอกสารการประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยหากผู้เสนอราคาไม่มาลงทะเบียนหรือไม่ส่งผู้แทนมาลงทะเบียนเพื่อเข้าสู่กระบวนการเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดจะถูกยึดหลักประกันของแล้ว จะเห็นได้ว่า ประกาศดังกล่าวนอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเสนอราคาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกำหนดด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดียินยอมผูกพันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองด้วยการเข้าเสนอราคาและยื่นหลักประกันของต่อคณะกรรมการประกวดราคา จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีและก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” โดยที่สัญญาหลักประกันของมีคู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครอง และเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญาและเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่มีอยู่เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน อันเป็นลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งคู่สัญญาที่จะเข้าร่วมดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งเป็นความมุ่งหมายให้การดำเนินการกิจการทางปกครองหรือการบริการสาธารณะบรรลุผล สัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้มีข้อพิพาทอันสืบเนื่องจากการใช้สิทธิตามสัญญาหลักประกันของดังกล่าวจึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

(2) คดีพิพาทคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (หลังลงนามในสัญญา)

สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำกับบุคคลอื่น แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครอง และสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการกิจการทางปกครองซึ่งก็คือ

การบริการสาธารณะบรรลุผล ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองก็คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับบุคคลอื่นนอกจากที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐจึงอาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นสำคัญ⁸⁹

คดีพิพาทหลังการทำสัญญาทางปกครองหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมีประเด็นข้อพิพาท อาทิ ฟ้องขอให้ขยายระยะเวลาตามสัญญาและให้คืนค่าปรับ ฟ้องเพิกถอนการบอกเลิกสัญญา ฟ้องว่าบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบและเรียกค่าเสียหาย ฟ้องขอให้ตรวจรับมอบงาน ฟ้องขอให้คืนเงินค้ำประกัน หลักประกัน หรือหนังสือค้ำประกัน ฟ้องขอให้ชำระค่าปรับตามสัญญา ตลอดจนการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญากับหน่วยงานของรัฐได้เอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 528/2563 ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับมอบงานตามสัญญาพิพาท เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงจากคณะกรรมการตรวจการจ้างว่าผู้ฟ้องคดีปฏิบัติผิดเงื่อนไขสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีโดยอ้างว่าคณะกรรมการตรวจการจ้างได้ตรวจรับงานและได้เสนอให้ปรับลดค่างานลงเพราะเห็นว่างานตามสัญญาจ้างดังกล่าวได้มีการชำรุดในพฤติการณ์การจัดซื้อจัดจ้างว่าไม่โปร่งใส ไม่เหมาะสม และไม่ถูกต้องตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ซึ่งเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างเป็นเรื่องการดำเนินงานหรือการปฏิบัติงานภายในของผู้ถูกฟ้องคดี มิได้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีตามสัญญาพิพาท เหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีนำมากล่าวอ้างเพื่อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่เหตุตามข้อ 5 ของสัญญา การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยข้อสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1282/2560 เมื่อผลการตรวจสอบพบว่าลานคอนกรีตเสริมเหล็กเกิดการแตกร้าวหลายจุด เหล็กตะแกรงมีความลึกและมีขนาดเส้นผ่านศูนย์กลางไม่ได้ตามแบบรูปรายการ อันจะถือได้ว่าเป็นการงานอันผู้ฟ้องคดีได้กระทำให้อย่างถูกต้องครบถ้วนตามแบบรูปรายการแห่งสัญญา ทั้งยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้ใช้ประโยชน์จากลานคอนกรีตเสริมเหล็กดังกล่าวแต่อย่างใด เมื่อลานคอนกรีตเสริมเหล็กเสื่อมสภาพไปโดยไม่มีการใช้ จึงปรากฏชัดว่างานที่ผู้ฟ้องคดีได้กระทำมิได้เป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่จะมีส่วนที่ชดใช้เงินอันควรค่าแห่งการงานนั้น ๆ ไม่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่จำเป็นต้องชำระค่าการงานดังกล่าว

⁸⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1271/2559 เมื่อคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาลตำบล ก.) โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายกเทศมนตรี) ได้แสดงเจตนาว่าจะสั่งซื้อสินค้าทั้งหมด 5 รายการจากผู้ฟ้องคดีทั้งสองพร้อมทั้งมีใบสั่งซื้อสินค้าโดยแยกเป็นสั่งซื้อสินค้ารายการที่ 4 และรายการที่ 5 จากผู้ฟ้องคดีที่ 1 และสั่งซื้อสินค้ารายการที่ 1 ถึงรายการที่ 3 จากผู้ฟ้องคดีที่ 2 โดยมีนางสาว ก. เป็นพนักงานฝ่ายขายและเป็นตัวแทนของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ลงลายมือชื่อในใบสั่งซื้อสินค้าดังกล่าว กรณีจึงถือว่ามี การแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนอง ตรงกัน ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นผูกพันทั้งสองฝ่ายแล้ว ถึงแม้ว่าจะมิได้มีการทำเป็นบันทึกการสั่งซื้อก็ตาม แต่การที่คู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวได้มีการตกลงกันเช่นนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่นำไปใช้กับสัญญาทางปกครองได้ สัญญาดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ และถึงแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จะต้องไปดำเนินการทำบันทึกการสั่งซื้อเป็นหนังสือในภายหลังต่อไปนั้นก็เพื่อเป็นไปตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองที่มุ่งให้การจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐมีความเป็นเอกภาพในการดำเนินการ เปิดเผย โปร่งใส และให้ความเป็นธรรมแก่เอกชนอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งมีผลผูกพันให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ในฐานะหน่วยงานทางปกครอง ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ไม่สามารถหยิบยกระเบียบดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้ทำการส่งมอบสินค้าที่สั่งซื้อไว้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จะดำเนินการจัดทำสัญญาเป็นบันทึกการสั่งซื้อกันภายหลังจึงเป็นเพียงการทำตามรูปแบบขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 เพื่อเป็นหลักฐานในการจัดซื้อจัดจ้างและการเบิกจ่ายเท่านั้น ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จึงต้องปฏิบัติตามสัญญาในการชำระราคาสินค้าดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง

5.3 การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ

5.3.1 การเยียวยาในฝ่ายปกครอง

(1) การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ หากมีข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น กฎหมายกำหนดให้ก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลจะต้องมีการแก้ไขหรือเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อน ดังที่ปรากฏในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่ว่า “ในกรณีที่มิ กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการตั้งการ

ตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำที่พึงของฝ่ายปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไป คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว โดยนอกจากการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรตุลาการแล้ว การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอนคำสั่งเองหรือทบทวนตามคำขอของกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งใดไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือแม้แต่ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายออกมาบังคับใช้ แต่ภายหลังปรากฏว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากไม่ทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องรับผิดชอบโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนั้น ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปแล้วได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เนื่องจากการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นอาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง⁹⁰

(2) การขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

โดยที่การปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทางราชการ แต่บางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ถือเป็นกรกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นต่อบุคคลภายนอก ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 11 ได้บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของฝ่ายปกครองมีสิทธิยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ชอบที่จะยื่นคำขอให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายได้โดยตรง และเมื่อหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งเช่นใดแล้ว

⁹⁰ อริยพร โพธิ์ใส, หลักเกณฑ์ในการลบล้างคำสั่งทางปกครอง, จุลนิติ มี.ค. - เม.ย. 2554

หากผู้เสียหายไม่พอใจก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ อย่างไรก็ตาม การยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครอง มาตรา 11 ดังกล่าวไม่ได้เป็นขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายที่ผู้เสียหายถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติ ก่อนการยื่นฟ้องคดีละเมิดทางปกครอง⁹¹

5.3.2 การเยียวยาโดยศาล

การเยียวยาความเดือนร้อนหรือเสียหายโดยศาลเป็นกรณีที่ถูกกรณีนำคดีมาฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีผลเป็นการแก้ไขหรือบรรเทา ความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดจากการกระทำทางปกครองหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง ว่า ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

คำสั่งทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายก็ชอบที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่พิพาทได้ แต่หากเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้

⁹¹ สะเทือน ชุตกุล, ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายปกครอง (บทความ), 2548, สืบค้นจาก <https://www.krisdika.go.th>

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและ/หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

(1) กรณีมีคำสั่งเพิกถอนประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.763/2558 ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอนุมัติวงเงินจัดซื้อครุภัณฑ์อุปกรณ์ แสง สี เสียง ตามแผนปฏิบัติงานและแผนการใช้จ่ายงบประมาณ พ.ศ. 2549 เพื่อประโยชน์ร่วมกันในกิจกรรมออกค่ายอาสาพัฒนาสอนศิลปะการแสดงให้แก่เยาวชนและผู้สนใจกิจกรรมนำแสดงสู่ชุมชนในทุกอำเภอของจังหวัดกาฬสินธุ์และกิจกรรมการแสดงแสง สี เสียงและสื่อผสม เพื่อต้อนรับนักท่องเที่ยวและแหล่งโคโนเสาร์ภูมู่ข้าว กรณีจึงเห็นได้ว่าวงเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอนุมัตินั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีนำไปจัดซื้อครุภัณฑ์อุปกรณ์ แสง สี เสียงในกิจกรรมการแสดงดังกล่าวนั้น ย่อมจะต้องใช้ประโยชน์ในกิจกรรมการแสดง แสง สี เสียง และสื่อผสมด้วยกันในการแสดงแต่ละครั้ง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบที่จะจัดซื้อครุภัณฑ์อุปกรณ์ แสง สี เสียงดังกล่าวในครั้งเดียวกัน และเมื่อการซื้อดังกล่าวมีวงเงินรวมเกินสองล้านบาทโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ให้จัดหาด้วยวิธีการอื่นได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบที่จะใช้การประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 18 (6) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ประกอบข้อ 4 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และข้อ 6 ของประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง หลักเกณฑ์การซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกประกาศ เรื่อง สอบราคาซื้อครุภัณฑ์เครื่องเสียงและประกาศ เรื่อง สอบราคาซื้อครุภัณฑ์เครื่องแสง สี เพื่อแบ่งซื้อครุภัณฑ์อุปกรณ์แสง สี ออกจากครุภัณฑ์อุปกรณ์เสียง จึงเป็นการลดวงเงินที่จะซื้อในครั้งเดียวกันเพื่อให้วงเงินต่ำกว่าที่กำหนด โดยวิธีหนึ่งวิธีใดซึ่งนอกจากจะต้องห้ามตามข้อ 22 วรรคสองของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้แล้ว ยังเป็นการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อ 18 (6) ของระเบียบดังกล่าวประกอบข้อ 4 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และข้อ 6 ของประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง หลักเกณฑ์การซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย การออกประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่าประกาศ เรื่อง สอบราคาซื้อครุภัณฑ์เครื่องแสง สี และประกาศ เรื่อง สอบราคาซื้อครุภัณฑ์เครื่องเสียงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกำหนดคำสั่งห้ามให้เพิกถอนประกาศทั้งสองฉบับเสียตั้งแต่วันที่มิประกาศดังกล่าว นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.107/2551 เมื่อผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาจ้างกำจัดมูลฝอยพื้นที่หนองแขมซึ่งเป็นคำสั่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี แม้คำสั่งยกเลิกการประกวดราคายังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อผู้เข้าประกวดราคาเป็นผู้ประกวดราคาได้จึงเปรียบเสมือนเป็นการเสนอหรือสนองของคู่สัญญา ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ฝ่ายผู้ว่าจ้างกับผู้เข้าเสนอเป็นผู้รับจ้างที่จะต้องปฏิบัติซึ่งกันและกัน ในฐานะคู่สัญญาก่อนจะมีการทำสัญญา การยกเลิกการประกวดราคาจึงมีสถานะไม่ต่างจากการเลิกสัญญา ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญาหรือยกเลิกการประกวดราคาต้องมีเหตุอันสมควรจึงจะยกเลิกได้ ตามข้อ 49 ของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538 และตามข้อ 6.5 วรรคหนึ่ง ของเอกสารประกวดราคาดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาโดยไม่ได้ระบุเหตุผลที่ประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณา และข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ รวมทั้งไม่ได้แจ้งเหตุผลใด ๆ ในคำสั่งดังกล่าว คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีจึงขัดต่อหลักประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พิกษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งให้ยกเลิกการประกวดราคาจ้างกำจัดมูลฝอยพื้นที่หนองแขม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 336/2550 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจในการยกเลิกการประกวดราคาได้ตามข้อ 49 ของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง การพัสดุ พ.ศ. 2538 และมีสิทธิยกเลิกการประกวดราคาได้ตามข้อ 6.5 วรรคหนึ่ง ของเอกสารประกวดราคาดังกล่าวก็ตาม แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องมีเหตุผลในการออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีแต่งตั้งขึ้นพิจารณาแล้วมีมติเห็นสมควรว่าจ้างผู้ฟ้องคดีตามผลการประกวดราคาและเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องต่างก็มีความเห็นสอดคล้องกับมติของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาและเสนอเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีอนุมัติการจัดจ้างผู้ฟ้องคดี หากผู้ถูกฟ้องคดีจะมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาตามคำสั่งที่พิพาทกันในคดีนี้จะต้องมีเหตุผลเพื่อลบล้างข้อเสนอดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาโดยไม่ได้ระบุเหตุผลที่ประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมาย

ที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ รวมทั้งไม่ได้แจ้งเหตุผลใด ๆ ในคำสั่งดังกล่าวว่าไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาอย่างไร ซึ่งการมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลเพียงพอที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความโปร่งใสในการจัดซื้อจัดจ้างและสามารถตรวจสอบได้ คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ ซึ่งขัดต่อหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะเกิดเหตุคดีนี้ และเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอันอาจนำมาปรับใช้ได้กับคดีนี้จึงเป็นการไม่ชอบ ส่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการแถลงต่อสื่อมวลชนหลังจากที่มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาว่าได้ใช้สิทธิส่งระงับการลงนามในสัญญาจ้างเนื่องจากมีข้อมูลว่าบริษัทที่ผ่านการประมูล 2 ใน 3 แห่งนั้นเคยมีความสัมพันธ์ด้านธุรกิจกันมาก่อน และได้มีหนังสือหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับโครงการพิพาท และคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือว่าการดำเนินโครงการพิพาทต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำหนังสือขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง แต่คณะกรรมการกฤษฎีกายืนยันความเห็นเดิม ถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อเป็นการแก้ตัวที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบดังกล่าว หากผลให้การกระทำที่ไม่ชอบกลับเป็นการกระทำที่ชอบ แต่ประการใด ประกอบกับในการแจ้งคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบก็ไม่ได้ให้เหตุผลในการยกเลิกการประกวดราคาแต่อย่างใด ย่อมแสดงให้เห็นว่าในขณะที่ออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มีเหตุอันสมควรพิจารณายกเลิกประกวดราคาที่ว่าหลังจากการประกวดราคาแล้วมีการร้องเรียนและมีข้อคิดต่าง ๆ หากดำเนินการต่อไปจะเกิดความเสียหาย จึงได้ยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการแก้ตัวภายหลังจากการที่ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแล้ว จึงไม่มีผลให้การกระทำที่ไม่ชอบกลับเป็นชอบ ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นเหตุผลที่ไม่อาจรับฟังได้และไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะอ้างเพื่อยกเลิกการประกวดราคาได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งยกเลิกการประกวดราคาจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.265/2550 ข้อเท็จจริงรับกันว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ลงนามสัญญาว่าจ้างบริษัท พ. ในวันที่ 31 มีนาคม 2542 แสดงว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องพิจารณาว่าจ้างรายพิพาทให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 30 กันยายน 2541 ตามที่กล่าวอ้างเมื่อเหตุที่อ้างเพื่อยกเลิกการจัดจ้างรายพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีรับฟังไม่ได้ กรณีจึงไม่มีเหตุ

อันสมควรที่จะต้องยกเลิกการจัดจ้างรายพิพาทกับผู้ฟ้องคดี และแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะให้โอกาสผู้ฟ้องคดีเข้ามาแข่งขันใหม่อีกครั้งแต่ไม่ผ่านการพิจารณาเพราะไม่ได้รับเลือกเป็นผู้ชนะและผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการก่อสร้างแล้วเสร็จไปแล้วก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้คำสั่งยกเลิกการจัดจ้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้ ส่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ยกเลิกการจัดจ้างดังกล่าวแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้ประกาศประกวดราคาใหม่และผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองเสนอราคาใหม่ด้วย แต่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะ จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ยอมรับการยกเลิกการจัดจ้างแล้ว จึงไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองนั้น เห็นว่า การใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านและผู้ฟ้องคดีให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่อนุมัติให้ยกเลิกการจัดจ้างกับการใช้สิทธิเข้าร่วมเสนอราคาใหม่เป็นเรื่องแยกต่างหากจากกัน ประกอบกับไม่มีระเบียบกฎหมายระบุว่าหากได้ประกวดราคาใหม่แล้วหมดสิทธิโต้แย้งคัดค้านหรือหมดสิทธินำคดีมาฟ้องให้เพิกถอนการยกเลิกการจัดจ้างที่ดำเนินการไปก่อนหน้านั้นแต่ประการใด ฉะนั้น แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเข้าเสนอราคาในการประกวดราคาครั้งใหม่ก็หาทำให้ผู้ฟ้องคดีสิ้นสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองไม่

(2) กรณีมีคำพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.201/2553 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (รองนายกเทศมนตรี) เรียกผู้ซื้อเอกสารประกวดราคามาประชุมเพื่อชี้แจงถึงการยกเลิกประกวดราคา โดยไม่ได้จัดทำประกาศยกเลิกการประกวดราคาและมิได้แจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ซื้อเอกสารประกวดราคาทราบ จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ถือไม่ได้ว่ามีการยกเลิกการประกวดราคาแล้ว การยื่นซองเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีจึงถูกต้องแต่เมื่อต่อมาปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีประกาศยกเลิกประกวดราคาโดยให้เหตุผลว่ามีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียวและเพื่อให้การจัดสอนตามหลักสูตรเกิดประโยชน์ต่อผู้เรียนและเป็นการประหยัดงบประมาณค่าสอนให้น้อยลง อีกทั้งการให้หน่วยงานภายนอกจัดสอนต้องเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูงขึ้นทุกครั้งที่เห็นควรยกเลิกการประกวดราคาตามโครงการดังกล่าวนั้น เห็นว่าแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีประกาศยกเลิกประกวดราคาโดยอ้างว่าเป็นไปตามข้อ 44 ของระเบียบดังกล่าวเนื่องจากมีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว แต่เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเห็นสมควรดำเนินการต่อไป จึงเป็นการล่วงพ้นเหตุที่จะยกเรื่องผู้เสนอราคาเพียงรายเดียวเพื่อยกเลิกการประกวดราคาแล้ว แต่เหตุเพื่อให้การจัดสอนตามหลักสูตรเกิดประโยชน์ต่อผู้เรียนและเป็นการประหยัดงบประมาณค่าสอนให้น้อยลง อีกทั้งการให้หน่วยงานภายนอกจัดสอนต้องเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสูงขึ้นทุกครั้งนั้นเป็นเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจประกาศยกเลิกประกวดราคารายพิพาทได้ตามข้อ 46 ของระเบียบดังกล่าว แต่ทั้งนี้ การที่จะ

ยกเลิกการประกวดราคาโดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำความผิดด้วย จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตาม มาตรา 391 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายกลับคืนสู่ สถานะดังที่เป็นอยู่เดิม ซึ่งการให้คู่กรณีได้กลับคืนสู่สถานะดังที่เป็นอยู่เดิมมีนัยต้องให้ผู้ฟ้องคดีได้รับ เงินที่ลงทุน ไปในการเข้าเสนอราคาคืนทั้งหมด ซึ่งค่าใช้จ่ายที่ผู้ฟ้องคดีต้องเสียไปอันสืบเนื่องจาก การเข้าเสนอราคาขายพิพาท ได้แก่ ค่าซื้อเอกสารการประกวดราคา รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการ เตรียมการเพื่อเข้าเสนอราคา ดังนั้น จึงเห็นสมควรกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามที่ขอมา คือ ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าใช้จ่ายในการเดินทางของกรรมการผู้จัดการและพนักงาน ในการติดต่อกัน ค่าจัดเตรียมหลักสูตรเพื่อนำเสนอในการประกวดราคา ซึ่งค่าใช้จ่ายเหล่านี้ถือเป็น ค่าอำนาจการโดยกำหนดให้ร้อยละ 1.5 ของราคาค่าจ้างที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ สำหรับค่าเสียหายอื่น ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีขอมา เช่น ค่าไรร้อยละ 15 ของมูลค่างานที่ประกวดราคาได้และค่าภาษีมูลค่าเพิ่ม ของกำไรนั้น เมื่อยังไม่มีการดำเนินงานจึงยังไม่มีค่าเสียหายเกิดขึ้น ส่วนค่าเสียหายทางจิตใจ และศักดิ์ศรีความเป็นประชาชนที่ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเป็นธรรมนั้น เป็นค่าเสียหายทางจิตใจไม่อาจที่จะคำนวณราคาให้ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 512/2562 ในการพิจารณาการประกวดราคาเพื่อ จัดซื้อจัดจ้างโครงการที่พิพาท คณะกรรมการประกวดราคาได้มีมติมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำ รายละเอียดข้อเสนอทางด้านราคาเกี่ยวกับค่าอบรมบุคลากร ระบบบริหารจัดการหลักฐาน อิเล็กทรอนิกส์ ค้นหาข้อมูล และค่าจัดทำเอกสาร และมอบหมายให้นาย ช. กรรมการพิจารณา การประกวดราคาค้นหาข้อมูลทางด้านราคาอุปกรณ์ SAN Storage EMC CLARIION CX4 - 480 Storage (Dell/EMC CX4 - 480) แล้วนำมาเสนอที่ประชุมพิจารณา ต่อมา นาย ช. แจ้งต่อที่ประชุมว่า ไม่สามารถค้นหาราคาของอุปกรณ์ดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นอุปกรณ์คอมพิวเตอร์เฉพาะด้าน ไม่มีจำหน่ายโดยทั่วไป แต่สามารถค้นหาราคาที่จำหน่ายในต่างประเทศได้จากอินเทอร์เน็ต โดยราคาดังกล่าวมีหน่วยเป็นยูเอสดอลลาร์ซึ่งยังไม่รวมค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอื่น ๆ เช่น ภาษี ลิขสิทธิ์ ค่าขนส่ง อัตราการแลกเปลี่ยน คณะกรรมการจึงได้ดำเนินการต่อรองราคากับผู้ฟ้องคดีโดยสามารถปรับลดราคาต่ำกว่าราคากลาง คณะกรรมการเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดี เป็นผู้รับจ้าง แต่ปรากฏว่า ราคาอุปกรณ์ SAN Storage EMC CLARIION CX4 - 480 Storage (Dell/EMC CX4 - 480) ที่หาได้ทางอินเทอร์เน็ตนั้น หากคำนวณตามอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินตรา ต่างประเทศที่อัตรา 1 เหรียญดอลลาร์สหรัฐต่อ 35 บาท จะมีราคาตัวแทนจำหน่าย 11,170,812.55 บาท และราคาผู้ใช้ 16,654,890 บาท ยังไม่รวมค่าใช้จ่ายอื่นๆ เช่น ค่าภาษี ค่าลิขสิทธิ์ ค่าขนส่ง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ ราคาของอุปกรณ์ดังกล่าวมีราคาสูงกว่าราคาที่มี การจำหน่ายในต่างประเทศอย่างชัดเจน แม้ว่าจะยังไม่ได้คำนวณค่าใช้จ่ายอื่นๆ และยังไม่ปรากฏว่าข้อเสนอ

ของผู้ฟ้องคดีครั้งหลังเกี่ยวกับอุปกรณ์ SAN Storage 1 ชุด มีราคาต่อหน่วย 27,602,489 บาท ราคาที่คณะกรรมการประกวดราคาหาข้อมูลมาได้นั้นจึงต่ำกว่าข้อเสนอของผู้ฟ้องคดี แต่คณะกรรมการประกวดราคาไม่ได้นำข้อมูลดังกล่าวมาประกอบการพิจารณา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าไม่เห็นชอบราคาตามมติของคณะกรรมการประกวดราคาจึงเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีเข้าใจได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งยกเลิกในการประกวดราคาในครั้งนี้เนื่องจากไม่เห็นชอบราคาตามมติของคณะกรรมการประกวดราคาที่ได้รับข้อเสนอของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการจัดให้มีเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อมีการกำหนดราคากลางไว้ที่ 43,966,200 บาท โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นชอบและอนุมัติแล้ว จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดขึ้นและผูกพันให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องปฏิบัติตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ้างข้อมูลจากการค้นหาของนาย ธ. จึงเป็นข้อมูลที่อยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และเป็นราคาหาได้จากทางเว็บไซต์ต่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีราคาต่ำกว่าราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอก็ตาม แต่เป็นราคาที่มีการซื้อขายกันในต่างประเทศซึ่งยังไม่ได้กำหนดอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราที่แน่นอนและยังไม่ได้รวมค่าใช้จ่ายอื่น จึงไม่สามารถนำราคาการซื้อขายในต่างประเทศดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับการประกวดราคาในครั้งนี้ได้

ดังนั้น ข้อมูลราคาการซื้อขายดังกล่าวจึงไม่น่าเชื่อถือที่จะนำมาใช้พิจารณาสั่งยกเลิกการประกวดราคา และเมื่อไม่ปรากฏเหตุจำเป็นใดๆ ที่เป็นปัญหาหรืออุปสรรค ตามข้อ 8 ของข้อกำหนดและขอบเขตการดำเนินงาน (TOR) ที่ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่อาจจัดซื้อหรือจัดจ้างได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากไม่เห็นชอบราคาตามมติของคณะกรรมการประกวดราคาโดยอาศัยข้อมูลดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เมื่อพิจารณาความเสียหายตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วเห็นว่า ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการมีคำสั่งให้ยกเลิกการประกวดราคาในครั้งนี้ ได้แก่ (1) ค่าซื้อเอกสารประกวดราคาเป็นเงิน 10,000 บาท (2) ค่าธรรมเนียมการขอหลักประกันซองตั้งแต่วันที่ 1 สิงหาคม 2553 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2554 (3) เงินสดที่ผู้ฟ้องคดีนำไปค้ำประกันหลักประกันซองซึ่งมีระยะเวลาการค้ำประกันตั้งแต่วันยื่นซองเสนอราคาทางด้านเทคนิคครอบคลุมไปจนถึงวันสิ้นสุดการยื่นราคา ผู้ฟ้องคดีจึงไม่สามารถนำเงินสดไปใช้ประโยชน์ได้ จึงเห็นสมควรพิจารณากำหนดความเสียหายกรณีไม่ได้นำเงินสดไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น ในระหว่างที่นำเงินสดมาค้ำประกันหลักประกันซอง

เท่ากับอัตราดอกเบี้ยคิดร้อยละ 7.5 ต่อปี ของเงินต้น 2,198,310 บาท ตั้งแต่เดือนสิงหาคม 2553 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2554 เป็นระยะเวลา 7 เดือน ส่วนค่าใช้จ่ายเบื้องต้นในการดำเนินการจัดเตรียมเอกสารเพื่อนำเสนอในการประกวดราคาเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อเข้าสู่กระบวนการประกวดราคา จึงไม่อาจถือได้ว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงจากกระทำละเมิด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่ต้องชำระค่าเสียหายในส่วนนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 279/2563 ถึงแม้ว่าในเดือนในการประกวดราคา มีข้อกำหนดสงวนสิทธิการยกเลิกการประกวดราคา และข้อกำหนดเงื่อนไขการจัดซื้อพัสดุเพื่อทดลองใช้งานตามที่ได้มีการหารือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเอาไว้ด้วยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะพิจารณาดำเนินการยกเลิกการประกวดราคานั้น ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถกระทำด้วยเหตุใดๆ ก็ได้ หากแต่จะต้องปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ปรากฏว่าในการพิจารณาผลการประกวดราคามีได้มีกรณีที่มีการนำข้อกำหนดดังกล่าวมาพิจารณาและทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าร่วมประกวดราคาด้วยกันหรือตัดสิทธิบุคคลหนึ่งบุคคลใดในการประกวดราคา กล่าวคือ มิได้เป็นข้อกำหนดที่มีผลใดๆ ต่อการพิจารณาผลการประกวดราคาในครั้งนี้แต่อย่างใด และเหตุผลที่นำมาใช้ในการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวก็มีใช้กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จนเป็นเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศประกวดราคา ตามนัยข้อ 37 ของข้อบังคับการไฟฟ้านครหลวงว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2533 แต่อย่างใด

ดังนั้น การยกเลิกการประกวดราคาโดยอ้างเหตุผลดังกล่าว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามข้อ 37 ของข้อบังคับดังกล่าว ประกอบกับข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้เรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหาย 3 ส่วน ประกอบด้วย (1) ค่าเสียหายจากการขาดกำไรจากการขายมิเตอร์ไฟฟ้า (2) ค่าเตรียมสินค้า และ (3) ค่าใช้จ่าย ในการดำเนินการหรือเตรียมการเสนอมิเตอร์เข้าประกวดราคา โดยค่าเสียหายในส่วนที่อ้างว่าเป็นค่าขาดกำไรนั้น การขาดไปซึ่งกำไรที่จะพึงได้ถือเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ศาลยอมรับพิจารณากำหนดให้ได้ตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการยกเลิกการประกวดราคาจะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้กำไรจากการขายมิเตอร์ไฟฟ้าเมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้ว คิดเป็นร้อยละ 15.46 ของยอดขาย ผู้ฟ้องคดีชนะการประกวดราคาเป็นมูลค่า 171,145,280 บาท จึงคิดเป็นกำไรจำนวน 26,459,060.28 บาท แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีพยานหลักฐานที่แสดงต่อศาลถึงต้นทุนของราคาสินค้า ปรากฏแต่เพียงงบการเงินของผู้ฟ้องคดี ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2550 ที่แสดงถึงรายได้ต้นทุนขาย รายละเอียดงบกำไรขาดทุนแยกตามผลิตภัณฑ์ แม้ผลิตภัณฑ์ประเภทมิเตอร์ไฟฟ้าจะมีกำไร แต่ก็กำไรจากการขายได้จากการขายและรายได้อื่นที่ไม่สามารถแยกแสดงถึง

รายละเอียดของกำไรต่อหน่วยได้ ขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โต้แย้งว่าในการเจรจาขอลดราคา ผู้ฟ้องคดียื่นยื่นราคาที่เสนอไม่สามารถลดราคาได้แสดงว่าราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอไว้จำนวน 171,145,280 บาท เป็นราคาที่ต่ำมากแล้ว หากมีกำไรคงไม่เกินร้อยละ 1 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากงบดุล การเงินของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นไว้ต่อกระทรวงพาณิชย์แสดงว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีกำไรมากตามฟ้อง ดังนั้น จึงกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นค่าขาดกำไรให้แก่ผู้ฟ้องคดีร้อยละ 1 ของยอดขาย คิดเป็นมูลค่า 1,711,452.80 บาท สำหรับค่าเสียหายในส่วนที่อ้างว่าเป็นค่าเตรียมสินค้า นั้น ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีมีค่าเตรียมสินค้าจำนวน 44,874 ชุด ราคาชุดละ 565 บาท

เมื่อมีการยกเลิกการประมูลทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องรีบจำหน่ายออกไปในราคาชุดละ 365 บาท หากเก็บไว้นานจะเสียหาย จึงขาดทุนชุดละ 200 บาท โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีพยานหลักฐาน สนับสนุนเกี่ยวกับค่าเตรียมสินค้าดังกล่าว ประกอบกับสินค้าที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ประกวราคา เป็น Watthour Meter, Single Phase, two wire ขนาด 15 (45) แอมป์ ซึ่งเป็นอุปกรณ์ไฟฟ้าที่จัดซื้อมา เพื่อการใช้งานที่สามารถตากแดดตากฝนเป็นเวลานานต่อเนื่องกันหลายปี จึงไม่ใช่สินค้าที่ เสื่อมสภาพหรือเสียหายได้ง่ายเพราะต้องเก็บรักษาไว้นาน ผู้ฟ้องคดียอมนำไปจำหน่ายแก่บุคคลอื่น หรือแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เมื่อมีการเรียกประกวดราคาใหม่โดยไม่ต้องลดราคา และช่วงระยะเวลา ที่จะต้องส่งมอบสินค้าตามเงื่อนไขเพิ่มเติม หากมีการตกลงซื้อขายกันต้องแบ่งส่งมอบเป็น 9 งวด เป็นระยะเวลา 270 วัน ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้สั่งซื้อสินค้าตามจำนวนทั้งหมดและในการดำเนินการ ประกวดราคาตั้งแต่ต้นจนถึงการยกเลิกการประกวดราคานั้นยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตกลงทำสัญญาสั่งซื้อสินค้าจากผู้ฟ้องคดีแล้วหรือไม่ จำนวนเท่าใด ค่าเสียหายในส่วนนี้ศาลจึงไม่ อาจกำหนดให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ส่วนค่าเสียหายที่อ้างว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการหรือเตรียมการ เสนอมิตอร์ไฟฟ้าเข้าประกวดราคานั้น ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้ชี้แจงแสดงรายละเอียดและพยานหลักฐาน เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายดังกล่าวว่าเป็นค่าใช้จ่ายอะไร จำนวนเท่าใด โดยระบุจำนวนเงิน โดยรวม 12,700,000 บาท เท่านั้น ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 284/2562 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกประกาศ ยกเลิกประกาศสอบราคาโดยให้เหตุผลว่างบประมาณ ไม่เพียงพอเป็นการใช้ดุลพินิจในฐานะที่เป็น ผู้มีอำนาจสั่งอนุญาตให้สั่งซื้อหรือสั่งจ้าง ซึ่งการใช้ดุลพินิจยกเลิกประกาศสอบราคาของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าวจะต้องชอบด้วยกฎหมายและมีเหตุผลเพียงพอ โดยก่อนการดำเนินการ จัดซื้อจัดจ้างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะที่เป็นผู้บริหารท้องถิ่นซึ่งมีหน้าที่ควบคุมงบประมาณรายจ่าย และติดตามเกี่ยวกับงบประมาณของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ควรตรวจสอบว่ามีงบประมาณเพียงพอที่จะ ดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้หรือไม่ เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของทางราชการ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาโดยให้เหตุผลว่างบประมาณ

ไม่เพียงพอ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่โปร่งใส และไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีสิทธิเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นอกจากนี้ โดยที่ประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกระทบสิทธิผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิที่จะเข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาให้ผู้ฟ้องคดีทราบอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบถึงประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาดังกล่าวจากการที่ได้มีหนังสือสอบถามไปยังผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองว่าจะเรียกให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาจ้างเมื่อใด โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือแจ้งเหตุผลที่ไม่เรียกผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาและจัดส่งประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ หลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ดำเนินการสอบราคาจ้างครั้งใหม่ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีโอกาสที่จะโต้แย้งประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาดังกล่าวได้ การยกเลิกการประกาศสอบราคาจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่จัดส่งประกาศสอบราคาจ้างครั้งใหม่ให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ การที่ผู้ชนะการสอบราคาจ้างครั้งใหม่ได้เสนอราคาในวงเงินที่สูงกว่าที่ผู้ฟ้องคดีเคยเสนอไว้ในโครงการเดิมถึง 50,000 บาท ทั้งที่ได้มีการปรับลดขนาดในการก่อสร้างและปรับลดวงเงินงบประมาณลงจากเดิมก็ยิ่งสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีที่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จงใจหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสเข้าร่วมการเสนอราคาในการประกาศสอบราคาจ้าง โดยการยกเลิกการประกาศสอบราคาครั้งก่อนและดำเนินการประกาศสอบราคาครั้งใหม่ อันจะถือเป็นการดำเนินการครั้งแรกของโครงการซึ่งเป็นงบประมาณจากเงินจ่ายขาดเงินสะสม และมีลักษณะปริมาณงานและราคาที่แตกต่างไปจากโครงการเดิม การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีพฤติการณ์ที่ส่อไปในทางทุจริตและไม่โปร่งใส และสะท้อนไปในทางขัดขวางกีดกันไม่ให้ผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสเข้าร่วมการเสนอราคาอย่างเป็นธรรมอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สังกัดอยู่จึงต้องรับผิดชอบผู้ฟ้องคดีในผลแห่งละเมิดที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าว สำหรับค่าเสียหายที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเสนอราคา และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกประกาศยกเลิกการประกาศสอบราคาดังกล่าวย่อมเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีต้องเสียโอกาส

ในการเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีที่ 1 รวมทั้งเสียโอกาสหรือเสียประโยชน์ในการเข้าร่วมการแข่งขันเพื่อเสนอราคาในโครงการอื่นๆ หรือกับผู้ว่าจ้างรายอื่นเนื่องจากผู้ฟ้องคดีเข้าใจโดยสุจริตว่าตนจะได้รับการทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีที่ 1 และรอที่จะเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดีที่ 1 แต่เมื่อยังมีได้มีการลงนามทำสัญญาจ้าง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงอาจมีไม่มากนัก ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามข้อเท็จจริงดังกล่าวมาแล้ว การที่ศาลปกครองชั้นต้นกำหนดให้ ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวน 23,000 บาท จึงเหมาะสมแก่กรณีแล้ว ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าค่าเสียหายเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการและเตรียมความพร้อมก่อนเข้าสู่กระบวนการสอบราคาตามที่ศาลปกครองชั้นต้นกำหนดให้เป็นความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ร้องขออนั้นเห็นว่า ค่าเสียหายดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลกำหนดให้เป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีและอยู่ในขอบเขตของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลสามารถกำหนดให้ได้โดยชอบตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามนัยมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อเงินจำนวนดังกล่าวเป็นหนี้เงินอันเกิดจากมูลละเมิด ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่เกิดการละเมิดตามมาตรา 206 ประกอบกับมาตรา 224 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.729/2561 ประกาศของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ยกเลิกการประกาศสอบราคาโครงการจ่ายเงินสะสมโครงการก่อสร้างสะพานไม้ข้ามคลองก้านหินขึ้นและประกาศ ยกเลิกประกาศสอบราคาโครงการก่อสร้างที่ทำการศูนย์ประสานงานรักษาความปลอดภัยประจำองค์การบริหารส่วนตำบล นอกจากเป็นการยกเลิกประกาศสอบราคาซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปแล้วยังมีผลเป็นการเพิกถอนการอนุมัติสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีที่ 1 ให้ทำการก่อสร้างสะพานไม้และอาคารดังกล่าวซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (2) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น คำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจึงย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน และเมื่อคำสั่งอนุมัติให้จ้างผู้ฟ้องคดีทำการก่อสร้างสะพานไม้และอาคารดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งยังเป็นกรให้ประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดี โดยคำสั่งดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ตามที่เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามมาตรา 53 วรรคสอง อนุมาตรา 1 ถึงอนุมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเมื่อพิจารณาตามคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ 2 ที่อนุมัติจ้างผู้ฟ้องคดี แม้จะมีข้อความระบุว่าทำสัญญาเมื่อมีงบประมาณเพียงพอซึ่งเป็นข้อสงวนสิทธิก็ตาม แต่เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นซองเสนอราคาจ้างในราคา 260,000 บาท โดยเป็นผู้เสนอ

ราคาต่ำสุด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังคงเหลืองบประมาณ จำนวน 323,578.65 บาท กรณีจึงไม่เป็นไปตามข้อสงวนสิทธิดังกล่าว

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะระบุว่าจำเป็นต้องยกเลิกโครงการพิพาทรวมกับโครงการอื่น ๆ อีกจำนวนสองโครงการ ซึ่งรวมวงเงินงบประมาณทั้งสามโครงการแม้จะเกินกว่าเงินจำนวนดังกล่าวก็ตาม แต่ก็เป็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องวางแผนเรียงลำดับความจำเป็นและสิ่งสำคัญของโครงการรวมทั้งต้องวางแผนจัดสรรงบประมาณมาให้พอเพียงตั้งแต่ต้น อีกทั้งโครงการตามพิพาทของผู้ฟ้องคดีก็ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อนุมัติไปแล้ว ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากต้องยกเลิกโครงการดังกล่าว รวมทั้งในขณะที่เพิกถอนการอนุมัติจ้างผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังคงเหลือเงินงบประมาณเพียงพอที่จะดำเนินการในโครงการที่พิพาทนี้ได้ จึงหาก่อให้เกิดปัญหาในการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีอันเป็นบริการสาธารณะได้ หากไม่มีการเพิกถอนคำสั่งพิพาท นอกจากนี้ การให้มีการดำเนินการจัดจ้างให้ก่อสร้างสะพานต่อไปย่อมเป็นประโยชน์สาธารณะหาได้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าวแต่ประการใดไม่ กรณีจึงมิได้เป็นเหตุให้ต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพิพาท การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพิกถอนการอนุมัติจ้างผู้ฟ้องคดีโดยมิเข้ากรณีตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้จึงย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนกรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อนุมัติการจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างที่ทำการศูนย์ประสานงานรักษาความปลอดภัยฯ แม้จะมีข้อความระบุว่าก่อนเรียกทำสัญญาให้รอผลการประชุมสภาครั้งต่อไปเนื่องจากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียด แต่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้แล้วไม่ปรากฏว่าได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในโครงการพิพาทนี้ตามที่ระบุไว้ในข้อสงวนสิทธินี้แต่อย่างใด มีแต่การก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์แทนโครงการเดิมซึ่งเป็นการดำเนินการในโครงการใหม่ และคำสั่งอนุมัติจ้างผู้ฟ้องคดีก็ห้ามข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ประการใดไม่ มีเพียงข้อกำหนดตามประกาศสอบราคาที่ให้ผู้ฟ้องคดียื่นราคา ซึ่งเป็นการผูกมัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีภายในวงเงินที่เสนอในเวลาที่กำหนดไว้เท่านั้น ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เสนองบวงเงิน 540,000 บาท แต่สภาพองค์การบริหารส่วนตำบลได้ยกเลิกโครงการดังกล่าวและได้ตั้งวงเงินโครงการก่อสร้างอาคารเอนกประสงค์ 535,000 บาท ในคราวเดียวกัน โดยเป็นการก่อสร้างอาคารในทีเดียวกับโครงการที่ยกเลิกและแบบแปลนทั้งสองอาคารก็มีรายละเอียดแตกต่างกันเล็กน้อย ซึ่งเห็นได้ว่าหากมีการยินยอมให้มีการก่อสร้างอาคารศูนย์ประสานงานรักษาความปลอดภัยต่อไปก็หากกระทบต่อการบริหารจัดการงบประมาณของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้แต่ประการใดไม่ และการให้มีการดำเนินการจัดจ้างให้ก่อสร้างอาคารดังกล่าวนั้นย่อมเป็นประโยชน์สาธารณะ

หาได้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าวแต่ประการใดไม่ กรณีจึงมิได้เป็นเหตุให้ต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพิพาท ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพิกถอนการอนุมัติสั่งจ้างผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้โดยไม่เข้ากรณีตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงยอมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างและเสียประโยชน์และกำไรที่ควรจะได้จากการกระทำดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 420 และมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดก็เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมที่เคยเป็นหากไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น โดยมีได้มีเจตนารมณ์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด ศาลจึงจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด โดยพิจารณาผลแห่งการกระทำละเมิดว่าก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงแก่ผู้ถูกกระทำละเมิดมากน้อยเพียงใด โดยในส่วนค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการบริหารจัดการและเตรียมความพร้อมก่อนเข้าสู่กระบวนการสอบราคายอมเป็นค่าเสียหายจากการเสียสิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างก่อสร้างได้ เพราะผู้ฟ้องคดียอมนำค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ มาประเมินเป็นต้นทุนในการเข้าทำสัญญา และผู้ฟ้องคดีได้มีค่าขอต่อศาลไว้แล้วเป็นเงิน 120,000 บาท ซึ่งแม้ไม่ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่าผู้ฟ้องคดีมีค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เท่าใด แต่เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 438 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีจึงจะต้องมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการบริหารจัดการและเตรียมความพร้อมก่อนและขณะเข้าสู่กระบวนการสอบราคา เช่น ค่าวิศวกรคำนวณราคา ค่าแบบแปลนการก่อสร้าง ค่าใช้จ่ายในการธุรการทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นค่าจ้างเจ้าหน้าที่เอกสาร เครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ จึงเห็นควรกำหนดค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ให้ผู้ฟ้องคดี โครงการละ 10,000 บาท ส่วนค่าซื้อเอกสารสอบราคาโครงการละ 500 บาท เป็นค่าเสียหายที่ปรากฏชัดเจน ส่วนค่าเบี้ยเลี้ยงและค่าพาหนะเป็นเงินจำนวน 2,000 บาท นั้น เมื่อพิจารณาระยะทางจากที่ตั้งของผู้ฟ้องคดีถึงที่ตั้งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็เป็นค่าเสียหายที่พอสมควรแก่กรณี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.245/2562 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองสอบราคาตามประกาศสอบราคาจัดซื้อครุภัณฑ์ไฟฟ้าและวิทยุ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2556 ซึ่งเจ้าหน้าที่พัสดุและคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้ดำเนินการตามข้อ 33 และข้อ 35 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 โดยในการเสนอราคาดังกล่าวผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหนังสือแต่งตั้งการเป็นตัวแทนจำหน่ายของบริษัท บ.

ที่แต่งตั้งให้ร้าน ผ. ของผู้ฟ้องคดีเป็นตัวแทนจำหน่ายและศูนย์บริการวิทยุสื่อสารและอุปกรณ์ที่ใช้ในการสื่อสารทุกประเภท สำหรับหน่วยงานราชการและเอกชนภายในจังหวัด ลงวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2554 ประกอบในการเสนอราคา ซึ่งถึงแม้ว่าการจัดซื้อจากผู้ที่ไม่มิตินิจจำหน่ายและให้บริการในเขตพื้นที่อาจก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการจัดซื้อขึ้นได้ก็ตาม แต่เมื่อเอกสารข้อกำหนดรายละเอียดแนบท้ายประกาศสอบราคาดังกล่าว มิได้ระบุกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาไว้ว่าจะต้องเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าและบริการเป็นการเฉพาะภายในจังหวัดเท่านั้น หรือมีข้อห้ามมิให้ผู้เสนอราคาที่เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าและบริการในจังหวัดอื่นมาเสนอราคา ในหน่วยงานในจังหวัดที่มีการประกาศสอบราคา โดยระบุแต่เพียงว่าผู้เสนอราคาต้องมีใบอนุญาตให้ทำเครื่องวิทยุคมนาคมจากผู้ผลิตสำหรับกรณีเป็นตัวแทนจำหน่าย กรณีจึงไม่อาจนำมาเป็นเหตุในการพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดียื่นเอกสารหลักฐาน ไม่ถูกต้องครบถ้วนได้ และหากผู้ถูกฟ้องคดีจัดซื้อจากผู้ฟ้องคดี กรณีก็เป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่ต้องรับผิดชอบในวัสดุอุปกรณ์ที่จำหน่าย ไม่ได้เป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับผู้แต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายที่จะต้องมีการปฏิเสธความรับผิดชอบตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ต่อมาภายหลังผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงข้อเท็จจริงต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยได้ยื่นหนังสือแต่งตั้งการเป็นตัวแทนจำหน่ายของบริษัท บ. ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายวัสดุที่จะมีการจัดซื้อโดยไม่ได้มีประเด็นข้อจำกัดทางด้านเขตพื้นที่ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าใจแต่อย่างใด ดังนั้น ประกาศยกเลิกประกาศสอบราคาจัดซื้อครุภัณฑ์ไฟฟ้าและวิทยุ ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2556 ที่ให้ยกเลิกประกาศสอบราคาตามประกาศลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2556 จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อประกาศยกเลิกการสอบราคาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 วินิจฉัยยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน และเมื่อการยกเลิกการประกาศสอบราคา เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงอาจเป็นการกระทำละเมิดที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องรับผิดชอบหากปรากฏว่าการกระทำความผิดดังกล่าวได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย ซึ่งในคดีนี้ข้อเท็จจริงรับฟังได้อย่างชัดเจนว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสนอราคาที่ต้องซึ่งเสนอราคาต่ำสุด เนื่องจาก ผู้เสนอราคารายที่เสนอราคาต่ำกว่าผู้ฟ้องคดีนั้นปรากฏว่าเป็นผู้เสนอราคาที่ไม่ถูกต้อง ดังนั้น จึงเป็นที่คาดหมายได้แน่นอนว่าผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นผู้ได้รับเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญา การขาดไปซึ่งกำไรที่จะพึงได้จึงเป็นค่าเสียหายที่มีความแน่นอนว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวงเงินที่ผู้ฟ้องคดีเสนอราคาครั้งนี้เป็นจำนวน 598,000 บาท แล้ว การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณากำหนดค่าขาดกำไรให้ร้อยละ 5 จึงเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมแล้ว

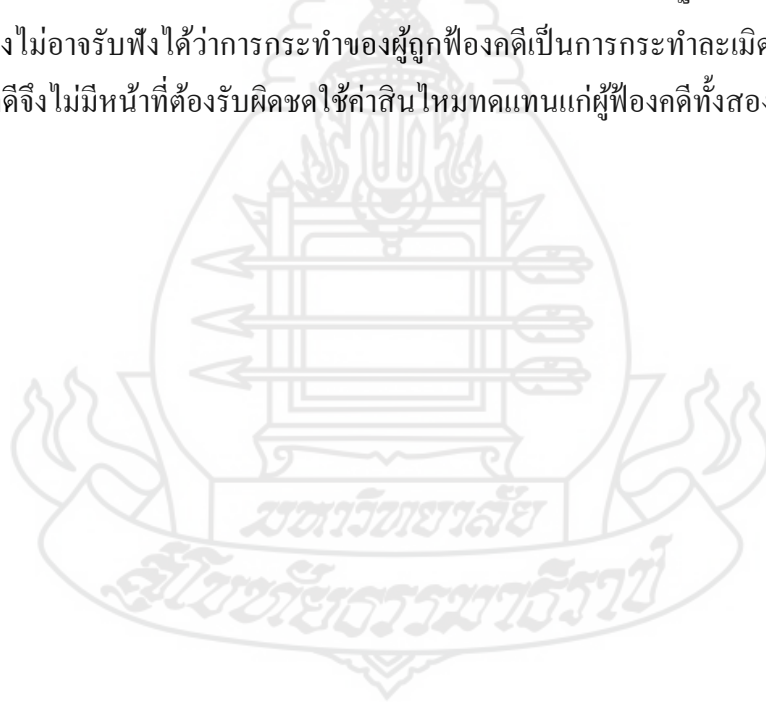
สำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกรณีที่ศาลเห็นว่ามิใช่ค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.691/2561 เมื่อการยกเลิกการประกวดราคาของผู้ผูกฟองคดีเป็นการดำเนินการในขณะที่ยังไม่มีการทำสัญญา และการยกเลิกการประกวดราคาทำให้มีการเปลี่ยนแปลงในรายการละเอียดและสาระสำคัญในเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา และจัดให้มีการเสนอราคาใหม่โดยมีผู้เข้าเสนอรอราคามากขึ้น อันเป็นประโยชน์แก่ทางราชการในการคัดเลือกผู้เสนอราคาที่ดีที่สุด การยกเลิกการประกวดราคาพิพาทจึงเป็นการดำเนินการโดยชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 53 อีกทั้ง การที่ผู้ผูกฟองคดีมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องตรงตามเอกสารประกวดราคาเนื่องจากไม่มีใบอนุญาตรับรองระบบบริหารมาตรฐาน แต่คณะกรรมการประกวดราคาให้ผู้ผูกฟองคดีผ่านคุณสมบัติและพิจารณาให้ผู้ผูกฟองคดีได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญา การให้ผู้ผูกฟองคดีมีคุณสมบัติเข้าทำสัญญาดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเมื่อผู้ทำคำสั่งได้ทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถเพิกถอนคำสั่งนั้นเสียได้ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การยกเลิกการประกวดราคาของผู้ผูกฟองคดีจึงชอบแล้ว

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาเอกสารประกวดราคาให้อำนาจแก่ผู้ผูกฟองคดีที่จะพิจารณาไม่รับราคาต่ำสุดหรือไม่ซื้อจากผู้เสนอรายใดเลย หรือจะยกเลิกการประกวดราคาก็ได้ แต่การที่จะไม่รับราคาต่ำสุดหรือไม่ซื้อจากผู้เสนอรายใดเลยหรือจะยกเลิกการประกวดราคานั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ ดังนั้น เมื่อผู้ผูกฟองคดีเห็นว่าผู้ผูกฟองคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดและได้รับการประกาศให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา แต่ผู้ผูกฟองคดีไม่มีใบอนุญาตรับรองระบบบริหารมาตรฐาน ทำให้ผู้ผูกฟองคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้เสนอราคา ผู้ผูกฟองคดีจึงยกเลิกการประกวดราคาได้ตามที่สงวนสิทธิไว้ในเอกสารประกวดราคา และเมื่อได้ยกเลิกการประกวดราคาแล้วผู้ผูกฟองคดีก็ได้จัดให้มีการประกวดราคาใหม่และกำหนดเงื่อนไขคุณลักษณะเฉพาะในการเข้าเสนอรอราคาใหม่เพื่อให้มีผู้เข้าเสนอรอราคามากยิ่งขึ้น การยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นการชอบด้วยเอกสารประกวดราคาแล้ว จึงเห็นได้ว่าผู้ผูกฟองคดีได้ยกเลิกการประกวดราคาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ผู้ผูกฟองคดีอ้างว่าการยกเลิกการประกวดราคาทำให้ผู้ผูกฟองคดีเสียหาย เนื่องจากเมื่อผู้ผูกฟองคดีประกาศให้ผู้ผูกฟองคดีเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้วผู้ผูกฟองคดีได้ตั้งชื่อต่อจากบริษัท บ. เมื่อมีการยกเลิกการประกวดราคาทำให้ผู้ผูกฟองคดีต้องผิดสัญญาถูกเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายและขาดประโยชน์ในการเสียโอกาสกำไรในทางการค้านั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าในระหว่าง

ที่มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงกรณีที่มีผู้ร้องเรียนว่าเอกสารประกวดราคาที่พิพาทมีการกำหนดคุณสมบัติที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการ ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญา ผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าทำสัญญา ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือสอบถามถึงการเข้าทำสัญญา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งว่ามีเหตุร้องเรียนและอยู่ระหว่างการตรวจสอบ จึงไม่อาจทำสัญญาได้ จึงเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เข้าทำสัญญากับผู้ฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากความล่าช้าของผู้ฟ้องคดีที่ไม่ไปทำสัญญาตามเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีแจ้งให้ทราบ แต่ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดียังไม่เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีกลับอ้างว่าได้เข้าทำสัญญาซื้อท่อจากบริษัท บ. แล้วทั้งที่ผู้ฟ้องคดีทราบคืออยู่แล้วยังไม่มีการทำสัญญาระหว่างกัน พฤติการณ์ดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีจึงไม่สุจริต อีกทั้งผู้ฟ้องคดียังได้ยอมรับว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีใบอนุญาตรับรองระบบบริหารมาตรฐานจึงเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีทราบมาตั้งแต่ก่อนเข้าเสนอราคาว่าเป็นผู้ไม่มีคุณสมบัติ แต่ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าเสนอราคาซึ่งถือว่าผู้ฟ้องคดีได้ทราบถึงการที่ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติในการเข้าเสนอราคา มาตั้งแต่ต้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างความสุจริตได้ว่าผู้ฟ้องคดีคาดหมายว่า จะได้เข้าทำสัญญากับผู้ถูกฟ้องคดีอย่างแน่นอน ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดี นอกจากนี้ตามเอกสารประกวดราคาได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้เสนอราคาจะเสนอเวลา กำหนดส่งมอบพัสดุไม่เกิน 120 วันนับแต่วันลงนามในสัญญาซื้อขาย ซึ่งระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าวเพียงพอที่จะให้ผู้ฟ้องคดีจัดซื้อได้ภายหลังการทำสัญญาซื้อขายแล้ว โดยไม่ต้องรีบร้อนซื้อขายกับบริษัทผู้ผลิตก่อนการลงนามในสัญญา การที่ผู้ฟ้องคดีต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท บ. จึงมิใช่เป็นผลมาจากการยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดี และตามประกาศประกวดราคาตอนท้ายระบุว่า การประกวดราคาครั้งนี้ดำเนินการ โดยใช้จ่ายจากเงินกู้โครงการภายใต้แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง ผู้ถูกฟ้องคดีสงวนสิทธิในการยกเลิกการประกวดราคาหากไม่ได้รับการจัดสรรเงินกู้จากสำนักงบประมาณ จากข้อสงวนสิทธิดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้จะได้มีการประกวดราคาแล้วแต่ยังไม่แน่นอนว่าจะได้ทำสัญญาหรือไม่ขึ้นอยู่กับการได้จัดสรรเงินกู้ ผู้ฟ้องคดีจึงรู้อยู่แล้วว่าอาจจะไม่มีการทำสัญญาก็ได้ จึงควรต้องรอให้มีการทำสัญญาซื้อขายเสียก่อน หากจะมีการทำสัญญาซื้อท่อก็เป็นเรื่องการค้าเนินการตามปกติของธุรกิจของผู้ฟ้องคดีเอง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1359/2558 ความเสียหายจากคำสั่งยกเลิกการประกวดราคานั้น เมื่อได้วินิจฉัยไว้แล้วว่าคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งดังกล่าวจึงไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคาล่าช้าขึ้นเมื่อพิจารณาถึงระยะเวลาทั้งหมดที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีใช้เวลาพิจารณาประมาณหนึ่งปีเศษทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองต้องวางหลักค้ำประกันซองเป็นระยะเวลาเกือบสองปีแล้วเห็นว่าระยะเวลาในการพิจารณากรณีดังกล่าวไม่ล่าช้ามากจนเกินสมควรแก่กรณี ซึ่งเป็นการประกวดราคาจัดซื้อที่มีมูลค่าสูงและมีการร้องเรียนของผู้เสนอราคารายอื่น ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างกรณีต้องวางหลักทรัพย์ค้ำประกันซองและค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินการก่อนทำสัญญานั้น เห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นไปโดยปกติทั่วไปของผู้เสนอราคาในการประกวดราคากับทางราชการไม่ว่าผู้เสนอราคาจะได้รับการคัดเลือกหรือไม่ หรือมีการยกเลิกการประกวดราคาหรือไม่ ส่วนความเสียหายจากการเป็นข่าวในทางเสียหายนั้น ไม่มีพยานหลักฐานใด ๆ สนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ถูกฟ้องคดีจึง ไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองแต่อย่างใด



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากการยกเลิก การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ

บทนี้เป็นการวิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายในนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่ยังมีความไม่ชัดเจนว่านิติสัมพันธ์ของหน่วยงานรัฐกับคู่กรณีฝ่ายเอกชนผู้เข้าร่วมการเสนอราคาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะอย่างไร รวมทั้งวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาปรับใช้กับความรับผิดชอบของรัฐในการเยียวยาความเสียหายที่แก่คู่กรณีจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ และผลกระทบต่อข้อกำหนดค่าเสียหายจากการกำหนดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่กรณีที่แตกต่างกัน และวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีขอให้หน่วยงานรัฐชดเชยค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา ซึ่งมีข้อจำกัดสิทธิตามกฎหมายห้ามมิให้ผู้เข้าร่วมเสนอราคาเรียกหรือค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐกรณียกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง อีกทั้ง กฎหมายยังกำหนดให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างถือเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งในเบื้องต้นจะทำการวิเคราะห์ว่าข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวสอดคล้องกับหลักสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญในการฟ้องคดีเพื่อให้ตนได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือไม่ เป็นการขัดขวางการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือไม่ อย่างไร และเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างควรมีขอบเขตและเงื่อนไขอย่างไร โดยในการนำเสนอในบทนี้ ผู้ศึกษาจะนำเอาหลักการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของไทยและต่างประเทศ และหลักเอกสิทธิ์ของรัฐที่นำเสนอไว้ในบทที่แล้ว มาทำการวิเคราะห์กับบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของกลุ่มกรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ ประกอบด้วย การกระทำของฝ่ายปกครอง 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง และการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิในฐานะคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ซึ่งนอกจากการกระทำทั้งสองลักษณะดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันแล้ว ผลของการกำหนดสถานะทางกฎหมายให้การกระทำนั้นยังก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่แตกต่างกันด้วย

เมื่อพิจารณากระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อเข้าทำสัญญากับภาครัฐ จะเห็นได้ว่าเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาที่มุ่งจะทำกันต่อไป ซึ่งมีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับหลายขั้นตอน เริ่มตั้งแต่การเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำและประกาศแผนการจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference : TOR) หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือแบบรูปราชการงานก่อสร้าง การเผยแพร่ประกาศและเอกสารเชิญชวนให้เข้าร่วมเสนอราคา การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมเสนอราคา การพิจารณาการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติในการเสนอราคา การประกาศรายชื่อผู้ชนะการเสนอราคา การต่อรองราคาซื้อหรือจ้าง จนกระทั่งขั้นตอนการออกหนังสือเรียกให้ผู้ชนะการเสนอราคามาลงนามในสัญญา การยืนยันราคาทำสัญญารวมไปถึงการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา หรือในกรณีอื่น ๆ โดยการพิจารณาความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกิดขึ้นในขั้นตอนต่าง ๆ เหล่านี้ว่ามีอยู่อย่างไร ย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ระเบียบภายในของหน่วยงานรัฐที่ทำการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งการกำหนดสถานะทางกฎหมายของการกระทำหรือนิติสัมพันธ์ของกลุ่มกรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีผลกระทบต่อการศึกษาความรับผิดชอบของรัฐและการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี ตลอดจนการกำหนดประเภทคดีพิพาทในการฟ้องคดีปกครองด้วย เนื่องจากการกำหนดประเภท

คดีพิพาทที่แตกต่างกันนั้น มีผลทำให้การกำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณีมีความแตกต่างกันออกไป

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาทางปกครอง ศาลจะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังลงนามในสัญญาทางปกครองอันเกิดจากการใช้สิทธิตามสัญญาของกลุ่มสัญญาฝ่ายปกครองจะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสัญญา แต่ศาลเห็นว่าเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาและกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะประเด็นปัญหาการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ ซึ่งเมื่อนำมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ถือว่ามีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อ 1 (3) ที่กำหนดให้การยกเลิกกระบวนการพิจารณาค่าเสนอมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้น เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐที่ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง จึงถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำสั่งทางปกครอง) ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือในกรณีที่มีการยื่นฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายโดยอ้างว่ามีการกระทำละเมิดอันเกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในอีกมิติหนึ่ง การที่หน่วยงานรัฐได้ทำการเผยแพร่เอกสารการประกวดราคาหรือออกประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้าร่วมการเสนอราคาเพื่อคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาพัสดุกับหน่วยงานรัฐตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดนั้นมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้เอกชนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของประกาศทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างตามแบบที่กำหนดยื่นต่อหน่วยงานรัฐ ในขณะที่เดียวกันยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่หน่วยงานรัฐกำหนดอีกด้วย เมื่อต่อมาเอกชนได้เข้าร่วมเสนอราคา จึงถือว่าเอกชนรายนั้นยินยอมผูกพันตนตามเงื่อนไขของประกาศด้วยการเข้าเสนอราคา และได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอนั้นแล้ว จึงก่อให้เกิดสัญญาขึ้นตามนัยมาตรา 361 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ อันเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาหลักและเป็นสัญญาที่จะนำไปสู่การทำสัญญาหลักต่อกันในที่สุด¹ โดยมักเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาก่อนสัญญา” ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างย่อมเป็นการทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นแล้วสิ้นสุดลง อีกทั้งยังถือเสมือนหนึ่งเป็นการบอกเลิกสัญญาได้ด้วยเช่นกัน เมื่อมีการยื่นฟ้องเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในที่นี้ ผู้ศึกษาจึงได้ทำการวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดนิติสัมพันธ์ของกลุ่มกรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาที่มีผลต่อการพิจารณาความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐในลักษณะที่เป็นความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา ตามลำดับ ดังนี้

1.1 การกำหนดนิติสัมพันธ์ของกลุ่มกรณีในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด

1.1.1 ลักษณะข้อพิพาทในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาที่เกิดจากการกระทำละเมิด

จากการศึกษาพบว่า ข้อพิพาทที่คู่กรณีนำมาฟ้องต่อศาลขอให้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีดังต่อไปนี้

1) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอของผู้เข้าร่วมการเสนอราคา ซึ่งรวมถึงการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคา การพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ หลักเกณฑ์ด้านราคา หลักเกณฑ์ทางเทคนิค ตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

2) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการคัดเลือกผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

4) ข้อพิพาทที่เกิดจากการสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ตามมาตรา 109 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹ เที่ยบเคียงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 723/2563 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.498/2558

5) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการสั่งระงับการจัดซื้อจัดจ้างไว้ก่อนของ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียน เนื่องจากคณะกรรมการฯ เห็นว่าเป็นกรณีที่ได้รับฟังได้ ตามข้อร้องเรียนว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของพระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กฎกระทรวง หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

6) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการถูกปฏิเสธไม่ขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการงานก่อสร้าง หรือผู้ประกอบการพัสดุอื่นในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางหรือการเพิกถอนรายชื่อ ผู้ประกอบการออกจากทะเบียน ตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พักฐุภาครฐุ พ.ศ. 2560 ซึ่งการมีรายชื่อผู้ประกอบการในทะเบียนนั้นถูกกำหนดให้เป็นคุณสมบัติ ของผู้มีสิทธิเข้ายื่นข้อเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐด้วย

7) กรณีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่หน่วยงานของรัฐประเมินผลการปฏิบัติงาน ของผู้ประกอบการไม่ผ่านเกณฑ์ที่กำหนด ทำให้ถูกระงับการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญากับหน่วยงาน ของรัฐไว้ชั่วคราว ตามมาตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และนอกจากนี้ ผลการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการยังถูกกำหนดให้เป็น ส่วนหนึ่งของเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ กับหน่วยงานของรัฐในครั้งอื่น ๆ ด้วย ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อโอกาสในการเข้าร่วมเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐต่อไป

เมื่อพิจารณาลักษณะข้อพิพาทในกรณีต่าง ๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการฟ้องคดี เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเมื่อคู่กรณีนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาลโดยมีคำขอให้หน่วยงานของรัฐ ชดใช้ค่าเสียหายแก่ตน ศาลจะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการเยียวยา ความเดือดร้อนหรือเสียหายของคู่กรณีในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้ฟ้องคดีได้ และนอกจากการใช้สิทธิทางศาลแล้ว คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำละเมิดของหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นอาจยื่นคำร้องขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหม

ทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ตนได้โดยตรง ทั้งนี้ ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้อีกทางหนึ่ง

อนึ่ง การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐก่อนมีการลงนาม ในสัญญา เช่น การสั่งรับหรือไม่รับ คำเสนอขาย รับจ้าง หรือการอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ หรือการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ หากเป็นการฟ้องขอให้ เพิกถอนการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ศาลจะกำหนดให้เป็น คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเกิดจากการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเป็นผลมาจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้กำหนดให้ การกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง (การที่กฎหมาย ต้องบัญญัติให้ถือว่าการกระทำประเภทต่าง ๆ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ให้ถือเป็นคำสั่ง ทางปกครองนั้นก็เนื่องมาจากว่าโดยสภาพของการกระทำดังกล่าวแล้วมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะ ทางกฎหมายว่าเป็นการกระทำในแดนของการใช้สิทธิตามสัญญาหรือการใช้อำนาจตามกฎหมายที่เป็น นิติกรรมฝ่ายเดียว เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวจึงได้ออกกฎกระทรวงกำหนดสถานะทางกฎหมายไว้ ผู้ที่สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ในเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองนี้อยู่ในลักษณะของการใช้อำนาจรัฐที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครอง ในฐานะผู้ออกคำสั่งเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ให้แก่ประชาชนหรือเอกชนยึดถือปฏิบัติกับผู้รับคำสั่ง ทางปกครอง โดยคู่กรณีฝ่ายรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เมื่อผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ถูกกระทบสิทธิโดยผลของคำสั่งทางปกครองหรือไม่พอใจในผลของคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีมีสิทธิ ที่จะโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นได้ตามขั้นตอนและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด โดยปกติสามารถ ทำได้ด้วยการอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อผู้มีออกคำสั่งหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือนำคดีมาฟ้อง ต่อศาลเพื่อลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ โดยมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลมีอำนาจ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ อันถือเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย แก่คู่กรณี ในคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง และหากคู่กรณีได้รับผลกระทบหรือได้รับ

ความเสียหายอันอาจคำนวณเป็นเงินได้จากผลของคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ชอบที่จะเรียกร้อยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ด้วย กรณีดังกล่าวถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีที่กล่าวมาข้างต้นมีประเด็นปลีกย่อยที่จะต้องทำการพิจารณาศึกษาในรายละเอียดต่อไป ผู้ศึกษาจึงไม่ขอกล่าวไว้ในที่นี้

1.1.2 การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดชอบทางละเมิด

การกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด ต้องเป็นไปตาม มาตรา 438 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “*ค่าสินไหมทดแทน จะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด*” จะเห็นได้ว่า การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำละเมิดนั้นเป็นรายกรณีไป โดยผู้ที่กล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด จะต้องเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ ให้ศาลเห็นว่ากรกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยละเมิดและผลจากการกระทำละเมิดนั้นก่อให้เกิด ความเสียหายอย่างใด ๆ ขึ้นแก่ตน รวมทั้งจะต้องพิสูจน์ถึงจำนวนค่าเสียหายด้วย หากพิสูจน์ได้แต่เพียง ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น แต่ไม่อาจพิสูจน์ได้ถึงจำนวนความเสียหายตามที่กล่าวอ้าง ศาลก็มีอำนาจ กำหนดค่าเสียหายตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรตามแต่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้ ทั้งนี้ จำนวนค่าเสียหายที่ศาลใช้อำนาจดุลพินิจกำหนดให้ได้นี้จะต้องเป็น “ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผล โดยตรงจากการกระทำละเมิด” เท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นค่าเสียหายที่เป็นค่าซื้อเอกสารประกวด ราคา ค่าธรรมเนียมการขอหลักประกัน เป็นต้น โดยวินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาความเสียหายตาม มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วเห็นว่าความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการ มีคำสั่งให้ยกเลิกการประกวดราคาในครั้งนี้ ได้แก่ ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าธรรมเนียม การขอหลักประกันของ และเงินสดที่ผู้ฟ้องคดีนำไปค้ำประกันหลักประกันของ ซึ่งมีระยะเวลา การค้ำประกันตั้งแต่วันยื่นซองเสนอราคาทางด้านเทคนิคครอบคลุมไปจนถึงวันสิ้นสุดการยื่นราคา ผู้ฟ้องคดีจึงไม่สามารถนำเงินสดไปใช้ประโยชน์ได้ จึงเห็นสมควรพิจารณากำหนดความเสียหาย กรณีไม่ได้นำเงินสดไปใช้ประโยชน์อย่างอื่นในระหว่างที่นำเงินสดมาค้ำประกันหลักประกันของ ส่วนค่าใช้จ่ายเบื้องต้นในการดำเนินการจัดเตรียมเอกสารเพื่อนำเสนอในการประกวดราคาเป็นค่าใช้จ่าย ที่เกิดขึ้นเพื่อเข้าสู่กระบวนการในประกวดราคา จึงไม่อาจถือได้ว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นผลโดยตรง

จากกระทาะละเมิด² จะเห็นได้ว่าในส่วนค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเนื่องจากเตรียมการเพื่อเข้าเสนอราคานั้น ศาลมองว่าไม่ใช่ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง เพราะเป็นความสมัครใจของผู้เข้าร่วมเสนอราคาเอง มิใช่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานรัฐที่ออกประกาศจัดซื้อจัดจ้าง³

จากการศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสปฏิเสธผลผูกพันทางกฎหมายของการยกเลิกการเจรจาต่อรองในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 และตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมีหลักการว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หน่วยงานรัฐกับผู้เสนอราคาไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของ การกระทำทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐมีดุลพินิจในการพิจารณายกเลิกการประกวดราคาได้ตามที่เห็นสมควร⁴ ก็ตาม แต่ก็มีหลักว่าหากผู้ประกวดราคาได้รับความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคา ผู้ประกวดราคาก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้บนฐานความรับผิดทางละเมิด ซึ่งกรณีนี้อาจมองได้ว่าศาลฝรั่งเศสจะกำหนดค่าเสียหายให้สำหรับกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามที่ผู้เสียหายได้จ่ายไปจริง และอาจถือได้ว่าเป็นการยอมรับหลักความรับผิดเอกเทศที่สะท้อนออกมาในรูปของการกำหนดค่าเสียหาย

สำหรับในระบบกฎหมายของไทยนั้นพบว่า มีบางกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า ค่าจัดเตรียมการเพื่อเข้าเสนอราคาเป็นค่าเสียหายจากการกระทาะละเมิด โดยวินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาค่าใช้จ่ายในการจัดเตรียมเอกสารเพื่อยื่นซองประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวแล้วเห็นว่า ผู้เสนอราคาต้องจัดทำเอกสารที่เป็นข้อมูลทางด้านเทคนิคเกี่ยวกับงานที่ประกวดราคาซึ่งมีรายละเอียดและจำนวนค่อนข้างมาก ซึ่งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดทำเอกสารในการยื่นซองเสนอราคาถือเป็นค่าอำนวยความสะดวกที่เกิดขึ้นได้ จึงเห็นควรกำหนดเงินเป็นค่าอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง จำนวน 60,000 บาท สำหรับค่าแบบประกวดราคานั้นเป็นค่าใช้จ่ายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองต้องจ่ายไปจริงจึงจะมีสิทธิ

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.512/2562

³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.20/2555

⁴ ยุทธนา ทิณรัตน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2549

ยื่นขอประกวดราคา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าแบบประกวดราคาจำนวน 100,000 บาท ให้แก่ผู้ฟ้องคดี⁵

ส่วนความเสียหายที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ใช่ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากกระทำละเมิด เช่น ความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสทางธุรกิจที่ควรจะได้รับจากการทำสัญญา โดยวินิจฉัยว่าเป็นเพียงการคาดการณ์ของผู้ฟ้องคดีเอง และเป็นค่าเสียหายในอนาคตที่ยังไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นจริงไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิด⁶ ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างกรณีต้องวางหลักทรัพย์ค้ำประกันของและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินการก่อนทำสัญญานั้นถือเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นไปโดยปกติทั่วไปของผู้เสนอราคาในการประกวดราคากับทางราชการไม่ว่าผู้เสนอราคาจะได้รับการคัดเลือกหรือไม่ หรือมีการยกเลิกการประกวดราคาหรือไม่ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี⁷ หรือในกรณีที่ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ผู้ชนะการเสนอราคาได้จัดเตรียมการซื้อสินค้าไว้ล่วงหน้าโดยคาดว่าจะได้เข้าทำสัญญา กรณีเหล่านี้ศาลมองว่าไม่ใช่ค่าเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนลงนามในสัญญาเนื่องจากผู้ที่ชนะการเสนอราคามีเวลาสำหรับเตรียมสินค้าที่จัดซื้อนั้นได้ภายหลังจากเข้าทำสัญญาแล้ว โดยวินิจฉัยว่า “ความเสียหายจากการที่ผู้ชนะการประกวดราคาสั่งซื้อพัสดุเพื่อเข้าทำสัญญากับหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา อาจจะไม่มีการทำสัญญาก็ได้ จึงควรต้องรอให้มีการทำสัญญาก่อนที่จะไปดำเนินการซื้อพัสดุ ค่าเสียหายดังกล่าว จึงไม่ได้เกิดจากการยกเลิกการประกวดราคา หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย”⁸

และอีกกรณีหนึ่งวินิจฉัยว่า “ค่าเสียหายในส่วนที่อ้างว่าเป็นค่าเตรียมสินค้านั้น (การประกวดราคาซื้อเครื่องมิเตอร์ไฟฟ้า) ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีมีค่าเตรียมสินค้านั้น 44,874 ชุด ราคาชุดละ 565 บาท เมื่อมีการยกเลิกการประมูลทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับจำหน่ายออกไปในราคาชุดละ 365 บาท หากเก็บไว้นานจะเสียหาย จึงขาดทุนชุดละ 200 บาท โดยผู้ฟ้องคดี

⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.456/2562 คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ งานจ้างติดตั้งอุปกรณ์ชุมสาย MultiService Access Node (MSAN) อุปกรณ์ WDM ซึ่งผู้เสนอราคาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกรณีที่ผู้เสนอราคามีคุณสมบัติครบถ้วนในการยื่นขอประกวดราคา แต่คณะกรรมการประกวดราคามีมติไม่ให้นำผ่านการคัดเลือกเบื้องต้น จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสนอราคา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่ากำหนดค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวสามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีที่มีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.610/2562

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1359/2558

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.691/2561

ไม่ได้มีพยานหลักฐานสนับสนุนเกี่ยวกับค่าเตรียมสินค้าดังกล่าว ประกอบกับสินค้าที่ผู้ถูกฟ้องคดี ประกวดราคาเป็น Watthour Meter, Single Phase, two wire ขนาด 15 (45) แอมป์ ซึ่งเป็นอุปกรณ์ไฟฟ้า ที่จัดซื้อมาเพื่อการใช้งานที่สามารถตากแดดตากฝนเป็นเวลานานต่อเนื่องกันหลายปี จึงไม่ใช่สินค้า ที่เสื่อมสภาพหรือเสียหายได้ง่ายเพราะต้องเก็บรักษาไว้นาน ผู้ฟ้องคดียอมนำไปจำหน่ายแก่บุคคลอื่น หรือแก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เมื่อมีการเรียกประกวดราคาใหม่โดยไม่ต้องลดราคา และช่วงระยะเวลาที่จะต้อง ส่งมอบสินค้าตามเงื่อนไขเพิ่มเติมหากมีการตกลงซื้อขายกัน ต้องแบ่งส่งมอบเป็น 9 งวด เป็นระยะเวลา 270 วัน ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้สั่งซื้อสินค้าตามจำนวนทั้งหมดและในการดำเนินการประกวดราคาตั้งแต่ต้น จนถึงการยกเลิกการประกวดราคานั้นยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าผู้ถูกฟ้องคดีตกลงทำสัญญาสั่งซื้อสินค้า จากผู้ฟ้องคดีแล้วหรือไม่ จำนวนเท่าใด ดังนั้น ค่าเสียหายในส่วนนี้ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าให้แก่ ผู้ฟ้องคดีได้” และกรณีที่วินิจฉัยว่า “ผู้ฟ้องคดีได้สั่งซื้อหนังสือจากสำนักพิมพ์เป็นเงิน 650,000 บาท หากผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้ชนะการประกวดราคาในครั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องรับผิดชอบในผลแห่งการที่ได้ ดำเนินการสั่งซื้อหนังสืออ่านนอกเวลาตามประกาศประกวดราคาไว้ล่วงหน้า พฤติกรรมดังกล่าว จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นปกติวิสัยที่ผู้ประกอบการโดยทั่วไปพึงจะกระทำในการดำเนินธุรกิจหรือกิจการ ค่าที่มุ่งแสวงหาผลกำไรจากการประกอบกิจการ ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีอันเกิดขึ้นจากการที่ต้อง ชำระค่าหนังสือให้แก่ผู้ผลิตจึงไม่ใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการที่ได้เตรียมการสำหรับการเข้าเสนอราคา และไม่ใช่ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิด”¹⁰

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่า การกำหนดค่าเสียหาย บนฐานความรับผิดชอบทางละเมิดยึดหลักการพิจารณาว่า ค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดค่าให้ได้นั้นจะต้องเป็น ค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดและต้องเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดชอบทางละเมิดมีความเหมาะสมที่จะนำมาในการกำหนด ค่าเสียหายในกรณีที่มีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ชอบ อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาว่าค่าเสียหาย บางกรณี เช่น ค่าเตรียมการเพื่อเข้าเสนอราคา ศาลยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ จึงมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายว่าควรกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นค่าเตรียม การเพื่อเข้าเสนอราคาหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องวินิจฉัยให้ได้แน่ชัดเสียก่อนว่าค่าเตรียมการ ดังกล่าวถือว่าเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำละเมิดหรือไม่ หากมองว่าเป็นความเสียหาย ที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด เนื่องจากเป็นการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ชอบ

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.279/2563

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.610/2562

ด้วยกฎหมาย หน่วยงานของรัฐย่อมต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่คู่กรณี ในทางกลับกัน หากมองว่าไม่ใช่ผลโดยตรงจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ย่อมไม่อยู่ในข่ายความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดของข้อเท็จจริงในคดีเป็นรายกรณีไปและเป็นอำนาจดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว อันเป็นผลให้การกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณีไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนและหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายมีความแตกต่างกันทั้งที่เป็นความเสียหายอย่างเดียวกัน

1.2 การกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

1.2.1 ลักษณะข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนลงนามในสัญญา

โดยทั่วไปข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญา ซึ่งเป็นกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลเห็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐก่อนมีการลงนามในสัญญาถือว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยจากการศึกษาพบว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาที่ศาลเห็นว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนี้

1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา

ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและทำสัญญา หน่วยงานของรัฐจะต้องกำหนดให้มีการให้หลักประกันในขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อเป็นการประกันความเสียหายหากมีการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญาหรือหลักเกณฑ์ของประกาศการจัดซื้อจัดจ้าง แล้วแต่กรณี จนกว่าจะสิ้นสุดความผูกพันตามข้อตกลงหรือสัญญา โดยแบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ (1) หลักประกันการเสนอราคา เพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีที่ผู้ยื่นข้อเสนอ ผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการ ไม่ปฏิบัติตามกระบวนการซื้อหรือจ้างหรือการจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง สำหรับการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้างด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป ที่มีวงเงินซื้อหรือจ้างหรือวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างเกินกว่าห้าล้านบาท¹¹ โดยให้กำหนดมูลค่าของหลักประกันเป็นจำนวนเต็มในอัตราร้อยละห้าของวงเงินงบประมาณหรือราคาพัสดุที่จัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น

¹¹ ข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

แล้วแต่กรณี (2) หลักประกันสัญญา เป็นการวางหลักประกันในขณะที่เข้าทำสัญญาสำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีระยะเวลาผูกพันตามสัญญาเกิน 1 ปี และพัสดุนั้นไม่ต้องมีการประกันเพื่อความชำรุดบกพร่อง เช่น พสดุใช้สิ้นเปลือง ให้กำหนดหลักประกันในอัตราร้อยละห้าของราคาพัสดุที่ส่งมอบในแต่ละปีของสัญญา โดยเป็นการค้ำประกันตลอดอายุสัญญา และการกำหนดหลักประกันดังกล่าวจะต้องระบุไว้เป็นเงื่อนไขในเอกสารเชิญชวนให้เข้ายื่นข้อเสนอหรือในสัญญาด้วย¹² (3) หลักประกันการรับเงินล่วงหน้า มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันการรับเงินที่ผู้รับจ้างหรือผู้ขายพัสดุได้รับไปก่อนการตรวจรับการจ้างหรือตรวจรับพัสดุ โดยจะต้องกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในเอกสารเชิญชวนและในสัญญาด้วย และเมื่อหน่วยงานของรัฐได้หักเงินที่จะจ่ายแต่ละครั้งที่จะใช้คืนเงินล่วงหน้าจากผู้สัญญาที่ได้รับไปเป็นจำนวนเท่าใดแล้ว หรือคู่สัญญาได้นำหลักประกันมาวางเท่ากับมูลค่าของเงินที่ต้องหัก คู่สัญญาสามารถขอคืนหลักประกันการรับเงินล่วงหน้าบางส่วนได้¹³ (4) หลักประกันผลงาน การจ้างงานก่อสร้างหรือการจ้างที่ปรึกษาที่หน่วยงานของรัฐกำหนดแบ่งการชำระเงินค่าจ้างออกเป็นงวด ๆ ให้กำหนดการหักเงินตามอัตราที่กำหนดของเงินที่ต้องจ่ายในงวดนั้นเพื่อเป็นหลักประกัน¹⁴ โดยสัญญาหลักประกันที่เกิดขึ้นก่อนมีการลงนามในสัญญานั้นจะมีเฉพาะสัญญาหลักประกันการเสนอราคาเท่านั้น ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักประกันสัญญา หลักประกันการรับเงินล่วงหน้า และหลักประกันผลงาน เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาแล้วทั้งสิ้น โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาหลักประกันการเสนอราคา หรือหลักประกันของไว้ว่า “ประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นคำเสนอที่ให้ผู้ประสงค์จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาตามที่กำหนด ผู้เสนอราคาที่ได้ลงนามทำข้อตกลงในหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างและนำหนังสือค้ำประกันมาวางเป็นหลักประกันของ ถือว่าผู้เสนอราคาดังกล่าวตกลงยินยอมผูกพันตนตามประกาศดังกล่าวโดยการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอ จึงก่อให้เกิดเป็น “สัญญาหลักประกันของ” ระหว่างหน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคากับผู้เสนอราคา และมีผลผูกพันผู้เสนอราคาที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาดังกล่าว”¹⁵ จะเห็นได้ว่า ศาลเห็นว่าสัญญาหลักประกันการเสนอราคาเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการลงนามทำสัญญาหลักระหว่างกัน โดยนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เข้าร่วมเสนอราคากับหน่วยงานทางปกครองอยู่ในรูปแบบของคู่สัญญาทางปกครอง การที่ผู้เข้าร่วมเสนอราคาปฏิบัติ

¹² ข้อ 168 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹³ ข้อ 172 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁴ ข้อ 173 และข้อ 174 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 643/2560

ผิดเงื่อนไขของสัญญาหลักประกันการเสนอราคา หน่วยงานทางปกครองมีสิทธิยึดหรือริบหลักประกันตามเงื่อนไขของสัญญานั้นได้ ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหลักประกันการเสนอราคาย่อมเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับประกาศประกวดราคา

ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 กำหนดให้ก่อนที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ หน่วยงานรัฐจะต้องเผยแพร่ประกาศเชิญชวนซื้อหรือจ้าง เอกสารซื้อหรือจ้าง และร่างขอบเขตของงาน (Terms of Reference : TOR) หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ ให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าหน่วยงานของรัฐจะดำเนินการในการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด วัน เวลา สถานที่ยื่นข้อเสนอ และเงื่อนไขอื่นๆ ในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลางและของหน่วยงานอื่นๆ เพื่อให้ผู้มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประกาศฯ และเอกสารการซื้อหรือจ้างที่ประสงค์เข้าร่วมเสนอราคายื่นข้อเสนอเข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวันเวลาที่กำหนด หลังจากนั้นหน่วยงานของรัฐจะทำการคัดเลือกพัสดุหรือคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอที่ถูกต้องและพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด เมื่อคัดเลือกข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอได้แล้วจะประกาศผลผู้ชนะการเสนอราคาและแจ้งให้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐต่อไป ซึ่งหากผู้ชนะการเสนอราไม่ยอมไปทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือกับหน่วยงานของรัฐภายในเวลาที่กำหนดไว้ตามประกาศประกวดราคา ให้ถือว่าผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญานั้นกระทำการอันมีลักษณะเป็นการทิ้งงาน¹⁶ และถือว่าเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาด้วยอีกส่วนหนึ่งและอาจต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหากปรากฏว่าการไม่เข้าทำสัญญานั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของประกาศประกวดราคาไว้ว่า “ประกาศประกวดราคาจ้างเอกชนบริหารจัดการท่าเทียบเรือ มีลักษณะเป็นคำเชิญให้ผู้เข้าประกวดราคาทำคำเสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครอง) เมื่อต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นซองประกวดราคาและได้เสนอเงินประกันรายได้ขึ้นทำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดี และต่อมากณะกรรมกรการทำเรือแห่งประเทศไทยได้มีมติอนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารจัดการท่าเทียบเรือ โดยเจ้าหน้าที่แผนกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีได้โทรศัพท์แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบและแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปรับเอกสารเพื่อจัดทำร่างสัญญา จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เลือกให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะ

¹⁶ มาตรา 109 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560

การประกวดราคาและได้สนองรับคำเสนอของผู้ฟ้องคดีแล้ว ดังนั้น เมื่อคำสนองของผู้ถูกฟ้องคดีตรงกับคำเสนอของผู้ฟ้องคดี จึงทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” คู่สัญญาตามสัญญาประกวดราคามีความผูกพันกันในอันที่จะเข้าทำสัญญาจ้างบริหารจัดการทำเทียบเรือเป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามสัญญาประกวดราคา จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542”¹⁷ และมีกรณีที่ศาลเห็นว่าเมื่อผู้เข้าร่วมเสนอราคาได้ให้หลักประกันซองในการเสนอราคาและได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา จึงเกิดเป็นสัญญาประกวดราคาขึ้นแล้ว มิใช่จะพิจารณาเพียงหลักของการเกิดของสัญญาทั่วไปตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น โดยวินิจฉัยว่า “ประกาศประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ทั้ง 4 ฉบับ ประกอบกับสัญญาหลักประกันซองเป็นสัญญาสองฝ่ายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างอันเป็นสัญญาหลักตามประกาศประกวดราคาจ้างด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้เข้าทำสัญญาหลักประกันซองโดยได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขตามประกาศประกวดราคาจ้างที่พิพาท และเข้าดำเนินการเสนอราคา ณ วัน เวลา สถานที่ตามที่ผู้ฟ้องคดีกำหนด กรณีหาใช่หลักการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน จึงจะเกิดเป็นสัญญาตามหลักในกฎหมายแพ่งทั่วไป เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือแจ้งกำหนดวัน เวลา สถานที่ในการเสนอราคาโดยมิได้หลงผิดจนไม่ส่งตัวแทนเข้าร่วมการเสนอราคา แต่เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีส่งตัวแทนให้เดินทางไปร่วมเสนอราคาแล้ว แต่ไม่สามารถเข้าลงทะเบียนได้ทันตามกำหนด จึงเป็นฝ่ายประพฤติดิสัญญาประกวดราคา”¹⁸

นอกจากนี้ ยังพบว่าปัจจุบันศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างก่อให้เกิดสัญญาขึ้นประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ที่คู่สัญญา (หน่วยงานรัฐที่ประกาศประกวดราคากับผู้เข้าเสนอราคา) มีความผูกพันในอันที่จะต้องเข้าทำสัญญาต่อกัน โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ในหลายกรณี อาทิ “เมื่อผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานของรัฐ) มีประกาศผลการดำเนินการประกวดราคาจ้าง และได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีไปชำระค่าบริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์และกรอกรายละเอียดราคาให้ตรงกับราคาที่เสนอไว้ตามเงื่อนไขประกวดราคาพร้อมนำหลักฐานใบเสร็จรับเงินดังกล่าวไปยื่นแสดงต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการลงนามสัญญาจ้างต่อไป กรณีจึงต้องถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้สนองรับคำเสนอของผู้ฟ้องคดีแล้ว จึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีมีความผูกพันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดี

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 203/2557

¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 835/2563

จะต้องทำสัญญาจ้างกับผู้ผูกฟองคืด¹⁹ หรือ “ประกาศประกวดราคาของผู้ผูกคืด (หน่วยงานของรัฐ) ดังกล่าวถือเป็นคำเชิญชวนให้ผู้สนใจและมีคุณสมบัติตามที่กำหนดเข้าร่วมประกวดราคา และการที่ผู้ผูกฟองคืด (เอกชนผู้ยื่นข้อเสนอ) ยื่นแบบไปยื่นข้อเสนอการประกวดราคาดังกล่าวยินยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขและรายละเอียดทั้งหมด และตอบรับการเข้าร่วมประกวดราคาจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ผูกคืด ถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอว่าตนจะเข้าทำสัญญา กรณีจึงต้องถือว่าผู้ผูกคืดได้สนองรับคำเสนอของผู้ผูกฟองคืดแล้ว จึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาระหว่างผู้ผูกคืดกับผู้ผูกฟองคืด ซึ่งอาจเรียกว่าสัญญาประกวดราคา มีความผูกพันระหว่างผู้ผูกฟองคืดที่ 1 กับผู้ผูกคืดว่าผู้ผูกฟองคืดจะเข้าทำสัญญาจ้างและส่งมอบหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญากับผู้ผูกคืด ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือให้ไปทำสัญญาจ้างจากผู้ผูกคืดเมื่อผู้ผูกฟองคืดที่ 1 ไม่เข้าทำสัญญาจ้างจึงถือว่าผู้ผูกฟองคืดที่ 1 ผิดสัญญาประกวดราคา”²⁰ เป็นต้น

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประกาศการจัดซื้อจัดจ้าง (ประกวดราคา) ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐที่ออกประกาศเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างฝ่ายหนึ่งกับผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอราคาตามประกาศดังกล่าวอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความผูกพันในอันที่จะต้องเข้าทำสัญญาต่อกัน ซึ่งหากผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาไม่เข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาและเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่เข้าทำสัญญานั้นได้

เมื่อพิจารณาในทางกลับกัน การที่หน่วยงานของรัฐยกเลิกประกาศการจัดซื้อจัดจ้างหรือยกเลิกการประกวดราคาก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา ย่อมต้องถือเป็นการปฏิบัติผิดสัญญาประกวดราคาเช่นกัน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานรัฐมีความผูกพันตามสัญญาประกวดราคาในอันที่จะต้องเข้าทำสัญญากับผู้เสนอราคาที่ชนะการประกวดราคาด้วย และหากมีความเสียหายอย่างใด ๆ เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการที่ผู้ชนะการเสนอราคาไม่ได้ทำสัญญาเพราะหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้เข้าร่วมการเสนอราคาย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานรัฐ ทั้งนี้ แม้ว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐจะถือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนออันมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองโดยผลของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ตาม แต่หากพิจารณาในมิติของการเกิดขึ้นของสัญญาการประกวด

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขแดงที่ 826/2564

²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขแดงที่ 1564/2563

ราคา ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกสัญญาประเภทราคาด้วยเช่นกัน ดังนั้น การกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการประกวดราคา หรือการคัดเลือกคู่สัญญาดังกล่าวจึงควรกำหนดให้อยู่ในฐานะคู่สัญญา และข้อพิพาทเกี่ยวกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและการฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างควรที่จะกำหนดเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

1.2.2 การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดชอบตามสัญญา

สามารถแยกการพิจารณาได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

1.2.2.1 การกำหนดค่าเสียหายตามหลักความรับผิดชอบทางสัญญา

การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดชอบทางสัญญาย่อมเป็นไปตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่ เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว” จะเห็นได้ว่า การเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 222 นี้ คู่กรณีสามารถเรียกค่าเสียหายได้ 2 ประเภท คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติ และค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษ โดยหากความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดขึ้นเป็นธรรมดาหรือบุคคลทั่วไปพึงรู้ได้ว่าเมื่อไม่มีการชำระหนี้จะต้องเกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้น เรียกว่า ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเช่นนั้นได้โดยไม่จำเป็นต้องระบุไว้ในสัญญาแต่อย่างใด แต่หากเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษ กล่าวคือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยมิได้เป็นผลธรรมดาจากการไม่ชำระหนี้ กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับผิดชอบเมื่อคาดเห็นได้ล่วงหน้าหรือควรจะได้คาดเห็นได้ว่าจะมีความเสียหาย เช่นว่านั้นเกิดขึ้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ต้องคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา แต่อาจคาดเห็นหรือบอกกล่าวให้ทราบได้ในภายหลังก่อนที่จะไม่ชำระหนี้ก็ได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า “แม้ว่าสัญญาจะกำหนดว่าหากผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานรัฐ) ใช้สิทธิบอกเลิกไม่ว่ากรณีใด ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสิ้นต่างหากจากการปรับเป็นรายวันกรณีงานล่าช้า และกำหนดให้สิทธิผู้ถูกฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายอื่น ๆ อันพึงมีก็ตาม แต่ค่าเสียหายตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวนี้จะต้องเป็นค่าเสียหายตามปกติอันเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีทำงานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ส่วนค่าเสียหายทางการเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีเรียกร้องมานั้นไม่ใช่ค่าสินไหมทดแทน

เพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการทำงานไม่แล้วเสร็จตามสัญญา แต่เป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีจะเรียกจากผู้ฟ้องคดีได้ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนี้ล่วงหน้าก่อนแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนหรือขณะทำสัญญาว่าผู้ถูกฟ้องคดีกู้เงินมาลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับค่าที่ดิน ค่าก่อสร้าง และค่าดอกเบี้ยระหว่างก่อสร้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี และเมื่อมีการทำบันทึกข้อตกลงแนบทำสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่ได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่า หากผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารชุดไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีภาระต้องชำระดอกเบี้ยเงินกู้ให้แก่สถาบันการเงินเป็นเงินเดือนละเท่าใด อีกทั้งไม่ปรากฏว่าในการกู้เงินจำนวนดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีนั้นได้นำมาใช้ในกิจการของโครงการที่ผู้ฟ้องคดีร่วมดำเนินกิจการนี้หรือไม่เพียงใด ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องรับผิดชอบชำระเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²¹ และกรณีที่วินิจฉัยว่า “การที่ผู้ฟ้องคดีจะเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการที่ผู้ฟ้องคดีเสียโอกาสนำทรัพย์สินออกให้เช่าได้นั้นต้องปรากฏว่าเป็นความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องควรคาดเห็นล่วงหน้าก่อนแล้วเท่านั้นตามนัยมาตรา 222 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดมาก่อนทำสัญญาพิพาทผู้ฟ้องคดีได้นำอาคารดังกล่าวออกให้เช่าหรือไม่และได้รับค่าเช่าเท่าใด กรณีจะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดียอมคาดเห็นถึงความเสียหายในการเสียโอกาสนำอาคารและสถานที่ในสวนสาธารณะออกให้เช่าหากมีการบอกเลิกสัญญาหาได้ไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าว”²²

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดก่อให้เกิดความเสียหายด้วย การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญาจะต้องชดเชยค่าเสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์โดยพิจารณาว่าฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายมากน้อยกว่ากันเพียงไร ตามมาตรา 223 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยไซ้ ท่านว่าหนี้ยอันจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้นต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือว่าความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไร” ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า “การที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ไม่ไปทำสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดี ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องเรียกบริษัทอื่นซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำรายถัดไปเข้าทำสัญญาจ้างซึ่งมีค่าจ้างสูงกว่าที่ผู้ฟ้องคดีเสนอราคา

²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 401 - 402/2562

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 679/2556

จึงเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องจ่ายเงินค่าจ้างเพิ่มขึ้น การไม่เข้าทำสัญญาของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ทำการถอดแบบงานก่อสร้างเพื่อคำนวณค่างานต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานก่อสร้างให้ถูกต้องครบถ้วนเพื่อนำไปใช้ในการกำหนดราคากลาง จึงทำให้ราคากลางของงานก่อสร้างพิพาทมีความคลาดเคลื่อนและมีราคากลางงานก่อสร้างต่ำกว่าปริมาณงานที่จะต้องทำการก่อสร้างจริง อันถือได้ว่าฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิด และเมื่อรับฟังได้ว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำของทั้งสองฝ่ายที่ต่างมีส่วนทำความผิดด้วยกันและไม่ยิ่งหย่อนกว่ากันเป็นเหตุให้ราคาจ้างโครงการพิพาทต้องเพิ่มสูงขึ้น ดังนั้นผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องจ่ายผู้รับจ้างรายใหม่ในราคาที่สูงขึ้นไปให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 223 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³ จากคำวินิจฉัยที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญานั้น มีความหลากหลายมากกว่าการกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางละเมิดที่จำกัดว่าจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดเท่านั้น ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญามีขอบเขตที่กว้างกว่า โดยนอกจากผู้เสียหายจะเรียกค่าเสียหายทุกประเภทที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น ได้จากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งมีความหมายอีกนัยหนึ่งว่าเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว หากผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสียหายอื่นที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่คู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญาคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ผู้เสียหายก็มีสิทธิเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้ แต่ว่าการกำหนดค่าเสียหายดังที่กล่าวมานั้นมีข้อจำกัดว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาแล้วเท่านั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ดังนั้น หากมีการขยายขอบเขตของการกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญาไปถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาด้วย ก็จะครอบคลุมถึงความรับผิดของหน่วยงานของรัฐต่อเอกชนที่เข้าร่วมการเสนอราคาที่ได้รับ ความเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ผ่านมามีหลายกรณี ที่ศาลวินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาหรือหนังสือเชิญชวนให้เสนอราคาก่อให้เกิดสัญญาขึ้นประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาก่อนสัญญา” ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นคำวินิจฉัยในคดีพิพาทที่หน่วยงานของรัฐฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาประกวดราคาเนื่องจากไม่เข้าร่วมการเสนอราคาตามเงื่อนไข

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 16/2564

ที่กำหนดตามประกาศ ธิบหลักประกันการเสนอราคา หรือเรียกค่าเสียหายจากการเป็นผู้ชนะการเสนอราคาแต่ไม่เข้าทำสัญญาภายในเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีที่เอกชนผู้เข้าเสนอราคาฟ้องขอคืนหลักประกันการเสนอราคา (หลักประกันซอง) หรือเรียกค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งศาลกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า ประกาศประมูลจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก ประกอบเอกสารประมูลจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องวางหลักประกันซองพร้อมการยื่นซองใบเสนอราคาการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์และกำหนดว่าหากผู้ได้รับการคัดเลือกไม่ยอมไปทำสัญญาให้รับหลักประกันซอง นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเสนอราคาตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเอกสารประมูลจ้างโดยวางหลักประกันซอง จึงก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันซอง” เมื่อการประมูลงานจ้างในครั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประมูลแต่ไม่เข้าทำสัญญาภายในระยะเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ผิดสัญญาหลักประกันซอง²⁴ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ว่าการกำหนดค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างบนฐานความรับผิดชอบสัญญาจะสามารถกำหนดค่าเสียหายได้หลากหลายทั้งในส่วนค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงและค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษก็ตาม แต่พบว่าข้อกำหนดและเงื่อนไขตามประกาศจัดซื้อจัดจ้างหรือประกาศประกวดราคานั้นส่วนใหญ่จะกำหนดไว้เฉพาะความรับผิดชอบของเอกชนผู้เสนอราคาเพียงฝ่ายเดียว โดยให้สิทธิแก่หน่วยงานรัฐในการเรียกร้องค่าเสียหายจากการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของประกาศ ส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายปฏิบัติผิดสัญญานั้น ไม่ได้กำหนดความรับผิดไว้แต่อย่างใด อีกทั้ง บางกรณีหน่วยงานของรัฐยังได้กำหนดเงื่อนไขว่า หากมีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างไม่ว่าด้วยเหตุใด ผู้เข้าร่วมเสนอราคาจะเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการปฏิบัติผิดสัญญาดังกล่าว จึงตกเป็นภาระของเอกชนผู้เข้าร่วมเสนอราคาในการพิสูจน์ถึงความเสียหายและจำนวนค่าเสียหายให้ศาลเห็นว่า ผู้ฟ้องคดี (เอกชน) ได้รับความเสียหายเช่นนั้นจริง ด้วยข้อจำกัดเกี่ยวกับเงื่อนไขของสัญญาและภาระการพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าว การนำหลักความรับผิดชอบสัญญามาปรับใช้กับการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐจึงอาจไม่มีความเหมาะสมนัก

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 214/2560

1.2.2.2 การกำหนดค่าเสียหายตามหลักความรับผิดเอกเทศ

ตามทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ (third land theory) มีแนวคิดว่า ความรับผิดก่อนเกิดสัญญาไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้เพราะเป็นความผิดที่เกิดในช่วงที่สัญญายังไม่เกิดและไม่ได้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดทางละเมิด แต่ควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่แยกต่างหากจากความรับผิดทางสัญญาและละเมิดซึ่งเป็นกลุ่มความรับผิดที่เป็นเอกเทศ โดยหลายประเทศมีความพยายามที่จะนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เพื่อคุ้มครองคู่กรณีแต่ละฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาว่าจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากคู่กรณีฝ่ายแรกได้

การเรียกร้องค่าเสียหายบนฐานความรับผิดเอกเทศเป็นการเรียกค่าเสียหายจากการเสียประโยชน์ที่ไม่ควรจะต้องเสียไป หรือ negative interest ซึ่งเมื่อพิจารณาในกรณีที่มีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนทำสัญญา ประโยชน์ที่ไม่ควรต้องเสียดังกล่าวนั้นก็คือ การที่ผู้เข้าร่วมการเสนอราคาไม่ควรถูกเสียเวลาเข้ามาดำเนินการยื่นข้อเสนอหรือทำสัญญาประกวดราคาเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาซึ่งผลท้ายที่สุดแล้วสัญญาหลักที่ประสงค์จะทำกันกันต่อไปนั้น ไม่ได้เกิดขึ้น หรือการที่ไม่ควรต้องเสียโอกาสที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่น รวมตลอดถึงการที่ไม่ควรจะต้องเสียค่าใช้จ่ายสำหรับการเตรียมการเพื่อเข้าเสนอราคาหรือเตรียมตัวเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาหลักต่อไปหากว่าตนเป็นผู้ชนะการเสนอราคาในครั้งนั้น อันถือเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินในการที่ไม่ควรจะเริ่มต้นกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาหรือในความไม่สำเร็จของสัญญานั้น โดยมีเงื่อนไขว่าค่าเสียหายนั้นจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองเป็นสำคัญ หรือเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามสัญญาด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าจะมีการทำสัญญากันเกิดขึ้นโดยมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเดิมดังที่เป็นอยู่เดิมก่อนที่จะมีการเข้าร่วมการเจรจากันเพื่อทำสัญญา (เมื่อเทียบกับกรณีการประกวดราคา ก็คือ การกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนเข้าร่วมเสนอราคา) ซึ่งค่าเสียหายที่ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องได้

นอกจากค่าใช้จ่ายในการซื้อของประกวดราคาแล้ว ยังรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นที่เกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าจะมีการทำสัญญากันต่อไป เช่น ค่าเสียหายสำหรับการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะทราบถึงการบอกถอนคำเสนอ โดยศาลปกครองเคยมีคำวินิจฉัยว่า การที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ดำเนินการอย่างใด ๆ เกี่ยวกับการประกวดราคาที่มีผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประกวดราคาหรือดำเนินการยกเลิกการประกวดราคา

ในครั้งนี้ ผู้ฟ้องคดียอมได้รับความเสียหายจากการละเลยต่อหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าว ที่เป็นค่าเตรียมการ ค่าอำนวยความสะดวก และค่าใช้จ่ายในการจัดทำเอกสารต่าง ๆ เพื่อเข้าสู่กระบวนการประกวดราคา อันได้แก่ ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าบริการจัดทำประมูล (e-auction) ค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันที่ผู้ฟ้องคดีใช้เป็นหลักประกันในการยื่นซองเสนอราคา ซึ่งธนาคารพาณิชย์เรียกเก็บจากยอดเงินที่ขอให้ออกหนังสือค้ำประกัน ค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์อันควรได้รับจากเงินหลักประกันของ²⁵ (กรณีนี้เป็นข้อพิพาทในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่เกิดจากละเลยต่อหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยเรียกผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาเข้าทำสัญญาและขอให้ชดเชยค่าเสียหายซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกับการกำหนดค่าเสียหายบนหลักความรับผิดชอบพิเศษได้เพราะมีแนวทางการกำหนดค่าเสียหายที่เหมือนกัน) จากคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลมองว่ามีค่าเสียหายอย่างอื่นที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาออกเนื่องจากค่าซื้อของประกวดราคา ทั้งนี้ นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาอาจไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการติดต่อประสานงานเพื่อเข้าเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐ ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและการติดต่อในการเจรจา ก่อนทำคำเสนอจึงไม่อาจเรียกได้ คงเรียกได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นเท่านั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการบรรจุสินค้าและจัดส่งสินค้า เป็นต้น โดยจะต้องแยกให้ชัดเจนว่าประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในที่นี้ไม่ใช่ประโยชน์ที่จะได้รับจากการทำสัญญา (positive interest) หรือที่มักเรียกกันว่าค่าขาดกำไร แต่อย่างไรก็ดี การเรียกค่าเสียหายจากการขาดกำไรนี้ศาลปกครองได้เคยมีวินิจฉัยว่า การขาดไปซึ่งกำไรที่จะพึงได้ถือเป็นค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่ศาลยอมรับพิจารณากำหนดให้ได้ตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ การที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการยกเลิกการประกวดราคาจะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้กำไรจากการขายมิเตอร์ไฟฟ้าเมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้วคิดเป็นร้อยละ 15.46 ของยอดขาย แต่เมื่อพิจารณาจากงบดุลการเงินของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นไว้ต่อกระทรวงพาณิชย์แสดงว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีกำไรมากตามฟ้อง จึงกำหนดค่าเสียหายในส่วนที่เป็นค่าขาดกำไรให้แก่ผู้ฟ้องคดีร้อยละ 1 ของยอดขาย²⁶

เมื่อพิจารณาลักษณะความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกจัดซื้อจัดจ้างที่ดำเนินไปแล้ว ก่อนทำสัญญาและหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าประเทศอิตาลี และประเทศเยอรมนีได้นำหลักความรับผิดชอบพิเศษซึ่งเป็นหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานี้ไปบัญญัติไว้

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 610/2562

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 279/2563

ในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศ โดยประเทศอิตาลีได้บัญญัติไว้ใน The Italian civil code (1942) ในหมวดสัญญา มาตรา 1328 มาตรา 1337 และมาตรา 1338 ส่วนประเทศเยอรมนีได้มีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 โดยกำหนดให้หนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิ ตามกฎหมายหรือประโยชน์ หรือประโยชน์อื่น ๆ ของคู่กรณีที่ได้รับควบคุมครองโดยกฎหมาย ซึ่งสิทธิ หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองดังกล่าว ได้แก่ การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมการ เพื่อเข้าทำสัญญาโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป (German civil code : section 311) และนอกจากนี้ ศาลสูงเยอรมันยังมองว่าแม้จะยังไม่มีสัญญาผูกพันกัน คู่กรณีที่ได้เข้ามาเจรจาเพื่อทำ สัญญากันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก็มีความสัมพันธ์ทางหนี้ต่อกันแล้ว โดยมีหลักว่าการกระทำผิด หน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้คู่กรณีที่เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ ที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการติดต่อก่อนการเกิดสัญญานั้นๆ²⁷ สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นมีความเห็น เกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาแตกต่างกันออกเป็นสองทาง คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าเป็นความรับผิด ทางละเมิด ฝ่ายที่สองเห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญาซึ่งมองว่าคู่เจรจาอยู่ภายใต้หนี้ตามสัญญา (contractual obligation) ที่จะดำเนินการเจรจาต่อไปโดยสุจริต

ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายสำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการยกเลิก การจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนทำสัญญาตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา หลักหรือที่เรียกว่า ความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งปัจจุบันการกำหนดค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวนี้ศาลจะ พิจารณานบนฐานความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญาเป็นหลัก โดยขึ้นอยู่กับว่าผู้เสียหาย ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับเช่นไร หากเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ให้ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พร้อมทั้งขอให้ค่าเสียหาย ศาลจะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางละเมิด แต่หากผู้เสียหายนำคดีมาฟ้องโดยมิได้ขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ขอให้คืน หลักประกันสัญญา ขอให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเข้าร่วมเสนอราคา หรือขอให้ชดใช้ค่าเสียหายโอกาส ทางธุรกิจหรือค่าขาดกำไร ศาลจะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมองว่า

²⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง), 2545.

ประกาศการจัดซื้อจัดจ้างหรือประกาศประกวดราคาก่อให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลัก การพิจารณากำหนดค่าเสียหายจึงกำหนดบนฐานความรับผิดทางสัญญา ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญานี้มีหลักการพิจารณาที่มีความแตกต่างกัน ในขณะที่ลักษณะความรับผิดเป็นอย่างเดียวกัน จึงอาจทำให้การกำหนดค่าเสียหายไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น จึงสมควรที่จะนำหลักความรับผิดเอกเทศหรือหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในการกำหนดค่าเสียหายในกรณีที่มีการเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินไปแล้วก่อนทำสัญญา โดยค่าเสียหายที่ผู้เสนอราคาจะเรียกร้องได้นั้น ได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เช่น ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าธรรมเนียมการออกหลักประกันเพื่อนำมายื่นเสนอราคาที่ธนาคารพาณิชย์เรียกเก็บ ค่าเสียหายอื่นที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นผลมาจากการไม่ได้เข้าทำสัญญาเนื่องจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเสียก่อน ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการล่วงหน้าก่อนเข้าทำสัญญาด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าจะได้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานรัฐ เป็นต้น หรือแม้กระทั่งค่าขาดกำไรก็อาจเรียกได้โดยพิจารณาตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นรายกรณีไป

2. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ

เดิมก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 การดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐจะเป็นไปตามข้อกำหนดของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยระเบียบดังกล่าวกำหนดให้การยกเลิกของสอบราคา การประกวดราคา หรือการเสนองานที่ได้ดำเนินการไปแล้วนั้น ปลัดกระทรวงเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการสั่งยกเลิก หากเห็นว่าการยกเลิกจะเป็นประโยชน์แก่ทางราชการอย่างยิ่ง ในกรณีที่ปรากฏว่ามีผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานเป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน²⁸ หรือเจ้าหน้าที่ตรวจสอบพบว่ามีผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม²⁹ โดยเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติก่อนหรือในขณะที่มีการเปิดซอง

²⁸ ข้อ 15 ระเบียบ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

²⁹ ข้อ 15 ฉ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

สอบราคา ประกวดราคา หรือเสนองาน หรือหัวหน้าส่วนราชการกรณีที่พบการกระทำดังกล่าวภายหลังการเปิดซองสอบราคา ประกวดราคา หรือเสนองาน³⁰ มีอำนาจตัดรายชื่อของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานทุกรายที่มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรมออกจากการเป็นผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในการเสนอราคาหรือเสนองานในครั้งนั้น ซึ่งผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่ถูกตัดรายชื่อมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อปลัดกระทรวงได้ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของปลัดกระทรวงให้ถือเป็นที่สุด ดังนั้น เมื่อผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานไม่พอใจในผลคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของปลัดกระทรวงก็ย่อมนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผลของคำสั่งนั้นได้³¹ โดยระเบียบดังกล่าวมิได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิของเอกชนผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคาหรือเสนองานในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากกรณีที่มีการยกเลิกการเปิดซองสอบราคา ประกวดราคา หรือเสนองานไว้แต่อย่างใด ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการจัดหาพัสดุจากยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการมาแล้วก่อนมีการลงนามในสัญญาได้หากปรากฏว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้ยื่นขอเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ และให้ถือว่ากรยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างถือเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐ จึงต้องพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาข้อจำกัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายและเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

การฟ้องคดีปกครองเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้เงินหรือค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐหรือหน่วยงานรัฐ อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก คือ กรณีฟ้องขอให้รับผิดชอบในทางละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้

³⁰ ข้อ 15 สัตต ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

³¹ การที่กฎหมายบัญญัติให้ “คำวินิจฉัยเป็นที่สุด” หมายความว่า เป็นที่สุดเฉพาะภายในฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยผู้อุทธรณ์จะใช้สิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อฝ่ายปกครองต่อไปไม่ได้เท่านั้น มิได้หมายความว่า จะนำคดีไปฟ้องศาลไม่ได้ และเมื่อคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของปลัดกระทรวงมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หากผู้อุทธรณ์เห็นว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นได้ หรือหากคนได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างใด ๆ อันเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ชอบที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดทางปกครองได้เช่นกัน

ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประเภทที่สอง คือ กรณีฟ้องขอให้รับผิดตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีพิพาททั้งสองประเภทข้างต้น ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีได้จะต้องเป็น “ผู้มีสิทธิฟ้องคดี” ตามนัยมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ จะต้องเป็น “ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้” จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็น “ผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิ” ด้วยการกระทำละเมิดหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง ส่วนกรณีเช่นไรจึงจะถือว่าสิทธิของผู้นั้นได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้และสิทธิของเขาถูกโต้แย้งแล้วทำให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีได้นั้น ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยไว้ว่า ผู้ซื้อเอกสารประมูล แม้จะไม่ได้ยื่นซองเสนอราคา แต่ได้คัดค้านการประมูล ถือว่าเป็นผู้ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้วเมื่อหน่วยงานของรัฐดำเนินการประมูลโดยไม่ฟังคำคัดค้านของเขา ย่อมทำให้ผู้ซื้อเอกสารประมูลเสียสิทธิที่จะเข้าร่วมการประมูลและกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อซองเอกสาร จึงเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.413/2557) จากคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้เข้าร่วมการเสนอราคา แต่เมื่อเขาเป็นผู้ที่ได้ซื้อเอกสารประมูลในครั้งนั้นก็อาจเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามนัยมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งมีสิทธิฟ้องคดีได้ หากมีการกระทำของหน่วยงานรัฐที่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของเขา

ผู้ศึกษาเห็นว่า การตีความคำว่า “ผู้มีสิทธิฟ้องคดี” ตามแนวคำวินิจฉัยนี้เป็นการตีความในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายเอกชนที่ได้รับความเสียหายและถือเป็นการเปิดโอกาสให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ซึ่งหากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนการกระทำนั้นเสียได้และผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายก็ชอบที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากหน่วยงานรัฐที่กระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นตามควรแก่กรณี ซึ่งสอดคล้องกับหลักสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญในอันที่

จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบได้³² ผู้ศึกษาเห็นว่า ภายใต้หลักกฎหมายมหาชนที่บังคับให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่หน่วยงานรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ถูกกล่าวอ้างว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นก็ควรต้องได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยฝ่ายปกครองนั่นเองหรือโดยศาล เมื่อการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง หากมีการห้ามมิให้มีการฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าว ย่อมเป็นขัดขวางต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยศาลด้วย ในขณะที่เดียวกันหากว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่ง ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ย่อมมีสิทธิที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ตนได้

เมื่อพิจารณาการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง ซึ่งบทบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานรัฐทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ โดยให้กระทำได้ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาและมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป

(2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือก มีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือต่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง³³

นอกจากนั้น มาตรา 67 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่ง เป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แต่เดิมก่อนที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร

³² มาตรา 41 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

³³ ปัจจุบันยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามความในมาตรานี้

พัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหรือการยกเลิกการเปิดซองสอบราคา การประกวดราคา หรือการเสนองานที่ได้ดำเนินการไปแล้วเนื่องจากผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน เป็นผู้เสนอราคาที่มีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือพบว่ามีการทำกรออันเป็นการขัดขวางการแข่งขันราคา อย่างเป็นธรรม ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ เอกชนที่เข้าร่วมเสนอราคาหรือเสนองานในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นเรียกร้องค่าเสียหาย จากหน่วยงานของรัฐ อีกทั้ง ยังพบว่าระเบียบดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานที่ถูกตัด รายชื่อออกจากกรเป็นผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองาน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ตรวจสอบเห็นว่า เป็นผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือกระทำกรออันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่าง เป็นธรรม มีสิทธิ อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อปลัดกระทรวงได้ และมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีพิพากษาหรือ คำสั่งเพิกถอนคำสั่งนั้นได้ และหากเอกชนได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากผลของคำสั่งดังกล่าว ก็ชอบที่จะเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นสังกัดอยู่ได้ อันเป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งนอกจากบทบัญญัติ ของระเบียบฯ ดังกล่าวจะเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนที่ถูกตัดรายชื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว ในขณะเดียวกันยังมีผลให้การกระทำหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐอันเป็นเหตุที่ หน่วยงานรัฐมีอำนาจยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองหรือโดยศาล แต่ปัจจุบันความในมาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อ จัดจ้างที่ถูกยกเลิกจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า เหตุผล ประการหนึ่งที่มีการบัญญัติไว้เช่นนี้อาจสืบเนื่องจากการที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีจุดมุ่งหมายที่จะให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ เป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว โดยไม่ได้โต้แย้งหรือคัดค้านมากเกินไป อันจะส่งผลให้การจัดทำบริการ สาธารณะต้องล่าช้าออกไปหรือหยุดชะงักได้ อีกประการหนึ่งก็อาจเนื่องมาจากการที่พระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างฯ ฉบับนี้ได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้แล้วในมาตรา 120³⁴ รวมถึงบุคคลที่เป็น

³⁴ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดนั้นด้วย ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับเจ้าหน้าที่ที่กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะตัว โดยมีได้กล่าวถึงการชดเชยความเสียหายแก่คู่กรณีไว้แต่อย่างใด แต่เมื่อการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจแทนหน่วยงานของรัฐ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ชอบที่จะฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่นั้นสังกัดได้ด้วย

เมื่อพิจารณาความในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยตลอดแล้วเห็นว่า การที่บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่ได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างไปแล้ว มีเอกสิทธิ์ที่จะประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือมีเหตุตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (4) เท่านั้น กล่าวคือ การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาจะต้องปรากฏว่ามีเหตุอันสมควรอย่างใดอย่างหนึ่งตาม (1) ถึง (4) เกิดขึ้น และหน่วยงานรัฐได้ใช้ดุลพินิจยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างไปโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงจะมีผลทำให้ผู้เสนอราคาไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้ โดยถือว่าหน่วยงานรัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำได้เพื่อประโยชน์แห่งราชการและไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคา ซึ่งเหตุอันสมควรที่หน่วยงานของรัฐสามารถกล่าวอ้างเรื่องเอกสิทธิ์ได้มีกรณีอย่างไรบ้างนั้น ผู้ศึกษาพบว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.691/2561 เมื่อพิจารณาเอกสารประกวดราคาแล้วเห็นว่า ได้ให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่จะพิจารณาไม่รับราคาต่ำสุดหรือไม่ซื้อจากผู้เสนอรายใดเลย หรือจะยกเลิกการประกวดราคาก็ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแต่ไม่มีใบรับรองระบบบริหารมาตรฐาน ทำให้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้เสนอราคา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงยกเลิกการประกวดราคาได้

มาตรา 120 ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง

ตามที่สงวนสิทธิไว้ในเอกสารประกวดราคา และเมื่อได้ยกเลิกการประกวดราคาแล้วผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้จัดให้มีการประกวดราคาใหม่และกำหนดเงื่อนไขคุณลักษณะเฉพาะใหม่เพื่อให้ผู้เข้าเสนอราคามากมายขึ้น การยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นการยกเลิกการประกวดราคาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5/2546 การประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีที่กำหนดแบบเอกสารใบเสนอราคาให้ผู้เข้าเสนอราคารอกรายการค่าก่อสร้างโดยไม่ได้แยกค่าอำนาจการ กำไร ภาษี ค่าความผันผวน และดอกเบี้ยออกแต่ละรายการอย่างชัดเจน ซึ่งผู้เสนอราคาแต่ละรายมีลักษณะในการคำนวณรายการดังกล่าวแตกต่างกันอันเป็นลักษณะเฉพาะของผู้เสนอราคาแต่ละราย ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจล่วงรู้ลักษณะในการคำนวณได้ จึงไม่สามารถนำรายการก่อสร้างที่เห็นควรปรับลดลงบางรายการและสำนักงบประมาณเพิ่มวงเงินงบประมาณให้มาปรับลดราคาก่อสร้างได้ การปรับลดรายการก่อสร้างและเพิ่มวงเงินงบประมาณดังกล่าวจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในรายละเอียดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ซึ่งทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าเสนอราคาด้วยกัน เมื่อมีเหตุจำเป็นในการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญเพื่อประโยชน์ของทางราชการจึงเป็นกรณีที่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจที่จะพิจารณายกเลิกการประกวดได้ คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.668/2557 ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการประกาศยกเลิกการประกวดราคา เพราะไม่มีผู้ประกอบการรายใดเข้ายื่นซองประกวดราคาอันมิใช่ความผิดที่จะโทษแก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าเอกสารประกวดราคาให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.421/2562 เมื่อผู้ชนะการประมูลจ้างมิได้มาลงนามในสัญญา จึงผิดเงื่อนไขข้อกำหนดตามเอกสารประมูลจ้าง การที่หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งยกเลิกการประมูลจ้างจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 71/2564 เมื่อคุณสมบัติประการแรกของผู้ที่จะเสนองานตามข้อกำหนดงานจ้าง (TOR) ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จะต้องเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนประเภทธุรกิจโฆษณาประชาสัมพันธ์มาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี ซึ่งในกรณีการร่วมทุนกันของนิติบุคคลตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป กลุ่มนิติบุคคลดังกล่าวจะต้องจดทะเบียนร่วมทุนเป็นนิติบุคคลใหม่ประเภทธุรกิจโฆษณาประชาสัมพันธ์มาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี เช่นกัน และจะต้องมีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 10 ล้านบาท ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีและบริษัท ค. ตกลงร่วมมือกันที่จะเสนองานโดยมิได้มีการจดทะเบียนร่วมทุนกันเป็นนิติบุคคลใหม่ จึงไม่ถือเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนตามกฎหมาย

การที่ผู้ฟ้องคดียื่นขอเสนอด้านเทคนิคและขอเสนอด้านราคาต่อการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จึงเป็นการยื่นขอเสนอของผู้ฟ้องคดีเพียงบริษัทเดียวซึ่งมีทุนจดทะเบียน 5 ล้านบาท ไม่ครบ 10 ล้านบาท ตามข้อกำหนดงานจ้าง (TOR) คำสั่งของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่ยกเลิกการสอบราคา งานจ้างผลิตสื่อโฆษณา โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติไม่ตรงตามข้อกำหนดงานจ้าง (TOR) เนื่องจาก มีทุนจดทะเบียนไม่ถึง 10 ล้านบาท ซึ่งทำให้เหลือผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและผ่านการ พิจารณาทางเทคนิคเพียงรายเดียว คือ บริษัท ล. กรณีดังกล่าวทำให้ไม่เกิดการแข่งขันด้านราคา ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาทบทวนแผนการประชาสัมพันธ์ขององค์กรแล้วเห็นว่าขณะนี้หมด ความจำเป็นที่จะต้องดำเนินงานในส่วนนี้ ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการสอบราคางานจ้างผลิตสื่อโฆษณา ภารกิจ กฟผ. ตามแผนงานประชาสัมพันธ์ จึงชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.474/2563 เมื่อเดือน ไซเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขนส่ง และขั้นตอนวิธีการเสนอราคาถือเป็นสาระสำคัญในการสรรหาเพื่อจ้างเหมาขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิงและ ผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมทางรถยนต์ การที่เงื่อนไขการจ้างขนส่งฯ (TOR) และการชี้แจงต่อผู้เข้าร่วมเสนอ ราคามีความไม่ชัดเจนและการตีความแตกต่างกัน จึงยอมทำให้ผู้เข้าร่วมเสนอราคาบางรายยื่นเอกสาร ไม่ถูกต้อง และคณะกรรมการสรรหาที่อาจพิจารณาตีความคุณสมบัติผู้เสนอราคาและเงื่อนไขการจ้าง แยกต่างออกไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริง ซึ่งจะมีผลเป็นการตัดสิทธิผู้เสนอราคาบางรายและทำให้เกิด การได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เสนอราคาด้วยกัน และอาจส่งผลให้ไม่สามารถจัดหาผู้ขนส่งที่มี ศักยภาพตามที่ต้องการได้ กรณีจึงมีเหตุผลอันสมควรที่จะยกเลิกการสรรหาดังกล่าว ทั้งนี้ ตามข้อสงวนสิทธิ ที่จะยกเลิกการเสนอราคาไว้ตามเงื่อนไขการจ้างขนส่งฯ (TOR) ดังนั้น คำสั่งยกเลิกการสรรหา การจ้างขนส่งดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผ่านมาพบว่า ศาลได้วินิจฉัยไว้ในแนวทางเดียวกันว่า แม้หน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้หากมีเหตุ จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการและเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อเกิดความเสียหาย ก็ต้องชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสนอราคาด้วย ในทางกลับกันหากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสนอราคาด้วย ซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องชดใช้ ค่าเสียหายเพื่อการละเมิดนั้น ซึ่งสิทธิการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ ในสังกัดกระทำละเมิดนี้ก็สอดคล้องกับหลักการขอพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ของรัฐ พ.ศ. 2539 ดังนั้น มาตรา 62 วรรคสอง จึงไม่อาจบัญญัติห้ามมิให้มีการเรียกร้องค่าเสียหาย จากหน่วยงานของรัฐจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในลักษณะเป็นการห้ามเด็ดขาด อันจะเป็นการ

จำกัดสิทธิการฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบได้ เพราะสิทธิการฟ้องคดีและสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากหน่วยงานของรัฐเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ และภายใต้หลักนิติรัฐ ผู้ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาล

ทั้งนี้ ผู้ศึกษายังพบว่าศาลปกครองได้มีการวินิจฉัยว่า ถึงแม้ว่าในเงื่อนไขการประกวดราคามีข้อกำหนดสงวนสิทธิการยกเลิกการประกวดราคา และข้อกำหนดเงื่อนไขการจัดซื้อพัสดุเพื่อทดลองใช้งานตามที่ได้มีการหารือสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเอาไว้ด้วยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะพิจารณาดำเนินการยกเลิกการประกวดราคานั้น ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถกระทำด้วยเหตุใด ๆ ก็ได้ หากแต่จะต้องปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย (คดีนี้ ก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะออกประกาศประกวดราคาที่พักพิง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือหารือไปยังสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขการจัดซื้อพัสดุเพื่อทดลองใช้งาน ซึ่งได้เคยระบุไว้ในเอกสารประกวดราคามากำหนดไว้ในข้อบังคับการไฟฟ้านครหลวง ว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งในเวลาต่อมาภายหลังจากได้มีการดำเนินการประกวดราคาแล้ว สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือตอบข้อหารือว่า การกำหนดเงื่อนไขการจัดซื้อพัสดุเพื่อทดลองใช้งานดังกล่าวไม่เป็นไปตามแบบแผนทางราชการ กรณีอาจเข้าข่ายเป็นการกีดกันการเสนอราคาของผู้เสนอราคาหรือเอื้อแก่รายหนึ่งรายใด ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันราคา ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของทางราชการ จึงยังไม่เหมาะสมที่จะนำมากำหนดไว้ในข้อบังคับการไฟฟ้านครหลวง ว่าด้วยการพัสดุ ซึ่งอาจขัดกฎหมายได้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงยกเลิกการประกวดราคาโดยให้เหตุผลว่าจะปรับปรุงเอกสารประกวดราคาให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน) ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ในคดีนี้ ปรากฏว่าในการพิจารณาผลการประกวดราคามีได้มีการนำข้อกำหนดดังกล่าวมาพิจารณาและทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เข้าร่วมประกวดราคาด้วยกัน หรือตัดสิทธิบุคคลหนึ่งบุคคลใดในการประกวดราคา กล่าวคือ มิได้เป็นข้อกำหนดที่มีผลใดๆ ต่อการพิจารณาผลการประกวดราคาในครั้งนี้แต่อย่างใด และเหตุผลที่นำมาใช้ในการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวก็มีใช้กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จนเป็นเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศประกวดราคา ตามนัยข้อ 37 ของข้อบังคับการไฟฟ้านครหลวง ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2533 แต่อย่างใด ดังนั้น การยกเลิกการประกวดราคาโดยอ้างเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ตามข้อ 37 ของข้อบังคับการไฟฟ้านครหลวง ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2533 ประกอบกับข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 อันทำให้การยกเลิกการประกวดราคาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อการยกเลิกการประกวดราคา

เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงอาจเป็นการกระทำละเมิดที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบ หากปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย³⁵ จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้ว่าเงื่อนไขการประกวดราคาจะมีข้อกำหนดสงวนสิทธิการยกเลิกการประกวดราคาไว้ก็ตาม แต่ศาลเห็นว่าเงื่อนไขดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าหน่วยงานรัฐจะพิจารณาดำเนินการยกเลิกการประกวดราคาด้วยเหตุใด ๆ ก็ได้ แต่จะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากการยกเลิกการประกวดราคานั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดได้รับความเสียหาย ก็อาจเป็นการกระทำละเมิดที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบได้ ซึ่งหมายความว่าผู้ได้รับความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคาย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้องให้หน่วยงานรัฐชดเชยค่าเสียหายได้

จากการศึกษาแนวคิดและหลักกฎหมายของต่างประเทศ เห็นว่า ประเทศต่าง ๆ ได้มีการพัฒนากฎหมายโดยนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาคู่สัญญาหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการเกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการการปฏิบัติผิดข้อตกลงก่อนสัญญา และโดยที่ในกระบวนการจัดหาหรือคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง การที่หน่วยงานของรัฐออกประกาศเชิญชวนให้มีการเสนอราคาถือว่าเป็นการเชื่อเชิญต่อบุคคลทั่วไปให้เข้าร่วมทำคำเสนอต่อหน่วยงานรัฐ เมื่อมีการยื่นเอกสารเสนอราคาตามประกาศดังกล่าวถือว่าเป็นคำเสนอเข้าทำสัญญา และถือว่าการประกาศให้ผู้เสนอราคาเป็นผู้ชนะการเสนอราคาเป็นการสนองรับคำเสนอแล้ว และเกิดเป็นสัญญาขึ้น ซึ่งศาลเคยวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า “ประกาศสอบราคาดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีมีลักษณะเป็นคำเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างก่อสร้างทำคำเสนอต่อผู้ฟ้องคดี เมื่อต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ยื่นใบเสนอราคาต่อผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาอนุมัติรับราคาจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอและมีหนังสือแจ้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ไปทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้เลือกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ชนะการสอบราคาและได้สนองรับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว ดังนั้น เมื่อคำสนองของผู้ฟ้องคดีตรงกับคำเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงทำให้เกิดสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “สัญญาสอบราคา” คู่สัญญาตามสัญญาสอบราคามีความผูกพันกันในฐานะที่จะเข้าทำสัญญาจ้างเป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง”³⁶ จากคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลยอมรับสถานะของการกระทำในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนลงนาม

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 279/2563

³⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 355/2550

ในสัญญาหลักว่ามีสถานะเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลัก ซึ่งคู่กรณีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติผิดสัญญาทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญาได้ ดังนั้น การที่บทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ห้ามมิให้เอกชนเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น จึงอาจถือได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้อีกประการหนึ่ง

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐอาจทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุอื่นนอกเหนือจากเหตุที่กำหนดตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่มีเหตุขัดข้องอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นในขั้นตอนการยื่นข้อเสนอหรือการพิจารณาผลการเสนอราคา หรือขั้นตอนการตกลงทำสัญญา ซึ่งมีผลให้หน่วยงานของรัฐนั้นไม่สามารถดำเนินการต่อไป เพื่อคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาเพื่อเข้าทำสัญญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ หากหน่วยงานของรัฐได้กำหนดรายละเอียดของประกาศหรือเอกสารประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ หรือขอบเขตของงานหรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้หน่วยงานของรัฐยกเลิกการดำเนินการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น แล้วดำเนินการใหม่ให้ถูกต้องต่อไป³⁷

(2) กรณีการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อไม่มีผู้เข้าเสนอราคา หรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณายกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น และดำเนินการซื้อหรือจ้างโดยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ใหม่ หรือจะดำเนินการซื้อหรือจ้างโดยวิธีคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณีก็ได้³⁸

(3) กรณีการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ หากปรากฏว่าราคาของผู้เสนอราคารายต่ำสุดที่ชนะการเสนอราคาสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างเมื่อเจ้าหน้าที่ต่อรองราคากับผู้เสนอราคารายดังกล่าวแล้ว แต่ไม่ยอมลดราคา หรือลดราคาลงแล้ว แต่ยังคงสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้างเกินร้อยละสิบของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ให้แจ้งผู้เสนอราคาทุกรายเสนอราคาใหม่พร้อมกัน หากปรากฏว่าผู้เสนอราคาต่ำสุดในการเสนอราคาครั้งใหม่ยังเสนอราคาสูง

³⁷ ข้อ 53 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

³⁸ ข้อ 38 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

กว่าร้อยละสิบของวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณายกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น³⁹

(4) กรณีจัดซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีสอบราคา หรือวิธีคัดเลือก เมื่อมีผู้เสนอราคาเดียว หรือมีผู้ยื่นข้อเสนอหลายราย แต่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดเพียงรายเดียว หรือไม่มีผู้ยื่นข้อเสนอ หรือมีแต่ไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐยกเลิกการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ การสอบราคา หรือการคัดเลือกในครั้งนั้นแล้วดำเนินการใหม่⁴⁰

(5) กรณีภายหลังจากที่ได้ผู้ชนะการเสนอราคาแล้ว แต่ผู้เสนอราคารายนั้นเสนอราคาผิดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ หรือเสนอแก่ตาส็อก (catalog) หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุไม่ถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ ให้ถือว่าผู้เสนอราคารายนั้นไม่ผ่านคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะพิจารณายกเลิกการซื้อหรือจ้างในครั้งนั้น หรือพิจารณาผู้ที่เสนอราคาต่ำในลำดับถัดไปเป็นผู้ชนะการเสนอราคาก็ได้ ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐเป็นสำคัญ⁴¹

จะเห็นได้ว่าหากหน่วยงานของรัฐทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีต่าง ๆ ข้างต้น กฎหมายมิได้บัญญัติห้ามผู้เข้าเสนอราคาหรือผู้ที่ชนะการเสนอราคาหรือได้รับคัดเลือกนั้นเรียกหรือค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้น อีกทั้งยังไม่ห้ามการอุทธรณ์โต้แย้งเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งอาจเนื่องมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเริ่มกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ด้วยวิธีเดิมหรือวิธีใหม่ก็ได้ แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหน่วยงานของรัฐจะได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างใหม่ แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งก่อนนั้น ผู้เข้าเสนอราคาที่มีคุณสมบัติถูกต้อง หรือผู้ที่เสนอราคาต่ำสุดที่เป็นผู้ชนะการเสนอราคา หรือผู้ที่ได้รับคัดเลือกให้ทำสัญญาที่ได้รับความเสียหายก็ชอบที่จะฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายได้ ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายมีมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิแก่เอกชนในระดับเดียวกัน เมื่อกรณีมีเหตุขัดข้องอื่นดังที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายมิได้ห้ามการเรียกหรือค่าเสียหายหรือห้ามอุทธรณ์โต้แย้งการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง การเรียกหรือค่าเสียหายจากกรณียกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุตาม

³⁹ ข้อ 39 และข้อ 57 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴⁰ ข้อ 56, ข้อ 71 และข้อ 75 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴¹ ข้อ 40 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

มาตรา 67 วรรคสอง จึงไม่ควรบัญญัติในลักษณะเป็นการตัดสิทธิเด็ดขาด แต่ควรที่จะบัญญัติในลักษณะที่ให้ประชาชนตระหนักรู้ถึงสิทธิของตนที่สามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ตนตามสมควรได้ แต่ในขณะที่เดียวกันการใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อหลักประโยชน์สาธารณะที่หน่วยงานของรัฐมีเอกสิทธิ์ที่ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้หากเป็นไปได้ไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการเป็นสำคัญ และหน่วยงานรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงต้องมีความจำเป็นหรือมีเหตุอันสมควรและไม่ก่อให้เกิดการระงับการแก่ประชาชน

วิเคราะห์ปัญหาในข้อนี้กับเรื่องเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติซึ่งให้อำนาจพิเศษแก่หน่วยงานของรัฐในการดำเนินการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนมีการลงนามในสัญญาได้ หากปรากฏว่าในระหว่างดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างหรือกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 วรรคหนึ่ง เกิดขึ้น หน่วยงานของรัฐมีอำนาจยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้นเสียได้ โดยมาตรา 67 วรรคสอง ให้ถือเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ⁴² การที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน่วยงานของรัฐและให้ถือเอกสิทธิ์ของรัฐเช่นนี้อาจเนื่องด้วยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีความต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจรัฐต้องมีขอบเขตและอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมทั้งจะต้องสามารถตรวจสอบได้ เพื่อไม่ให้หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ

แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ก็ตาม แต่การที่หน่วยงานของรัฐจะทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง นอกจากจะต้องมีเหตุตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แล้ว จะต้องปรากฏว่ามีเหตุอันสมควรที่จะต้องยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้น และมีเหตุผลเพียงพอที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องมีเหตุผลในการออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิงข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา โดยไม่ได้รับเหตุผลที่ประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณา

⁴² มาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

และข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ รวมทั้งไม่ได้แจ้งเหตุผลใด ๆ ในคำสั่งดังกล่าวที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ⁴³ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พบว่ากฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะเหตุที่อาจยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง เท่านั้น โดยมีได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างไว้แต่อย่างใด อันเป็นการให้อำนาจแก่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐใช้ดุลพินิจในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้อย่างกว้างขวาง ประกอบกับเอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์ในการสั่งการฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับแก่เอกชนได้ทันทีโดยไม่ต้องได้รับการตรวจสอบโดยศาลก่อน จึงเป็นกรณีสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายควรเปิดโอกาสให้เอกชนหรือคู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านได้ เพื่อให้มีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ดังนั้น การที่กฎหมายบัญญัติให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างถือเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐที่มีผลให้การกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองถือเป็นเด็ดขาด มีอาจโต้แย้งได้ หรือไม่มีลักษณะผ่อนปรนการใช้สิทธิหรือข้อยกเว้นให้ประชาชนตระหนักถึงสิทธิของตนที่อาจฟ้องให้หน่วยงานของรัฐได้ หากหน่วยงานรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่การกระทำทางปกครองต้องสามารถตรวจสอบได้ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ที่ว่า “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้” นั้น ยังมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยไม่จำเป็นและเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ⁴⁴ ด้วยอีกประการหนึ่ง

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนมีการลงนามในสัญญาตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง นั้น ถือเสมือนหนึ่งเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้กระทำผิดสัญญา เพราะเมื่อพิจารณาเหตุของการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง อันได้แก่ เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดด้านเงินประมาณ เหตุเกี่ยวกับความไม่โปร่งใสของการจัดซื้อจัดจ้าง เหตุเกี่ยวกับความเสียหายของรัฐ

⁴³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 336/2550

⁴⁴ มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และเหตุอื่นในทำนองเดียวกันตามที่จะได้กำหนด ในกฎกระทรวงต่อไป อาจกล่าวได้ว่า เหตุอันเป็นที่มาของการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเหล่านี้มิใช่ ความผิดของฝ่ายเอกชนผู้เข้าร่วมเสนอราคาเสียทั้งหมด (หรือทุกราย) กล่าวคือ เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัด ด้านเงินประมาณถือเป็นเหตุที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐโดยแท้ และเหตุเกี่ยวกับ ความเสียหายของรัฐหรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะก็เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจดุลพินิจ ของหัวหน้าหน่วยงานรัฐที่จะพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานรัฐ หรืออาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนเหตุเกี่ยวกับความไม่โปร่งใสของการจัดซื้อจัดจ้างนั้น แม้จะเกิดจากการกระทำของผู้เข้าร่วมการเสนอราคา แต่อาจมิใช่ความผิดของผู้เข้าร่วมการเสนอราคา ทุกราย ซึ่งตามหลักเอกลักษณ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครองนั้น การพิจารณาว่าฝ่ายปกครอง มีอำนาจยกเลิกสัญญาหรือไม่ จะต้องปรากฏว่ามีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้นและเข้ามาแทรกแซง ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา อันส่งผลให้สัญญานั้นไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะหรือไม่ สอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป และการยกเลิกสัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะเท่านั้น ฉะนั้น ในมิติของการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งถือเสมือนเป็นการใช้อำนาจในการ ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐจะทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นทำให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป อาจกระทบหรือไม่มีประโยชน์ต่อการบริการสาธารณะเป็นสำคัญ จึงจะถือได้ว่าเป็นการยกเลิก การจัดซื้อจัดจ้างที่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรได้รับเอกสิทธิ์เพื่อคุ้มครองการกระทำดังกล่าว แต่หาก การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมไม่อาจถือเป็นข้อยกเว้น ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองได้ ยิ่งไปกว่านั้น นักกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่ยังมีความเห็นว่า ในสัญญา ทางปกครองคู่สัญญาฝ่ายรัฐอาจมีเอกสิทธิ์บางประการเหนือเอกชนได้โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ ในสัญญา หากเป็นกรณีที่รัฐมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ คู่สัญญาฝ่ายรัฐก็อาจใช้อำนาจ ที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่มีส่วนผิดใด ๆ เลย แต่ในขณะเดียวกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ในกรณีดังกล่าวได้

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แสดงให้เห็นถึงแนวคิดทางกฎหมายของต่างประเทศ ในเรื่องหลักการใช้อำนาจของรัฐที่มีหลักว่าในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองหรือการทำสัญญา ทางปกครองจำเป็นต้องให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อช่วยให้ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐสำเร็จลุล่วง โดยมุ่งเน้นประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

แต่ก็ให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับการชดเชยความเสียหายแก่คู่กรณีที่มีสิทธิของเขาถูกกระทบกระเทือนจากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐ ซึ่งการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนลงนามในสัญญา นั้นย่อมเป็นเรื่องที่กระทำได้เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ แต่หากการใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่ควรถูกจำกัดมิให้ใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง การที่พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 วรรคสอง บัญญัติห้ามมิให้ผู้เสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐ จึงขัดกับหลักการใช้อธิปไตยของรัฐและไม่สอดคล้องกับแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองข้างต้น

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า เมื่อมีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง หากมีผู้ที่เข้าร่วมเสนอราคาซึ่งได้กระทำการโดยสุจริตและได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น เขาก็ควรได้รับการเยียวยาความเสียหาย ประกอบกับศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “แม้คำสั่งยกเลิกการประกวดราคายังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อผู้เข้าประกวดราคาเป็นผู้ประกวดราคาได้จึงเปรียบเสมือนเป็นการเสนอหรือสนองของคู่สัญญา ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ฝ่ายผู้ว่าจ้างกับผู้เข้าเสนอเป็นผู้รับจ้างที่จะต้องปฏิบัติซึ่งกันและกันในฐานะคู่สัญญาก่อนจะมีการทำสัญญา การยกเลิกการประกวดราคาจึงมีสถานะไม่ต่างจากการเลิกสัญญา”⁴⁵ และโดยที่การใช้เอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐในการยกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวมีเงื่อนไขว่าการยกเลิกสัญญานั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น⁴⁶ เมื่อการยกเลิกสัญญาส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เขาจึงควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามหลักทฤษฎี “เหตุอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง” (théorie du fait du prince) ซึ่งหากหน่วยงานรัฐใช้อธิปไตยในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างแล้วทำให้เอกชนได้รับความเสียหาย หน่วยงานรัฐจะต้องช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย ซึ่งคำสินไหมทดแทนความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการมีคำสั่งให้ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีเช่นนี้ก็ถือ ค่าเสียหายเต็มจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงที่เอกชนได้รับจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ได้แก่ ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายจริงที่เอกชนผู้เข้าร่วมเสนอราคาต้องรับภาระเพิ่มขึ้นจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐ นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่ฝ่ายเอกชน

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.107/2551

⁴⁶ บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย, สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

มีสิทธิเรียกร้องได้ยังอาจรวมถึงค่าเสียหายในกำไรที่ควรจะได้ตามปกติหากไม่มีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้นด้วยตามทฤษฎีเหตุที่มีโอกาสหมายได้ (théorie de l'imprévision)⁴⁷

อนึ่ง การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้น กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ได้กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับ (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือ ให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด ในลักษณะเดียวกัน และ (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว มีผลให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และเมื่อการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่ถูกกระทบสิทธิจากผลของคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้ง คำสั่งนั้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปหรือคณะกรรมการผู้มีอำนาจวินิจฉัย อุทธรณ์ แล้วแต่กรณี อันเป็นเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการดำเนินการทางปกครองเพื่อให้เป็นไป โดยถูกต้องด้วยกฎหมายและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ซึ่งแต่เดิมก่อนพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ กฎหมายว่าด้วยการพัสดุที่ผ่านมา มิได้มีการบัญญัติเรื่องการอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไว้แต่อย่างใด การอุทธรณ์จึงต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์และขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็น กฎหมายหลัก โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองถือเป็นเงื่อนไขสำคัญของการฟ้องคดีเนื่องจาก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง ได้กำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการดำเนินการตามขั้นตอน หรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว⁴⁸ หรือในกรณีที่ กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้านการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้โดยเฉพาะ หากการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่ได้ออกโดยคณะกรรมการหรือรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดี (ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่ง) ต้องยื่นอุทธรณ์ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴⁹ ก่อน จึงจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

⁴⁷ บุนคา อัครพิมาน, เพิ่งอ้าง

⁴⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิได้กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย ในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการ สั่งการตามกฎหมายหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด”

⁴⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ยกตัวอย่างเช่น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่า “ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดี (หัวหน้าหน่วยงานรัฐ) ที่ประกาศยกเลิกการประมูลจ้างด้วยระบบบิเดิลكتروนิกส์งานจ้างเหมาโครงการก่อสร้างฯ เป็นการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหา ประกาศดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง ทั้งนี้ ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงจะมีสิทธินำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้โดยยังมีได้อุทธรณ์คำสั่งยกเลิกการประมูลดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาได้”⁵⁰ ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์และขั้นตอนการอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกต่อไป

การกำหนดให้มีการอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างถือเป็นมาตรการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานรัฐโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง เพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมีความโปร่งใส เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ สอดคล้องกับหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งจากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้เอกชนผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอเพื่อทำการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุกับหน่วยงานของรัฐมีสิทธิอุทธรณ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

มาตรา 44 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มียกเว้นกำหนดขึ้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว”

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 266/2549

พัสดุ ในกรณี que เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนด ในพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ เป็นเหตุให้ตนไม่ได้รับการประกาศผลเป็นผู้ชนะหรือไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ⁵¹ และผู้อุทธรณ์ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์และเห็นว่าหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้⁵² นอกจากนี้ ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ ยังได้กำหนดให้ประชาชนทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้ซึ่งได้ยื่นข้อเสนอผู้มีสิทธิร้องเรียนไปยังหน่วยงานของรัฐนั้นหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ในกรณี que เห็นว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ⁵³ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติว่า ผู้มีสิทธิอุทธรณ์จะยื่นอุทธรณ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่ได้ (1) การเลือกใช้วิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาผลการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัตินี้ของหน่วยงานของรัฐ (2) การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 (3) การละเว้นการอ้างถึงพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับการจัดซื้อจัดจ้างในประกาศ เอกสาร หรือหนังสือเชิญชวนของหน่วยงานของรัฐ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งมีผลเป็นการห้ามไม่ให้เอกชนผู้ยื่นเสนอราคาใช้สิทธิอุทธรณ์การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐใช้เอกสิทธิ์ตามมาตรา 67 วรรคสอง มีคำสั่งหรือประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้ว

ผู้ศึกษาเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานรัฐเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งขัดต่อหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และจากการศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่ผ่านมาพบว่ามีกรยื่นฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมาโดยตลอด ซึ่งศาลปกครองได้มีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาโดยถือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵¹ มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵² มาตรา 119 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁵³ ข้อ 220 ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับได้วินิจฉัยเป็นแนวเดียวกันว่า คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบข้อ 1 (3) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น โดยที่การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหรือการประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่จากคำสั่งที่ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ การห้ามมิให้อุทธรณ์การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างจึงถือว่าขัดต่อแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองถือเป็นวิธีการขอให้มีการเยียวยาความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินประการหนึ่ง เนื่องจากตามหลักการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ซึ่งในที่นี้ก็คือ คำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือหัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ออกไปแล้วไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือหัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นก็ชอบที่จะแก้ไขโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ โดยเมื่อมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมถือได้ว่าคู่กรณีได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองแล้ว ส่วนในกรณีที่การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่อาจคำนวณเป็นราคาค่าเงินได้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือเป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้นต่อบุคคลภายนอก โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดดังกล่าวมีสิทธิยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้พิจารณาคชชใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่หากคู่กรณีมิได้ใช้สิทธิในการขอให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาคชชใช้ค่าเสียหาย คู่กรณีก็อาจใช้สิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ จะเห็นได้ว่า สิทธิในการอุทธรณ์ในเรื่องการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่กรณีโดยตรง

ผู้ศึกษามีความเห็น ว่า หากพิจารณาความรับผิดของรัฐในการชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่กรณีที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายที่อธิบายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา จะเห็นได้ว่าในช่วงเวลา ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น (ก่อนมีการลงนามในสัญญา) หน่วยงานของรัฐก็อาจมีความรับผิดที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีได้ หากมีการกระทำผิดข้อตกลง

หรือกระการ โดยไม่สุจริตหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐได้ทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในช่วงเวลาก่อนมีการลงนามในสัญญาโดยไม่ชอบและการยกเลิกนั้นทำให้ผู้เข้าร่วมเสนอราคาหรือคู่กรณีได้รับความเสียหาย หน่วยงานของรัฐย่อมมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายตามหลักความรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าว ซึ่งผู้เสนอราคาหรือคู่กรณีในการจัดซื้อจัดจ้างมีสิทธิที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ตนได้รับการเยียวยาความเสียหาย กล่าวคือ หากผู้เสนอราคาประสงค์ที่จะให้มีการจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เขาก็ชอบที่จะขอให้มีการเยียวยาความเสียหายด้วยการยื่นอุทธรณ์โต้แย้งการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้น แต่หากประสงค์ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายในทางทรัพย์สินก็ชอบที่จะยื่นคำร้องต่อหน่วยงานขอให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ การที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ผู้เสนอราคาหรือคู่กรณีในการจัดซื้อจัดจ้างเรียกร้องค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 และห้ามมิให้อุทธรณ์การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นอกจากจะเป็นการจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนการใช้อำนาจของตนแล้วยังกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการพิจารณาเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างแล้ว ยังมีผลเป็นการขვენความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐซึ่งอาจมีหรือเกิดขึ้นได้ตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา จึงอาจกล่าวได้ว่าการห้ามมิให้อุทธรณ์ในเรื่องเกี่ยวกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนี้ขัดต่อหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้อีกทางหนึ่ง ทั้งนี้ ความเหมาะสมหรือเหตุอันสมควรที่จะมีการยกเลิก แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการอุทธรณ์ในเรื่องการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างหรือไม่ อย่างไรนั้น เป็นประเด็นที่จะต้องอาศัยการศึกษาค้นคว้ารายละเอียดเพิ่มเติมในลำดับต่อไป ผู้ศึกษาจึงไม่ขอกล่าวไว้ ณ ที่นี้ เพื่อให้มีการศึกษาค้นคว้าต่อไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุ สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้างออกแบบหรืองานจ้างควบคุมงานก่อสร้าง หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยกระบวนการคัดเลือกเอกชนเพื่อเข้าเป็นคู่สัญญานั้นประกอบด้วยหลายขั้นตอนซึ่งทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนต่างก็จะต้องมีการเตรียมการในการเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อจะเข้าทำสัญญากันต่อไป แต่มีบ่อยครั้งที่หน่วยงานของรัฐได้ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเสียหลังจากที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ด้วยสาเหตุหลายประการ อาทิ เหตุขัดข้องด้านงบประมาณ การก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือมีการกระทำที่เข้าลักษณะมีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือขัดขวางการแข่งขัน โดยไม่เป็นธรรม เป็นต้น การที่หน่วยงานของรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินไปแล้วก่อนมีการลงนามในสัญญาดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อเอกชนที่เข้าร่วมเสนอราคาจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้น อันถือเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีสัญญาต่อกัน เรียกว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา”

ความรับผิดชอบก่อนสัญญา (culpa in contrahendo) เป็นความผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญาด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านได้ให้ความเห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญาต่อกัน ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตหรือความประมาทเลินเล่อของบุคคลนั้น ๆ จนเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเข้าทำสัญญาได้หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ โดยจากการศึกษาพบว่าทฤษฎีทางกฎหมายที่นำมาอธิบายเรื่องความรับผิดชอบ ในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา แยกเป็น 3 กรณี ได้แก่ ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา

ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด และทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ ซึ่งตามทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา (contractual liability) จะเน้นหน้าที่ของการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในช่วงของการเจรจา ก่อนที่สัญญาจะเกิด โดยเห็นว่าแม้ก่อนที่สัญญาจะเกิดจะยังไม่มีหนี้ตามสัญญาก็ตาม แต่คู่กรณีที่เจรจาเพื่อทำสัญญาหรือคู่เจรจาก็ได้มีหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่งต่อกันแล้ว ก็คือหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตอันเป็นหนี้หรือหน้าที่ทำนองเดียวกับหนี้เมื่อสัญญาเกิดแล้ว จึงมีแนวความคิดในเรื่องการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาว่า ควรจะต้องให้ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดทางสัญญามีใช้อาศัยมูลละเมิด และเห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวอาจเป็นมูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ได้หากผู้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวออกถอนการแสดงเจตนาของตนก่อนมีการสนองรับ ผู้เสนอจึงต้องรับผิดและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการที่ได้เตรียมการบางอย่างเพื่อจะแสดงเจตนาสนองรับ โดยที่การถอนคำเสนอก่อนมีคำสนองรับย่อมถือว่ามีหนี้ที่ต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่แตกต่างไปจากการไม่ชำระหนี้ในกรณีอื่น ๆ ที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการละเลยไม่ชำระหนี้ได้

สำหรับทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด (delictual liability theory) นั้น มีแนวความคิดว่า เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลใด บุคคลนั้นย่อมจะต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะดังที่เป็นอยู่เดิมหรือใกล้เคียงกับสถานะเดิมให้มากที่สุด โดยเห็นว่าสัญญากับละเมิดต่างก็เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เป็นเหตุให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เพราะต่างก็บัญญัติอยู่ในเรื่องหนี้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ความรับผิดซึ่งเกิดขึ้นก่อนสัญญาไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญา แต่ควรเป็นความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่ายเท่านั้นที่ก่อหนี้ได้หรือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ได้ โดยประเทศที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดนี้ คือ ประเทศฝรั่งเศส ที่มีความเห็นว่าความรับผิดนอกสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดที่สันนิษฐานถึงความมีอยู่ของหนี้หรือความผูกพันทั่วไปที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น นอกจากนี้ นักกฎหมายอิตาเลียนบางส่วนที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มนี้เนื่องจากไม่อาจจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดตามสัญญา เพราะเป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิด มิใช่ความรับผิดเมื่อเกิดสัญญาแล้ว

ส่วนทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศ (third land theory) นั้น มีแนวความคิดว่า ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจาก่อนที่จะเกิดสัญญาเป็นความผิดที่ไม่อาจในกลุ่มความรับผิดชอบทางสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิด และไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิดด้วยเช่นกัน เนื่องจากหน้าที่ของความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญามีรากฐานแตกต่างจากความรับผิดชอบตามสัญญาเพราะสัญญายังมิได้เกิดขึ้น จึงยังมิได้มีความผูกพันใด ๆ ทางสัญญาต่อกัน แต่ก็มิได้หมายความว่าความรับผิดชอบก่อนเกิดสัญญาอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือละเมิด เพราะว่าละเมิดสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมายทั้งในเรื่องของสัญญาและเรื่องของละเมิดอยู่แล้ว จึงควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่ ซึ่งเป็นกลุ่มความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศ โดยนักกฎหมายเยอรมันเห็นด้วยกับแนวคิดนี้ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อคุ้มครองคู่กรณีแต่ละฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา โดยได้บัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งโดยกำหนดให้หนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์อื่น ๆ ของคู่กรณีที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย ได้แก่ การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมการใด ๆ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะเข้าทำสัญญากันต่อไป ซึ่งศาลเยอรมันได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาดังกล่าวมาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในสัญญาทางปกครองด้วย ซึ่งมีหลักว่าการกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้คู่กรณีที่เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็ย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันในช่วงก่อนการเกิดสัญญานั้น ๆ ซึ่งตรงกับทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศ

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสปฏิเสธผลผูกพันทางกฎหมายของการยกเลิกการเจรจาต่อรองในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายพัสดุของฝรั่งเศสนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและผู้เสนอราคาไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น หน่วยงานของรัฐย่อมใช้ดุลพินิจในการพิจารณายกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ตามที่เห็นสมควร และหากผู้เสนอราคาได้รับความเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างย่อมมีสิทธิเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้บนฐานความรับผิดชอบทางละเมิด สำหรับในระบบกฎหมายอิตาลี ซึ่งเล็งเห็นความสำคัญของคู่กรณีในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดว่าควรได้รับความคุ้มครองจึงได้มี

การพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา โดยนำมาบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนที่คู่กรณีจะทำสัญญากัน โดยประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในกรณีความรับผิดก่อนสัญญา คือ “ประโยชน์ในการที่ไม่ควรจะต้องเสียอะไรไป (negative interest) ซึ่งหมายถึง ประโยชน์ในทางทรัพย์สินของการที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทำสัญญาที่ผลสุดท้ายแล้วสัญญาไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลในทางกฎหมาย การที่ไม่ควรต้องเสียโอกาสที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่น รวมทั้งการที่ไม่ควรต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อที่จะเข้าทำสัญญาด้วย ในส่วนของกระบวนการจัดหาพัสดุของภาครัฐของไทยก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้นำเอากฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน (2) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มากำหนดลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา โดยการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างถือว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง อันมีผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง โดยจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ถือว่าการกระทำในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนมีการลงนามในสัญญา มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ต่อมาภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว พบว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ได้แยกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก เห็นว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง โดยเห็นว่าการยกเลิกการประกวดราคาหรือการจัดซื้อจัดจ้าง มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กรณีที่สอง เห็นว่า เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยวินิจฉัยว่าประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นคำเชิญให้ทำคำเสนอ เมื่อต่อมามีการยื่นข้อเสนอราคาถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอว่าตนจะเข้าทำสัญญา และการเลือกผู้ชนะการประกวดราคาก็เป็นการสนองรับคำเสนอก่อให้เกิดเป็นสัญญาประเภทหนึ่งเรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาประกวดราคา จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐของไทยอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ก่อนลงนามในสัญญา หน่วยงานของรัฐอาจประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป (2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือกมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือต่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด (3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ (4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้” เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐในการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนมีการลงนามในสัญญา โดยให้ถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐที่เอกชนผู้เข้าเสนอราคาจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐอันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ และภายใต้หลักนิติรัฐผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐย่อมมีสิทธิที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสองดังกล่าวไม่อาจจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ และนอกจากนี้ มาตรา 115 ยังบัญญัติให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 67 เป็นเรื่องที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างถูกกำหนดให้มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย รวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งต้องสามารถตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการหรือฝ่ายปกครอง ดังนั้นผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่จากคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ การบัญญัติห้ามมิให้มีการอุทธรณ์คำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง จึงขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ของการกระทำทางปกครองดังกล่าว อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าที่ผ่านมาทั้งในช่วงก่อนและหลังพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ได้มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 โดยเฉพาะการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างและเรียกให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนี้ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองเป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งในการพิจารณาพิพากษามีการให้ลักษณะทางกฎหมายของการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ข้อ (3) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยหากการฟ้องคดีมีคำขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลก็จะกำหนดให้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลเห็นว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นสัญญาหลักหรือที่เรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ไม่อาจจัดเข้าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญา แต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดก่อนลงนามทำสัญญา แม้จะยังไม่มีการทำสัญญาอันเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการจัดหาคู่สัญญา แต่เมื่อมีการเข้าประกวดราคาก็ย่อมถือว่าผู้นั้นยินยอมผูกพันตามประกวดราคาและมีความรับผิดชอบของคู่กรณีหรือคู่สัญญาจึงต้องฟ้องในมูลสัญญา

การกำหนดให้นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญามีสถานะทางกฎหมายอย่างไรนั้นมีความสำคัญทั้งในเรื่องของการพิจารณาความรับผิดชอบและการกำหนดค่าเสียหาย กล่าวคือ หากกำหนดให้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐย่อมต้องอยู่บนหลักการในเรื่องความรับผิดทางละเมิด แต่หากกำหนดให้คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์กันในทางสัญญา เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น แม้จะไม่มีสัญญาต่อกันคู่กรณีก็อาจมีความรับผิดชอบในมูลหนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามหลักความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งเมื่อการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็ชอบที่จะฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้

โดยจากการศึกษาระบบกฎหมายของต่างประเทศพบว่า แต่ละประเทศได้มีการพัฒนากฎหมาย โดยนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหาคู่สัญญา หรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการเกิดสัญญาทั้งในสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง เพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติผิดข้อตกลงก่อนสัญญา อีกทั้ง จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของไทยที่ผ่านมา ศาลได้ยอมรับสถานะของการกระทำในขั้นตอน ของการคัดเลือกคู่สัญญาก่อนลงนามในสัญญาหลักว่ามีสถานะเป็นสัญญาก่อนสัญญาอีกด้วย

ดังนั้น จึงสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายควรเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิก การจัดซื้อจัดจ้างมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำของหน่วยงานรัฐและมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหาย จากหน่วยงานของรัฐได้ และในการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณี หากมีการนำหลักความรับผิด ก่อนสัญญามาปรับ ใช้กับการพิจารณาความรับผิดของรัฐที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนมีการลงนาม ในสัญญา ย่อมนับว่าเป็นพัฒนาการทางด้านกฎหมายในเรื่องความรับผิดของรัฐในกระบวนการจัดซื้อ จัดจ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างที่กระทำโดยสุจริต และยังเป็น การส่งเสริมหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้ครอบคลุมการกระทำทางปกครอง ในทุกขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐอีกด้วย

สรุปได้ว่าจากการศึกษาพบปัญหาข้อจำกัดของกฎหมายใน 2 ประการ ดังนี้

ปัญหาประการที่หนึ่ง คือ ปัญหาการกำหนดสถานะทางกฎหมายในการกำหนดคดีสัมพันธ์ ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี

สืบเนื่องจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นคำสั่ง ทางปกครอง เมื่อมีการฟ้องคดีเรียกให้ชดเชยค่าเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ข้อพิพาท ดังกล่าวจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอันเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือ หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งการพิจารณาความรับผิดของรัฐ และการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณีต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายละเมิด อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจาก แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วางหลักไว้ว่าประกาศการจัดซื้อจัดจ้าง (ประกาศประกวดราคา) ก่อให้เกิดสัญญาขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐที่ออกประกาศเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาเข้าทำสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างฝ่ายหนึ่งกับผู้ที่ได้ยื่นข้อเสนอราคาตามประกาศดังกล่าวอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

มีความผูกพันในอันที่จะต้องเข้าทำสัญญาต่อกัน หากผู้เสนอราคาที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาไม่เข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาและเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่เข้าทำสัญญานั้นได้ โดยกำหนดให้ข้อพิพาทเช่นนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งการพิจารณาความรับผิดชอบและการกำหนดค่าเสียหายอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบตามสัญญา การกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีแตกต่างกันย่อมกระทบต่อการพิจารณาความรับผิดชอบและสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายของคู่กรณีที่แตกต่างกัน

ปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานรัฐทำการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วในช่วงเวลา ก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญาได้ หากปรากฏว่ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และวรรคสองบัญญัติว่า “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิการฟ้องคดีของผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างในการเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐ โดยให้ถือว่าการดำเนินการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐที่จะกระทำได้

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบข้อจำกัดของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เห็นควรมีการแก้ไขกฎหมาย โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1. กำหนดสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา และกำหนดกรอบในการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี

กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้เริ่มดำเนินการแล้ว แต่ต่อมามีเหตุบางประการที่ทำให้หน่วยงานของรัฐต้องยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเสียก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาต่อกัน ย่อมส่งผล

กระทบต่อเอกชนที่เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น ซึ่งการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ในช่วงเวลาก่อนมีการทำสัญญาดังกล่าวมีผลอย่างสำคัญต่อการกำหนดความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐ และการเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

ปัจจุบันสถานะทางกฎหมายของคู่กรณีในข้อพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหาย จากการบอกเลิกสัญญา หรือการฟ้องบังคับปรับหลักประกันการเสนอราคา คู่กรณีกับหน่วยงานรัฐ มีนิติสัมพันธ์ต่อกันในฐานะคู่สัญญา เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างเป็นข้อพิพาท ทำนองเดียวกัน จึงควรกำหนดให้คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ต่อกันในฐานะคู่สัญญาที่มีหนี้หรือหน้าที่ที่จะต้อง ปฏิบัติต่อกันตามสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา (หลัก) ตามหลักความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งจะสอดคล้อง กับแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา คำวินิจฉัยของศาล และหลักกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี เห็นควรกำหนดให้เป็นไปตามหลักความรับผิด ก่อนสัญญาที่ว่า การกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญาซึ่งทำให้คู่กรณีที่เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิ ในการเรียกค่าเสียหายจากการปฏิบัติผิดหน้าที่ดังกล่าว โดยค่าเสียหายที่อาจเรียกร้องได้นั้นจะต้องเป็น ผลโดยตรงที่เกิดจากการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง โดยปราศจากเหตุผลสมควรหรือเกิดจากการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานรัฐ ซึ่งอาจเป็นค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ตามสมควรจากการเชื่อมั่นว่าจะมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเตรียมการใด ๆ ที่ได้กระทำขึ้นเพื่อจูงใจในการเข้าทำสัญญา ค่าเสียหายจากการสูญเสียกำไรที่คาดหมายว่าจะได้ หากมีการทำสัญญาก่อขึ้น โดยพิจารณาถึงความก้าวหน้าของขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการ ไปแล้วถึงขั้นตอนใดประกอบกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวมาข้างต้นควรกำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของศาล ที่จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของคู่กรณี ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญาและการกำหนดค่าเสียหายแก่คู่กรณี และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี เห็นควรมีการเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร ภาครัฐ พ.ศ. 2560 ดังนี้

เพิ่มเติมมาตรา 67/1 โดยให้ใช้ข้อความ ต่อไปนี้

“เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากหน่วยงานของรัฐประกาศ ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนลงนามในสัญญาตามมาตรา 67 ให้ถือว่าผู้ยื่น

ข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างในครั้งนั้นเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการตามประกาศเชิญชวน หรือการคัดเลือก หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจง แล้วแต่กรณี

ค่าเสียหายจะพึงเรียกร้องได้โดยสถานใดเพียงใดนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความก้าวหน้าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง

ถ้าผู้ยื่นข้อเสนอตามวรรคหนึ่งเป็นผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือผู้ได้รับการคัดเลือกและได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้รับทราบถึงการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ยื่นข้อเสนออาจเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ตนได้รับเพราะการเริ่มการปฏิบัติตามสัญญาได้ หากว่าหน่วยงานของรัฐได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

2. กำหนดขอบเขตของสิทธิในการฟ้องร้องขอให้หน่วยงานรัฐชดใช้ค่าเสียหายกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง

ปัจจุบัน การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐเป็นไปตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า

“ก่อนลงนามในสัญญา หน่วยงานของรัฐอาจประกาศยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป

(2) มีการกระทำที่เข้าลักษณะผู้ยื่นข้อเสนอที่ชนะการจัดซื้อจัดจ้างหรือที่ได้รับการคัดเลือก มีผลประโยชน์ร่วมกัน หรือมีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่น หรือขัดขวางการแข่งขันอย่างเป็นธรรม หรือสมยอมกันกับผู้ยื่นข้อเสนอรายอื่นหรือเจ้าหน้าที่ในการเสนอราคา หรือต่อว่ากระทำการทุจริตอื่นใดในการเสนอราคา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(3) การทำการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(4) กรณีอื่นในทำนองเดียวกับ (1) (2) หรือ (3) ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้

เมื่อมีการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างให้หน่วยงานของรัฐแจ้งให้ผู้ประกอบการซึ่งมารับหรือซื้อเอกสารเชิญชวนทุกรายทราบถึงเหตุผลที่ต้องยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างครั้งนั้น

ในกรณีที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ยื่นข้อเสนอตั้งแต่สองรายขึ้นไป มิให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐนั้น มีผลประโยชน์ร่วมกันหรือมีส่วนได้เสียกับหน่วยงานของรัฐอื่นตาม (2)

ประกาศตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศในระบบเครือข่ายสารสนเทศของกรมบัญชีกลาง และของหน่วยงานของรัฐตามวิธีการที่กรมบัญชีกลางกำหนด และให้ปิดประกาศโดยเปิดเผย สถานที่ ปิดประกาศของหน่วยงานของรัฐนั้น ในการนี้ หน่วยงานของรัฐจะเผยแพร่ประกาศดังกล่าวโดยวิธีการอื่นด้วยก็ได้”

แม้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 มาตรา 67 วรรคสอง จะบัญญัติว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างด้วยเหตุตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานรัฐที่ผู้ยื่นข้อเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ก็ตาม แต่การมีเอกสิทธิ์ดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าหน่วยงานรัฐไม่ต้องรับผิดชอบหรือปราศจากความรับผิดชอบใด ๆ เลย แต่บทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่าก่อนลงนามในสัญญา หน่วยงานรัฐจะสามารถยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ภายใต้เงื่อนไขและขอบเขตที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะใน 4 กรณีตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 เท่านั้น และต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยหน่วยงานรัฐยังคงต้องเยียวยาและรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หากปรากฏว่าการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่เป็นไปตามวรรคหนึ่งหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีการกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้าร่วมการเสนอราคา กรณีเช่นนี้ผู้เข้าร่วมการเสนอราคาย่อมมีสิทธิที่จะขอให้ศาลตรวจสอบการยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และชอบที่จะใช้สิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ด้วยเช่นกัน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่า มาตรา 67 วรรคสอง ไม่ควรบัญญัติให้มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิโดยเด็ดขาด แต่ควรที่จะบัญญัติในลักษณะที่เป็นการวางกรอบหรือขอบเขตการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐ ในขณะที่เดียวกันก็ควรเน้นย้ำให้ประชาชนตระหนักรู้ถึงสิทธิของตนที่สามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายตามสมควรแก่ตนจากกรณีหน่วยงานรัฐยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยที่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อหลักประโยชน์สาธารณะที่หน่วยงานรัฐมีเอกสิทธิ์ที่ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างได้ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ

เป็นสำคัญ และหน่วยงานรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงต้องมีความจำเป็นหรือมีเหตุอันสมควรและไม่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่ประชาชน

เห็นควรเพิ่มเติมความในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ดังนี้

1. เพิ่มเติมความวรรคหนึ่ง (1) เป็น “หน่วยงานของรัฐนั้นไม่ได้รับการจัดสรรเงินงบประมาณที่จะใช้ในการจัดซื้อจัดจ้าง หรือเงินงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรไม่เพียงพอที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างนั้นต่อไป โดยมีเหตุอันสมควร”

2. เพิ่มเติมความในวรรคสอง เป็น “การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างตามวรรคหนึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานของรัฐ ผู้ยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างที่ถูกยกเลิกนั้นจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่อาจฟ้องหน่วยงานของรัฐได้ตามกฎหมาย”

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอแนะที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสถานะทางกฎหมายในการกำหนดนิติสัมพันธ์ของกลุ่มในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก่อนมีการลงนามในสัญญา การกำหนดค่าเสียหายและสิทธิในการฟ้องร้องขอให้หน่วยงานรัฐชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งการเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอาจไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดค่าเสียหายซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ไม่อาจกำหนดให้เป็นการเฉพาะเจาะจงได้ ดังนั้น การแก้ไขปัญหาให้ได้ประสิทธิผลและเกิดความเป็นธรรมยิ่งขึ้นย่อมต้องอาศัยพัฒนาการในการใช้และการตีความของศาลที่จะพัฒนาและวางหลักกฎหมายต่อไป



บรรณานุกรม

มหาวิทยาลัย

สกลนครราชภัฏ

บรรณานุกรม

- จำปี โสคติพันธุ์. (2548). หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2545, 2 ธันวาคม). ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบซ้อนกัน. วารสาร
สุโขทัยธรรมมาชิราษ.
- ยุทธนา ทิณรัตน์. (2549). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556) สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ศันท์กรรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2550). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ดารافر ธีระวัฒน์. (2538). กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญา
ที่ไม่เป็นธรรม. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิต เศรษฐบุตร. (2552). หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะนิติกรรมและสัญญา. (พิมพ์ครั้งที่ 5).
กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2522). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452
ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2526). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจ
ชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.
- ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช. (2520) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค 1 – 2)
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์.
- ชัยพร รินนายรักษ์. (2553). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณี
กระบวนการจัดหาพัสดุของหน่วยงานรัฐ, การศึกษาอิสระมหาวิทยาลัยรามคำแหง
หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต .
- งามใจ แวมณีนววรรณ. (2542). ความรับผิดชอบก่อนสัญญา ศึกษาในเชิงทฤษฎี. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. (สิงหาคม 2552). ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเนื่องจากการเพิกถอนคำเสนอ และการยกเลิกการเจรจาต่อรอง. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. วารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษ : ปีที่ 2 ฉบับที่ 1.
- นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์. (2561). ปัญหาทางกฎหมายเรื่องหนี้ก่อนสัญญา. วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย .
- โชคชัย พิณะเวศน์ , รุ่งแสง กฤตยพงษ์, สุธิ อยู่สถาพร. (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการทำสัญญา. การประชุมเสนอผลงานวิจัยผลงานระดับบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 2.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2545). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง.
- ชาญชัย แสงศักดิ์. (2543). สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2561). สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง. สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย สำนักงานศาลปกครอง. ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาควิชาบัญญัติ เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครอง ภูมิภาค ครั้งที่ 2/2547.
- สุรพล นิติไกรพจน์. (2555). สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อภิชาติ แจ่มยุบล. (2550). เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐในสัญญาทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ธรรมนิตย์ สุมันตกุล. (2561). การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ : หลักการ เหตุผลและวิธีการ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. (2562). หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการพัสดุ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

- โอฬาร เจริญศรี. (2562). ปัญหาการอุทธรณ์การจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560. การศึกษาอิสระหลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2563). เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาทางปกครอง. คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี
- อริยพร โพธิใส. (2554). หลักเกณฑ์ในการลงคำสั่งทางปกครอง. จุลนิติ มี.ค. - เม.ย. 2554
- สะเทือน ชูสกุล. (2548). ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายปกครอง. สืบค้นจาก <https://www.krisdika.go.th>
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2546). หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ - นามสกุล	นางสาวสุวิมล จุ่มปู
วัน เดือน ปีเกิด	23 มกราคม 2531
สถานที่เกิด	จังหวัดเชียงราย
ประวัติการศึกษา	น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2552 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 62 พ.ศ. 2553
สถานที่ทำงาน	สำนักงานศาลปกครองกลาง
ตำแหน่ง	พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ

