

# ปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ศึกษากรณีการฟ้องคดีและการริบหลักประกันของ

วันวิสาข์ เนียมมณี\*

ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล\*\*

## บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และข้อพิพาทเกี่ยวกับการริบหลักประกันของอันเป็นหลักประกันที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาให้ไว้แก่ส่วนราชการเพื่อเป็นการรับรองว่าจะเข้าสู่กระบวนการประกวดราคา และปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกวดราคาตามที่ส่วนราชการกำหนด

จากการศึกษาพบว่า สถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะไม่เจาะจงตัวบุคคลผู้อยู่ในบังคับของประกาศดังกล่าว กล่าวคือ มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะอันเข้าลักษณะนิยามของ กฎ แต่มีผลใช้บังคับกับการซื้อหรือจ้างครั้งนั้นเพียงครั้งเดียว ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะนิยามของ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศเช่น ระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดให้ กรณีกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง (Concrete) แต่มีลักษณะเป็นการทั่วไป คือ กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ (General) เป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครองโดยให้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองเพื่อเป็นการยืดหยุ่นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองในกรณีเกิดปัญหาดังกล่าว แต่ระบบกฎหมายไทยไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงเกิดปัญหาในการปรับบทกฎหมายใช้บังคับแก้คดี นอกจากนี้ ยังพบปัญหาสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับการริบหลักประกันของ ซึ่งเกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างหน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างกับผู้มีสิทธิเสนอราคา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องไปเสนอราคาตามวัน เวลา และสถานที่ที่กำหนดและยินยอมปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 โดยวางหลักประกันของเพื่อเป็นการรับรองว่าจะเข้าสู่กระบวนการประกวดราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกวดราคาตามที่ส่วนราชการดังกล่าวกำหนด แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือกรมบัญชีกลางที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 เรื่อง การซักซ้อมความเข้าใจและการเพิ่มความคล่องตัวในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทาง

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

\*\* ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 แจ้งให้ส่วนราชการที่อยู่ในบังคับของระเบียบดังกล่าวทราบว่า “คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเกิดปัญหาในการกำหนดข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับหลักประกันของดังกล่าว

เห็นควรมีการเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการก่อนการทำสัญญาพัสดุให้เป็นคำสั่งทางปกครองเพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการออกประกาศจัดซื้อจัดจ้าง แนวทางในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครองและเป็นแนวทางในการฟ้องคดีของคู่กรณีที่น่ามาฟ้องต่อไป ส่วนปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับหลักประกันของในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญากับหน่วยงานทางปกครอง เพื่อเป็นการแก้ปัญหาของความไม่ชัดเจนของสถานะของข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับหลักประกันของอันเกิดมาจากการผิดข้อตกลงตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเห็นมีการเพิ่มเติมนิยามของสัญญาทางปกครอง โดยให้หมายความถึง สัญญาที่จัดทำขึ้นตามขั้นตอนก่อนการทำสัญญาจัดหาพัสดุหรือสัญญาที่จัดทำขึ้นตามตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า ด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทางปกครองเพื่อสะดวกแก่คู่สัญญาในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสต่อไป

## 1. บทนำ

ส่วนราชการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต่างก็ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็นในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน อาคารสถานที่ วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ รวมถึงระบบสาธารณูปโภคต่าง ๆ ซึ่งการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการของส่วนราชการทั้งหลายเหล่านั้น ต้องผ่านกระบวนการจัดหาพัสดุ หรือที่เรียกว่า การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ด้วยการทำสัญญาเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป โดยส่วนราชการไม่สามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับให้บุคคลหรือนิติบุคคลใดเข้าทำสัญญากับตนโดยที่บุคคลหรือนิติบุคคลนั้นไม่ยินยอมดังเช่นการออกคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือที่เรียกว่า สัญญาพัสดุของส่วนราชการนั้น ส่วนราชการไม่ได้มีเสรีภาพในการคัดเลือกคู่สัญญาเหมือนเช่นเอกชนทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุ อันได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

โดยในอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอยู่หลายฉบับ แต่ที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับกับราชการส่วนท้องถิ่น และต่อมาเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเป็นไปโดยโปร่งใสและเป็นธรรม ลดปัญหาการทุจริต ตลอดจนเพื่อเป็นการประหยัดงบประมาณของแผ่นดินให้บังเกิดความคุ้มค่า จึงได้มีการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยปัจจุบันอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 สำหรับการจัดหาพัสดุของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในสังกัดการบังคับบัญชา หรือการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินหรือกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าว สำหรับกิจการ โครงการ หรือการก่อสร้างที่มีมูลค่าตั้งแต่ 2 ล้านบาทขึ้นไป ส่วนราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ข้อ 12 วรรคสอง ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 กำหนดให้หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นจัดซื้อหรือจัดจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นกำหนด ในกรณีที่ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวกำหนดไว้ให้นำหลักเกณฑ์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มาบังคับใช้ โดยอนุโลม

โดยที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง 1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ 2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ 3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน และ 4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน ดังนั้น ข้อพิพาทในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาของส่วนราชการไม่ว่าสัญญาที่มุ่งจัดทำนั้นจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองก็ตาม จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งอนุมัติให้ผู้เสนอราคารายอื่นเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแทนผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการอนุมัติสั่งจ้างผู้เสนอราคารายอื่นมีผลเป็นคำสั่งไม่รับราคาของผู้ฟ้องคดีไปด้วยในตัว ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง

อนุมัติสั่งจ้างดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นต้น และหากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ก็จะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรณีฟ้องขอให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุเป็นการกีดกันผู้เสนอราคาบางราย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการออกคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นต้น

## สภาพปัญหา

กรณีที่ส่วนราชการที่จัดให้มีการซื้อจัดจ้างกำหนดหลักเกณฑ์ในประกาศประกวดราคาเป็นการเอื้อประโยชน์กับผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใด แล้วผู้มีอาชีพบริการหรือค้าขายพัสดุนั้น ประกาศประกวดราคากำหนด ซึ่งไม่สามารถเข้าแข่งขันเพื่อเสนอราคาหรือเข้าทำงานกับส่วนราชการได้ นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศประกวดราคานั้น ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดว่า ประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับกับผู้เสนอราคาเป็นการทั่วไป โดยมีได้เจาะจงผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ซึ่งมีได้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับในระบอบกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง” ไว้ กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหากับผู้ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ว่าจะต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องหรือไม่ และจะต้องนำคดีมาฟ้องภายในระยะเวลาการฟ้องคดีอย่างไร

สำหรับสัญญาาระหว่างส่วนราชการและเอกชนหรือระหว่างส่วนราชการด้วยกันเองที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุนั้น จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นเครื่องมืออันจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการนั้นหรือไม่ หากวัตถุประสงค์แห่งสัญญามีได้เป็นการให้จัดทำบริการสาธารณะ และไม่ใช่เป็นเครื่องมืออันจำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการ สัญญานั้นจะไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาแก่ทั้งส่วนราชการและเอกชนที่จะนำข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวมาฟ้องต่อศาล ว่าจะต้องฟ้องคดีภายในอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือต้องฟ้อง

คดีภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากกำหนดระยะเวลาของกฎหมายทั้งสองฉบับไม่เท่ากัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีได้

นอกจากนั้น ภายหลังจากมีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการยึดหรือริบหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยกรมบัญชีกลางได้วางแนวทางในการปฏิบัติเกี่ยวกับการยึดหลักประกันของตามหนังสือที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว0365ไว้ว่า “คำสั่งยึดหลักประกันของเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง” อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองสูงสุดจะมีคำวินิจฉัยว่า ปัญหาข้อโต้แย้งกรณีการยึดหลักประกันของระหว่างส่วนราชการที่จัดซื้อจัดจ้างกับเอกชนที่ถูกยึดหลักประกันของมีลักษณะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งต่างจากแนวทางปฏิบัติของกรมบัญชีกลาง กรณีจึงนำมาซึ่งปัญหาไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดีว่า จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีหรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี รวมทั้งปัญหาในการกำหนดค่าบังคับของศาลปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากหากเป็นการกำหนดค่าบังคับในการฟ้องขอให้คืนหลักประกันของ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว ศาลปกครองสูงสุดถือว่าหลักประกันของนั้น เป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า อันเข้าลักษณะการเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากมีจำนวนสูงเกินส่วน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับลดลงได้ตามมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน แต่หากเป็นการกำหนดค่าบังคับในการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลมีอำนาจเพียงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งยึดหลักประกันของเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปพิจารณาเรื่องของจำนวนเงินในการยึดหลักประกันของว่า มีจำนวนเหมาะสมหรือไม่ได้ โดยหากศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งยึดหลักประกันของไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีคำพิพากษาให้คืนหลักประกันของทั้งจำนวน แต่หากศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งยึดหลักประกันของชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะต้องมีคำพิพากษายกฟ้อง ส่วนราชการก็จะได้หลักประกันของไปทั้งจำนวน

ปัญหาต่าง ๆ ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะของประกาศจัดซื้อจัดจ้าง ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาพัสดุ รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งยึดหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นปัญหาซึ่งเกิดจากความไม่ชัดเจนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ทั้งในเรื่องของการ

แก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายซึ่งเกิดจากกระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญา สถานะของสัญญาพัสดุ รวมทั้งสถานะของคำสั่งยึดหลักประกันของตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างโดยการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำเสนอแนวคิดและทฤษฎีในต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ในการกำหนดสถานะข้อพิพาทแห่งคดี ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการนำคดีมาฟ้องของคู่กรณีซึ่งจะจัดซื้อจัดจ้างกับภาครัฐของไทยต่อไป

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่ได้กล่าวไปข้างต้น จึงขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังนี้

1. ควรบัญญัติเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการการทำสัญญาทั้งก่อนและหลังการทำสัญญาให้เป็นคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการยอมรับคำสั่งทางปกครองที่สามารถแยกออกจากสัญญา ตามแนวความคิดนิติกรรมทางปกครองที่แยกออกจากสัญญาตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ที่เดิมกำหนดเฉพาะ (ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ข) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (ค) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (ง) การสั่งให้ผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง โดยเพิ่มการประกาศจัดซื้อจัดจ้างให้เป็นคำสั่งทางปกครองด้วย อีกกรณีหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการออกประกาศจัดซื้อจัดจ้างใด เป็นแนวทางในการรับคำฟ้องไว้พิจารณาของศาลปกครอง และเป็นแนวทางในการฟ้องคดีของคู่กรณีที่น่ามาฟ้องต่อไป

2. ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการรับหลักประกันของในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญากับหน่วยงานทางปกครอง การรับหลักประกันของ เป็นการให้สิทธิหน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อหรือการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นข้อพิพาทเรื่องสัญญา ที่กำหนดให้ผู้มีสิทธิเสนอราคามีหน้าที่ต้องมาเสนอราคา ณ วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด ตามวัตถุประสงค์หน่วยงานที่ประสงค์จะเปิดทำการประกวดราคาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามรายละเอียดข้อกำหนดหรือประกาศประกวดราคา ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อเป็นการแก้ปัญหาของความไม่ชัดเจนของสัญญาทางปกครอง จึงเห็นมีการเพิ่มนิยามของสัญญาทางปกครอง ให้หมายความถึงสัญญาที่จัดทำขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่า ด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นสัญญาทางปกครองเพื่อสะดวกแก่คู่สัญญาในการนำคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสต่อไป

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2532). “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 8.
- \_\_\_\_\_. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กรมบัญชีกลาง ที่ กค 0408.3/ว 59 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2549.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2542). *สาระนั้นว่าเกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. *กฎหมายว่าด้วยสัญญา*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- แนวทางการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549. กลุ่มพัฒนาระบบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐสำนักพัฒนามาตรฐานระบบพัสดุภาครัฐ.กรมบัญชีกลาง.
- ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์. *อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003: United Nations Convention against Corruption 2003 ตอนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไปและพันธกรณีใน การกำหนดมาตรการป้องกันการทุจริตของภาคี*. สืบค้นเมื่อ 11 มกราคม 2556, จาก <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1689>.
- ประเมศวร์ สังข์เอี่ยม. (2542). *ปัญหาการควบคุมการแข่งขันการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535*. (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2).
- พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการพ.ศ. 2540.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.
- พูนศักดิ์ ใสสำรวจ. (2528). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.”  
วารสารกฎหมายปกครอง, 4(2).
- มานิตย์ วงศ์เสรี(2545). *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน*.  
กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549.
- ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี  
พ.ศ.2542.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*  
(พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ:  
นิติธรรม.
- วรพันธ์ เย็นทรัพย์. (2548). *คำอธิบายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535*  
*และที่แก้ไขเพิ่มเติม*. กรุงเทพฯ: เฮีย.
- \_\_\_\_\_. (2551). *การจัดหาพัสดุภาครัฐด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (วิทยานิพนธ์ปริญญา*  
*มหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วสุรงค์ ทองโคกสี. (2554). *เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับ*  
*ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต)*.  
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิชญ์ วรรณัญญ. ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. และเจตน์ สดาวรศีลพร.(2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่า*  
*ด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). *หลักกฎหมายปกครอง*  
*ฝรั่งเศส (รายงานผลการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). *หลักกฎหมายปกครอง*  
*เยอรมัน (รายงานผลการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- สมยศ เชื้อไทย. (2530). “การกระทำทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3).
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2548). *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*  
(รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.



เสนีย์ ปราโมช. (2520) .ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค 1 -  
2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2504. เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสง  
สุทธิการพิมพ์.

หนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค 0421.3/ว 90 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2555.

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

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

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

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

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

หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ กค (กวพอ) 0421.3/ว  
289 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2555.