

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบ
ในสัญญาทางปกครอง



นายยุทธนา ทิณรัตน์

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา ๒๕๔๙

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE LEGAL PROBLEMS OF CULPA IN CONTRAHENDO
ON ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Mr. Yuthtana Thinnarat

สถาบันวิทยบริการ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006

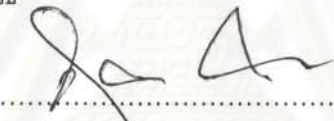
Copyright of Chulalongkorn University


หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง
โดย นายยุทธนา ทิณรัตน์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์

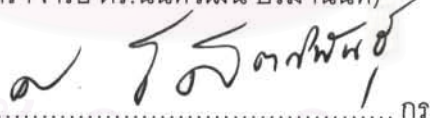
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

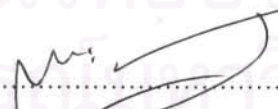

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

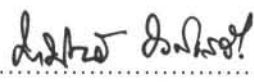
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(ดร.ศุภชัย หงส์ศิริ)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ ไสตถิพันธุ์)


..... กรรมการ
(ดร.ประสัท พงษ์สุวรรณ)


..... กรรมการ
(ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)

นายยุทธนา ทิณรัตน์ : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง. (THE LEGAL PROBLEMS OF CULPA IN CONTRAHENDO ON ADMINISTRATIVE CONTRACTS) อ. ที่ปรึกษา : ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, ๒๐๗ หน้า.

การวิจัยนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ ในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาจึงมีเรื่องของการใช้อำนาจรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งส่งผลให้กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากกว่าการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง

จากการศึกษาพบว่าในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางแพ่ง ได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญา และโดยที่สัญญาทางปกครองก็เป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งแม้จะมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งดังที่กล่าวมา แต่ก็ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย จึงมีการศึกษาว่าจะสามารถนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ และหากนำมาปรับใช้ได้แล้วจะนำมาปรับใช้ในลักษณะอย่างไร ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้คือควรมีการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาของการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาในสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจน ว่ากรณีใดควรเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือกรณีใดควรเป็นความรับผิดทางละเมิด หรือโดยการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา ๒๕๔๗

ลายมือชื่อนิสิต.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

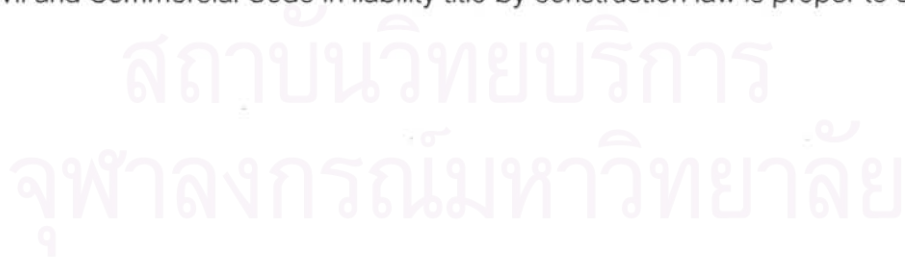
4686294034 : MAJOR LAWS

KEY WORD : FAULT IN CONTRACTING / CULPA IN CONTRAHENDO / ADMINISTRATIVE CONTRACT / LIABILITY OF A WRONGFUL ACT

YUTHTANA THINNARAT : THE LEGAL PROBLEMS OF CULPA IN CONTRAHENDO ON ADMINISTRATIVE CONTRACTS. THESISADVISOR : PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph. D. 207 pp.

The purposes of the thesis are to study in an administrative contract questions on a fault in contracting (Culpa in Contrahendo). Because the administrative contract includes a contract at least one of the parties of which is an administrative agency or a person acting on behalf of the State and which exhibits the characteristic of a concession contract, public concession contract or contract for the provision of public utilities or for the exploitation of natural resources, in the procedure for the selection of the one of the parties of the state official, that concerns about that selection more difficult and complex than the selection of the one of the parties of the civil contract.

The result of this study is that the description of the fault in contracting occurring in the contract procedure is confusing or not obvious. In order to solve such disputation, there are two ways. That is to be clear enough to express what the meaning of the contract liability is and what the meaning of the liability of a wrongful act is. The other way is the revision of statutes on Civil and Commercial Code in liability title by construction law is proper to equity.



Field of study Laws
Academic year 2006

Student's signature.....
Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ก็ด้วยความกรุณาของ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ซึ่งรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ดร.ฤทัย หงส์สิริ ซึ่งรับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ และ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ซึ่งรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฉันทิชย์ โสคติพันธ์ อาจารย์ผู้ล่องลับไปแล้ว ซึ่งท่านทั้งหลายที่เอ่ยนามมาข้างต้นได้กรุณาให้คำปรึกษาแนะนำอันมีคุณค่าอย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ดร.ไชยเดช ต้นติเวสสุ ตฤการศาลปกครอง ดร.บุบผา อัครพิमान และ ดร.เจตน์ สถาวรศีลพร ผู้ให้คำปรึกษาแนะนำที่ดีตลอดมา คุณภักพล โลหะกุลวิช ผู้ให้ความช่วยเหลือทางด้านภาษาต่างประเทศ และขอขอบพระคุณสำนักงานศาลปกครอง เป็นอย่างยิ่งที่ได้ให้การสนับสนุนมอบทุนการศึกษาให้มาโดยตลอด นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ผอ.สมฤดี ธีบุญสิริ ผู้อำนวยการสำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง ที่ได้เอื้อเพื่อข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษาให้แก่ผู้เขียน อีกทั้ง ขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครองทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา และขอขอบพระคุณไปยังผู้มีอุปการะคุณอีกหลายท่านที่ไม่ได้เอ่ยนามมา ณ โอกาสนี้

และสุดท้ายสำหรับกำลังใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีก็คือ คุณพ่อคุณแม่และครอบครัวของผู้เขียน คุณงามความดีหรือประโยชน์ใดๆ ที่ได้จากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงขอน้อมมอบให้แก่ครอบครัวผู้ให้ทุกสิ่งทุกอย่างที่ดีแก่ผู้เขียนตลอดมา อย่างไรก็ตาม ด้วยความอ่อนด้อยประสบการณ์ของผู้เขียน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงอาจมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง ซึ่งหากมีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทที่ ๑ บทนำ..... ๑

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา.....	๑
๒. สมมุติฐานการวิจัย.....	๕
๓. วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	๕
๔. ขอบเขตของการวิจัย.....	๕
๖. วิธีดำเนินการวิจัย.....	๖
๗. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	๖

บทที่ ๒ แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา..... ๗

๑. ความหมายของความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo).....	๗
๒. ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญา.....	๑๐
๒.๑ ขอบเขตของช่วงเวลาก่อนเกิดสัญญา.....	๑๐
๒.๒ คู่กรณีในความรับผิดก่อนสัญญา.....	๑๓
๒.๓ สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา.....	๑๔
๓. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา.....	๑๖
๓.๑ ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา (Contractual liability Theory).....	๑๗
๓.๒ ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด (Delictual Liability Theory).....	๑๙
๓.๓ ทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ (Third Lane Theory).....	๒๐
๔. ผลกระทบต่อคู่กรณีในความรับผิดก่อนสัญญา.....	๒๑

บทที่ ๓ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง ของต่างประเทศ..... ๒๗

๑. ความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของเยอรมัน.....	๒๗
๑.๑ ความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่งของเยอรมัน.....	๒๗
๑.๑.๑ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์.....	๒๗

๑.๑.๒ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกี่ยวกับ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	๒๙
๑.๑.๓ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	๓๒
๑.๑.๔ แนวทางปฏิบัติของศาลสูงเยอรมัน.....	๓๓
๑.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ของเยอรมัน.....	๓๙
๑.๒.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง.....	๓๙
๑.๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง...๔๐	
๑.๒.๒.๑ กระบวนการจัดหาพัสดุ.....	๔๑
๑.๒.๒.๒ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ.....	๔๔
๒. ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	๔๙
๒.๑ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่ง.....	๔๙
๒.๑.๑ แนวความคิดเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิด ก่อนสัญญา.....	๕๐
๒.๑.๒ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	๕๑
๒.๑.๓ แนวทางปฏิบัติของศาลสูงฝรั่งเศส.....	๕๕
๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ของฝรั่งเศส.....	๕๗
๒.๒.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง.....	๕๗
๒.๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง...๕๘	
๒.๒.๒.๑ กระบวนการจัดหาพัสดุ.....	๕๘
๒.๒.๒.๒ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ.....	๖๕
๓. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี.....	๗๑
๓.๑ ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์.....	๗๑
๓.๒ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	๗๓
๓.๓ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา.....	๗๓
๓.๔ การปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายสัญญาของอิตาลี...๗๓	
๓.๕ สรุป.....	๗๗

บทที่ ๔ ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย.....	๗๙
๑. ลักษณะโดยทั่วไปของสัญญาทางปกครองของไทย.....	๗๙
๑.๑ แนวความคิดในการจัดทำบริการสาธารณะ.....	๘๐
๑.๑.๑ ความหมายและองค์ประกอบของบริการสาธารณะ.....	๘๑
๑.๑.๒ การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน.....	๘๒
๑.๒ ความหมายของสัญญาทางปกครอง.....	๘๓
๑.๓ วิธีการจัดทำสัญญาทางปกครอง.....	๘๖
๑.๓.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครองที่ต้องดำเนินการจัดทำตาม	
ขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ	
พ.ศ. ๒๕๓๕.....	๙๐
๑.๓.๒ รูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการจัดซื้อจัดจ้าง	
ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ	
พ.ศ. ๒๕๓๕.....	๙๑
๒. การดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญา	
ทางปกครองโดยองค์การวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ.....	๙๔
๒.๑ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติ	
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒.....	๙๙
๒.๑.๑ การระงับข้อพิพาทตามความเห็นของคณะกรรมการ	
ว่าด้วยการพัสดุ.....	๑๐๐
๒.๑.๒ การระงับข้อพิพาทตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ	
วินิจฉัยร้องทุกข์.....	๑๐๒
๒.๑.๓ การระงับข้อพิพาทตามแนวทางการตอบข้อหารือของ	
สำนักงานอัยการสูงสุด.....	๑๐๖
๒.๑.๔ การระงับข้อพิพาทตามคำพิพากษาของศาลฎีกา.....	๑๑๐
๒.๒ การระงับข้อพิพาทตามคำพิพากษา/คำสั่งของศาลปกครอง๑๑๘	
๒.๒.๑ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙	
วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ	
วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒.....	๑๑๙

๒.๒.๑.๑ การกำหนดประเภทของข้อพิพาทตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราช บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙.....	๑๒๑
๒.๒.๑.๒ การกำหนดประเภทของข้อพิพาทในลักษณะอื่น นอกจากที่กำหนดโดยกฎหมายฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙.....	๑๒๗
๒.๒.๒ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒.....	๑๒๙
๒.๒.๓ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามหลัก ความรับผิดชอบที่เบี่ยงเบน.....	๑๓๑
๓. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญา ทางปกครองของไทย.....	๑๓๓
๓.๑ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด.....	๑๓๓
๓.๒ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางสัญญา.....	๑๓๔
๓.๓ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบเบี่ยงเบน.....	๑๓๕
บทที่ ๕ วิเคราะห์ปัญหาการพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น	
ก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย.....	๑๓๖
๑. วิเคราะห์แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ.....	๑๓๖
๒. ปัญหาการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญา ทางปกครองของไทย.....	๑๓๙
๒.๑ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจา ก่อนคู่กรณีแสดงเจตนาทำคำเสนอ.....	๑๔๑
๒.๒ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการทำคำเสนอแต่ยังไม่มี การสนองรับ.....	๑๔๗
๒.๓ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการสนองรับคำเสนอแล้ว.....	๑๕๙
๓. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของศาลปกครองเกี่ยวกับ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย.....	๑๗๐
๓.๑ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของศาล.....	๑๗๐

๓.๑.๑ ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒.....	๑๗๑
๓.๑.๒ ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒.....	๑๗๕
๓.๒ ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี.....	๑๗๖
๓.๒.๑ ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง.....	๑๗๖
๓.๒.๒ ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดี.....	๑๗๗
๔. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย.....	๑๗๘
บทที่ ๖ บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	๑๘๑
บทสรุป	๑๘๑
ข้อเสนอแนะ.....	๑๙๖
รายการอ้างอิง.....	๒๐๒
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	๒๐๗

บทที่ ๑

บทนำ

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

การกอนิติสัมพันธ์โดยวิธีการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เพื่อการจัดหาพัสดุหรือการให้บริการตามที่หน่วยงานของรัฐต้องการนั้น จะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ เช่น การจัดซื้อโดยวิธีการประกวดราคา ก็จะต้องมีการจัดประกวดราคา โดยถือว่าคู่เจรจาฝ่ายเอกชนจะอยู่ในฐานะผู้ทำคำเสนอ ส่วนคู่เจรจาฝ่ายรัฐจะอยู่ในฐานะผู้ทำคำสนอง และเนื่องจากตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้กำหนดให้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้น โดยหลักจึงต้องถือว่าเกิดสัญญาที่มุ่งจัดทำจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือแล้วเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว ได้เกิดปัญหาขึ้นคือ ในขั้นตอนการเจรจาก่อนเกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างขึ้นโดยสมบูรณ์นั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมีภาระหน้าที่ในการตระเตรียมการหลายประการเพื่อเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา โดยแต่ละฝ่ายต่างมุ่งหวังความสำเร็จคือการได้จัดทำสัญญากันตามความมุ่งหมาย แต่ภายหลังจากกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเริ่มต้นขึ้นจนกระทั่งก่อนที่จะมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือนั้น บ่อยครั้งที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ล้มเลิกการเจรจาไป ไม่ว่าจะเป็กรณิที่หน่วยงานของรัฐอ้างว่าคู่สัญญาขาดคุณสมบัติ หรือมีการสั่งให้ยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้างโดยอ้างว่าต้องการให้มีการจัดประกวดราคาใหม่ รวมถึงกรณีที่คัดเลือกได้ตัวผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมลงนามในสัญญา เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีตามที่กล่าวมานั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้เตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาด้วยความไว้นื้อเชื่อใจโดยสุจริต เช่น ค่าเสียหายที่เกิดจากเงินซื้อของประกวดราคา ค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพื่อติดต่อประสานงาน ค่าจ้างที่ปรึกษา หรือค่าเตรียมการก่อสร้างล่วงหน้า เหล่านี้เป็ความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญา จึงมีการเรียกความรับผิดชอบดังกล่าวว่าเป็น “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” แต่เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า จะให้รับผิดชอบโดยอาศัยหลักกฎหมายใด ดังนั้น จึงเกิดปัญหาขึ้นว่า คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับ ความเสียหายจะเรียกให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบได้หรือไม่ และหากถือว่าต้องรับผิดชอบจะถือว่าต้อง รับผิดชอบโดยอาศัยหลักกฎหมายใด

แต่เดิมก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ปัญหาดังกล่าวได้ถูกนำเสนอขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลฎีกาเคยวางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการประกวดราคาที่หน่วยงานราชการยังไม่ได้แจ้งผลการคัดเลือกให้ผู้เข้าประกวดราคาทราบ และยังไม่ได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือนั้น ไม่อาจถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว หน่วยงานราชการจึงมีสิทธิยกเลิกการประกวดราคาได้ ไม่เป็นการผิดสัญญาหรือละเมิดต่อฝ่ายเอกชนผู้เสนอราคา^๑ นอกจากนี้ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า เอกชนผู้เข้าประกวดราคาซึ่งได้รับการคัดเลือกให้เป็นคู่สัญญากับทางราชการแล้ว แม้ยังไม่ได้รับแจ้งผลการคัดเลือกอย่างเป็นทางการ ก็ไม่อาจถอนคำเสนอราคาได้ โดยถือว่า มีสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้นแล้วก่อนการจ้างเหมา (มีสัญญาก่อนสัญญาเกิดขึ้น) เมื่อผู้เข้าประกวดราคาไม่มาทำสัญญาจ้างเหมา จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานราชการมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้^๒ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยโดยนำเอาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนสัญญามายึดโยงกับลักษณะของการเกิดขึ้นของสัญญามาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย ถึงแม้ในคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีการขัดแย้งกันบ้างในเรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญา แต่ความเห็นที่ตรงกันที่ปรากฏตามคำวินิจฉัยก็คือ ศาลฎีกาเห็นว่าหากถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญา แต่หากยังไม่ถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นคู่กรณีก็จะไม่สามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบได้เลยไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบในเรื่องของสัญญาหรือความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

ในปัจจุบัน ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งลักษณะของคดีพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว ส่วนกระบวนการก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา ยังคงเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือระเบียบภายในของหน่วยงานทางปกครองที่มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกัน โดยมีกฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาเป็นตัวกำหนดลักษณะการกระทำของคู่เจรจาฝ่ายปกครอง โดยกำหนดให้การกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการรับซองราคา การอนุมัติซื้อหรือจ้าง หรือการยกเลิกการประกวดราคา หรือในกรณีอื่นๆ ให้ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากมีการยื่นฟ้องว่าการกระทำอันเป็นละเมิดที่เกิดขึ้นจากขั้นตอนดังกล่าว จึงถือเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) (คดีละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

^๑คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๕๐/๒๕๒๖.

^๒คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๕๔๐.

หากพิจารณาถึงลักษณะของข้อพิพาทดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาทั้งสิ้น ซึ่งปัจจุบันในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญต่อข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ โดยเห็นว่า “หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากความไม่สุจริตของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การล้มเลิกการเจรจาหรือการทำคำเสนอและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอย่างแน่นอน เพราะในการติดต่อทางธุรกิจกันจะต้องมีความไว้วางใจในเจตนาของฝ่ายหนึ่งซึ่งแสดงออกให้อีกฝ่ายหนึ่งรับทราบ หากฝ่ายใดกระทำการอันไม่สุจริตแล้วก่อให้เกิดความเสียหายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาขึ้น ควรจะมีมาตรการเยียวยาความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่สุจริต จึงได้มีการนำ “หลักความรับผิดก่อนสัญญา” มาใช้ ซึ่งหลักความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo) หมายถึง ความรับผิดต่อความเสียหายที่มีต่อความอิสระในการเจรจาตกลง (Liberta negoziale) กล่าวคือ บุคคลนั้นๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (Neminem laedere)^๕ ซึ่งมีหลายประเทศได้นำหลักความรับผิดก่อนสัญญานี้ไปใช้ทั้งในคดีพิพาททางแพ่งและทางปกครอง เช่น ในประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

ที่ผ่านมาในประเทศไทยได้มีการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในสัญญาทางแพ่ง แต่ในปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ก็ยังไม่มีการศึกษาถึงการนำหลักดังกล่าวมาใช้ในสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้แต่เดิมศาลฎีกาได้มีแนวคำวินิจฉัยที่เป็นการยอมรับเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในสัญญาทางปกครองตามที่ปรากฏในคดีหมายเลขแดงที่ ๙๓๑/๒๕๔๐ โดยมีข้อเท็จจริงว่า “จำเลยซึ่งประกวดราคา รับเหมาก่อสร้างตึกตามคำเชิญของโจทก์ อันจัดได้ว่าเป็นการทำคำเสนอทำสัญญาประกวดราคา เมื่อโจทก์พิจารณาตอบรับคำเสนอนี้สัญญาประกวดราคาก็เกิดขึ้น จึงส่งผลบังคับจำเลยให้ต้องไปทำสัญญารับเหมาก่อสร้าง เมื่อจำเลยไม่ไปทำสัญญาดังกล่าวจึงถือว่าผิดสัญญาประกวดราคา การที่โจทก์ต้องประกวดราคาใหม่ และมีผู้ประกวดราคาได้สูงกว่าราคาเดิม ราคาที่เหลืออมกันจึงเป็นค่าเสียหายฐานผิดสัญญาประกวดราคา โจทก์มีสิทธิรับเงินมัดจำที่จำเลยวางไว้เท่า

^๕งามใจ แวมณีวรรณ, “ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาวชิราวุธ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๔), หน้า ๖.

^๖จำปี หยกอุบล, “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๑ (๒๕๓๔) : ๑๑๙.

จำนวนค่าเสียหายได้ จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่า สัญญาจ้างทำของยังไม่เกิด เนื่องจากต้องมีการทำ เป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่ง ดังนั้น ความรับผิดของจำเลยจึงเป็นความรับผิดก่อนการเกิดสัญญานั้นเอง ในขณะที่เดียวกันศาลปกครองเองก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยอันเป็นการยอมรับเอาหลักความรับผิดก่อน สัญญามาใช้ในสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกันคือ ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๒/๒๕๔๘ โดยศาลวินิจฉัยว่า ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับข้อตกลงตามเอกสารประกวดราคาซึ่งได้มีข้อเสนอและ คำสนองอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ต่อไป ไม่ใช่ข้อพิพาทว่าการประกวดราคาไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ อันเป็นข้อพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเกิดปัญหาขึ้น ว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทในลักษณะใดที่ศาล ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และข้อพิพาทในลักษณะใดที่ศาลจะถือว่าเป็น ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน เนื่องจากการให้ลักษณะของข้อพิพาทที่แตกต่างกันนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขใน การนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขในเรื่องของขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการก่อนการ ฟ้องคดี หรือเงื่อนไขในเรื่องการนับระยะเวลาการฟ้องคดี นอกจากนี้ยังอาจส่งผลกระทบต่อ การกำหนดจำนวนของค่าเสียหายที่ผู้ชนะคดีจะได้รับอีกด้วย

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้จึงเป็นการศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักความรับผิดก่อน สัญญาที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ มาปรับใช้ในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างในสัญญา ทางปกครองของไทย โดยจะศึกษากรณีดังต่อไปนี้

๑) ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาว่ามีหลักการและ แนวความคิดอย่างไร

๒) ลักษณะของการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของ ต่างประเทศ

๓) ลักษณะในทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

๔) สามารถนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้ในระบบสัญญาทางปกครองของ ไทยได้หรือไม่ และหากสามารถนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้ได้ จะนำมาใช้ใน ลักษณะอย่างไร

๒. สมมุติฐานการวิจัย

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนคู่สัญญา ดังนั้น กระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองซึ่งมีเรื่องของการใช้อำนาจรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องจึงมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากกว่าการคัดเลือกคู่สัญญาทางแพ่ง ลักษณะดังกล่าวของสัญญาทางปกครองจึงก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความรับผิดชอบในขั้นตอนการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาได้โดยง่าย ดังนั้น การกำหนดลักษณะของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาให้ชัดเจนจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะในเรื่องนี้นอกจากจะมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของคู่กรณี que เข้าเจรจากันแล้ว ยังอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะอีกด้วย จึงสมควรให้มีการกำหนดหลักกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อให้สิทธิแก่คู่กรณีที่ได้ดำเนินการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาโดยสุจริต ในอันที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง

๓. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- ๑) เพื่อทราบถึงแนวความคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา
- ๒) เพื่อทราบถึงลักษณะของการใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของต่างประเทศ
- ๓) เพื่อทราบถึงลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย
- ๔) เพื่อทราบถึงลักษณะของการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

๔. ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา จากนั้น จะศึกษาถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่ใช้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส และศึกษาถึงลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย รวมถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองของไทย

๕. วิธีดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสาร ตำรา วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย หรือสิ่งตีพิมพ์ต่างๆ รวมทั้งการบรรยายพิเศษจากผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนคำพิพากษา/คำสั่งของศาลปกครอง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คำพิพากษาศาลฎีกา การตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด และการตอบข้อหารือของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารดังกล่าวด้วยวิธี Descriptive and Analytical method

๖. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- ๑) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา
- ๒) ทำให้ทราบถึงลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ใช้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ
- ๓) ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย
- ๔) ทำให้ทราบถึงบทบาทของศาลปกครองไทย ในการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดหาคู่สัญญา ในสัญญาทางปกครอง

บทที่ ๒

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

๑. ความหมายของความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in Contrahendo)

ในกระบวนการจัดหาคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้ประโยชน์จากการแข่งขันเข้าเสนอราคาของผู้ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญากับทางราชการ ซึ่งจะทำให้ส่วนราชการมีโอกาสคัดเลือกพัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมแก่การใช้งานตามความมุ่งหมายและได้ราคาที่เหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีขั้นตอนการดำเนินการที่เข้ามาเกี่ยวพันปลีกย่อยหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นการนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับขั้นตอนการจัดซื้อหรือจ้าง และในขณะเดียวกันก็มีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อเอกชนหรือเป็นการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น ขั้นตอนการจัดกระบวนการขออนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง การแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ การกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือผู้รับจ้าง การเปิดซองประกวดราคา การอนุมัติซื้อหรือจ้าง เป็นต้น กระบวนการต่างๆ ดังที่กล่าวมา หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการโดยไม่โปร่งใส มีส่วนได้เสีย มีความไม่เป็นกลาง หรือมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดต่อเอกชนผู้เข้าร่วมในการเสนอราคาได้ ในขณะเดียวกัน หากปรากฏว่าเอกชนผู้เสนอราคาไม่ดำเนินการตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา เช่น มีการถอนตัวไปในระหว่างการคัดเลือก หรือไม่ยอมลงชื่อเพื่อทำสัญญา ก็ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดต่อหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้ เช่นเดียวกัน ซึ่งความรับผิดทั้งหลายที่ได้กล่าวมาข้างต้น ล้วนเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา หรือที่เรียกกันว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา” นั่นเอง

ในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญานั้น ได้มีการศึกษาถึงแนวความคิดและหลักการในทางกฎหมายไว้อย่างกว้างขวาง แต่เป็นการศึกษาถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางแพ่งเป็นหลัก ดังนั้น ในการศึกษาถึงแนวความคิดและหลักการในทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญา จึงต้องเริ่มต้นศึกษาจากแนวความคิดในการใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ดังนี้

ในปัจจุบัน ประเทศต่างๆ เริ่มมองถึงความสำคัญของช่วงเวลาก่อนที่จะมีการทำสัญญากันว่า หากมีความเสียหายที่เกิดจากความไม่สุจริตของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แม้ไม่มีสัญญาต่อกันบุคคลก็อาจมีความรับผิดในมูลหนี้ที่เกิดขึ้นได้เสมอ ที่ว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญานั้น ในที่นี้หมายความว่าอาจเป็น

ความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกันก็ได้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมเป็นความรับผิดตามสัญญาที่คู่สัญญา มีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ต่อกันตามสัญญา สำหรับมูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้น จึงเป็นความรับผิดก่อนสัญญา^๑ เช่น การล้มเลิกการเจรจาโดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายใด ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายอย่างแน่นอน ในการติดต่อธุรกิจกันนั้นจะต้องมีความไว้นใจเชื่อใจเจตนาของฝ่ายหนึ่ง ที่แสดงออกมาให้อีกฝ่ายหนึ่งรับทราบ หากฝ่ายใดกระทำการอันไม่สุจริตแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย ในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา จึงควรมีมาตรการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ฝ่ายที่สุจริต อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า ลักษณะของความรับผิดที่กล่าวมาข้างต้นยังมีขอบเขตที่กว้างขวาง จึงสมควรที่จะต้องทราบถึงความหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญาว่าหมายถึงอะไร ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายหลายท่านได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนี้

Professor ชาวอังกฤษชื่อ Groffrey Samuel และ Jae Rinkes ได้เขียนถึงเรื่องดังกล่าวไว้ว่า Culpa in Contrahendo อยู่บนพื้นฐานความคิดว่าคู่กรณีที่เจรจาต่อรองทำสัญญา แต่แต่ละฝ่ายจะมีหนี้ต่อกัน ซึ่งเป็นหน้าที่ด้วยตัวของสัญญาเอง เช่น หลักความซื่อสัตย์หรือกฎหมายละเมิด^๒

Professor Friedrich Kessler และ Edith Fine ได้เขียนไว้ว่า “ความรับผิดก่อนสัญญาเป็นทฤษฎีที่ให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในระหว่างเจรจาต่อรองเพื่อจัดทำสัญญา แต่ไม่อาจทำได้เนื่องจากเป็นโมฆะหรือเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องจากคู่กรณีฝ่ายแรกได้”^๓

Professor Nigel G. Foster ได้เขียนไว้ว่า “ความรับผิดก่อนสัญญา หรือ Culpa in Contrahendo หรือ Verschulden bei Vertragsverhandlung เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ได้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้ามาเพื่อจะทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง ดูแล และต้องซื่อสัตย์ (Loyalty) ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง^๔

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ให้ความเห็นไว้ว่า ที่ว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญานั้น ในที่นี้หมายความว่าอาจเป็นความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกันก็ได้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมเป็นความ

^๑ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน”, วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ๑๔, ๒ (ธันวาคม ๒๕๔๕) : ๑๐.

^๒Groffrey Samuel & Jae Rinkes, Law of Obligations and Legal remedies (London : Cavendish Publishing Limited, 1996), p 228.

^๓Friedrich Kessler และ Edith Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faithn, and Freedom of contract : a comparative study, 77. Harvard Law Review. 401, (1964).

^๔Nigel G. Foster, German Law and Legal System (London : Blackstone Press Limited, 1993), p. 221 – 222.

รับผิดชอบตามสัญญาที่คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องชำระหนี้ต่อกันตามสัญญา ทำให้มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้น เป็นความรับผิดชอบก่อนสัญญา^๕

สำหรับในทางตำรานั้น ได้มีผู้ให้คำนิยามของความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ ดังนี้

Professor Jhering^๖ เห็นว่า เป็นความรับผิดชอบสำหรับผู้ที่ทำให้คำมั่นโดยไม่ระมัดระวังจนทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะมีความผูกพันปรากฏขึ้นทั้งที่ความจริงไม่มี ผู้ที่ทำให้คำมั่นก็ต้องเยียวยาให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในลักษณะของการเยียวยาสິงที่เสียไปเพราะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเจรจาหรือการทำสัญญา ซึ่งเรียกประโยชน์ดังกล่าวว่า “negative interest”

รองศาสตราจารย์ ดร. จำปี หยกอุบล (โสทธิพันธุ์) ได้เขียนถึงเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาหรือ Culpa in Contrahendo หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง (libertá negoziale) กล่าวคือ บุคคลนั้นๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (neminem laedere)^๗

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายบางท่านได้กล่าวถึงความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ว่า

Professor Bianca^๘ เห็นว่า เป็นความรับผิดชอบในความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นต่อเสรีภาพในการตกลงเข้าทำสัญญากัน ซึ่งไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า เป็นความรับผิดชอบที่มีที่มาจากภายนอกของสัญญา ซึ่งไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากการทำสัญญา^๙

จากความเห็นของนักกฎหมายข้างต้น จึงสามารถสรุปความหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” หมายถึง “ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนการทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตหรือประมาท

^๕ไพจิตร บุญญพันธ์, “ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบกัน”, หน้า ๑๐.

^๖Kessler F. & Fine E., “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A Comparative Study” 77 *Harv. L.Rew.*, 1964, p. 401. อ้างถึงใน จำปี โสทธิพันธุ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๔), หน้า ๑๕.

^๗จำปี หยกอุบล, “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๑ (๒๕๓๔) : ๑๑๙.

^๘Bianca C.M., *supra* note 4, p. 159. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๖.

^๙นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๔๓๔ - ๔๓๗.

เดินเล่นจนเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเข้าทำสัญญาได้ หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์”

การที่ทำให้มีความรับผิดชอบในความเสียหายก่อนมีการทำสัญญา (pre – contractual contract) เช่นนี้ก็เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายแรกจะต้องมีความระมัดระวัง และซื่อสัตย์ (good faith) ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจกล่าวได้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” คือ ความผิดที่เกิดขึ้นขณะกำลังตกลงเจรจาเพื่อทำสัญญากัน แต่เป็นการกระทำโดยการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ อันเป็นผลให้เกิดความรับผิดตามมา แต่จะบังคับให้มีการรับผิดตามสัญญาไม่ได้เพราะสัญญายังไม่เกิด จึงไม่ผูกพันให้ต้องรับผิดตามสัญญา (Contractual liability) และอาจไม่ใช่ความรับผิดในลักษณะละเมิด เพราะความผิดดังกล่าวอาจยังไม่ถึงขั้นที่เป็นการกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางละเมิด

๒. ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญา

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการศึกษาถึง “ความรับผิดก่อนสัญญา” นั้น จึงต้องมีการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตของช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา คู่กรณีที่จะต้องรับผิดในความผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในช่วงเวลาก่อนเกิดสัญญา และผลกระทบต่อคู่กรณีในความรับผิดก่อนสัญญา ดังนี้

๒.๑ ขอบเขตของช่วงเวลาก่อนเกิดสัญญา

ในการพิจารณาว่าควรนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาไปใช้ในกรณีใดบ้าง จำเป็นที่จะต้องศึกษาว่ามีเหตุการณ์ใดบ้างที่เกิดในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาและก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ซึ่งจะทำให้สามารถทราบได้ว่า ช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาที่ควรให้มีการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นควรเป็นเหตุการณ์ใด โดยจะต้องพินิจพิจารณาถึงเจตนาของคู่กรณีในการเข้ามาผูกนิติสัมพันธ์ต่อกัน หากไม่มีเจตนาเช่นนั้น ก็ไม่อาจเข้าหลักแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม และไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด ดังเช่น การทาบตาม “เป็นการหยั่งดูเพื่อจะได้รู้ว่าประโยชน์ในการที่จะขอให้เข้าทำสัญญาด้วยนั้นจะเป็นประการใด”^{๑๐} ซึ่งการแสดงเจตนาเช่นนี้คู่กรณียังไม่มีเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์ด้วย จึงไม่เข้าหลักนิติกรรมและไม่มีผลอย่างใดในกฎหมาย^{๑๑} หรือในการซื้อเชือกก็ “เป็นแต่เพียงการขอให้

^{๑๐}ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๕), หน้า ๑๒๗.

^{๑๑}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๘.

อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขึ้นมาก่อน ซึ่งถ้าพอใจตนจะสนองรับทำสัญญาด้วย”^{๑๒} จึงยังไม่ถึงขั้นเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม^{๑๓} ด้วยเช่นกัน ส่วนเหตุการณ์ที่คู่กรณีมีความประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กัน เช่น

๑) การเจรจา

โดยปกติการทำสัญญาในชีวิตประจำวันจะไม่มีการเจรจาก่อนทำสัญญา แต่หากเป็นข้อตกลงที่มีความยุ่งยาก คู่กรณีมักจะมีการเจรจาก่อนทำสัญญา ดังเช่น การที่คู่กรณีตกลงกันว่าสัญญาที่จะทำต้องเป็นหนังสือ ทั่วๆ ที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ทำเป็นหนังสือ หากเป็นที่สงสัยก่อนที่จะทำเป็นหนังสือต้องถือว่าเป็นการเจรจาก่อนทำสัญญาเท่านั้น^{๑๔} ดังมาตรา ๓๖๖ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าได้ตกลงว่า สัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ ท่านนับว่ายังมีได้ทำสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ” ซึ่งในการเจรจาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องถึงขั้นว่าจะมีการทำสัญญาต่อกันในอนาคต ซึ่งหากมีการล้มเลิกการเจรจา หรือมีการเจรจาโดยไม่มีความจริงที่จะทำสัญญาด้วย จึงมีปัญหาคู่กรณีที่ล้มเลิกการเจรจาหรือมีเจตนาโดยไม่สุจริตในการเข้าร่วมเจรจาโดยใช้ค่าเสียหายได้หรือไม่ อย่างไร

๒) คำเสนอ

สัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาตกลงกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาต่อกันและสอดคล้องกัน ซึ่งแยกออกเป็นฝ่ายผู้ทำคำเสนอฝ่ายหนึ่งและผู้ทำคำสนองอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคำเสนอกับคำสนองอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันหรือคำเสนอเกิดขึ้นก่อน หลังจากนั้นคำสนองจึงเกิดขึ้นได้ คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ผู้รับคำเสนอ เพื่อให้ผู้รับคำเสนอเข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งการแสดงเจตนาทำคำเสนอนี้เป็นการตกลงเพื่อผูกนิติสัมพันธ์กับฝ่ายผู้สนอง หากผู้เสนอบอกถอนคำเสนอก่อนระยะเวลาอันควรคาดหมายได้ว่าจะมีการสนองรับ จึงทำให้เกิด

^{๑๒} เรื่องเดียวกัน.

^{๑๓} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค ๑ - ๒) พ.ศ. ๒๔๗๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕, เล่ม ๒. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, ๒๕๒๐).

^{๑๔} งามใจ แววมณีวรรณ, ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (๒๕๔๒), หน้า ๘.

^{๑๕} หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๗), หน้า ๒๑๘.

ปัญหาว่า ถ้ามีความเสียหายจากการเตรียมการก่อนมีการทำสัญญา คู่กรณีจะมีความรับผิดชอบระหว่างกันอย่างไร

๓) การแสดงเจตนาบกพร่อง

เมื่อคู่กรณีได้มีการเข้าทำสัญญาเนื่องจากเจตนาบกพร่องโดยถูกกลฉ้อฉลหรือข่มขู่ และมีการบอกล้างสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องกลับไปคืนสู่สภาพเดิม ส่วนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญากัน กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าจะเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาได้หรือไม่

(๑) การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด

ในบางครั้งการทำสัญญาของคู่กรณีอาจเนื่องมาจากการเข้าใจผิดก่อนเข้าทำสัญญา เมื่อมีการเข้าใจผิดคิดว่าเป็นสิ่งที่ตรงกับเจตนาภายในจึงเข้าทำสัญญา ซึ่งหากไม่มีการสำคัญผิดเช่นนั้น ก็คงจะไม่เข้าทำสัญญาด้วย กฎหมายได้คุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด ๒ กรณี คือ

ก) สำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม ซึ่งมีผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ

ข) สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน มีผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ

แต่กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายที่เข้าทำสัญญาโดยสุจริตกับผู้แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาอันเนื่องมาจากการสำคัญผิดแต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าควรจะให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาหรือไม่ อย่างไร

(๒) กลฉ้อฉล

การแสดงเจตนาเพื่อหลอกลวงให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วยเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ซึ่งหากไม่มีการหลอกลวงดังกล่าว คู่กรณีอีกฝ่ายคงจะไม่เข้ามาทำสัญญาด้วยอย่างแน่นอน ซึ่งเหตุการณ์การหลอกลวงเช่นนี้เกิดขึ้นก่อนที่คู่กรณีสองฝ่ายจะตกลงทำสัญญากัน และต่อมามีการทำสัญญากันในภายหลังเนื่องจากถูกกลฉ้อฉล กฎหมายได้คุ้มครองคู่กรณีที่แสดงเจตนาทำนิติกรรมเพราะถูกกลฉ้อฉลให้สามารถบอกล้างสัญญาได้ แต่กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาแต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าควรจะให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาหรือไม่ อย่างไร

(๓) การข่มขู่

การข่มขู่เพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยความจริงแล้วไม่มีความสมัครใจ แต่ด้วยเพราะความกลัวว่าจะเกิดความเสียหายแก่ตน แก่ชื่อเสียงแห่งตน แก่ทรัพย์สินของตน จึงต้องยอมทำสัญญาด้วย ซึ่งเหตุการณ์การข่มขู่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการทำสัญญากัน และกฎหมายได้คุ้มครองคู่กรณีที่แสดงเจตนาทำสัญญาโดยถูกข่มขู่สามารถบอกล้างสัญญาได้ แต่

กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาแต่อย่างใด จึงเกิดปัญหาว่าควรจะให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาหรือไม่ อย่างไร

ตัวอย่างเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้น^{๑๖} เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนที่คู่กรณีจะมาทำสัญญากัน ซึ่งพอสรุปได้ว่า การทาบตามหรือการเชื่อเชิญถือว่าคู่กรณียังไม่มีเจตนาจะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกัน จึงไม่ควรได้รับการเยียวยาแม้มีความเสียหายเกิดขึ้น ในขณะที่เหตุการณ์ในช่วงของการเจรจาข้อเสนอ แม้จะยังไม่มีการทำสัญญาต่อกันก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าคู่กรณีที่อยู่ในช่วงของการเจรจาหรือกรณีทำข้อเสนอ ก็มีเจตนาที่จะมีการทำสัญญากันต่อไปในอนาคต หรือกรณีเข้าทำสัญญากับผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วเพียงแต่ไม่สมบูรณ์เนื่องจากการแสดงเจตนาบกพร่อง เมื่อเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นและมีการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริต หรือความประมาทของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง โดยล้มเลิกการเจรจาหรือถอนข้อเสนอ หรือถูกบอกล้างสัญญาเนื่องจากเข้าทำสัญญากับผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด หรือทราบว่ามีการทำสัญญาเนื่องจากถูกกลฉ้อฉลหรือข่มขู่จึงต้องมีการบอกล้าง กฎหมายไม่ได้คุ้มครองความเสียหายที่เกิดจากการเตรียมการบางอย่างก่อนทำสัญญา หรือเสียโอกาสที่จะทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือเสียเวลาที่จะต้องมาทำสัญญาด้วย ทั้งที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาทำสัญญาด้วย

๒.๒ คู่กรณีในความรับผิดชอบก่อนสัญญา

สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำข้อเสนอและคำสนองที่ต้องตรงกัน และมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกนิติสัมพันธ์กันทั้งสองฝ่าย การทำข้อเสนอและคำสนองดังกล่าวถือว่าเป็นการตกลงที่จะเข้าทำสัญญากัน ซึ่งคู่กรณีที่เข้ามาทำความตกลงกันนั้น อาจเป็นคู่กรณีระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับรัฐก็ได้

๑) คู่กรณีระหว่างเอกชนกับเอกชน

ในกรณีที่มีการตกลงเข้าทำสัญญาได้กระทำขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนกับเอกชนนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างมีความเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาคในทางแพ่ง และไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้อยู่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง จึงทำให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีอำนาจต่อรองเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ให้กับฝ่ายตนอย่างมากที่สุด ดังนั้น หากเกิดความเสียหายต่อคู่กรณีที่ได้แสดงเจตนาโดยสุจริตและได้รับความเสียหายแล้ว คู่กรณีฝ่ายนั้นจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่

^{๑๖}งามใจ แวมณีนีวรรณ, ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, หน้า ๑๐ - ๑๑.

๒) คู่กรณีระหว่างเอกชนกับรัฐ

ในกรณีที่การตกลงเข้าทำสัญญาได้กระทำขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนกับรัฐนั้น จะอยู่ในกรอบของกฎหมายปกครองที่วางระเบียบบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ^{๑๓} ด้วยเหตุที่ส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่ตั้งขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารงานของรัฐบาลและมุ่งให้ได้มาซึ่งประโยชน์สุขของประชาชน การดำเนินการต่างๆ ของส่วนราชการจึงต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองประโยชน์สาธารณะ^{๑๔} จึงทำให้คู่กรณีที่เป็นส่วนราชการมีฐานะในทางปกครองที่จะต้องทำหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในกรณีพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าทำสัญญา ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทางราชการ ดังนั้น หากเกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการดำเนินการดังกล่าว จึงมีปัญหาคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ในการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่เพียงใด และจะสามารถนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้ในกรณีใดได้บ้างหรือไม่

๒.๓ สิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา

ในหัวข้อนี้ ผู้ศึกษาจะศึกษาเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีระหว่างเอกชนกับเอกชนในทางแพ่งเท่านั้น ส่วนสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีระหว่างเอกชนกับรัฐนั้น จะศึกษารายละเอียดในเรื่องดังกล่าวในหัวข้อวิธีการจัดทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในส่วนของบทที่ ๔ ต่อไป

คู่กรณีที่จะมาทำสัญญากันระหว่างเอกชนกับเอกชน จะให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ ซึ่งในการแสดงเจตนาในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้น อาจจะทำให้เกิดผลหรือไม่เกิดผลทางกฎหมายก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นกับว่าคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายหรือไม่^{๑๕} ซึ่งหากมีความประสงค์จะทำสัญญากันต่อไปในอนาคต คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะมีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ดังนี้

๑) สิทธิของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา

ในช่วงที่คู่กรณีอยู่ในระหว่างการเจรจาหรือการทำคำเสนอ เป็นระยะเวลาที่ยังไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกันในระหว่างคู่กรณี จนกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตกลงที่จะทำสัญญาด้วย แต่ก็เป็นช่วงระยะเวลาอันใกล้ที่อาจคาดหมายได้ว่าจะต้องเกิดสัญญาขึ้นแน่นอน คู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิอัน

^{๑๓} ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๓), หน้า ๓๔.

^{๑๔} คัมภีร์ แก้วเจริญ, "สัญญาสัมปทาน," วารสารอัยการ ๑๓ (สิงหาคม ๒๕๓๓) : ๑๙๐.

^{๑๕} งามใจ แวมณีนวรัตน์, ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, หน้า ๑๔.

ชอบธรรมซึ่งเป็น “ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้น”^{๒๐} อันได้แก่ เสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสิทธิ และหน้าที่ หรือนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่แล้ว โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การล้มเลิกการเจรจา หรือถอนการแสดงเจตนา เป็นต้น แต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องเป็นการใช้โดยชอบธรรมและไม่ขัดต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่กรณี

๒) หน้าที่ของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา

เมื่อบุคคลหนึ่งมีสิทธิซึ่งเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ก็ย่อมแสดงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งหรืออีกหลายคนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจของเขา^{๒๑} ซึ่งผู้มีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันตนให้อยู่ในสถานะที่จะต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เขากระทำการ เพื่อให้เป็นไปตามผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลอื่น^{๒๒} เช่น คู่กรณีฝ่ายแรกล้มเลิกการเจรจาหรือบอกล้างโมฆียะกรรม คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามที่คู่กรณีฝ่ายแรกซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิได้ใช้สิทธิของเขา ในขณะที่เดียวกันคู่กรณีฝ่ายแรกซึ่งเป็นผู้ถือสิทธิก็มีหน้าที่ต่อตนเองที่จะต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริต และไม่ใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ที่จะใช้สิทธิไปในทางที่ไม่ขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวมด้วย^{๒๓}

จึงเห็นได้ว่าในการใช้สิทธิของคู่กรณีในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญานี้ เมื่อมีการใช้สิทธิโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น หากผู้ถือสิทธิใช้สิทธิหรือเสรีภาพในการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริต หรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นก็อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแก่ประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๒๐} สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้กฎหมายทั่วไป : ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๓ ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมสาร จำกัด, ๒๕๓๘), หน้า ๙๗.

^{๒๑} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญผล, ๒๕๓๕), หน้า ๒๑๙.

^{๒๒} สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้กฎหมายทั่วไป : ภาคทั่วไป, หน้า ๙๗.

^{๒๓} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า ๒๒๑.

๓. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

โดยปกติการทำสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ในบางครั้งก่อนที่จะมีการทำสัญญากันอาจมีการเจรจาเพื่อจะทำสัญญากันต่อไปในอนาคต หรืออาจมีกรณีที่คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน แต่มาภายหลังทราบว่ามีการกระทำโดยไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นจึงขบถยกเลิกสัญญานั้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวมีผลทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย แต่ไม่สามารถได้รับการเยียวยาอย่างใด เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาเช่นนี้เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายโดยตรง ซึ่งถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้ทุกกรณี หรือมีการบัญญัติไว้แต่ไม่อาจครอบคลุมถึงกรณีที่เกิดขึ้น เพราะความสัมพันธ์ของบุคคลในแต่ละยุคแต่ละสมัยย่อมมีการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา หรือเกิดจากผู้ร่างกฎหมายไม่คิดถึงปัญหาเช่นนั้นในขณะร่างกฎหมาย ซึ่งในยุคของโรมันเห็นว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายผู้พิพากษาจะตัดสินคดีตามเหตุผลแห่งธรรมชาติ (Naturalis ratio) ซึ่งก็คือ ตามหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรม”^{๒๔} จากหลักกฎหมายของโรมันดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติรับรองไว้ทุกกรณี ศาลก็สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้โดยการตัดสินคดีตามหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรม เมื่อมองในยุคปัจจุบันเองความคิดของการอุดช่องว่างของกฎหมายก็ยังคงมีอยู่เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี

ในกฎหมายไทยได้บัญญัติในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้เฉพาะบางกรณี เช่น การห้ามบอกถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา ๓๕๔^{๒๕} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงเรื่องความผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาไว้ในทุกกรณี^{๒๖} จึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะต้องหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และเป็นที่ยอมรับได้ว่าคงจะมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างมากในอนาคต ดังนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับกับผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในความรับผิดทางแพ่ง คือ กฎหมายแพ่ง ซึ่งความรับผิดทางแพ่งนี้อาจแบ่งได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ ความรับผิดเนื่องจากการ

^{๒๔} หยุต แสงอุทัย, “ช่องว่างแห่งกฎหมาย,” วารสารทนายความ ๒๒ (๒๐ สิงหาคม - ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๒๕) : ๑๕ - ๑๖.

^{๒๕} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๓๕๔ คำเสนอจะทำสัญญาอันบังระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น ท่านว่าไม่อาจจะถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้

^{๒๖} บงามใจ แวมณีนีวรรณ, ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, หน้า ๒๑ - ๒๒.

ไม่ชำระหนี้หรือความรับผิดทางสัญญา และความรับผิดทางละเมิด การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาว่า แม้จะยังไม่ได้มีการแจ้งให้เข้าทำสัญญาอย่างเป็นทางการก็ตาม เอกชนผู้เสนอราคาก็ไม่สามารถบอกถอนคำเสนอของตนได้ เมื่อผู้เสนอราคาไม่เข้ามาทำสัญญาจ้างตามคำเสนอ จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา^{๒๓} ส่วนกรณีที่มีการเรียกให้ผู้เสนอราคาที่ชนะการประกวดราคาเข้ามาทำสัญญาแล้ว แต่ผู้เสนอราคาดังกล่าวไม่ยอมเข้ามาทำสัญญา หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจึงมีการว่าจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ให้เข้ามาทำสัญญาด้วยค่าจ้างที่สูงกว่าเดิม กรณีเช่นนี้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาสามารถริบมัดจำได้เท่านั้น แต่จะเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาไม่ได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิด จึงเรียกให้ผู้เสนอราคารายแรกรับผิดตามสัญญาไม่ได้^{๒๔} ซึ่งจากการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสามารถเรียกค่าเสียหายได้ แต่ไม่ใช่ค่าเสียหายฐานผิดสัญญานั้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าค่าเสียหายที่สามารถเรียกได้ เป็นค่าเสียหายบนฐานความผิดใด (สัญญา ละเมิด หรือความรับผิดเอกเทศ) แต่เป็นการยอมรับว่าสามารถเกิดความรับผิดขึ้นได้ในช่วงของการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา เพียงแต่ศาลไทยไม่ได้วินิจฉัยในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้โดยตรงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาก็อาจมองไปได้ว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญา

ในต่างประเทศได้มีการพัฒนาให้มีการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญา โดยได้มีการนำหลักกฎหมายมาใช้แตกต่างกัน จึงส่งผลให้ทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญาแยกเป็น ๓ กรณี คือ ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด และทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

๓.๑ ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา (Contractual liability Theory)

ตามทฤษฎีนี้มีแนวความคิดในเรื่องการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานี้ว่า ควรจะต้องให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดทางสัญญาไม่ใช่อาศัยมูลละเมิด แม้ว่าจะอยู่ในช่วงที่สัญญายังไม่เกิดก็ตาม ดังเช่น คู่กรณีสองฝ่ายอยู่ในระหว่างการเจรจาต่อรองกัน ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตโดยมีความซื่อสัตย์ และไว้ว่างใจต่อกัน ขณะที่สัญญายังไม่เกิด การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการแสดงเจตนาแล้วก่อให้เกิดอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย ผู้ที่กระทำการเช่นนั้นต้องรับ

^{๒๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๕๔๐.

^{๒๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๕๔๐, และที่ ๑๘๒๕/๒๕๒๒.

ผิดตามกฎหมายสัญญา แม้ว่าอาจมีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียว ไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การทำข้อเสนอ เป็นต้น ทฤษฎีนี้เห็นว่าการผิดกรณฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวอาจเป็นมูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ได้^{๒๙} หากผู้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวบอกถอนการแสดงเจตนาของตนก่อนมีการสนองรับ ผู้เสนอจึงต้องรับผิดชอบและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการตระเตรียมการบางอย่างเพื่อจะแสดงเจตนาสนองรับ ดังเช่นกรณีการถอนคำเสนอก่อนมีคำสนองก็ถือว่ามีหนี้ที่ต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งกรณีเช่นนี้ไม่แตกต่างไปจากการไม่ชำระหนี้ในกรณีอื่น^{๓๐} ที่ว่ายอมมีสิทธิจะเรียกค่าเสียหายเพราะการละเลยไม่ชำระหนี้เช่นเดียวกัน หนี้ที่เกิดจากคำเสนออาจถือได้ว่าเป็นหนี้ที่งดเว้นกระทำ คือ ต้องปล่อยให้คำเสนอคงมีผลอยู่และไม่ถอน ถ้าหากถอนคำเสนอจะก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเกิดขึ้นตั้งแต่ไม่ชำระหนี้ คือถอนคำเสนอ ในเรื่องดังกล่าวนี้ ท่านอาจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ก็เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เพียงแต่ในการฟ้องร้องคดีต่อศาลนั้น ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ยอมเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องระบุว่าค่าเสียหายนั้นเกิดจากฐานใด เพราะเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องยกบทกฎหมายขึ้นปรับคดีเอง^{๓๑} เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ตามทฤษฎีนี้มีประเทศที่เห็นด้วย ได้แก่ ประเทศอิตาลี โดยมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปบัญญัติในกฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา ๑๓๓๗ มาตรา ๑๓๓๘ และมาตรา ๑๓๒๘ วรรคแรก อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ก็ยังมีความเห็นของนักกฎหมายอิตาเลียนที่มีความเห็นแตกต่างกันออกไป โดยบางท่านเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด หรือความรับผิดเอกเทศ^{๓๒}

^{๒๙} จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ มาตรา ๓๕๔ ถึงมาตรา ๔๕๒ ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, ๒๕๒๒), หน้า ๓.

^{๓๐} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ มาตรา ๒๔๑ ถึงมาตรา ๔๕๒ (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, ๒๕๐๓), หน้า ๒๖๖.

^{๓๑} ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๒๖), หน้า ๓๔๑.

^{๓๒} ศึกษาเพิ่มเติมจาก จำปี ไสตติพันธุ์, “หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายอิตาลี,” เอกสารบรรยายวิชาการกฎหมายเปรียบเทียบ หน้า ๔๐๗ ชุดที่ ๓ ประจำปีภาคฤดูร้อน/๒๕๔๑ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (อัสสัมชัญ), หน้า ๕ – ๖.

๓.๒ ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด (Delictual Liability Theory)

สำหรับประเทศที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือละเมิดนี้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า ความรับผิดนอกสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดนี้ เป็นความรับผิดที่สันนิษฐานถึงความมีอยู่ของหนี้หรือความผูกพันต่างๆ ไปที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น^{๓๓} ส่วนนักกฎหมายอิตาลี ก็มีความเห็นด้วยกับการจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มนี้ โดยเห็นว่า เพราะไม่อาจจัดความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากเป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิด มิใช่ความรับผิดสำหรับความผิดเมื่อเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น แม้อาจจะกล่าวได้ถึงหนี้ที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนสัญญาก็ไม่อาจจะกล่าวได้เลยว่า หนี้นั้นมีลักษณะของหนี้ตามสัญญา เพราะช่วงที่ก่อให้เกิดสัญญาเป็นช่วงที่แยกต่างหากซึ่งมีลักษณะเฉพาะของตนเอง และในท่ามกลางหลักเกณฑ์เหล่านั้นก็มีหลักสุจริตอยู่ด้วย อันการฝ่าฝืนจะก่อให้เกิดความรับผิดอันอยู่นอกขอบเขตของสัญญา^{๓๔} และเมื่อไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดตามสัญญาได้ กลุ่มที่เหลืออยู่จึงมีเฉพาะกลุ่มความรับผิดนอกสัญญาหรือในทางละเมิดเท่านั้น ซึ่งความเห็นดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปี ๑๘๖๕ ในทางทฤษฎี และแนวคำพิพากษาของศาลสูงของอิตาลีในปัจจุบัน^{๓๕}

ตามทฤษฎีนี้ นักกฎหมายไทยมีความเห็นว่า ความรับผิดซึ่งเกิดขึ้นก่อนสัญญาไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญา แต่ควรเป็นความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากสัญญาหรือนิติกรรมหลายฝ่ายเท่านั้นที่ก่อหนี้ได้หรือเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ได้ ส่วนนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นก่อหนี้ไม่ได้ เพราะนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นเพียงทำให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ได้แก่ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ แต่ไม่ก่อหนี้เพราะหนี้เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกหนี้ต้องกระทำการบางอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้ ดังนั้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวจึงขาดบุคคลไปฝ่ายหนึ่ง คือ เจ้าหนี้ จึงไม่เกิดหนี้ขึ้น

^{๓๓}Bianca C.M., *Diritto Civile : Il Contratto*, p. 161. อ้างถึงใน จำปี โสติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๔), หน้า ๓๒.

^{๓๔}Tamburrino G., *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto* (Giuffrè : Milano) 1991, p.30. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

^{๓๕} ศึกษาเพิ่มเติมจาก จำปี โสติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า ๓๒.

เพราะไม่มีใครแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์นั้น จึงยังไม่มีใครจะได้สิทธิเรียกร้องเป็นเจ้าของ^{๓๖} เมื่อ ยังไม่มีสิทธิเรียกร้องก็ยังไม่เห็นที่ผูกพันกัน การจะให้คนอื่นผูกพันเกี่ยวข้องกับเข้ามาด้วย ต้องให้เขา แสดงเจตนาสมัครใจยินยอมด้วย แม้แต่ในการที่จะให้เขาได้เป็นเจ้าของนี้ ก็ไม่หมายความว่าใครๆ จะ ยินดีสมัครใจด้วย เนื่องจากผู้ที่เป็นเจ้าหนี้ อาจต้องรับภาระบางอย่างก็ได้ ฉะนั้น หากไม่มีสัญญาที่ไม่ มีความรับผิดชอบทางสัญญา ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาผู้เสียหายก็ต้องเรียกร้องหรือ ฟ้องร้องตามหลักละเมิด^{๓๗}

๓.๓ ทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศ (Third Lane Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาไม่อาจจัดกลุ่มอยู่ในความรับผิดชอบทางสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิด และไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิดด้วยเช่นกัน จึงควรนำมา จัดอยู่ในกลุ่มใหม่ชื่อความรับผิดชอบก่อนสัญญา^{๓๘} ทั้งนี้ เพราะความรับผิดชอบก่อนสัญญามีรากฐานแตกต่าง จากสัญญาหรือในทางละเมิด ที่ว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญามีรากฐานแตกต่างจากความรับผิดชอบตาม สัญญา เพราะสัญญายังไม่เกิดขึ้น จึงยังมิได้มีความผูกพันใดๆ ทางสัญญาต่อกัน แต่ก็มีได้ หมายความว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือที่เรียกว่าละเมิด เพราะในกรณีละเมิดนั้นสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมายทั้งในเรื่องของสัญญา และเรื่องของละเมิดอยู่แล้ว จึงควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่เป็นกลุ่มความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศไปเลย ^{๓๙} ตามทฤษฎีนี้ศาลตัดสินคดีให้ช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาสามารถนำหลักความรับผิดชอบก่อน สัญญามาใช้ในลักษณะทั่วไป เพื่อปรับกับหลักกฎหมายที่มีอยู่

ซึ่งประเทศที่เห็นด้วย ได้แก่^{๔๐} ประเทศเยอรมัน เนื่องจากแต่เดิมกฎหมายเยอรมันไม่มี บทบัญญัติหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นหลักทั่วไปไว้โดยตรง จึงได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นการ

^{๓๖} ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค ๑ - ๒) พ.ศ. ๒๔๗๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕, เล่ม ๒ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, ๒๕๒๐), หน้า ๔๓๔ - ๔๓๕.

^{๓๗} วงษ์ วีระพงศ์, "ละเมิดและสัญญาต่างกันอย่างไร," อุลพาห ๑๐ (มกราคม ๒๕๐๖) : ๗๙๔.

^{๓๘} จำปี ไสตติพันธ์, "หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายอิตาลี", เอกสารบรรยายวิชาการกฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ หน้า ๔๐๗ ชุดที่ ๓ ประจำปีภาคฤดูร้อน/๒๕๔๑ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (อัสสัมชัญ), หน้า ๖.

^{๓๙} จำปี ไสตติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า ๓๔ - ๓๕.

^{๔๐} งามใจ แวมณีนววรรณ, ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, หน้า ๒๔ - ๒๕.

เฉพาะเรื่อง จึงทำให้ไม่อาจนำกฎหมายที่มีอยู่มาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาได้ทุกกรณี ทฤษฎีนี้ไม่ใช่ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา หรือทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด แต่เป็นทฤษฎีที่อยู่ระหว่างสองทฤษฎี โดยมีแนวคิดในการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาปรับใช้เป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" เพื่อคุ้มครองคู่กรณีแต่ละฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาว่าจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือประมาท คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตจากคู่กรณีฝ่ายแรกได้ แต่ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ จึงได้มีการนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามายกบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยได้มีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในมาตรา ๒๔๑ และมาตรา ๓๑๑ ซึ่งจะได้ศึกษาถึงรายละเอียดของบทบัญญัติดังกล่าวในหัวข้อความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

จากทฤษฎีดังกล่าวของความรับผิดก่อนสัญญาข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีแนวคิดในการนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับความรับผิดก่อนสัญญาที่แตกต่างกัน ดังนั้น จึงควรที่จะต้องมีการศึกษาถึงแนวความคิดของต่างประเทศว่ามีหลักการและเหตุผลอย่างไร จึงนำหลักกฎหมายสัญญา หรือหลักละเมิด หรือหลักความรับผิดที่เป็นเอกเทศมาปรับใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา ทั้งนี้ เพื่อนำไปใช้ในการศึกษาวิเคราะห์กับความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทยต่อไป

๔. ผลกระทบต่อคู่กรณีในความรับผิดก่อนสัญญา

หากมีการนำทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญาทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งตามที่ได้ศึกษามาข้างต้น มาใช้เป็นมาตรฐานในการแก้ไขเยียวยาความเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อทั้งคู่กรณีฝ่ายที่มีการขอให้มีการล้มเลิกการเจรจาหรือถอนคำเสนอไป และคู่กรณีฝ่ายที่มีความตั้งใจที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญากัน โดยอาจเกิดผลกระทบในลักษณะต่างๆ ดังนี้

๑) ผลกระทบต่อเสรีภาพในการทำสัญญา

เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยหนี้ หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย มีหลักการคือฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้อีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่วางรากฐานอยู่บนหลักเสรีภาพ^{๔๐} ทำให้บุคคลมีอิสระที่จะเข้ามาทำสัญญากับบุคคลใดๆ ก็ได้ ดังนั้น

^{๔๐} จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้, เล่ม ๑ (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๒), หน้า ๘ - ๙.

การที่จะเกิดหนี้ตามสัญญาได้ จะต้องเกิดจากความสมัครใจของบุคคลที่จะเข้าทำสัญญากันเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากที่เคยกล่าวไว้แล้วว่า การทำสัญญาเป็นการก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องผูกพันให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อผู้กระทำสัญญา

การทำสัญญาจึงเป็นเรื่องเสรีภาพของบุคคลที่จะกระทำหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น หากเกิดกรณีที่ มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งล้มเลิกที่จะเข้าทำสัญญา ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกำลังมีการเตรียมการต่างๆ เพื่อเข้าทำสัญญา แต่เมื่อมีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาปรับใช้เพื่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย กลับถือเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพ ในการทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายแรก เนื่องจากหากเขาไม่ต้องการทำสัญญาก็ไม่มีความจำเป็นที่เขา จะต้องมีความผูกพันกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญาก็มีขอบเขตอยู่ เหมือนกัน ซึ่งหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑ ที่กำหนดให้การใช้ เสรีภาพในการทำสัญญานั้น จะต้องไม่เป็นการขัดต่อประโยชน์ของสังคม เช่น ไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย หรือเป็นการพันวิสัย และที่สำคัญคือจะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักสุจริต

๒) ผลกระทบต่อความเป็นธรรม

การที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติรับรองความรับผิดชอบก่อนสัญญา จึงถือเป็นช่องว่างของ กฎหมายที่ทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่า จะนำกฎหมายใดมาปรับใช้กับความรับผิดชอบก่อนสัญญาเมื่อ เกิดความเสียหายกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการนำหลักกฎหมายใดก็ตามมาปรับใช้นั้น ควรที่จะ คำนึงถึงความเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายด้วยว่า หากมีการนำกฎหมายใด กฎหมายหนึ่งมาใช้เพื่อเป็นมาตรการในการทดแทนความเสียหายให้เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง แต่ กลับเป็นโทษแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่จะต้องถูกจำกัดในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา นั้น จะถือว่าเป็น ธรรมหรือไม่ ซึ่งเรื่องนี้ควรจะต้องนำมาซึ่งน้ำหนักถึงผลดีและผลเสียจากการนำหลักกฎหมายมาปรับ ใช้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย^{๔๒}

๓) ผลกระทบต่อสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย

หากนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในแต่ลักษณะตามที่ได้ศึกษามาข้างต้นมาปรับใช้ กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ก็จะทำให้เกิดผลกระทบต่อข้อกำหนดค่าเสียหายในแต่ ละกรณีแตกต่างกัน ดังนี้

^{๔๒}งามใจ แวมณีวรรณ, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี, หน้า ๑๗.

กรณีนี้ถือว่าเป็น “ความรับผิดทางสัญญา” การเรียกร้องค่าเสียหายก็จะคำนวณค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๒๒ ที่บัญญัติว่า การเรียกร้องค่าเสียหายนั้น ได้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น และวรรคสองบัญญัติว่า เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า การเรียกร้องค่าเสียหายของคู่กรณีโดยใช้หลักความรับผิดทางสัญญา จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทั้งที่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติ และที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษ

กรณีนี้ถือว่าเป็นความรับผิดนอกสัญญาหรือ “ความรับผิดทางละเมิด” การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๓๘ ซึ่งได้บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...” ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นได้ว่า การเรียกร้องเอาค่าเสียหายตามหลักความรับผิดทางละเมิดนั้น การกำหนดค่าเสียหายจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัย โดยจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิด

กรณีนี้ถือว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็น “ความรับผิดที่เป็นเอกเทศ” การเรียกร้องค่าเสียหายจะเป็นการเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) ซึ่งมีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเดิมดังเช่นก่อนมีการเข้าร่วมเจรจาหรือเข้ามาทำสัญญากัน^{๔๔} แต่ไม่รวมถึงค่าขาดโอกาสที่จะได้รับในลักษณะของกำไร ซึ่งถือเป็นประโยชน์ที่ควรจะได้จากความสมบูรณ์ของสัญญา

จะเห็นได้ว่า แม้มีการนำหลักกฎหมายมาใช้ในการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายว่า จะนำหลักกฎหมายใดมาปรับใช้ ไม่ว่าจะเป็นหลักความรับผิดทางสัญญา หลักความรับผิดทางละเมิด หรือหลักความรับผิดที่เป็นเอกเทศ ซึ่งต่างก็มีหลักเกณฑ์ในการเรียกค่าเสียหายที่แตกต่างกันดังที่กล่าวมา

๔) ผลกระทบต่อความไว้นื้อเชื่อใจ

การพิจารณาหลักความไว้นื้อเชื่อใจ จะพิจารณาถึงความสุจริตของผู้แสดงเจตนา โดยหากเป็นกรณีนี้ผู้รับการแสดงเจตนาไม่อาจทราบถึงเจตนาภายในและการแสดงเจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกับกรแสดงเจตนาภายใน แต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ให้ความไว้วางใจต่อผู้แสดงเจตนาว่ามี

^{๔๔}ศึกษาเพิ่มเติมจาก จำปี โสทธิพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า ๒๕.

ความสุจริตที่ได้แสดงเจตนาออกมาเช่นนั้น กรณีนี้ต้องถือว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นมีความสำคัญกว่าเจตนาที่แท้จริงภายใน แต่หากเกิดกรณีที่ผู้รับการแสดงเจตนาได้รู้หรือควรจะรู้ว่าการแสดงเจตนาออกมานั้นไม่ตรงกับเจตนาภายใน ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าเจตนาภายในสำคัญกว่า^{๔๔} ในกฎหมายไทยได้ปรากฏหลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีการนำไปใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน ๒ ประการคือ^{๔๕}

ประการแรก เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง โดยปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๑๒ มาตรา ๔๑๓ และมาตรา ๑๒๙๙ เป็นต้น ซึ่งเป็นการนำหลักสุจริตไปใช้ในความหมายอย่างแคบโดยใช้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

ประการที่สอง เป็นหลักสุจริตทั่วไป โดยหลักสุจริตนี้จะปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าทุกคนจะต้องกระทำการโดยสุจริต” และมาตรา ๓๖๘ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาที่ท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” จะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเพียงการรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีเท่านั้น แต่เป็นบทมาตราที่เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งของไทยทั้งระบบ ที่ให้ค่าความความสัมพันธ์ของบุคคลต้องปฏิบัติต่อกันดังเช่นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์และไว้วางใจกันได้ แม้ว่าจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสุจริตอยู่แล้วในเรื่องนั้นๆ แต่ตามมาตรา ๕ ดังกล่าวก็ยังใช้เป็นมาตรฐานชี้ขาดว่าการกระทำตามบทกฎหมายนั้นไม่ขัดต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติเหล่านี้เป็นมาตรฐานทางกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้วัดความประพฤติของมนุษย์

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บุคคลทุกคนแม้ว่าจะมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นหรือไม่ก็ได้ แต่การใช้เสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจของอีกฝ่ายหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป จากที่ได้ดำเนินการศึกษามาทั้งหมดข้างต้นนั้น สามารถสรุปได้ว่า “ความรับผิดชอบสัญญา” คือ ความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนทำสัญญาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งซึ่งกระทำการโดยไม่สุจริตหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จนมีผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจทำสัญญาได้ หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ โดยช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดขึ้นของสัญญาดังกล่าว คือเหตุการณ์ในช่วงของการเจรจา การทำคำเสนอ แม้จะยังไม่มีการทำสัญญาต่อกันก็ตาม

^{๔๔}จำปี โสคติพันธ์ุ, หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๓๙), หน้า ๘๘ - ๘๙.

^{๔๕}สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ความรู้กฎหมายทั่วไป : ภาคทั่วไป, เรื่องเดิม, หน้า ๑๑๑ - ๑๑๕.

อาจกล่าวได้ว่าคู่กรณีที่อยู่ในช่วงของการเจรจาหรือกรณีทำคำเสนอ ก็มีเจตนาที่จะมีการทำสัญญากันต่อไปในอนาคต ซึ่งคู่กรณีที่เข้ามาทำความตกลงกันนั้น อาจเป็นคู่กรณีระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับรัฐก็ได้

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิของคู่กรณีในช่วงเวลาก่อนการเกิดสัญญานั้น คู่กรณีมีสิทธิเสรีภาพในการล้มเลิกการเจรจา หรือถอนการแสดงเจตนาได้ ซึ่งหากมีการใช้เสรีภาพดังกล่าวแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องปฏิบัติตามซึ่งส่งผลให้สัญญาไม่เกิดขึ้น ดังนั้น หากผู้ถือสิทธิใช้สิทธิในการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น ก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย

หากมีความเสียหายเกิดขึ้น หลักกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาแก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนั้น มีอยู่ด้วยกัน ๓ แนวทางด้วยกัน คือ ประการแรกถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางสัญญา ประการที่สองถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด และประการที่สามถือว่าเป็นความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศ ซึ่งการแก้ไขเยียวยาในแต่ละแนวทางที่กล่าวมานั้น ล้วนส่งผลกระทบต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่แตกต่างกันไม่ว่าจะเป็น ประการแรก ผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คือ หากให้ฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการล้มเลิกการเจรจา ย่อมกระทบต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้” ประการที่สอง ผลกระทบต่อความเป็นธรรม ที่หากมีการนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมาใช้เพื่อเป็นมาตรการในการทดแทนความเสียหายให้เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่ง แต่กลับเป็นโทษแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่จะต้องถูกจำกัดในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา นั้น จะถือว่าเป็นธรรมหรือไม่ ประการที่สาม เป็นเรื่องของผลกระทบต่อความเสียหายที่หากนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในแต่ละลักษณะมาปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ก็จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อข้อกำหนดค่าเสียหายในแต่ละกรณีที่แตกต่างกัน ประการสุดท้าย คือ ผลกระทบต่อความไว้วางใจที่ถือว่า หากผู้รับการแสดงเจตนาไม่ทราบถึงเจตนาภายในของผู้แสดงเจตนาและการแสดงเจตนาที่แสดงออกมาไม่ตรงกับการแสดงเจตนาภายใน แต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ให้ความไว้วางใจต่อผู้แสดงเจตนาว่ามีความสุจริตที่ได้แสดงเจตนาออกมาเช่นนั้น กรณีนี้ต้องถือว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นมีความสำคัญกว่าเจตนาที่แท้จริงภายใน แต่หากผู้รับการแสดงเจตนาได้รู้หรือควรจะรู้ว่าการแสดงเจตนาออกมานั้นไม่ตรงกับเจตนาภายใน ในกรณีเช่นนี้จะถือว่าเจตนาภายในสำคัญกว่า

อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ได้นำเสนอมาข้างต้น ล้วนแต่เป็นผลที่เกิดจากความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางแพ่ง ซึ่งเป็นที่ทราบดีว่ากระบวนการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาดังกล่าวได้วางอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และมีความมุ่งหมายเพื่อการแสวงหากำไรในทางธุรกิจ ดังนั้น การจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นสัญญาที่กระบวนการตกลงเจรจาเพื่อทำสัญญาอาจมีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง และการจัดทำสัญญาก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ จึงควรนำหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมมาปรับใช้ ซึ่งการจะนำหลักเกณฑ์ใดมาปรับใช้ได้หรือไม่ และนำมาใช้ในลักษณะอย่างไรนั้น เป็นเรื่อง que ผู้ศึกษา จะดำเนินการศึกษาในบทต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๓

ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา ในสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

๑. ความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของเยอรมัน

เยอรมัน เป็นประเทศที่ใช้ระบบแบ่งแยกขอบเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีออกต่างหากจากกันเป็นหลายศาล เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลภาษี ศาลประกันสังคม ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง โดยมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน ซึ่งคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายของไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ส่วนหนึ่งได้คัดลอกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน แต่ไม่ได้นำเอาเรื่องหลักความรับผิดก่อนสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วย^๑ ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

๑.๑ ความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่งของเยอรมัน

๑.๑.๑ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

การให้ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาของเยอรมันนั้น ได้มีการคิดค้นหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่เป็นหลักความรับผิดเอกเทศขึ้น ซึ่งหลักความรับผิดก่อนสัญญาของเยอรมันดังกล่าว เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยนักปราชญ์ชาวเยอรมันชื่อ Rudolf Von Jhering เมื่อปี ค.ศ. ๑๘๖๑ ที่เห็นว่า ในระหว่างการเจรจาต่อรอง (negotiations) คู่กรณีที่เข้าเจรจามีหน้าที่เนื่องจากมีความตั้งใจที่จะเข้าทำสัญญา โดยฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต่อสัญญาที่กำลังจะเกิดขึ้น (in contrahendo) ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความประพฤติที่น่าตำหนิหรือไม่เหมาะสม (blameworthy) ผิดแผกต่อหน้าที่ที่จะต้องทำโดยสุจริต เลิกการเจรจาไปหรือทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์หรือสัญญาไม่เกิดขึ้น เป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากเชื่อใจหรือไว้ใจโดยสุจริตว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเข้าเจรจาด้วยจนสัญญาเป็นผลสำเร็จ คู่สัญญาฝ่ายที่ประพฤติไม่เหมาะสม (blameworthy party) จะต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อ

^๑เจียมจิต สุวรรณน้อย, “สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดก่อนสัญญา,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๖), หน้า ๖๓.

เป็นการรองรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจาต่อรองหรือขณะที่คู่กรณีเข้ามาเพื่อจะทำสัญญา ก่อนที่สัญญาจะเกิด

นอกจากนี้ Jhering เห็นว่า สิทธิในอันที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่กรณีของสัญญาฝ่ายที่ประพฤติไม่เหมาะสมนั้น ได้แก่ สิทธิเรียกร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายสุจริตได้คืนสู่ฐานะเดิม ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความคาดหวังว่าจะได้ผลประโยชน์อย่างไรจากสัญญา สิทธิเรียกร้องในทางเยียวยาความเสียหายเพื่อคืนสู่สถานะเดิม เรียกว่า “negative interest”^๒ หรือ “reliance damages”^๓ ค่าเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ในทางลบ (negative interest) ซึ่ง Jhering สร้างหลักดังกล่าวขึ้นมาเพื่อแก้ไขความบกพร่องของกฎหมายละเมิดของเยอรมัน โดยเหตุผลที่นำมาใช้มีอยู่ด้วยกันสามประการคือ ประการแรก เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายละเมิดของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่ไม่มีหลักในเรื่อง “ความรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่น (vicarious liability)” ประการที่สอง เพื่อแก้ปัญหาจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำโดยประมาทเดินเล่อ เป็นเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีค่าใช้จ่ายโดยหวังว่าจะได้ทำสัญญากัน แต่ในที่สุดก็ไม่อาจตกลงทำสัญญากันได้ และประการที่สาม กรณีที่มีการทำสัญญากัน แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากความรับผิดชอบก่อนสัญญาและไม่อาจเยียวยาได้เพียงพอด้วยการชดใช้ค่าเสียหายตามปกติ^๔

เนื่องจากแต่เดิมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ เมื่อเกิดปัญหาที่บทบัญญัติเฉพาะเหล่านั้นไม่อาจครอบคลุมข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้นได้ ศาลสูงของเยอรมัน^๕ จึงทำหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวด้วยวิธีการที่เรียกว่า Judge – made law ต่อไป และการเยียวยาดังกล่าวก็คงไม่สามารถที่จะคำนึงถึงหลักการประการอื่นนอกจากหลักสุจริต อันเป็นหลักที่ครอบคลุมเนื้อหาทั้งหมดในเรื่องสัญญา^๖ จึงทำให้ศาลเยอรมันต้องนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อให้คู่กรณีที่ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนได้กระทำขึ้นก่อนมีการทำสัญญา โดยหลัก

^๒P.D.V.Marsh, Comparative Contract Law England, France, Germany (England : Gover Publishing, 1994), p. 64.

^๓Friedrich and Fine, op. cit., p. 401-402.

^๔เจียมจิต สุวรรณน้อย, “สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า ๖๔.

^๕Zimmermann R., The Law of Obligation : Roman Foundation of the Civilian Tradition, p.245.

^๖Kessler F. & Fine E., supra note 1, p.403 – 404 ; Nicholas B., The French Law of Contract (London : Butterworth), 1992, p.69.

สุจริตถูกนำมาปรับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาของระบบกฎหมายเยอรมัน

๑.๑.๒ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

ในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่เดิมไม่ปรากฏว่าได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาไปบัญญัติไว้เป็น “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าอิทธิพลทฤษฎีของ Jhering จะมีได้มีผลต่อประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแต่เดิมไม่ได้มีการนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาบัญญัติไว้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” แต่ก็ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในบางเรื่องเป็นการเฉพาะ ซึ่งแม้จะมีการบัญญัติไว้เป็นส่วนๆ ก็ตาม ก็ยังแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดทางวิชาการในเรื่องดังกล่าว เพียงแต่ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นเรื่องทั่วไปโดยอย่างชัดเจนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในเรื่องหลักความรับผิดก่อนสัญญาของเยอรมันยังได้พัฒนาไปไกลกว่าความคิดของ Jhering ในเรื่อง *Culpa in Contrahendo* เนื่องจากความรับผิดที่ได้บัญญัติไว้ไม่ว่าในมาตรา ๑๒๒, มาตรา ๑๒๓, มาตรา ๑๗๙ หรือมาตรา ๒๙๔ ก็ดี ล้วนเป็นความรับผิดที่ไม่ต้องมีข้อสันนิษฐานว่ามี “ความผิด” (fault) เสียก่อน^๑ แต่ก็ยังมีบางมาตรา เช่น มาตรา ๓๐๗, มาตรา ๔๕๙, มาตรา ๕๒๓, และมาตรา ๕๒๔ ซึ่งกำหนดความรับผิดบนข้อสันนิษฐานว่าต้องมีความผิด ยิ่งไปกว่านั้น กรณีของมาตรา ๑๒๒ ยังกำหนดให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่กรณีได้อีกด้วย

แต่เดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน การยอมรับหลักความรับผิดก่อนสัญญาดังที่ปรากฏในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมันนั้น หากพิจารณาถึงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๕ ที่ได้บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดเสนอจะทำสัญญาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง ผู้เสนอจะต้องผูกพันต่อคำเสนอนั้น เว้นแต่ผู้เสนอจะแสดงไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามคำเสนอ”^๒ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่งของไทย ที่ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอก่อนคำเสนอนั้นสิ้นผล เว้นแต่จะได้ออกโดยชัดแจ้งแล้วว่า ตนไม่ต้องการจะผูกพันตามคำเสนอนั้น ซึ่งในกรณีนี้แม้สัญญายังไม่เกิดแต่นิติกรรมฝ่ายเดียวก็สามารถ

^๑Kessler F. & Fine E., “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A Comparative Study”, p.403.

^๒The German Civil Code

§145 “If a person offers to another the making of a contract, he is bound by the offer, unless he has excluded this obligation”.

ก่อให้เกิดหนี้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาของรับไว้ก็ได้ เช่น การจัดตั้งมูลนิธิขึ้นเพื่อยกทรัพย์สินให้ในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ การประกาศให้รางวัล หรือการก่อนหนี้ที่จะต้องชำระแก่ผู้ถือตั๋วหรือเอกสาร เป็นต้น^{๙๙} ดังนั้น การฝ่าฝืนคำเสนอซึ่งได้ให้ไว้แล้ว ผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยถือเป็นความรับผิดก่อนสัญญา (avant contract) ซึ่งเป็นความรับผิดทางสัญญาที่พัฒนามาใช้กับความรับผิดก่อนสัญญา โดยไม่อาจถือเป็นความรับผิดทางละเมิดหรือนิติเหตุ^{๑๐๐}

ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยได้มีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนี้

มาตรา ๒๔๑^{๑๐๑} บัญญัติว่า

๑) ด้วยมูลแห่งหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ การชำระหนี้อาจได้รับการงดเว้นจากการกระทำบางกรณี

๒) หนี้สามารถเรียกร้องเอาจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิ หรือประโยชน์ หรือประโยชน์อื่น ๆ ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับคุ้มครองโดยกฎหมาย

มาตรา ๓๑๑^{๑๐๒} บัญญัติว่า

^{๙๙}โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ ๖, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๔๕), หน้า ๓๒.

^{๑๐๐}ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙), ๑๗๘.

^{๑๐๑} The German Civil Code

§ 241 Duties arising out of the obligation

1) By virtue of the obligation the obligee is entitled to demand performance from the obligor. Performance may also consist in refraining from doing something.

2) An obligation may require each party to have regard to the other party's rights, legally protected interests and other interests.

^{๑๐๒} The German Civil Code

§ 311 Obligations created by legal transaction and similar obligations

1) Unless otherwise provided by statute, a contract between the parties is necessary in order to create an obligation by legal transaction or to alter the content of an obligation.

2) An obligation with duties in accordance with § 241 (2) also arises as a result of

(1) entry into contractual negotiations,

(2) preparations undertaken with a view to creating a contractual relationship if one party permits the other party to affect his rights, his legally protected interest or other interests or entrusts them to that party, or

๑) นอกจากนั้นจะเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายแล้ว การทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา ก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ หรือการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของหนี้ตามสัญญา

๒) หน้าที่อันเกิดจากมูลหนี้ของคู่กรณีภายใต้มาตรา ๒๔๑ (๒) เป็นผลมาจาก

(๑) การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา

(๒) การเตรียมเข้าดำเนินงานโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือหรือกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

(๓) การทำสัญญาในทางธุรกิจ

๔) หน้าที่อันเกิดจากมูลหนี้ภายใต้มาตรา ๒๔๑ (๒) อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญา แต่ได้ยินยอมเข้าร่วมรับผิดชอบด้วยความสมัครใจ ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ น่าไว้วางใจและมีอิทธิพลต่อการเจรจาทำสัญญาด้วย

จากบทบัญญัติของกฎหมายแพ่งเยอรมันทั้งสองมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตามมาตรา ๒๔๑ (๒) ได้กำหนดให้หนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมาย หรือประโยชน์หรือประโยชน์อื่นๆ ของคู่กรณีที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายได้ด้วย และสิทธิหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองดังกล่าวนั้นได้แก่ กรณีต่างๆ ตามบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๑๑ คือ การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยผลของกฎหมายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดหนี้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้ หนี้ดังกล่าวยังอาจเกิดขึ้นได้กับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่ คู่กรณี แต่เป็นผู้ที่ยินยอมเข้าร่วมรับผิดชอบด้วยความสมัครใจ ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ น่าไว้วางใจและมีอิทธิพลต่อการเจรจาทำสัญญา หากบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการติดต่อทำสัญญา ก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อมูลหนี้ที่เกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน

(3) similar business contact.

3) An obligation with duties in accordance with § 241 (2) may also arise towards persons who are not intended to be parties to the contract. Such an obligation arises in particular if the third party by enlisting a particularly high degree of reliance materially influences the contractual negotiations or the conclusion of the contract.

๑.๑.๓ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

ก่อนที่จะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในมาตรา ๒๔๑ และมาตรา ๓๑๑ นั้น ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่อง จึงทำให้นักวิชาการได้ให้ความคิดเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาของประเทศเยอรมันไว้แตกต่างกัน ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น ๓ แนวทาง ดังนี้

๑) เป็นความรับผิดทางละเมิด^{๑๓} สำหรับความเห็นนี้เป็นความเห็นในทางทฤษฎีและในแนวคำพิพากษาของศาลสูงเยอรมันซึ่งได้นำออกห่างจากทฤษฎีของ Jhering เพราะถือว่าความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดนอกสัญญาหรือละเมิด โดยให้ความเห็นว่า ลำพังการเจรจาก่อให้เกิดก็แต่เพียงความสัมพันธ์ที่ใกล้กับความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งผูกพันที่จะต้องตรงไปตรงมาในทางธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดก่อนสัญญาเกิดจากการฝ่าฝืนหลักสุจริต (Treu and Glaube) เสมอ^{๑๔} ในลักษณะนี้เอง การตัดสินใจในเรื่องความรับผิดสำหรับกรณีที่เลิกการเจรจาฝ่ายเดียว จึงไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลพิเศษ เพราะโดยหลักแล้วไม่มีอะไรน่าสงสัยว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาอย่างมีเหตุผลที่ปรากฏจากการกระทำของผู้อื่นควรที่จะได้รับความคุ้มครอง

๒) เป็นความรับผิดทางสัญญา^{๑๕} ซึ่งความเห็นนี้ ความรับผิดก่อนสัญญาจะถูกปรับใช้ภายใต้หลักเกณฑ์ของความรับผิดทางสัญญาของกฎหมายเยอรมัน ตามแนวนี้นั้นนิษฐานว่าจะต้องมี “ความผิด” (fault) คือความจงใจ หรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องมีความประมาทเล็กน้อย ซึ่งมาตรฐานของความประมาทเล็กน้อยต้องมีลักษณะในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องรับผิดนั้นมิได้ใช้ความระมัดระวังและความตรงไปตรงมาตามมาตรฐานที่ควรคาดหวังได้จากสถานการณ์เช่นนั้น สำหรับความเห็นของนักกฎหมายที่จัดให้ความรับผิดก่อนสัญญามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดตามสัญญานั้น เพราะเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในบางเรื่องไม่อาจปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดของเยอรมันได้ เพราะในกฎหมายลักษณะละเมิดของเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดเช่นที่มีในประเทศที่อยู่ในระบบ Civil Law อื่นๆ เช่น มาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ของละเมิดเฉพาะเรื่องเท่านั้น

^{๑๓}Alpa G., voce “Responsabilità Precontrattuale : Il Diritto Comparato E Straniero” in *Encyclopedia Giuridica Istituto della Encyclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani*, p.3. อ้างถึงในจำปี โสคติพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า ๕๗.

^{๑๔} Ibid.

^{๑๕}Kessler F. & Fine E., *supra note 1*, Ibid, p.406 ; Zimmermann R., *supra note 3*, Ibid., p.245.

๓) เป็นความรับผิดเอกเทศ โดยนักกฎหมายเยอรมันฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าหลักความรับผิดก่อนสัญญา นั้นน่าจะมีลักษณะในทางกฎหมายของตนเอง กล่าวคือ มิได้จัดอยู่ในลักษณะของความรับผิดตามสัญญา ทั้งมิได้จัดอยู่ในลักษณะของความรับผิดเพื่อละเมิด แต่มีหลักเกณฑ์เป็นของตนเอง มีลักษณะในทางกฎหมายเป็นของตนเอง กลายเป็นความรับผิดกลุ่มที่สามขึ้นมา^{๑๖} ที่เห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญาที่เป็นเอกเทศนี้เป็นความรับผิดในกรณีที่สัญญาไม่เคยเกิดขึ้นเลย แต่ด้วยความประมาทเลินเล่อของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย เขาก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย มิใช่เพราะมี “หนี้ตามสัญญา” แต่เพราะมี “หนี้ตามกฎหมาย”^{๑๗} ที่จะต้องทำเช่นนั้น และหนี้ตามกฎหมายในกรณีนี้ก็มิใช่ “หนี้ตามกฎหมาย” ในลักษณะเดียวกับเรื่องละเมิด เพราะตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น เอกชนมี “หนี้ทางกฎหมาย” ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทุกๆ คนในสังคม อันมีลักษณะเป็นหนี้ทั่วไปตามหลัก *neminem laedere* แต่ “หนี้ตามกฎหมาย” ของหลักความรับผิดก่อนสัญญานี้เป็นหนี้ที่มีต่อบุคคลบางคนโดยเฉพาะเจาะจงที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเท่านั้น^{๑๘}

๑.๑.๔ แนวทางปฏิบัติของศาลสูงเยอรมัน

เนื่องจากหลักเกณฑ์ของความรับผิดก่อนสัญญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งของเยอรมันแต่เดิมไม่อาจครอบคลุมข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้นได้ และความเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญายังเป็นความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ ดังนั้น การพิจารณาว่า ความผิดในลักษณะใดบ้างที่เข้าหลักเกณฑ์เป็นความรับผิดก่อนสัญญาตามบทบัญญัติของกฎหมาย และความรับผิดดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไรจึงต้องพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลสูงเยอรมัน โดยศาลสูงของเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าว ดังต่อไปนี้

๑) ความรับผิดในช่วงของการเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา

ในช่วงระหว่างการเจรจาก่อนที่จะเข้าทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อาจเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้คู่กรณีที่เตรียมตัวที่จะเข้ามาทำสัญญาได้รับบาดเจ็บก่อนที่จะมีการทำสัญญาต่อกัน ซึ่งศาลเยอรมันตัดสินคดีโดยมีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาของ Jhering มาใช้เยียวยาความเสียหายในสถานการณ์เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด โดยนำหลักกฎหมายสัญญา มาปรับใช้เพื่อให้

^{๑๖}Markesinis B.S. & Lorenz W. & Dannemann G., *Markesinis The German Law of Obligations vol.I The Law of Contracts and Restitution : A Comparative Introduction*, p.64 ; Zimmermann R., *supra note 3*, p.245. อ้างถึงใน จำปี โสติพิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า ๕๗.

^{๑๗}Zimmermann R., *supra note 3*, *ibid.*, p.65.

^{๑๘}จำปี โสติพิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า ๕๘.

นายจ้างต้องรับผิดชอบจากการกระทำของลูกจ้างในทางการที่ว่าจ้าง เนื่องจากกฎหมายละเมิดมีขอบเขตความรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง โดยปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

คดีตามคำพิพากษา RGZ 78,239^{๙๙} โดยมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์เข้าไปในห้างสรรพสินค้าของจำเลยเพื่อจะซื้อพรมปูพื้นโดยมีลูกจ้างจำเลยเป็นผู้ขาย ลูกจ้างของจำเลยดึงพรมที่โจทก์เลือกออกมาให้โจทก์ดู เป็นเหตุให้พรมตกลงมาถูกโจทก์กับบุตรจนโจทก์ล้มลงกับพื้นได้รับบาดเจ็บก่อนที่สัญญาซื้อขายจะเกิดขึ้น ซึ่งศาลตัดสินว่า เนื่องจากลูกจ้างกระทำการแทนจำเลยโดยการเข้าเจรจาต่อรองกับโจทก์ การที่โจทก์ขอให้ลูกจ้างจำเลยนำพรมออกมาให้ดูเพื่อจะซื้อ และลูกจ้างทำตามที่โจทก์สั่งเพื่อจะขยายความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการเตรียมการซื้อขาย ก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องดูแลความปลอดภัยให้แก่ลูกค้าที่เข้ามาในร้านเพื่อจะซื้อสินค้า เมื่อลูกจ้างของจำเลยไม่ระมัดระวังจึงเป็นการผิดต่อหน้าที่ที่ทำให้โจทก์ต้องได้รับอุบัติเหตุ โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยจำเลยจะต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างตามมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติว่า “ลูกหนี้ต้องร่วมรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนหรือบุคคลที่ตนจ้างให้ปฏิบัติการชำระหนี้แทนตน เสมือนว่าเป็นความผิดของตนเอง โดยมีให้นำบทบัญญัติในมาตรา 276 (3) มาใช้บังคับ”^{๑๐}

จะเห็นได้ว่า ศาลได้ให้การคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างการเตรียมตัวเพื่อจะเข้ามาทำสัญญา โดยให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาจากการกระทำผิดก่อนมีการทำสัญญา คำพิพากษาของศาลเช่นนี้ ถือเป็นการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาขยายขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญาให้กว้างขึ้น และไม่เป็นการจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบทางสัญญาว่าจะคุ้มครองคู่กรณีที่ได้เข้าทำสัญญาแล้วเท่านั้น แม้จะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญากันต่อไปในอนาคต ก็ควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน และจากคดีนี้ยังมีการขยายขอบเขตความรับผิดชอบของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งด้วยว่า แม้เป็นการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งเป็นลูกจ้างที่ได้ว่าจ้างให้เข้ามากระทำการในงานที่จ้าง ก็จะต้องร่วม

^{๙๙}เจียมจิต สุวรรณน้อย, “สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญา,” หน้า ๖๕.

^{๑๐}The German Civil Code

§ 276 Liability of the obligor

(3) The obligor cannot be relieved in advance of liability for deliberate acts or omissions.

§ 278 Fault of persons employed to perform an obligation

The obligor is liable for the fault of his statutory agent, and of persons whom he employs to perform his obligation, to the same extent as for his own fault. The rule in § 276 (3) does not apply.

รับผิดชอบเป็นการกระทำของนายจ้างเองตามความรับผิดชอบทางสัญญา ตามมาตรา ๒๗๘ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของความรับผิดชอบที่ละเมิดซึ่งมีขอบเขตที่จำกัด โดยหากให้ต้องรับผิดชอบในทางละเมิดนั้น ตามมาตรา ๘๓๑ วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลหนึ่งว่าจ้างบุคคลอีกคนหนึ่งให้ทำงานใดก็ตามต้องถูกผูกพันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลที่สาม เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของเขา แต่นายจ้างจะไม่ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย หากได้ใช้ความระมัดระวังในการเลือกลูกจ้าง หรือจัดหาเครื่องมือ หรือเครื่องใช้ในการทำงาน หรือได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรในการป้องกันความเสียหายต่างๆ แล้ว”^{๒๐} จากกฎหมายดังกล่าวข้างต้น มีผลทำให้นายจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่กระทำโดยลูกจ้างในทางการทำงานที่จ้าง หากนายจ้างสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกสรรหาลูกจ้าง การฝึกสอนและการดูแลลูกจ้าง หรือมีความระมัดระวังในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น ศาลเยอรมันจึงเป็นต้องนำหลัก culpa in contrahendo มาเพื่อขยายหลักความรับผิดชอบทางสัญญาให้กว้างขวางขึ้น เพื่อให้นายจ้างต้องเข้ามารับผิดชอบในกรณีพิพาทตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

ต่อมาศาลได้มีการพัฒนาความรับผิดชอบทางสัญญาในคดีตามคำพิพากษา BGHZ 66,51 โดยให้คุ้มครองบุคคลที่สามซึ่งมากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากศาลเห็นว่า เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีหน้าที่ต้องดูแลบุคคลที่สามซึ่งมากับตนให้ได้รับความปลอดภัยแล้ว คู่กรณีฝ่ายแรกก็ย่อมมีหน้าที่เช่นเดียวกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ดังนั้น หากบุคคลที่สามได้รับความเสียหายจากการกระทำของลูกจ้างของคู่กรณีฝ่ายแรกที่ไม่ดูแลความปลอดภัยภายในร้าน คู่กรณีฝ่ายแรกจึงต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกันกับเป็นการกระทำของตนเองโดยมีรายละเอียดของคำวินิจฉัยดังต่อไปนี้

คดีตามคำพิพากษา BGHZ 66, 51 โดยมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์อายุ ๑๔ ปี ไปซื้อสินค้ากับมารดาที่ร้านค้าบริการตนเอง (self service) แห่งหนึ่ง หลังจากมารดาโจทก์เลือกสินค้าเสร็จแล้ว โจทก์เดินไปหามารดาเพื่อที่จะช่วยห่อสินค้า ระหว่างนั้นโจทก์เหยียบเศษผักที่หล่นอยู่บนพื้นล้มลง

^{๒๐}The German Civil Code

§ 831 first paragraph “A person who employs another to do any work is bound to compensate for damage which the other unlawfully causes to a third party in the performance of his work. The duty to compensate does not arise if the employer has exercised ordinary care in the choice of the employee, and, where he has to supply appliances or implements or to superintend the work, has also exercised ordinary care as regards such supply or superintendence, or if the damage would have arisen, notwithstanding the exercise of such care.” Translation from B.S. Markesinis, A Comparative Introduction to The German Law of Torts, p. 13.

ขาดเจ็บ โฉลกที่จึ่งฟองเจ้าของร้านค้าเป็นจำเลยฐานผิดหน้าที่ที่จึ่งต้องระมัดระวังความปลอดภัยภายในร้าน ซึ่งศาลตัดสินว่า โฉลกที่เหยียบเศษผักในสถานที่ที่ห่อของได้รับบาดเจ็บ โฉลกสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้เพราะอยู่ในฐานะผู้ช่วยมารดาระหว่างเตรียมการจะเข้าทำสัญญากับจำเลย ถือว่า อยู่ในขอบเขตของการทำสัญญา นอกจากนี้ จำเลยยังมีหน้าที่ต้องป้องกันดูแลโฉลกในขณะที่มารดาโฉลกกำลังเข้าทำสัญญากับจำเลย ซึ่งจำเลยก็ทราบดีว่า มารดาโฉลกมีความสัมพันธ์พิเศษที่ต้องดูแลโฉลก เมื่อโฉลกเข้าไปช่วยมารดาห่อสินค้า โฉลกก็ต้องได้รับการดูแลเช่นเดียวกับมารดา ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบต่อโฉลกอันเป็นผลมาจากการกระทำผิดก่อนสัญญา แม้ว่าจะเกิดจากการกระทำของลูกจ้างของจำเลยก็ตาม ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 282^{๒๒}

๒) ความรับผิดที่เกิดจากการล้มเลิกการเจรจา

นอกจากนี้ ศาลเยอรมันยังอาศัยหลักความรับผิดก่อนสัญญาเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจา โดยทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าจะมีการทำสัญญาต่อไปในอนาคต ฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนี้

คดีตามคำพิพากษา BGH NJW 1975, 1774^{๒๓} โดยมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเข้ามาเจรจาเพื่อมาทำสัญญากับโฉลกและทำให้โฉลกเชื่อโดยสุจริตว่าจะมีการทำสัญญากันต่อไป แต่จำเลยกลับล้มเลิกการเจรจาทำให้โฉลกได้รับความเสียหาย ซึ่งศาลตัดสินว่า การกระทำของจำเลยทำให้โฉลกเชื่อมั่นว่าจะมีการทำสัญญากันอย่างแน่นอน จำเลยจึงต้องรับผิดชอบจากการเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา (fault in the contractual negotiations) แม้คู่กรณีจะอยู่ในช่วงของการเจรจาก่อนทำสัญญา แต่ก็มีหน้าที่ต้องเจรจาโดยซื่อสัตย์สุจริต หากล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควรก็ควรต้องรับผิดชอบต่อความผิดที่เกิดขึ้น

และคดีตามคำพิพากษา RGZ 97, 336, 339^{๒๔} ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ผู้เสนอได้มีธุรกิจส่วนตัวจึงทำให้ในระหว่างทำงานต้องทำงานให้กับบริษัทอื่นด้วย การที่ผู้เสนอไม่อาจติดต่อเพื่อสนองรับตามคำเสนอของผู้เสนอได้ทันเวลา เพราะพนักงานรับโทรศัพท์ที่ทำงานในบริษัทเดียวกับผู้

^{๒๒}BGHZ 66,51, ศึกษาเพิ่มเติมจาก B.S. Markesinis, A. "Comparative Introduction to The German Law of Torts", p. 776-780.

^{๒๓}Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz, German Law Translated Cases from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), Available : www.ucl.ac.uk/laws/global_law.

^{๒๔}งามใจ แวมณีนววรรณ, "หลักความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี," หน้า ๔๐.

ไม่อาจตามตัวผู้เสนอได้ ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าค่าสินไหมชดเชยนั้นล่วงเวลา แต่ผู้เสนอยังคงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้เสนอได้รับเนื่องจากความไว้นื้อเชื่อใจว่าสัญญาจะเกิดขึ้นตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา และเห็นว่าผู้เสนอเองก็สามารถหลีกเลี่ยงผลที่เกิดขึ้นเช่นนี้ได้ จึงถือว่าผู้เสนอมีส่วนประมาทด้วย ฉะนั้นผู้เสนอในคดีนี้จึงมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนเพียงครึ่งหนึ่งของความเสียหายเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๕๔ ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยนั้น หน้าที่จะต้องใช้เป็นค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายจะมีจำนวนเล็กน้อยเพียงใด ต้องอาศัยพฤติการณ์ของแต่ละฝ่ายที่ได้ก่อความเสียหายขึ้นเป็นประมาท โดยพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนไปกว่ากัน...”^{๒๕}

จะเห็นได้ว่า เหตุการณ์เช่นนี้ศาลสูงของเยอรมันไม่นำบทบัญญัติลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ตามมาตรา ๘๒๓ (๑) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาท เลินเล่อทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ของบุคคลอื่นซึ่งขัดต่อกฎหมายจะต้องผูกพันในการชดเชยค่าเสียหายแก่เขาสำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”^{๒๖} มาปรับใช้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปเพื่อคุ้มครองการกระทำใดๆ ที่ขัดต่อกฎหมายและมีผลทำให้บุคคลอื่นต้องเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ นั้น ไม่อาจครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริง (Pure economic loss) เพราะมิได้มีการคำนึงถึงการเอื้ออำนวยต่อการชดเชยค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ แต่มุ่งชดเชยความเสียหายทางวัตถุที่มีรูปร่างเสียมากกว่า (physical objects) นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๘๒๖ ก็ไม่อาจใช้เรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการล้มเลิกการเจรจาทำสัญญาได้ เพราะมาตรา ๘๒๖ ใช้สำหรับการกระผิดโดยจงใจและขัดต่อหลักศีลธรรม (contra bonos mores) เท่านั้น จึงต้องนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในลักษณะที่เป็นความรับผิดชอบเฉพาะมาใช้เยียวยาความเสียหายกับคู่กรณีที่ถูกล้มเลิกการเจรจาที่ได้มีความไว้วางใจว่าจะมีการทำสัญญากันต่อไป ซึ่งค่าเสียหายที่จะเรียกชดเชยจากคู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจานี้เป็นความเสียหายต่อผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือค่าเสียหาย

^{๒๕}The German Civil Code

§ 254 “ If any fault of the injured party has contributed in causing the injury, the obligation to compensate the injured party and the extent of the compensation to be made depend upon the circumstances, especially upon how far the injury has been caused chiefly by the one or the other party...” Trans. Athur Taylor Von Mehren, *The Civil Law System : Cases and Materials Comparative Study of Law*, p.883.

^{๒๖}จักรพงษ์ เล็กสกุลชัย, “ความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับคอมมอนลอว์ : มาตรา ๘๒๓ BGB,” *วารสารนิติศาสตร์* ๒๕ (๑ มีนาคม ๒๕๓๘) : ๙๒.

ในทางลบ ไม่ใช่ผลกำไรหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้กลับเข้าสู่สภาวะก่อนที่จะมีการเข้าเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา^{๒๓} โดยนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในลักษณะของความรับผิดประเภทที่สามมาใช้จุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากในคดีข้างต้นซึ่งศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในลักษณะที่เป็นความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เพราะเหตุที่แต่เดิมกฎหมายแพ่งของเยอรมันไม่ได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงทำให้ไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ในทุกกรณี ศาลเยอรมันจึงนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวในบทเฉพาะเรื่องมาปรับใช้เป็นหลักทั่วไปโดยไม่ระบุว่า เป็นความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิด ทั้งนี้ เพื่อเยียวยาความเสียหายโดยใช้ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญามาตัดสินคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายในช่วงระหว่างเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา ทั้งนี้ ศาลเยอรมันอาจนำมาปรับใช้กับกฎหมายที่มีอยู่เช่นกฎหมายสัญญาหรือละเมิดก็ได้ แต่หากเป็นเหตุการณ์ที่ไม่อาจนำกฎหมายมาปรับใช้ได้ ศาลก็จะนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่ตัดสินว่าเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือทางละเมิด ซึ่งการที่ศาลเยอรมันนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปปรับใช้เช่นนี้ ก็อาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะเป็นความรับผิดประเภทที่สาม (Third Lane) ซึ่งเป็นความรับผิดที่แยกจากความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิด^{๒๔} ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แต่เดิมก่อนที่จะมีการกำหนดหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ศาลสูงของเยอรมันได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไปปรับใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา โดยมีลักษณะเป็นความรับผิดประเภทที่สาม หรือความรับผิดเอกเทศอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งต่อมาในปัจจุบันก็ได้มีการบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา ๒๔๑ และมาตรา ๓๑๑ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงน่าจะส่งผลให้ลักษณะในทางกฎหมายในความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญามีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และทำให้ศาลมีความสะดวกในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาเพิ่มขึ้น

^{๒๓} P.D.V. Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Ibid., p. 64.

^{๒๔} งามใจ แวมณีนวรัตน์, “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี,” หน้า ๓๐.

๑.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

๑.๒.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ในประเทศเยอรมัน สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนนั้น เป็นได้ทั้งสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง ซึ่งนักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่า ข้อพิจารณาทางอรรถวิสัยของคู่สัญญาว่า ได้ตกลงทำสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น ไม่ใช่เครื่องชี้ลักษณะทางกฎหมายของสัญญา แต่ควรใช้เกณฑ์ “วัตถุประสงค์แห่งสัญญา” เป็นเครื่องบ่งชี้ โดยพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญา ซึ่งหากมีลักษณะข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้ ก็จะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง คือ^{๒๙}

๑) มีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) เช่น ความตกลงของคู่สัญญาระหว่างกระบวนการเวนคืนตามมาตรา ๑๑๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

๒) สัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองเป็นการตอบแทน เช่น สัญญาที่มีข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

๓) สัญญาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน (หน้าที่ทางปกครอง) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้เอกชนผู้ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารต้องดำเนินการจัดให้มีสถานที่จอดรถ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เป็นต้น

สัญญาทางปกครองที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้อำนาจทางปกครอง อาจเข้ามามีอิทธิพลต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่ทำได้ก็เพียงในขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Gesetzmäßigkeitsgrundsatz) และมาตรา ๕๔ VwVfG ก็ได้ยืนยันหลักการนี้ โดยจากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวที่ว่า “ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย” แต่สำหรับในสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ โดยฝ่ายปกครองอาจกระทำกรในรูปแบบตามกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ หรือจัดจ้างงานบริการโดยรัฐ (fiskalische Tätigkeit) อันได้แก่ การจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุต่างๆ การก่อสร้างและการซ่อมแซม เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

^{๒๙} มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕), หน้า ๗.

ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน กิจการดังกล่าวถูกจัดอยู่ในประเภทที่เรียกว่า “กิจการเพื่อช่วยฝ่ายปกครอง” (sogfiskalische Hilfsgeschäft) และมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง^{๓๐}

๑.๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

ความสัมพันธ์ทางหนี้ในกฎหมายปกครอง หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจมหาชนกับเอกชน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในแดนของกฎหมายปกครอง และหากพิจารณาเนื้อหาและโครงสร้างของนิติสัมพันธ์แล้วสามารถเทียบเคียงได้กับความสัมพันธ์ทางหนี้ในกฎหมายแพ่ง เรื่องความสัมพันธ์ทางหนี้ในทางปกครองจึงได้ครอบคลุมถึงสัญญาทางปกครองด้วย ดังนั้น ผู้ใช้กฎหมายย่อมสามารถนำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยหนี้มาใช้บังคับได้ ไม่ว่าจะนำมาใช้ในฐานะเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งกฎเกณฑ์ในกฎหมายลักษณะหนี้ที่จะมีบทบาทต่อการวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในทางหนี้ในกฎหมายปกครองเป็นพิเศษนี้ ได้รวมไปถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วย^{๓๑}

กระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุหรือการให้บริการของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สามารถมีได้ทั้งในสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง โดยกระบวนการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสัญญาประเภทใดนั้น จะพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นหลัก หากสัญญาใดมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์กับเอกชนเพื่อเป็นการปฏิบัติงานในภาระหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง และคู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้ามามีอิทธิพลต่อการกำหนดข้อกำหนดในสัญญา สัญญาดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำสัญญาในรูปแบบตามกฎหมายเอกชนเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลาย และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยอิสระ สัญญาดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง ซึ่งส่งผลให้กระบวนการในการคัดเลือกคู่สัญญาเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนการจัดทำสัญญาในทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งแล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วในการทำสัญญาจัดให้ได้มาซึ่งพัสดุหรือบริการของรัฐ โดยผ่านกระบวนการจัดหาพัสดุมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง

^{๓๐} เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสัมมนา ตูลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ ๒/๒๕๔๗ เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ, (สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๗), หน้า ๑๒-๑๓.

^{๓๑} วรเจตน์ ภาศิริตัน, รายงานการวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน, เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (พฤษภาคม ๒๕๔๗), หน้า ๘๒-๘๔.

๑.๒.๒.๑ กระบวนการจัดหาพัสดุ

การจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐ (Fiskalische Tätigkeit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ส่วนใหญ่ถือว่ามีลักษณะเช่นเดียวกันกับเอกชนทั้งหลายที่ต้องมีเครื่องมือเครื่องมือที่จำเป็น เช่น วัสดุสำนักงาน ยานพาหนะ ที่ดิน อาคารสถานที่ เพื่อเป็นเครื่องช่วยในการปฏิบัติภารกิจรัฐหรือฝ่ายปกครองจึงอาจดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยการทำสัญญากับบริษัทเอกชน ไม่ว่าจะป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ ซึ่งในกรณีดังกล่าวรัฐกับเอกชนไม่มีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย เครื่องมือเครื่องมือหรือพัสดุนั้นก็เป็นการจัดให้มีขึ้นเพื่อตอบสนองของความต้องการของตนเองเพื่อใช้ในการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครอง^{๓๒} ซึ่งเกี่ยวข้องกับกาปฏิบัติภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยทางอ้อม แต่สำหรับการจัดให้มีพัสดุหรืองานจ้างบริการโดยรัฐ ในกรณีที่รัฐหรือฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายเอกชนกับเอกชนเพื่อเป็นการปฏิบัติงานในภาระหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโดยตรง ได้แก่ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น น้ำ ก๊าซ พลังงาน การกำจัดน้ำเสีย และรวมถึงการให้ความช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจ หรือการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจในรูปของการให้เงินช่วยเหลือ จะถือเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองโดยการทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนเพื่อปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsprivatrechtliches Handeln)^{๓๓} ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองเอาไว้ แต่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการในรูปแบบตามกฎหมายเอกชน (สัญญาทางแพ่ง) หรือตามกฎหมายมหาชน (สัญญาทางปกครอง) ก็ได้^{๓๔}

ประเทศเยอรมันได้แบ่งวิธีการจัดซื้อจัดจ้างออกเป็น ๓ ประเภทตามมูลค่าของงานที่จะจัดซื้อจัดจ้าง ดังนี้^{๓๕}

๑) การจัดซื้อจัดจ้างที่เปิดกว้างเป็นการทั่วไป (Öffentliche Ausschreibung)

^{๓๒}H. Maurer, Allg. VerwR., พิมพ์ครั้งที่ 14, ค.ศ. ๒๐๐๒, § 14 Rn. 10. อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” เรื่องเดิม, หน้า ๑๒.

^{๓๓}Wolff / Bachof / Stober, VerwR Bd 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 ค.ศ. 1999, § 23 Rn. 29. ศึกษาเพิ่มเติมจาก เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” หน้า ๑๔-๑๕.

^{๓๔}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕.

^{๓๕}Arnold Boeses, Das neue Vergaberecht (Köln : Druckhaus Locher Gabtl, 1999), p. 30. อ้างถึงใน สุภวรรณ แยมอุบล, “มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๗), หน้า ๑๒๒.

วิธีการจัดซื้อจัดจ้างวิธีนี้ ผู้ดำเนินกิจการทุกคนที่สนใจต่อการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้นได้ จะไม่มีการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้าง และผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่จะต้องประกาศให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้างนั้นตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้มีเป้าหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นข้อเสนอจำนวนมาก ได้มีโอกาสเสนอราคาแข่งขันกัน

๒) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน (nicht offenes Verfahren)

วิธีการจัดซื้อจัดจ้างที่จำกัดผู้เข้าร่วมแข่งขัน เป็นวิธีการที่ต้องการจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมแข่งขัน ดังนั้น ผู้ดำเนินกิจการที่สนใจที่จะเข้าร่วมในการยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้าง อาจไม่ได้เข้าร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างได้ หากไม่ได้รับคำเชิญชวนจากผู้จัดซื้อจัดจ้าง

๓) วิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจา (Verhandlungsverfahren)

การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีนี้จะมีเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง อาจไม่จำเป็นต้องทำการประกาศเป็นการทั่วไปเพื่อเสนอให้ทราบถึงการจัดซื้อจัดจ้าง และการเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการทำการยื่นข้อเสนอการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการเจรจานั้น โดยทั่วไปมักไม่เคร่งครัดต่อกฎเกณฑ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อห้ามในการเจรจากับผู้ยื่นข้อเสนอ ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในวิธีนี้

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

ในกรณีที่ได้มีการพิจารณาว่าบุคคลใดจะเป็นผู้มีความเหมาะสม ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะเป็นผู้มีอิสระในการตัดสินใจว่าจะเชิญชวนบุคคลใดให้ทำการยื่นข้อเสนอบ้าง แต่ในการนี้ ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้ดำเนินกิจการในท้องถิ่น หรือในภูมิภาคมาเป็นข้อจำกัด และในขณะเดียวกันการตัดสินใจเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ นั้นจะต้องไม่จำกัดเฉพาะผู้ยื่นข้อเสนอที่เป็นที่รู้จักของผู้จัดซื้อจัดจ้างแล้วเท่านั้น โดยจะต้องให้โอกาสแก่ผู้เสนอราคารายใหม่ให้มีโอกาสได้รับการคัดเลือกด้วย

ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่เข้ามาทำการแข่งขัน ประเทศเยอรมันจะทำการคัดเลือกโดยการประเมินข้อเสนอ (Wertung der Angebote) ซึ่งการประเมินข้อเสนอดังกล่าว ถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เนื่องจากการวินิจฉัยว่าข้อเสนอใดควรจะได้รับผลตอบแทนซื้อหรือจ้างต่อไป ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวนี้ ผู้จัดซื้อจัดจ้างมีข้อผูกพันที่จะต้องเชิญชวนให้บุคคลอื่นยื่นข้อเสนออย่างน้อยที่สุดจำนวน ๕ ราย หลักเกณฑ์นี้ได้กำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันว่า ถึงแม้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีการนี้จะจำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมการแข่งขัน แต่อย่างน้อยก็ยังมีการแข่งขันอยู่ ผู้ประกอบกิจการที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ยื่นข้อเสนอ อาจทำคำร้องต่อผู้จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องให้เหตุผลว่าทำไมจึงปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมการแข่งขัน โดยจะต้องแจ้งเหตุผลให้บุคคลนั้นทราบภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ทั้งนี้ กรณีที่บุคคลนั้นไม่ได้รับการพิจารณาเพราะขาดความเหมาะสม ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องแจ้งให้บุคคลนั้นทราบด้วยว่า หลักเกณฑ์ความเหมาะสมข้อใดที่บุคคลนั้นมีไม่เพียงพอ^{๓๖}

ขั้นตอนการประเมินข้อเสนอแบ่งออกเป็น ๔ ขั้นตอนคือ^{๓๗}

ขั้นตอนที่ ๑ ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำการตรวจสอบว่า ข้อเสนอใดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้หรือไม่ หากข้อเสนอใดมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้ ข้อเสนอ นั้นจะไม่สามารถพิจารณาในขั้นตอนต่อไป

ขั้นตอนที่ ๒ การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอ เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอ กรณีนี้ผู้ยื่นข้อเสนอจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการดำเนินงานในเรื่องนั้น และมีความชำนาญเฉพาะด้าน

^{๓๖} Arnold Boeses, *Das neue Vergaberecht*, Ibid., p. 43 – 44.

^{๓๗} สุภวรรณ แยมอุบล, “มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๗), หน้า ๑๒๒.

ขั้นตอนที่ ๓ การประเมินทางด้านราคา หลังจากที่ได้มีการคัดแยกบุคคลที่ไม่เข้าเงื่อนไขในด้านความเหมาะสมของผู้ยื่นข้อเสนอออกไปแล้ว ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องประเมินความเหมาะสมในด้านราคาของข้อเสนอต่างๆ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวมี ๒ ขั้นตอน ดังนี้

๑) ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะต้องตรวจสอบพื้นฐานในทางประสพการณ์ทั่วไปว่าราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอนั้นอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับงานที่จะดำเนินการหรือไม่ ถ้าพิจารณาได้ว่าราคาที่เสนอนั้นไม่อยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสม ข้อเสนอดังกล่าวนั้นก็ป็นอันตกไป ความไม่เหมาะสมของราคานี้ อาจเกิดขึ้นทั้งกรณีที่มีราคาสูงเกินไป หรือราคาที่ต่ำเกินไปด้วย

๒) หลังจากที่ได้พิจารณาความเหมาะสมของราคากับสัดส่วนของงานแล้ว จึงจะพิจารณาราคาที่ผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายได้เสนอมายภายใต้การดำเนินงานของบุคคลนั้น และการดำเนินการในแนวทางเศรษฐกิจอย่างประหยัด

ขั้นตอนที่ ๔ การตัดสินใจเลือกข้อเสนอ ผู้จัดซื้อจัดจ้างจะคัดเลือกข้อเสนอที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจไม่ได้หมายถึงข้อเสนอที่ราคาถูกที่สุด แต่ราคาจะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญที่สุด โดยผู้จัดซื้อจัดจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาดังกล่าว ซึ่งอาจกำหนดไว้ในประกาศเชิญชวน หรือในเอกสารเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยควรมีการกล่าวถึงความสำคัญของหลักเกณฑ์ในแต่ละข้อว่ามีความสำคัญอย่างไร

จะเห็นได้ว่า ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐในแต่ละขั้นตอนนั้น ล้วนแล้วแต่เปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างสามารถใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การตัดสิทธิผู้เสนอราคาเห็นว่าขาดคุณสมบัติออกจากการเป็นผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอในรอบต่อไป ได้ การดำเนินการตัดสิทธิผู้ยื่นเสนอราคาในแต่ละขั้นตอนดังกล่าวนั้น หากผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิเห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องก็อาจเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งการดำเนินการตรวจสอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะมีวิธีการอย่างไรบ้างนั้น จะได้มีการศึกษาในหัวข้อต่อไป

๑.๒.๒.๒ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ

หากผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า การดำเนินการตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำอันไม่ถูกต้อง บุคคลนั้นอาจขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยการยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อองค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง และองค์คณะ

ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงเยอรมันตามลำดับ โดยองค์กรตรวจสอบในแต่ละองค์กรดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้^{๓๔}

๑) องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabepflichtstelle)

องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในระดับมลรัฐหรือสหพันธรัฐของเยอรมัน เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือความเหมาะสมของการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง องค์กรนี้มีลักษณะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองไม่ใช่องค์กรศาล ทำหน้าที่ในการเข้าไปตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมด (มาตรา 103 (2) GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1998)) เมื่อมีการยื่นคำร้องเข้ามาเพื่อขอให้ตรวจสอบ หรือถ้าพบว่าการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่ถูกต้องก็สามารถเข้าไปตรวจสอบได้เองโดยไม่ต้องมีการยื่นคำร้องขอ การตรวจสอบดังกล่าวจะเป็นการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องของการใช้อำนาจของทางราชการ เช่น การไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างที่กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากพบว่าการดำเนินการดังกล่าวขัดต่อกฎหมาย องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างมีอำนาจที่จะยกเลิกการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายนั้นได้ และสามารถสั่งให้ดำเนินการต่อไปตามขั้นตอนที่ถูกต้องต่อไปได้อีกด้วย แต่ในระหว่างที่มีการยื่นคำร้องให้องค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ไม่เป็นผลให้มีการระงับการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลังดำเนินอยู่ ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างยังสามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เสนอราคาที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้ โดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง

๒) คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabeüberwachungsausschüssen)

คณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างเป็นองค์กรอีกองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง โดยจะมีหน้าที่พิจารณาคำโต้แย้งคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง ในกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ซึ่งเป็นการทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างอีกครั้งหนึ่ง

๓) คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง (Vergabekammer)

คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง มีหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่มีผู้ยื่นคำร้องให้ตรวจสอบ โดยผู้ยื่นคำร้องจะต้องเป็นผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับงานที่จัดซื้อจัดจ้าง และจะต้องเป็นการกล่าวอ้างว่าถูกระงับโดยมิชอบ

^{๓๔}Arnold Boeses, *Das neue Vergaberecht*, Ibid., p. 83 – 89.

ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการกระทำละเมิดดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตน (มาตรา 107 (2) GWB)

การใช้สิทธิโต้แย้งหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่จัดซื้อจัดจ้างนี้ ผู้ยื่นคำร้องที่อยู่ในเงื่อนไขจะต้องดำเนินการโต้แย้งโดยทันทีที่ผู้ยื่นคำร้องได้รู้ถึงการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง หากไม่ได้ดำเนินการโต้แย้งต่อผู้จัดซื้อจัดจ้างในทันที หรือกรณีที่การละเมิดบทบัญญัติของการจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปเนื่องจากมีการประกาศให้ทราบ และไม่ได้มีการโต้แย้งต่อผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างจนสิ้นสุดเวลาที่ให้ทำการยื่นข้อเสนอ หรือระยะเวลาเข้าทำการแข่งขันตามที่ได้กำหนดไว้ในประกาศจัดซื้อจัดจ้าง การยื่นคำร้องเพื่อให้ทำการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็ไม่อาจกระทำได้ (มาตรา 107 (3) GWB)

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

๔) องค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐ

องค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐนี้ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง โดยมีลักษณะเป็นองค์กรศาลที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในกรณีที่มีผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้ องค์กรดังกล่าวจะทำการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเฉพาะกรณีที่ได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น องค์กรนี้จะไม่พิจารณาคำร้องที่ไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง

อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเรียกร้องว่าผู้จัดซื้อจัดจ้างดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยผ่านทางคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและองค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐนั้น ผู้เข้ามีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขสองประการดังต่อไปนี้

ประการแรก มูลค่าของงานที่มีการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องมีมูลค่าตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเท่านั้น จึงจะสามารถนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลมาใช้บังคับได้ (มาตรา 102 GWB) ดังนั้น ถ้ามูลค่าของงานต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนด จะไม่สามารถให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรศาลได้

ประการที่สอง ต้องเป็นกรณีที่ยังไม่มีเจตนารับข้อเสนอจากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง เนื่องจากตามกฎหมายเยอรมันนั้น หากผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้แสดงเจตนารับข้อเสนอของผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง ถือว่าได้เกิดสัญญาทางแพ่งขึ้นแล้ว และในการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำร้องนั้น ไม่สามารถที่จะทำการเพิกถอนสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แล้วได้ หรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะทำการแก้ไขกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่ผิดพลาดในภายหลังเมื่อได้ตกลงรับข้อเสนอแล้ว ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการที่ผิดพลาดดังกล่าวควรมีสสิทธิตุลาการเรียกร้องค่าเสียหายจากความบกพร่องที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเท่านั้น

เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ผู้เข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เห็นว่าการบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของตน บุคคลนั้นจึงจะขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อคณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและองค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงของมลรัฐได้ (มาตรา 102 และมาตรา 116 GWB)

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐในแต่ ละชั้นตอนนั้น ล้วนแล้วแต่เปิดโอกาสให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างสามารถตัดสิทธิผู้เสนอราคา ที่เห็นว่าขาดคุณสมบัติออกจากการเป็นผู้มีสิทธิยื่นข้อเสนอในรอบต่อไปได้ การดำเนินการตัดสิทธิผู้ ยื่นเสนอราคาในแต่ละชั้นตอนดังกล่าวนี้ หากผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิเห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่ ถูกต้องก็อาจเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นได้ ซึ่งหากผู้เข้าร่วมยื่นข้อเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเห็นว่า การ ดำเนินการตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการละเมิดสิทธิของตน บุคคลนั้นอาจขอให้มีการ ตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างได้ โดยการยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างต่อองค์กร ตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง หากผู้เสนอราคาไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรตรวจสอบการจัดซื้อ จัดจ้าง สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้โดยการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ถ้าโครงการที่จัดซื้อจัดจ้างนั้นมีมูลค่ามากทั้งนี้ตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ผู้ไม่เห็นด้วยกับ กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก็สามารถยื่นให้คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นผู้ ตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวและสามารถเรียกร้องเอาค่าเสียหายในกรณีที่เห็นว่าการกระทำที่ ไม่ชอบนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของตนได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง สามารถนำข้อพิพาทเสนอต่อองค์คณะที่เกี่ยวข้องกับการ จัดซื้อจัดจ้างของศาลสูงเยอรมัน ให้เป็นผู้ชี้ขาดได้อีกชั้นหนึ่ง

ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของศาลเยอรมันนั้น เนื่องจากในอดีตประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบสัญญาไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยไม่ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายศาลจะนำหลักความรับผิดชอบสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสิ้นคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖๒ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ๑๙๗๖ เรียกโดยย่อว่า VwVfG) กำหนดให้นำบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยตราบทเท่าที่มาตรา ๕๔ ถึงมาตรา ๖๑ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะ และยังได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย^{๓๙} ด้วยเหตุที่ว่า ตามหลักกฎหมายของเยอรมัน ถือว่าสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอสนอง เป็นต้น^{๔๐} ซึ่งจากคำวินิจฉัยของศาลสูงเยอรมัน จะเห็นได้ว่าศาลมองว่า แม้จะยังไม่มีสัญญาผูกพันกันคู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากัน ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างก็มีความสัมพันธ์ทางหนึ่งต่อกันแล้ว โดยมีหลักว่า การกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้คู่กรณีที่เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการติดต่อก่อนการเกิดสัญญานั้นๆ ซึ่งหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ ก็คือหน้าที่ตามกฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ และค่าเสียหายที่เรียกเรื่องนี้ เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ที่คู่กรณีต้องใช้ความระมัดระวังและความซื่อสัตย์ไว้วางใจต่อกันในการเจรจาทำสัญญา ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวจะต้องชดให้ค่าเสียหายเพราะความไว้วางใจ ซึ่งได้แก่ผลประโยชน์ในทางลบ ทั้งนี้ เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการเจรจาต่อรองทำสัญญา จากการที่ศาลไม่ได้มีการวินิจฉัยลงไปว่า การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิด ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวตรงกับทฤษฎีที่แยกออกจากหลักกฎหมายสัญญาหรือละเมิด ซึ่งเป็นหลักความรับผิดประเภทที่สามหรือหลัก

^{๓๙} มานิตย์ วงศ์เสวี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕), หน้า ๑.

^{๔๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔.

ความรับผิดที่เป็นเอกเทศที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่ง และได้นำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ได้มีการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาขายใดรายหนึ่งและมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรณีเช่นนี้ย่อมมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา ๕๗ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมัน (VwVfG) ที่ได้กำหนดให้สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดแบบของสัญญาไว้เป็นอย่างอื่น^{๔๑} ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้หากมีการเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิด (ระหว่างผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้ทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ผู้จัดซื้อจัดจ้าง) ก็จะต้องไปเรียกร้องกันเป็นข้อพิพาทที่จะต้องรับผิดกันในทางสัญญาต่อไป

๒. ความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

๒.๑ ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่ง

หลักความรับผิดก่อนสัญญา (Culpa in contrahendo) ของ Jhering ได้แผ่ขยายเข้ามาในระบบกฎหมาย Civil Law ของประเทศฝรั่งเศส โดยได้มีการนำมาอธิบายอย่างกว้างขวางในทางตำราและมีอิทธิพลโดยอ้อมต่อการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติด้วย^{๔๒} โดยหลักกฎหมายดังกล่าวได้เข้ามาช่วยแก้ปัญหาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กระทำให้เกิดความเสียหายขึ้นในช่วงเวลาก่อนการเกิดสัญญาที่ไม่อาจนำหลักความรับผิดในทางสัญญามาปรับใช้ได้ โดยนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักความรับผิดทางละเมิด จนอาจกล่าวได้ว่าในบรรดาความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการเกิดสัญญานี้ ความรับผิดในทางสัญญาเป็นเพียงข้อยกเว้นของความรับผิดทางละเมิด^{๔๓} ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสจะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่ชัดเจน แต่ก็ได้มีการยอมรับในทางทฤษฎี และมีการวางหลักทั่วไปไว้ในคำพิพากษาของศาลสูงอีกด้วย ดังจะได้มีการศึกษาต่อไป

^{๔๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๐.

^{๔๒} Kessler F. & Fine E., "Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of contract : A Comparative Study", Ibid, p. 406.

^{๔๓} J – Schmidt – Szalewski, "Contract : France", International Encyclopedia of Comparative Law, 1 (1995), p. 40.

๒.๑.๑ แนวความคิดเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น แม้ความเห็นส่วนใหญ่จะเห็นว่า มีลักษณะทางกฎหมายเป็นความรับผิดทางละเมิดก็ตาม แต่ยังมีนักกฎหมายที่มีความเห็นที่แตกต่างออกไป โดยมีความเห็นที่แตกต่างกันออกเป็น ๓ แนวทาง^{๔๔} คือ

๑) เป็นความรับผิดทางละเมิด

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น มีความชัดเจนในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา โดยเห็นว่า มีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิด (delictual liability) ไม่ว่าจะปฏิบัติตามหลักปกติของความผิด (fault) หรือเป็นเรื่องของการใช้สิทธิเกินส่วน แต่ไม่ใช่ความรับผิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ดังนั้น เมื่อความรับผิดก่อนสัญญาถูกกำหนดว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นเรื่องความรับผิดทางละเมิด จึงจะต้องนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาปรับใช้เพื่อให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิด

สำหรับหลักเกณฑ์ที่จะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น จะต้องมียอดประกอบ ๓ ประการคือ^{๔๕}

๑) ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น (damage) โดยต้องเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง ทั้งนี้ เพราะหนี้ที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นนั้นเป็นหนี้ตามกฎหมาย

๒) ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้กระทำละเมิดหรือบุคคลที่อยู่ในความรับผิดชอบของเขา (causality)

๓) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องอยู่ในความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด (responsibility) ไม่ว่าจะเป็นผู้ทำละเมิดเอง หรือเป็นผู้ต้องร่วมรับผิดในการกระทำของผู้อื่นหรือสิ่งของที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน

ดังเช่นในปี ๑๙๖๑ ในกรณีพิพาทที่ผู้ที่จะเข้าทำสัญญาได้รับบาดเจ็บเนื่องจากจะเข้าทำสัญญา ซึ่งศาลฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายบนพื้นฐานของสัญญา โดยให้เหตุผลว่า “ความรับผิดตามสัญญาที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายจากการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นในโอกาสที่จะเข้าทำสัญญา จะสามารถเยียวยาได้ก็ต่อเมื่อการบาดเจ็บต้องเป็นส่วนหนึ่งด้วยจากหนี้ที่เกิดจากสัญญา แต่สัญญาซื้อขายไม่ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องให้ความปลอดภัยแก่ผู้ซื้อ จึงใช้ได้เฉพาะหลักใน

^{๔๔} ศึกษาเพิ่มเติมจาก จำปี ไสตติพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า ๗๕.

^{๔๕} Lawson F.H. & Aton A.E. & Brown L.N., Amos and Walton's, Introduction to french Law, second edition (Oxford : Clarendon press), 1963, p. 207.

เรื่องละเมิดเท่านั้น" ซึ่งคำพิพากษาในอีกหลายคดีได้เดินตามแนวทางนี้มาโดยตลอดว่า "สัญญาซื้อขายมิได้ก่อให้เกิดหนี้ที่จะต้องให้ความปลอดภัยแก่ผู้ซื้อ"

๒) เป็นความรับผิดทางสัญญา

แม้แนวความคิดในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญาที่ว่า มีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาจะไม่ชัดเจนนักในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส แต่ก็นับว่ามีความเห็นเช่นนี้อยู่บ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการเจรจาได้ดำเนินไปในระยะหนึ่งแล้ว มีความเห็นว่าคุณ์เจรจาอยู่ภายใต้หนี้ตามสัญญา (contractual obligation) ที่จะดำเนินการเจรจาต่อไปโดยสุจริต โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในปี ๑๙๔๕ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ผู้เสียหายได้ไปที่คาเฟ่และเหยียบเปลือกกล้วยทำให้ลื่นได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องเจ้าของคาเฟ่ทั้งทางละเมิดและทางสัญญา ศาลล่างตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายโดยไม่กำหนดว่าเป็นค่าเสียหายบนพื้นฐานของกฎหมายใด โดยศาลวินิจฉัยว่า "เจ้าของคาเฟ่จะต้องใช้ความระมัดระวังที่จำเป็นเพื่อประกันความปลอดภัยให้แก่ลูกค้า การปล่อยให้เปลือกกล้วยอยู่บนพื้นของตึกที่เปิดร้านค้าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อและขาดความระมัดระวัง..." ทั้งนี้ ในคำพิพากษานี้แม้ศาลไม่ได้ชี้ชัดว่าผู้เสียหายได้รับค่าเสียหายบนพื้นฐานของสัญญาด้วยก็ตาม แต่เมื่อศาลมิได้ปฏิเสธประเด็นที่ผู้เสียหายตั้งมา จึงเท่ากับทำให้เข้าใจได้ว่าผู้ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดตามสัญญาด้วย จึงเท่ากับว่าในคดีนี้ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็นความรับผิดทางสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับอีกในภายหลัง

๓) ความรับผิดเอกเทศ

การให้ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญาเป็นความรับผิดประเภทที่สามหรือความรับผิดเอกเทศนี้ มาจากความเห็นในทางทฤษฎีของนักกฎหมายที่ชื่อ J. Carbonnier โดยได้ให้ข้อสังเกตว่า "ช่วงของการเจรจามีได้ก่อให้เกิดหนี้เกี่ยวกับสัญญาในอนาคต แต่เป็นหนี้ของคุณ์สัญญาภายในช่วงนี้เองที่จะต้องไม่ทำอะไรที่ไม่ตรงไปตรงมา และที่จะต้องให้รายละเอียดแก่กันในทุกสถานการณ์ที่สำคัญสำหรับการทำสัญญา..."

๒.๑.๒ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

ในการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากความสัมพันธ์ของคุณ์กรณีในช่วงเจรจาก่อนทำสัญญาเกี่ยวกับการล้มเลิกการเจรจาอาจมีได้หลายกรณี แต่สำหรับในกรณีการบอกถอนคำเสนอได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ จึงแยกเอา

ความรับผิดในการบอกถอนคำเสนอมาอธิบายเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหากจากความรับผิดในช่วงการเจรจาของคู่กรณี ดังนี้

๑) ความรับผิดในช่วงการเจรจาของคู่กรณี

การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงการเจรจาของคู่กรณีในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีของ Jhering โดยในปี ค.ศ. ๑๙๐๗ ได้มีนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles ได้อธิบายถึงความรับผิดก่อนสัญญาไว้ว่า “คู่กรณีที่อยู่ในช่วงการเจรจาเพื่อจะเข้าทำสัญญานั้นต้องมีความสุจริตต่อกัน ถ้าในระหว่างการเจรจามีการกระทำโดยของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง คู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความไว้น้ำใจเชื่อใจของคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย”^{๔๖} การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตในระหว่างเจรจาแม้จะกระทำโดยไม่ประสงค์ให้เกิดความเสียหายต่ออีกฝ่ายหนึ่งก็ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งการที่จะถือว่าไม่สุจริตนั้นไม่ใช่แต่เพียงคู่กรณีเจรจากันโดยไม่มีเจตนาที่จะทำสัญญาเท่านั้น ยังรวมถึงกรณีที่คู่กรณีเลิกการเจรจาโดยทันทีและปราศจากเหตุผลใดๆ^{๔๗} โดยจะเห็นได้ว่าไม่อาจนำความรับผิดทางสัญญามาปรับใช้ได้ เนื่องจากยังไม่มีสัญญาใดๆ ต่อกัน จึงเป็นการนำหลักความเชื่อถือไว้วางใจ ความสุจริต หรือความซื่อสัตย์ต่อกันในช่วงของการเจรจาของ Jhering มาปรับใช้กับหลักความรับผิดทางละเมิด

๒) ความรับผิดเนื่องจากการถอนคำเสนอ

ความรับผิดเนื่องจากการบอกถอนคำเสนอนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสได้มีความเห็นที่แตกต่างกันซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อพิพาท โดยแบ่งออกได้เป็นสามกลุ่ม คือ

นักกฎหมายกลุ่มแรกเห็นว่า กรณีที่ผู้เสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาของคำเสนอไว้ตามกฎหมายฝรั่งเศส คำเสนอสามารถบอกถอนได้ก่อนมีการสนองรับ เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวไม่อาจผูกพันผู้เสนอได้ แต่คำเสนอเช่นนี้จะมีผลภายในระยะเวลาที่ควรคาดหมายได้ว่าน่าจะมีการสนองรับ โดยพิจารณาถึงเหตุการณ์ในแต่ละกรณี หรือปรกติประเพณี ดังเช่น คดีที่เกิดขึ้นที่ Bordeaux โดยศาลได้ตัดสินว่า คำเสนอขายองุ่นมีกำหนดเวลาในช่วงเวลาที่เก็บเกี่ยวองุ่น ซึ่งคำเสนอจะมีผลเพียง ๒๔ ชั่วโมง จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่าคำเสนอจะมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอภายในระยะเวลาที่ควรคาดหมายได้ ดังเช่นผู้ขายได้กำหนดเวลาของคำเสนอให้มีผลผูกพันภายในช่วงเวลาของการเก็บเกี่ยวองุ่น ก็ย่อมพิเคราะห์ตามปรกติประเพณีได้ว่า คำเสนอนี้มีผลผูกพัน

^{๔๖}E. Allan Farnworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Columbia Law Review. 217,240 (March 1987).

^{๔๗}Ibid, p. 239.

ผู้เสนอเพียง ๒๔ ชั่วโมง^{๔๘} สำหรับความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นได้จากกรณีการบอกถอนคำเสนอที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาของคำเสนอไว้^{๔๙} จะมีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิด

ส่วนนักกฎหมายในกลุ่มที่สอง เห็นว่า ในกรณีที่ผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองภายในระยะเวลาที่แน่นอนนั้น ได้มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การกระทำดังกล่าวจะส่งผลให้ผู้เสนอไม่อาจถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ได้ หากผู้เสนอถอนคำเสนอ ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบในความเสียหาย ซึ่งถือเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในขณะที่มีสัญญาต่อกันแล้ว^{๕๐} จึงเท่ากับว่าความรับผิดกรณีที่ผู้เสนอได้ถอนคำเสนอไปก่อนครบกำหนด สำหรับคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาให้ทำคำสนองภายในระยะเวลาที่แน่นอนนั้น มีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญา แต่ความเห็นนี้ได้ถูกโต้แย้งอย่างมาก เนื่องจากนักกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่ไม่มีการยอมรับว่าการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวมีผลผูกพันผู้เสนอ^{๕๑} จะเห็นได้จากต่อมานักกฎหมายชื่อ Ripert, Mazeaud, Tunc และ Boulanger ได้โต้แย้งความเห็นนี้โดยมีความเห็นว่า^{๕๒} หากผู้เสนอถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมาตรา 1382 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำใดๆ ของบุคคลอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย”^{๕๓}

ต่อมา ในปี ค.ศ. ๑๙๓๖ ได้มีนักกฎหมายชื่อ Planiol, Ripert และ Mazeaud ได้ให้ความเห็นเป็นแนวทางที่สามไว้ว่า ในการทำคำเสนอนั้น นอกจากเป็นข้อเสนอเพื่อเข้าทำสัญญาหลักแล้ว ผู้ทำคำเสนอยังเสนอตนเข้าผูกพันในสัญญารองอีกฉบับหนึ่ง เข้าทำนองสัญญาจะเข้าทำสัญญาซึ่งตามสัญญาจะเข้าทำสัญญานี้ ผู้ทำคำเสนอยอมผูกพันตามคำเสนอที่มีกำหนดระยะเวลาตามที่ตกลง

^{๔๘}งามใจ แวมณีนีวรรณ, “ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี,” หน้า ๗๐.

^{๔๙}Konrad Zweigert and Hein Kötz, Introduction to Comparative Law translated from the German, p. 385.

^{๕๐}Ibid, p. 386.

^{๕๑}Il no. 329 excerpt in translation in Konrad Zweigert and Hein Kötz, Introduction to Comparative Law translated from the German, Ibid, p. 385.

^{๕๒}ความรับผิดทางละเมิดของฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ ๓ ประการคือ

๑) ต้องมีความเสียหาย (Préjudice)

๒) ต้องมีความผิด (Faute)

๓) ความสัมพันธ์แห่งเหตุและผลระหว่างความผิดและความเสียหาย (Relation de cause entre la faute et le préjudice)

ศึกษาเพิ่มเติมจาก จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, ๒๕๓๙), หน้า ๖.

กันซึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายผู้รับคำเสนอ และถือว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยผู้รับคำเสนอได้สนองรับโดยปริยาย ดังนั้น เมื่อผู้เสนอบอกถอนคำเสนอผู้เสนอจึงต้องรับผิดชอบซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดในทางสัญญาที่เกิดขึ้นจากสัญญาก่อนสัญญา^{๕๓} โดยนักกฎหมายชื่อ Planiol เห็นว่า การตั้งใจฝ่ายเดียวจะทำให้เกิดขึ้นไม่ได้ จะมีผลให้เกิดหนี้ขึ้นต่อเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งได้สนองรับ การตั้งใจโดยการทำคำเสนอฝ่ายเดียวย่อมไม่มีผลผูกพันขึ้นเป็นสัญญากับบุคคลภายนอก ไม่มีใครเป็นหนี้เจ้าหนี้โดยไม่มีการแสดงเจตนารับ ดังนั้น หากไม่มีการสนองรับจึงไม่ใช่ความรับผิดทางสัญญา แต่เป็นความรับผิดทางละเมิด^{๕๔} แต่หากได้มีการสนองรับโดยปริยาย เช่น การคัดเลือกได้ตัวผู้ชนะการประมูลราคาจากผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งแล้ว^{๕๕} ถือว่ามีการสนองรับคำเสนอโดยปริยาย และถือว่าสัญญาเกิดขึ้น หากเกิดความรับผิดอันเกิดจากการบอกถอนคำเสนอไปในเวลานี้ ผู้เสนอจึงต้องรับผิดชอบซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดในทางสัญญา ซึ่ง Planiol และ Ripert เห็นว่า เมื่อเป็นความรับผิดทางสัญญา ผู้เสียหายควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนเสมือนว่าเป็นค่าเสียหายเพื่อการไม่ชำระหนี้^{๕๖}

ซึ่งจะเห็นได้ว่า นักกฎหมายฝรั่งเศสโดยส่วนใหญ่จะไม่มีการยอมรับว่า การแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของผู้เสนอมีผลทำให้ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบในทางสัญญา^{๕๗} แต่เห็นว่าความรับผิดที่เกิดจากการบอกถอนคำเสนอ เป็นความรับผิดในทางละเมิด แต่หากคำเสนอนั้นได้มีการสนองรับโดยปริยาย แม้ยังไม่มีการทำสัญญากันก็ตามถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ส่งผลให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานี้เป็นความรับผิดทางสัญญา

^{๕๓} กิตติศักดิ์ ปภคิต, “ผลของคำเสนอ – สอนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์, (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์) : ๖๖ - ๖๗.

^{๕๔} จิต เศรษฐสุนทร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, ๒๕๓๙), หน้า ๕๓.

^{๕๕} Colmar 4.2. 2936, D.H. 1936, 187 excerpt from Collin/Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, II (1924), p. 220. อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปภคิต, “ผลของคำเสนอ – สอนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ,” หน้า ๗๗.

^{๕๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๗๗.

^{๕๗} Bordeaux, 17 Jan. 1870 S1870. 2. 219 excerpt in P.H.V. Marsh, Comparative Contract Law England, France, Germany, Ibid, p. 61.

๒.๑.๓ แนวทางปฏิบัติของศาลสูงฝรั่งเศส

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่ชัดเจน แต่ก็ได้มีการยอมรับกันในทางทฤษฎีดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ผ่านมา สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้น ศาลของฝรั่งเศสได้มีการวางหลักทั่วไปไว้ในคำพิพากษาของศาลสูงไว้สองแนวทางคือ แนวทางแรกเห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา และแนวทางที่สองเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิดซึ่งถือว่าเป็นความเห็นส่วนใหญ่ของศาล ดังต่อไปนี้

๑) กรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา

ความเห็นนี้ได้รับการยอมรับในศาลของเมือง Colmar^{๕๘} โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ผู้ขายสินค้ารายหนึ่งได้เสนอราคาสินค้าแก่ลูกค้า แล้วลูกค้าได้อาศัยราคาที่เสนอมานั้นเป็นฐานราคาในการแข่งประมูลขายสินค้าและได้ชนะการประมูล ต่อมาก่อนที่จะเข้าทำสัญญาปรากฏว่า ผู้ทำคำเสนอได้บอกถอนคำเสนอโดยอ้างว่าคำนวณราคาผิดพลาด ซึ่งคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า คำเสนอย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอ แต่เมื่อไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้เสนอรู้หรือรับคำเสนอจะใช้ราคาที่เป็นฐานราคาในการเข้าแข่งขันประมูล ศาลจึงตัดสินให้ผู้เสนอไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการที่ผู้รับคำเสนอได้นำราคาตามที่เสนอไปเป็นฐานในการประมูลกับผู้เข้าร่วมประมูลรายอื่น

ซึ่งจากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลเห็นว่าเมื่อผู้เสนอแสดงเจตนาไปแล้วก็ย่อมมีผลผูกพันผู้เสนอให้รับผิดในฐานสัญญาจะเข้าทำสัญญา เพราะถือว่ามีสัญญาระหว่างผู้เสนอกับผู้รับคำเสนอเกิดขึ้นแล้ว โดยมีลักษณะเป็นสัญญาจะเข้าทำสัญญานั้นเอง

๒) กรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด

คดีของศาลสูงฝรั่งเศส ปี ค.ศ. ๑๙๕๘^{๕๙} ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า เจ้าของที่ดินได้ทำคำเสนอขายที่ดินให้กับผู้ซื้อซึ่งสนใจที่จะซื้อที่ดิน และผู้ขายได้ตกลงว่าให้ผู้ซื้อเข้ามาดูสถานที่ได้ โดยสามารถเข้ามาดูที่ดินในวันที่ ๑๕ หรือ ๑๖ เดือนสิงหาคม ก่อนวันนัดดูที่ดินผู้ซื้อได้ตกลงที่จะเข้ามาดูสถานที่ในวันที่กำหนดไว้ แต่ปรากฏว่าในวันที่ ๑๔ สิงหาคม ผู้ขายได้ขายที่ดินให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นไปก่อนแล้ว ซึ่งคดีนี้ศาลสูงได้ตัดสินว่า โดยหลักแล้วคำเสนอสามารถบอกถอนได้ก่อนมีคำสนอง แต่ถ้าผู้เสนอได้แสดงโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าตนจะไม่ถอนคำเสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ดังนั้นคดีนี้เมื่อผู้เสนอได้ตอบตกลงให้ผู้ซื้อเข้ามาดูสถานที่ภายในวันที่กำหนดแล้ว ผู้เสนอจึงต้องไม่ถอนคำ

^{๕๘}Clomar 4.2. 2936, D.H. 1936, 187 excerpt from Collin/Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Ibid, p. 220.

^{๕๙}Cass Civ. 17 Dec., 1958. 33 excerpt in translation in P.H.V. Marsh, Comparative Contract Law : England, France, Germany, p. 60.

เสนอไปก่อนวันดังกล่าว การที่ผู้เสนอได้ถอนคำเสนอโดยการขายที่ดินให้กับผู้อื่นในวันที่ ๑๔ สิงหาคม ผู้ขายจึงต้องรับผิดชอบตามความรับผิดทางละเมิด

จากคดีนี้แสดงให้เห็นว่า หากผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาผูกพันตนตามคำเสนอเอาไว้แล้ว ผู้เสนอไม่อาจบอกถอนคำเสนอนั้นได้ก่อนถึงสิ้นกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ หากมีการบอกถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบในฐานะความรับผิดทางละเมิด

ต่อมา ศาลสูงของฝรั่งเศสได้ตัดสินคดีในปี ค.ศ. ๑๙๗๒^{๖๐} โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า นักธุรกิจชาวฝรั่งเศสได้เข้าทำการเจรจาขอซื้อเครื่องจักรซึ่งผลิตโดยบริษัทในอเมริกา เพื่อใช้ในการผลิตท่อซีเมนต์จากตัวแทนจำหน่ายในประเทศฝรั่งเศส หลังจากที่ผู้ซื้อคาดหวังว่าจะมีการซื้อขายกัน จึงได้เดินทางไปดูเครื่องจักรที่ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ผลปรากฏว่าตัวแทนจำหน่ายในฝรั่งเศสได้เลื่อนการเจรจาออกไป และต่อมาได้ล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลและปฏิเสธที่จะขายเครื่องจักรให้กับผู้ซื้อ คดีนี้ศาลตัดสินว่า ตัวแทนจำหน่ายต้องรับผิดชอบในการเตรียมการของผู้ซื้อที่มีความไว้วางใจต่อผู้ขาย เนื่องจากเป็นการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่ถูกต้อง ขัดต่อหลักสุจริตทางการค้า และให้ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด

จากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลฝรั่งเศสเห็นว่า ในช่วงของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตที่จะไม่ล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผล มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องเสียเวลา หรือค่าใช้จ่ายเพื่อที่จะเข้าทำสัญญา หรือการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับหากมีการทำสัญญา เป็นต้น ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส การชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนการทำสัญญานี้ เป็นการชดเชยตามทฤษฎีสูญเสียโอกาส (Perte d'une chance) โดยทฤษฎีนี้ เป็นทฤษฎีที่ใช้กับความรับผิดก่อนสัญญาที่ถือเป็นความรับผิดเอกเทศ แต่เนื่องจากกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา จึงต้องนำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักกฎหมายละเมิด เพื่อเยียวยาความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดด้วย อย่างไรก็ตามแม้จะมีการนำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิด แต่โดยทั่วไปแล้วการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายฝรั่งเศสยังคงเป็นเรื่องดุลพินิจของศาล ดังเช่น ความเสียหายที่เกิดจากการใช้สิทธิในทางที่ผิดตามมาตรา ๑๓๘๒ ศาลจะกำหนดให้ชดเชยเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพราะเหตุที่เชื่อว่าคำเสนอจะมีผลต่อไปเท่านั้น โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาปี

^{๖๐}Judgement of July 8, 1929, Cour d'appel. Rennes, Fr., (1972) Bull. Civ IV no. 93 (this case appear in translation in A. Von Mehren & J. Gordley, supra note 85, p. 846.)

ค.ศ. ๑๘๗๐^{๖๑} ของศาลอุทธรณ์เมือง Bordeaux ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ผู้อำนวยการโรงพยาบาลนิตได้ส่งโทรเลขไปยังนักร้องที่มีชื่อเสียงเพื่อเสนอให้ทำงาน ปรากฏว่าโทรเลขมาถึงช้าทำให้ก่อนหน้าที่จะมีการสนองรับผู้เสนอได้ถอนคำเสนอและได้ว่าจ้างคนอื่นแทน ศาลวินิจฉัยว่ากรณีนี้ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น แต่ผู้เสนอต้องรับผิดชอบเนื่องจากการที่โทรเลขมาช้าอันเกิดจากความผิดพลาดของผู้เสนอที่ไม่ได้ส่งโทรเลขแบบด่วน และไม่ได้แจ้งให้ทราบว่าจะต้องตอบทันที ดังนั้น ผู้เสนอจึงต้องรับผิดชอบที่ทำให้สัญญาไม่อาจเกิดขึ้นได้ และทำให้ผู้รับคำเสนอมีความเชื่อว่าสัญญาจะเกิดขึ้น โดยศาลได้กำหนดให้ชดเชยความเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นเงินจำนวน ๔,๐๐๐ ฟรังก์ ไม่ใช่จำนวน ๒๐,๐๐๐ ฟรังก์ตามสัญญา ซึ่งจากคดีนี้จะเห็นได้ว่า ศาลได้กำหนดให้ผู้เสนอต้องชดเชยค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเสียค่าใช้จ่ายอันเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยที่ศาลไม่ได้กำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการขาดโอกาสให้แก่ผู้เสียหายตามทฤษฎีสูญเสียโอกาส (Perte d'une chance) ด้วย

๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศส

๒.๒.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ของฝรั่งเศส เป็นสัญญาที่จัดอยู่ในระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลักษณะ คือ ประการแรกจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (personne publique) ส่วนประการที่สองคือ ระบบกฎหมาย (régime juridique) ที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาเป็นระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งได้แก่ การไม่นำกฎหมายแพ่งในเรื่องสัญญามาใช้ การทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และการที่คดีพิพาททั้งหลายเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจะต้องอยู่ในระบบพิจารณาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม สัญญาที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาทางปกครองเสมอไป มีสัญญาของฝ่ายปกครองหลายประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ซึ่งสัญญาเหล่านั้นเป็น สัญญาของฝ่ายปกครอง (contrat de l'administration) ที่เรียกว่า “สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชน” (contrat de droit privé de l'administration) ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาในการทำสัญญาว่าประสงค์ที่จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่งที่เอกชนทำกัน สัญญาดังกล่าวนำระบบกฎหมาย

^{๖๑}Bordeaux, 17 Jan. 1870 S1870.2.219 excerpt in translation in P.H.V. Marsh, Comparative Contract Law : England, France, Germany, Ibid, p. 61.

เอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ และข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม^{๒๒}

๒.๒.๒ ลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

รูปแบบของสัญญาทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการมอบอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่เอกชน มีอยู่ด้วยกันสองรูปแบบ คือ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (marché public) และการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ^{๒๓} ซึ่งในส่วนของสัญญาจัดจ้างหรือสัญญาพัสดุ เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย เพราะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administrative par détermination de la loi)^{๒๔} และเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำมากที่สุด รวมทั้งเป็นสัญญาที่มีความสำคัญที่สุดของฝ่ายปกครองเพราะในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องใช้สัญญาพัสดุเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับใช้จัดทำบริการสาธารณะ

๒.๒.๒.๑ กระบวนการจัดหาพัสดุ

ดังที่กล่าวแล้วว่า ในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละประเภทนั้น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างเป็นสัญญาทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจัดทำมากที่สุด ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจำเป็นต้องผ่านกระบวนการประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ จึงมีการเรียกสัญญาดังกล่าวว่า “สัญญาพัสดุ”

ประเภทของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างมีอยู่ด้วยกัน ๕ ประเภทใหญ่ๆ คือ^{๒๕}

^{๒๒} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๒๙๘.

^{๒๓} นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๔), หน้า ๙๒ - ๙๓.

^{๒๔} มาตรา ๒ ของรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๑ กำหนดประเภทของสัญญาทางปกครองไว้ว่า “การจัดหาพัสดุที่ทำโดยหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายพัสดุมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” ศึกษาเพิ่มเติมจาก นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๔๒๗.

^{๒๕} Philippe Turguet de Beauregard, “รายงานการบรรยายพิเศษเรื่องสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๑๘, ตอน ๑ (เมษายน ๒๕๔๒) : ๕-๘.

๑) สัญญาจัดซื้อพัสดุ (marché des fournitures) เป็นสัญญาที่ใช้ในการปฏิบัติราชการทั่วไป เช่น สัญญาเพื่อการจัดหาสิ่งหามิตรพัสดุ หรือสิ่งหามิตรพัสดุต่างๆ

๒) สัญญาว่าจ้างให้จัดทำบริการ (marché des prestation de service) ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองว่าจ้างให้จัดทำบริการต่างๆ เช่น จัดรถรับส่งราชการ จัดงานเลี้ยง จ้างทำความสะอาด เป็นต้น

๓) สัญญาอุตสาหกรรมหรือสัญญาว่าจ้างผลิตต้นแบบอุตสาหกรรม (marché industriel) ได้แก่ สัญญาจ้างให้มีการผลิตสิ่งของต่างๆ เพื่อเป็นต้นแบบทางอุตสาหกรรม เช่น จ้างบริษัทผลิตอาวุธ หรือเครื่องบินต่างๆ เป็นต้น

๔) สัญญาก่อสร้าง (marché des travaux) ได้แก่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสถานที่ สัญญาว่าจ้างให้บำรุงรักษาหรือบำรุงอาคารสถานที่ เป็นต้น

๕) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษา (marché d' études) เป็นสัญญาว่าจ้างให้ทำการศึกษาวิจัย รวมทั้งอาจเป็นการสำรวจ การศึกษา หรือวัดผลก็ได้

การจัดหาพัสดุโดยการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครอง อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญ ๓ ประการ คือ เงื่อนไขทางด้านรูปแบบ เงื่อนไขทางการประกาศเชิญชวน และเงื่อนไขเกี่ยวกับความเสมอภาค ซึ่งเงื่อนไขทั้งสามรูปแบบดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดในการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง เพราะการจัดหาพัสดุนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ และระเบียบต่างๆ อย่างเคร่งครัด เงื่อนไขทั้ง ๓ ประการนี้จึงมีอิทธิพลต่อการทำสัญญาจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก

กระบวนการปกติในการจัดหาพัสดุของฝ่ายปกครอง ได้แก่^{๖๖}

๑) การเสนอราคา (l'appel d'offres)^{๖๗}

ประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ได้นำเอากระบวนการเสนอราคามาแทนที่การประกวดราคา (adjudication) ทั้งการเสนอราคาและการประกวดราคาต่างก็มีกระบวนการที่ใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตอนเริ่มต้นภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ประกาศเชิญชวนไปแล้ว คือ ทั้งผู้เสนอราคาและผู้ประกวดราคาต่างก็ต้องยื่นข้อเสนอของตนต่อฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม การเสนอราคาและการประกวดราคามีข้อแตกต่างกันที่สำคัญคือ การประกวดราคานั้น ผู้ยื่นข้อเสนอต่ำสุดจะถูกคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา^{๖๘} ในขณะที่การเสนอราคานั้น ผู้ที่ยื่นข้อเสนอที่ดี

^{๖๖} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๔๓๔ - ๔๓๗.

^{๖๗} André de LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DELVOLLE, Traité des contrats administratifs Tome 1, 2 Editions, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 633 - 639. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๓๕.

^{๖๘} Code des marchés publics, 1946, Loi - 88, 280.

ที่สุดจะเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก ซึ่งการประกวดราคานั้นอาจมีข้อบกพร่องอยู่ที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดอาจไม่ใช่ผู้ที่ดีที่สุดที่จะเข้ามาทำงานกับฝ่ายปกครองก็ได้ ดังนั้น การเสนอราคาจึงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองได้ประโยชน์มากกว่าการประกวดราคา เพราะฝ่ายปกครองสามารถเลือกคู่สัญญาได้จากการพิจารณาข้อเสนอทั้งทางด้านเทคนิคและราคา

การเสนอราคาสามารถทำได้ทั้งสองวิธี คือ การเสนอราคาเป็นการทั่วไป (ouverte) และการเสนอราคาแบบจำกัด (restreinte) กล่าวคือ การเสนอราคาแบบเป็นการทั่วไปนั้นได้แก่กระบวนการระดับชาติที่ผู้ประกอบการ (entrepreneur) ที่สนใจทุกคนสามารถยื่นข้อเสนอได้ ส่วนการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการจัดหาพัสดุต้องเชิญผู้ประกอบการไม่น้อยกว่า ๕ ราย ให้เข้าร่วมในการเสนอราคาดังกล่าว^{๖๙}

กระบวนการในการเสนอราคาทั้งสองวิธีมีจุดเริ่มต้นที่ต่างกัน ซึ่งในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้น เมื่อถึงเวลาที่ฝ่ายปกครองกำหนด ผู้ประกอบการที่สนใจก็สามารถเสนอราคาได้ ในขณะที่การเสนอราคาแบบจำกัดนั้น จุดเริ่มต้นอยู่ที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องทำบัญชีรายชื่อผู้ประกอบการที่ฝ่ายปกครองต้องการเชิญให้มาเสนอราคาก่อน โดยในการทำบัญชีรายชื่อนั้น ฝ่ายปกครองจะพิจารณาจากผู้ที่มีการประกอบธุรกิจและมีสถานะทางการเงินที่ดี^{๗๐}

๒) การประกาศเชิญชวน

กฎหมายของฝรั่งเศสได้กำหนดให้สัญญาพัสดุของรัฐทุกสัญญา จะต้องมีการประกาศเชิญชวนและเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้าแข่งขันกัน โดยประกาศเชิญชวนนั้นจะต้องมีสาระสำคัญคือ วัตถุประสงค์ของการจัดหาพัสดุ สถานที่ที่ผู้สนใจสามารถหาข้อมูลหรือขอคำปรึกษาได้ ระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ ซึ่งการประกาศเชิญชวนจะต้องพิมพ์เผยแพร่ในเอกสารที่เรียกว่า Bulletin officiel d'annonces des marchés publics^{๗๑}

สำหรับระยะเวลาในการยื่นข้อเสนอ นั้น โดยปกติแล้วจะมีการกำหนดไว้เป็นสองลักษณะที่สัมพันธ์กันกับการเสนอราคา โดยในการเสนอราคาเป็นการทั่วไปนั้นจะต้องกำหนดไว้ไม่ต่ำกว่า ๕๒ วัน หรือในกรณีพิเศษอาจลดลงมาเหลือ ๒๖ วันได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายพัสดุนับใหม่ และนอกจากนี้ระยะเวลาอาจลดลงมาเป็น ๓๖ วัน หากการจัดหาพัสดุนั้นมีจำนวนต่ำกว่า ๕ ล้านยูโร (euro) ส่วนในกรณีการเสนอราคาแบบจำกัดนั้น มีระยะเวลา ๒ ขั้นตอนคือ ขั้นตอนในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่ฝ่ายปกครองจะเชิญเข้าร่วมเสนอราคา จะต้องดำเนินการจัดทำภายใน ๓๗ วัน นับแต่วันที่มีการประกาศว่าจะให้มีการเสนอราคา ส่วน

^{๖๙}Code des marchés publics, Loi – 61.

^{๗๐}Code des marchés publics, Loi – 52.

^{๗๑}Code des marchés publics, Loi – 40.

ขั้นตอนที่สองจะเป็นกรณีที่ เมื่อฝ่ายปกครองตกลงจะเชิญผู้ใดให้เข้าเสนอราคานั้น ผู้นั้นจะต้องเสนอราคาต่อฝ่ายปกครองภายใน ๔๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับจดหมายเชิญจากฝ่ายปกครอง

๓) การคัดเลือก

มาตรา ๕๓ ของประมวลกฎหมายพัสดุได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้เสนอราคาเอาไว้ดังนี้^{๕๒}

(๑) ข้อเสนอที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย

มาตรา ๑ ของประมวลกฎหมายพัสดุนับปัจจุบันบัญญัติไว้ว่า สัญญาพัสดุจะต้องตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเสนอแล้วเห็นว่าไม่ได้เป็นไปตามความต้องการของฝ่ายปกครอง หรือไม่ได้ตอบสนองความต้องการของฝ่ายปกครอง ข้อเสนอดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครอง

(๒) หลักการเลือกข้อเสนอ

ฝ่ายปกครองจะต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบข้อเสนอทั้งหมด และพิจารณาเห็นว่าข้อเสนอใดให้ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองมากที่สุด ส่วนใหญ่แล้วข้อเสนอที่ให้ประโยชน์กับฝ่ายปกครองมากที่สุดจะเป็นข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเงิน เช่น จำนวนเงิน ระยะเวลาในการจ่ายเงินของฝ่ายปกครอง หรือผลประโยชน์ทางการเงินที่ฝ่ายปกครองจะได้รับ เป็นต้น โดยการคัดเลือกข้อเสนอดังกล่าวจะต้องทำบนพื้นฐานของหลักว่าด้วยความเสมอภาคและหลักว่าด้วยความโปร่งใส

(๓) การจัดลำดับ

การคัดเลือกของฝ่ายปกครองจะต้องมีการให้คะแนนเพื่อจัดลำดับของผู้ยื่นข้อเสนอ ในกรณีที่มีผู้ยื่นข้อเสนอจำนวนมากฝ่ายปกครองจะจัดลำดับผู้ได้รับการคัดเลือกไว้ประมาณ ๑๐ - ๑๒ ราย ผู้ที่อยู่ในลำดับต้นเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ถือว่าเป็นการคัดเลือกโดยเด็ดขาดเพราะตามมาตรา ๔๖ แห่งประมวลกฎหมายพัสดุได้กำหนดหลักเกณฑ์บางประการไว้ว่า วิสาหกิจ (entreprise) ที่ได้เข้ามาเสนอราคาจะต้องส่งเอกสารเกี่ยวกับสถานะทางการเงินและการเสียภาษีของตนต่อฝ่ายปกครองพร้อมๆ กับการเสนอราคา โดยวิสาหกิจจะเป็นผู้รับรองเอกสารเหล่านั้นด้วยตนเองว่าประกอบด้วยข้อมูลที่เป็นความจริงทุกประการ เมื่อวิสาหกิจนั้นได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะในการเสนอราคาก็จะต้องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำการรับรองเอกสารดังกล่าวว่าเป็นความจริง และนำมาเสนอต่อฝ่ายปกครองที่ได้คัดเลือกตนไว้ภายใน

^{๕๒}Patrice COSSALTER, Le nouveau Code des marchés publics, Editions de <<la Lettre du Cadre Territorial>>, Paris, 2001, p. 16 – 21, ของ Titre III – Chapitre III – Section 7. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๔๓๖.

ระยะเวลาที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนด หากไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ วิสาหกิจนั้นก็หมดสิทธิที่จะเข้าทำงานกับฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองจะให้ผู้ที่อยู่ในลำดับถัดไปได้ดำเนินการตามมาตรา ๔๖ ดังกล่าวต่อไป

ขั้นตอนสำหรับการเสนอราคาแบบทั่วไปมี ๕ ขั้นตอน ดังนี้

๑) การกำหนดคุณสมบัติ (Specification)

การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศส มาตรา ๗๕^{๓๓} ที่กำหนดไว้ว่า การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการพัสดุจะต้องตอบสนองต่อลักษณะและปริมาณของพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างอย่างสมบูรณ์ หน่วยงานเจ้าของเรื่องจึงต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุ ความจำเป็นของการจัดซื้อจัดจ้างในลักษณะที่ชัดเจนเท่าที่จะทำได้ ก่อนเปิดให้มีการแข่งขันหรือเจรจาจัดซื้อจัดจ้าง

พัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้างต้องตรงตามข้อกำหนดในเรื่องรายละเอียดทางเทคนิคที่กลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุจัดทำขึ้น หรือเป็นไปตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์ฝรั่งเศส

ข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับมาตรฐานมีผลใช้บังคับโดยตรงกับพัสดุที่จะจัดซื้อจัดจ้าง โดยข้อกำหนดพิเศษดังกล่าวอาจมีภาระระบุไว้ในเอกสารกำหนดเงื่อนไขในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐหรือกำหนดไว้ในสัญญาแล้วแต่กรณี ซึ่งในกรณีที่มีการแก้ไขข้อกำหนดในรายละเอียดทางด้านเทคนิคหรือมาตรฐานของสินค้า หน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้างจะต้องระบุไว้ในสัญญาด้วยว่า ได้รับอนุญาตให้แก้ไขโดยกลุ่มถาวรว่าด้วยการพัสดุดังกล่าว

การแก้ไขข้อกำหนดที่เป็นมาตรฐานที่ได้รับการรับรองไว้แล้ว จะกระทำใ้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา ๑๘ ของรัฐกฤษฎีกา เลขที่ ๘๔ - ๒๔ ลงวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ๑๙๘๔ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยมาตรฐานและการแก้ไขรายละเอียดทางเทคนิค ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวจัดทำโดยกลุ่มงานถาวรว่าด้วยการศึกษาการพัสดุ โดยได้จัดทำขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๔

ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๒๔ ดังกล่าว เป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับคุณสมบัติและรายละเอียดทั่วไปของพัสดุ โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้พัสดุที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้างเป็นไปตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์ฝรั่งเศส และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้หน่วยงานที่จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างต้องถือปฏิบัติตาม^{๓๔}

^{๓๓}Code des marchés publics, Loi - 87.

^{๓๔}Michel Guibal, Code des Marchés Publics (Paris : Publication du Moniteur, 1992), p.129.

อ้างถึงใน สุรพล ทิพย์เสนา, "การประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีนิติสัมพันธ์ในกฎหมาย

๒) การแจ้งการประกวดราคา

มาตรา ๘๖^๕ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศสกำหนดว่า การแจ้งการประกวดราคาทุกกรณีจะต้องกระทำโดยเปิดเผยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๘ และมาตรา ๓๙ ทวิ

ขั้นตอนและวิธีการแจ้งอาจทำเป็นกฎหมายลำดับรองออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลัง และการแจ้งการประกวดราคาต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- วัตถุประสงค์ซึ่งหมายถึงความมุ่งหมายของการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะต้องชี้แจงอย่างชัดเจน โดยระบุปริมาณหรือสิ่งของที่จัดซื้อจัดจ้างนั้นว่าเป็นอย่างไร ซึ่งอาจเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่สามารถกำหนดปริมาณที่แน่นอน โดยสามารถกำหนดราคาต่อหน่วย หรือกำหนดราคาต่อ Lot ได้^๖

- สถานที่ที่ผู้สนใจจะศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่เอกสารในรายละเอียดของการดำเนินการตามสัญญา (cahiers des charges) และหลักเกณฑ์ในการขอคำปรึกษา หรือหลักเกณฑ์ในการขอเอกสารที่เกี่ยวข้อง

- วันที่ที่จะส่งประกาศประกวดราคาเพื่อลงนามใน “ประกาศของทางราชการ เกี่ยวกับการประกวดราคา (bulletin officiel)”

- หน่วยงานผู้รับผิดชอบในการจัดประกวดราคา

- สถานที่และวันเวลาที่กำหนดเป็นวันปิดการยื่นซองประกวดราคา

- สถานที่และวันเวลาที่แน่นอนสำหรับการเปิดซองประกวดราคา

- หลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติและความสามารถของผู้เข้าแข่งขัน

- ระยะเวลาที่ผู้เข้าแข่งขันจะต้องผูกพันตามข้อเสนอในการประกวดราคา

ระยะเวลาในการรับซองต้องไม่น้อยกว่า ๓๖ วัน นับแต่วันที่ได้ส่งประกาศแจ้งการจัดให้มีการประกวดราคาใน “ประกาศของทางราชการ” ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หน่วยงานที่รับผิดชอบอาจยื่นระยะเวลาการรับซองได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่า ๑๕ วัน

๓) การยื่นซองประกวดราคา

ปกครองกับสัญญาทางแพ่ง,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๔), หน้า ๑๑๓.

^๕Code des marchés publics, Loi – 86.

^๖สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “สัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง,” โดย M. Philippe Turguet de Beauregard, วารสารกฎหมายปกครอง ๑๘, ๑ (เมษายน ๒๕๔๒), หน้า ๘.

การเสนอราคาของผู้ดำเนินกิจการจะต้องยื่นซองเป็น ๒ ซอง โดยซองแรกจะประกอบด้วยเอกสารหลักฐานแสดงสถานะของผู้เข้าแข่งขัน พร้อมทั้งการแจ้งคุณสมบัติและความสามารถในการรับงานตามที่กำหนดในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและความสามารถของผู้เข้าแข่งขัน และซองที่สองจะมีชื่อผู้เข้าประกวดราคา

การยื่นซองประกวดราคาจะต้องส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ อย่างไรก็ตาม หากมีข้อกำหนดในขั้นตอนการขอคำปรึกษา ให้ยื่นซองต่อคณะกรรมการในวันพิจารณาและจะต้องทำโดยเปิดเผยต่อหน้าสาธารณะ หรือมีข้อกำหนดให้นำใส่กล่องผู้เข้าแข่งขันก็จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของข้อกำหนดดังกล่าว^{๗๗}

๔) การคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคา

การดำเนินการคัดเลือกผู้เข้าประกวดราคาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและได้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ จะต้องพิจารณาให้เป็นไปตามประเภทของการจัดประกวดราคาขึ้นอยู่กับว่าในการดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างดังกล่าว เป็นการดำเนินการโดยวิธีประกวดราคาแบบทั่วไป^{๗๘} หรือการประกวดราคาแบบจำกัด^{๗๙}

๕) การแจ้งผลการประกวดราคา

การแจ้งผลการประกวดราคาแต่ละครั้งจะต้องบันทึกผลการพิจารณาไว้เป็นหลักฐาน โดยระบุถึงขั้นตอนต่างๆ ของการดำเนินการ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการจัดประกวดราคาไม่ดำเนินการจัดประกวดราคาอย่างต่อเนื่อง จะต้องแจ้งให้ผู้เข้าประกวดราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาชั่วคราว^{๘๐}

สำหรับการแจ้งผู้ได้รับการคัดเลือก (ผู้ชนะการประกวดราคา) จะต้องมียายละเอียด ดังนี้

- วัตถุประสงค์สัญญา
- สถานที่ที่ผู้ได้รับการคัดเลือกสามารถศึกษาเอกสารที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่เอกสารรายละเอียดของการดำเนินการตามสัญญา และหลักเกณฑ์การขอคำปรึกษาหรือหลักเกณฑ์ในการขอเอกสารที่เกี่ยวข้อง

^{๗๗}Code des marchés publics, Loi – 87.

^{๗๘}Code des marchés publics, Loi – 88, 89.

^{๗๙}Code des marchés publics, Loi – 91.

^{๘๐}Code des marchés publics, Loi – 90.

- หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดประกวดราคา
 - สถานที่และวันเวลาที่กำหนดให้เข้าทำสัญญา
 - ระยะเวลาที่ผู้ชนะการประกวดราคาจะต้องผูกพันตามข้อเสนอในการประกวดราคา
 อย่างไรก็ตาม การเกิดสัญญาจัดหาพัสดุของฝรั่งเศสมีหลักว่า แม้จะมีการประกาศชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้ชนะการประกวดราคา ซึ่งจะเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญาจัดหาพัสดุกับรัฐแล้วก็ตาม สัญญาจัดหาพัสดุจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้มีอำนาจของหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในหนังสือสัญญาในเวลาอันสมควรแล้ว ทั้งนี้ตาม Code des marchés publics มาตรา ๔๔วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า “หลังจากที่ได้มีการลงนามในสัญญาซื้อหรือจ้างแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจรับผิดชอบการซื้อหรือจ้างจะต้องส่งหนังสือแจ้งการทำสัญญานั้นไปให้แก่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาที่แท้จริง และจะต้องส่งโดยวิธีที่มีการตอบรับการส่งเอกสาร หรือจดหมายลงทะเบียนตอบรับ โดยถือว่าหนังสือแจ้งการทำสัญญาไปถึงบุคคลที่เป็นคู่สัญญาดังกล่าวในวันที่มีการตอบรับ ซึ่งถือว่าการซื้อหรือจ้างมีผลตั้งแต่วันที่นั้นเป็นต้นไป” เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาที่มีการลงนามแล้วต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานบังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ซึ่งในกรณีนี้สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อหน่วยงานบังคับบัญชาดังกล่าวได้ให้การรับรองแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายเอกชนอาจมีการมอบหมายให้ตัวแทนลงนามในสัญญาได้ หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งหนังสือแจ้งการทำสัญญาถึงตัวเอกชนที่เป็นคู่สัญญาที่แท้จริงเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายในส่วนนี้เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากการตีความของศาลปกครอง^{๕๑}

๒.๒.๒.๒ แนวทางการตรวจสอบกระบวนการจัดหาพัสดุ

ประเทศฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมตรวจสอบการจัดหาพัสดุไว้ ๒ ขั้นตอน คือ การควบคุมก่อนการทำสัญญาและการควบคุมภายหลังการทำสัญญา แต่ในการศึกษาในหัวข้อนี้จะศึกษาเพียงกระบวนการตรวจสอบก่อนการทำสัญญาเท่านั้น ดังนี้

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุของฝรั่งเศสได้วางระบบการควบคุมการจัดหาพัสดุไว้หลายกรณีด้วยกัน คือ^{๕๒}

^{๕๑}C. E. 20 Juillet 1951, pequin p. 423, cited by André de Laubadère, *Franck Moderne et Pierre Delvolvé*, op. cit., footnote 15, p. 512 – 529. อ้างถึงใน ปราณี หล่อรัตนโชติ, “การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๓๔), หน้า ๖๙.

^{๕๒}ปรเมศวร์ สังข์เอี่ยม, “ปัญหาการควบคุมการแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๒), หน้า ๒๑.

๑) การควบคุมโดยขั้นตอนและวิธีการจัดหาพัสดุ

การควบคุมโดยวิธีกรนี้เป็นกรเข้าไปควบคุมตั้งแต้ขั้นตอนกรจัดหพัสดุในแต่ละขั้นตอนให้เกิดกรโปร่งใส เช่น กรณีกกรประกาศกรคกรกลางให้ทรบล่วงหน้า ซึ่งผู้เสนอกรคกรจะเสนอกรคกรที่สูงกรวกรคกรกลางที่กรหนดไว้ไม่ได้ ถ้าหกรมีกรเสนอกรคกรสูงกรวกรก็จะถูกตัดสิทธิในการเป็นคู่สัญญาของรัฐ หรือในกรณีกกรกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุ ประมวลกฎหมยว่าด้วยกรพัสดุกำหนดให้ส่วนกรกรที่จะทำกรซื้อหรือจ้างจะต้องกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือรายละเอียดของพัสดุให้ตรงกับรายละเอียดทงเทคนิคที่กลุ่มงนถวรวว่าด้วยกรศึกษากรพัสดุกจัดทำขึ้น และตรงมมตรฐนของสินค้าที่ฝรั่งเศสรับรอง อันเป็นกรป้องกันปัญหากรใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุให้ตรงกับผู้เสนอกรคกรรายใดกรหนึ่งโดยเฉพาะ

นอกจากกรประกาศเผยแพร่กรคกรกลาง และกรกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุก้างต้นแล้ว กรจัดหพัสดุในแต่ละวิธีของฝรั่งเศสยังได้วางระบบกรควบคุมกรพิจารณาคัดเลือกพัสดุ โดยคณะกรมกรที่มีความอิสระไม่ถูกแทรกแซงจากบุคคลภายนอก เช่น กรณีกกรสอบกรคกร คณะกรมกรสอบกรคกรจะได้รับแต่งตั้งจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยคณะกรมกรดังกล่าวจะมีผู้แทนของกรทรวงกรคลังเข้ามาทำหน้าทีดูแลกรแข่งขันเพื่อไม่ให้มีการสมยอมกัน ซึ่งจะเป็นเพียงกรให้คำปรึกษาเท่านั้น แต่จะไม่มิตสิทธิออกเสียงในการคัดเลือก คณะกรมกรดังกล่าวจะทำหน้าทีพิจารณาข้อเสนอของผู้เสนอกรคกร และทำกรวิเคราะห์ว่าผู้เสนอกรคกรแต่ละรายมีข้อเสนออย่างไรและให้คะแนนไปตมลำดับ แล้วเสนอไปยังเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อพิจารณาคัดเลือกต่อไป ซึ่งโดยปกติแล้วก็จะคัดเลือกผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดในอันดับที่หนึ่ง

๒) การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกที่เป็นอิสระ

การควบคุมโดยวิธีนี้เป็นกรควบคุมโดยคณะกรมกรต่งๆ ซึ่งในประมวลกฎหมยว่าด้วยกรพัสดุกได้กำหนดให้มีองค์กรต่งๆ เพื่อทำหน้าทีตรวจสอบกรจัดหพัสดุกให้ถูกต้องและเป็นไปตมหลักเกณฑ์ที่กรหนด โดยกำหนดให้มีองค์กรต่งๆ ดังต่อไปนี้

(๑) คณะกรมกรควบคุมกรเสนอกรคกร (commission d'appel d'offres)

ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญาจะต้องมีการตรวจสอบอย่างละเอียดโดยผ่านการพิจารณาของคณะกรมกร ซึ่งในระดับชาติจะมีคณะกรมกรดูแลอยู่ ๖ คณะ ซึ่งอยู่ภายใต้กรกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกรทรวงกรคลัง โดยประธานคณะกรมกรจะคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลปกครองหรือศาลบัญชี คณะกรมกรเหล่านี้จะมีความเป็นอิสระ จะไม่รับคำสั่งหรือคำชี้แนะจากรัฐมนตรีว่าการกรทรวงกรคลัง

(๒) คณะกรรมการเชี่ยวชาญพิเศษ (passage devant la commission spécialisée du marché)

คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการติดตามกระบวนการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกกระบวนการ และจะตรวจสอบว่ามีการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ราคาที่เสนอหรือราคาที่ตกลงกันนั้นถูกต้องหรือไม่ และเมื่อตรวจสอบแล้ว คณะกรรมการจะมีอำนาจให้ความเห็นว่า กระบวนการที่ผ่านมาถูกต้องหรือไม่ แล้วแจ้งความเห็นไปยังหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งหน่วยงานนั้นไม่ผูกพันที่จะต้องทำตามความเห็นของคณะกรรมการ แต่ถ้าไม่ทำตามความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวจะต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบ

(๓) คณะกรรมการกลางในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (commission centrale de marché)

คณะกรรมการชุดนี้จะประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเรื่องการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ ซึ่งโดยทั่วไปคณะกรรมการจะเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่ดูแลการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนเป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

๓) การควบคุมโดยผู้พิพากษาพิเศษ (juge de référé précontractuel)

การควบคุมโดยผู้พิพากษาพิเศษนี้ เป็นการควบคุมการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นตอนก่อนที่จะมีการทำสัญญา หากปรากฏว่ามีความผิดปกติในขั้นตอนประกาศเชิญชวน หรือมีความผิดปกติในการเปิดให้มีการแข่งขัน ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถยื่นคำร้องต่อผู้พิพากษาเพื่อให้พิจารณาเป็นเรื่องเร่งด่วน การร้องขอจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการทำสัญญา ขั้นตอนนี้จะใช้กับการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในระดับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อมีการยื่นคำร้องดังกล่าว ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจสั่งการให้ผู้รับผิดชอบในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น สั่งระงับการทำสัญญา หรือสั่งยกเลิกกระบวนการหรือขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่ได้ดำเนินการมาในช่วงก่อนการทำสัญญา เป็นต้น เมื่อศาลตัดสินแล้วฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยสั่งการของหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นอาจส่งเรื่องให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยในชั้นสุดท้ายได้

ความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา^{๔๓} ดังกล่าว ถือเป็นความรับผิดของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความรับผิดของหน่วยงาน (la faute de service) ที่ไม่ใช่ความรับผิดของ

^{๔๓} ศ.ดร.นันทวัฒน์ พรหมานันท์ ใช้คำว่า “ความรับผิดที่มีที่มาจากภายนอกของสัญญา”

เจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะตัว^{๔๔} โดยผู้รับผิดชอบได้แก่ผู้ที่เริ่มกระบวนการทำสัญญา (กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง) หรือผู้ที่ทำสัญญาโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในบางครั้งหากรัฐในฐานะผู้ให้ความเห็นชอบ (approbation) มิได้เห็นชอบตามที่กฎหมายกำหนด รัฐก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าว^{๔๕} การกระทำของรัฐฝ่ายปกครองในชั้นนี้ ถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งข้อพิพาทส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ผู้เข้าร่วมประมวลตามสัญญาพัสดุที่ไม่ผ่านเข้ารอบต่อไป หรือวิสาหกิจที่ไม่สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมประมวลเห็นว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองที่ตัดสิทธิตนเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้มีการเยียวยา (réparation) ทางศาลด้วยการขอให้ตรวจสอบคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยผู้เข้าร่วมประมวลมักขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งขอให้มีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่วางเกณฑ์ไว้แน่นอนว่าจะพิจารณาจากจุดใด แต่ส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเป็นเกณฑ์^{๔๖}

การเยียวยาความเสียหายที่กำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส สามารถแยกได้เป็นสามประเภทด้วยกัน คือ

๑) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่เกิดจากฝ่ายเอกชนมีข้อบกพร่องในสถานะของตน

เมื่อมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา แต่หากตรวจสอบพบว่า วิสาหกิจ (entreprise) ที่ต้องการเข้าเป็นผู้สัญญากับฝ่ายปกครองขาดคุณสมบัติบางประการ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่กำหนดให้มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่วิสาหกิจดังกล่าว เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการทำสัญญาที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ หรือในกรณีที่วิสาหกิจนำหลักประกันมาเสนอประกอบการทำสัญญาไม่ตรงตามที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ในหนังสือเชิญชวน วิสาหกิจนั้นไม่สามารถขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหายโดยการกำหนดค่าเสียหายให้ได้ เนื่องจากคุณสมบัติของวิสาหกิจดังกล่าวไม่ครบเกณฑ์ที่จะเข้าเป็นผู้สัญญากับฝ่ายปกครอง^{๔๗}

^{๔๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ กรณี Siset. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๓๖๐.

^{๔๕} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๕ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๒ กรณี S.C.I. Vallières. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๐.

^{๔๖} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๑.

^{๔๗} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๔ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๗๖ กรณี Desforets. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๑.

๒) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ฝ่ายเอกชนไม่อยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง

แม้มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา แต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าหากไม่เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว วิชาทักนั้นก็ยังไม่มีโอกาสที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง ในกรณีเช่นนี้ วิชาทักสามารถขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นได้ แต่ไม่สามารถขอให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง^{๘๘}

๓) การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่เอกชนอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง

กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าวิชาทักผู้เข้าเสนอราคานั้น จะได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง หากวิชาทักนั้นมีโอกาสที่จะได้รับการคัดเลือกก็สามารถขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหายจากการที่ไม่ได้รับการคัดเลือกได้บางส่วน^{๘๙} แต่ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าวิชาทักนั้นต้องได้รับการคัดเลือก วิชาทักนั้นสามารถร้องขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เต็มจำนวน^{๙๐}

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดทำสัญญาในหลายกรณี ไม่ว่าจะ เป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองเอง หรือจากการปล่อยให้คู่สัญญาดำเนินการก่อนสัญญาจะใช้บังคับ ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่มีต่อการทำสัญญาอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ขั้นตอนเจรจา (des pourparlers) ไปจนถึงขั้นตอนการลงนามในสัญญา ความผิดเหล่านี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ได้ทำสัญญา ซึ่งศาลปกครองได้ยอมรับหลักการเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดระหว่างการทำสัญญา แม้กระทั่งได้มีการลงนามในสัญญาไปแล้ว หากฝ่ายปกครองคู่สัญญาไม่สามารถทำให้สัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับได้เนื่องจากยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบ (approbation) จากผู้กำกับดูแล ก็ถือว่าเป็นความผิดซึ่งไม่ได้เกิดจากฝ่ายปกครองคู่สัญญา

^{๘๘} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๓ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๙๔ กรณี S.I.V.U. pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๒.

^{๘๙} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๘ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๘๐ กรณี C.H. de Seclin. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๒.

^{๙๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๖ กรณี Soc. des travaux du Midi. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๒.

แต่เกิดจากผู้กำกับดูแลซึ่งในกรณีดังกล่าวก็ให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาผู้เสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความเสียหายนั้น^{๙๐}

นอกจากนี้ ในกรณีที่สัญญายังมีได้มีการลงนามและยังไม่มีผลใช้บังคับ หากฝ่ายปกครองได้สนับสนุนให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา ก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ คู่สัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายได้ แม้จะไม่มีภาระกระทำผิดใดๆ เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาเลยก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญา กล่าวคือ หากมีการปฏิบัติตามสัญญาไปก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งฝ่ายปกครองยินยอมให้ดำเนินการและใช้ประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วย คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนได้หากปรากฏในเวลาต่อมาว่าสัญญาทางปกครองนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้ การกำหนดให้คู่กรณีสามารถเรียกค่าทดแทนดังกล่าวพิจารณาจากความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่ได้แนะนำหรือเสนอให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ^{๙๑} โดยคู่สัญญาจะสามารถเรียกค่าทดแทนได้หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การแนะนำหรือการเสนอของฝ่ายปกครองนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาสามารถเข้าไปดำเนินการตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะมีผลใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้งที่ศาลปกครองมักตัดสินว่าเป็นความรับผิดชอบร่วมกันของคู่สัญญา เนื่องจากถือเป็นความประมาทเลินเล่อ (l'imprudence) ของคู่สัญญาด้วย^{๙๒} โดยศาลจะกำหนดค่าทดแทนความเสียหายจากค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาต้องเสียไป

กล่าวโดยสรุป จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดจากสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคาในขั้นของการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสตามที่ได้นำเสนอมาข้างต้นนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคาไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง ในขั้นนี้หน่วยงานของรัฐและผู้ประกวดราคาจึงไม่มีความสัมพันธ์กันในทางสัญญา ดังนั้น ตามหลักกฎหมายปกครอง หน่วยงานของรัฐย่อมใช้ดุลพินิจในการพิจารณายกเลิกการประกวดราคาได้ตามที่เห็นสมควร และหากผู้ประกวดราคาได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าว เช่น ความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคา ผู้ประกวดราคาย่อม

^{๙๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๔ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๓๘ กรณี Commune d'Huos. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๓.

^{๙๑} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๔๗ กรณี Exposition internationale de Paris. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๓๖๓.

^{๙๒} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๑ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๓๐ กรณี Santori. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๔.

มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้^{๙๔} บทฐานความรับผิดชอบทางละเมิด ไม่ใช่ความรับผิดทางสัญญา แม้ว่าจะมีการประกาศชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว ซึ่งจะเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญาจัดหาพัสดุกับรัฐแล้วก็ตาม ก็ยังไม่ถือว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น สัญญาจัดหาพัสดุจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้มีอำนาจของหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในหนังสือสัญญาในเวลาอันสมควรแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากแบบของสัญญาทางปกครองได้ถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๒๕๐ ซึ่งกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahiers des charges) ไว้เสมอ เว้นแต่ในบางกรณีที่ทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจาได้^{๙๕} เช่น กรณีฝ่ายปกครองสนับสนุนให้เอกชนผู้เสนอราคาปฏิบัติตามสัญญาไปก่อนที่จะมีการลงนามในสัญญา เป็นต้น

๓. หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี

๓.๑ ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์

ประเทศอิตาลีอาจนับได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งในจำนวนน้อยของประเทศที่ได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาหรือ Culpa in contrahendo มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้อย่างชัดเจนถึง ๓ มาตรา ได้แก่ มาตรา ๑๓๓๗, มาตรา ๑๓๓๘ และมาตรา ๑๓๒๘ วรรค ๑

การบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งนี้เพิ่งมีขึ้นในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ๑๙๔๒ อันเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับที่ได้รับความอิทธิพลจากแนวความคิดของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเท่านั้น สำหรับในประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกของปี ๑๘๖๕ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ได้รับความอิทธิพลความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ยังมิได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้แต่ประการใด ดังนั้น ในสมัยนั้นเมื่อเกิดมีปัญหาหรือข้อเท็จจริงแห่งคดีขึ้น ผู้พิพากษาศาลอิตาลีจึงได้นำเอาหลักของกฎหมายลักษณะละเมิดตามมาตรา ๑๑๕๑ ในสมัยนั้นซึ่งปัจจุบันคือ มาตรา ๒๐๔๓ มาปรับใช้ เพราะเห็นว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถปรับใช้ได้ สำหรับมาตรา ๒๐๔๓ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องละเมิดนั้น บัญญัติว่า “การกระทำใดที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยไม่

^{๙๔} ปราณี หล่อรัตนโชติ, การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ, หน้า ๑๒๕.

^{๙๕} ชาญชัย แสงวงศ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓), หน้า ๔๗.

ถูกต้อง ผู้ก่อกวนซึ่งได้กระทำการดังกล่าวให้ชัดใช้คำสินไหมทดแทนความเสียหาย”^{๙๖} จากเนื้อหาในบทบัญญัติดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ในกฎหมายลักษณะละเมิดของอิตาลีนั้น กล่าวถึงการกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยจงใจมักไม่เป็นปัญหา เพราะเป็นเรื่องของการตั้งใจกระทำ แต่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นอาจมีปัญหาในการกำหนดขอบเขตอยู่บ้าง ว่าแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ในกรณีนี้ นักกฎหมายอิตาลีเห็นได้ให้นิยามไว้ว่า การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการกระทำที่มีได้เกิดขึ้นด้วยความตั้งใจ แต่เกิดเพราะความไม่ระมัดระวัง ความไม่รอบคอบ หรือความไม่เชี่ยวชาญ หรือเพราะการไม่เคารพกฎหมาย กฎข้อบังคับ คำสั่งหรือระเบียบวินัย^{๙๗} และความเสียหายอาจเกิดทั้งจากการกระทำการและการงดเว้นการกระทำ ทั้งอาจเป็นความเสียหายที่มีต่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ (ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน) หรืออาจเป็นความเสียหายที่มีต่อร่างกายหรือจิตใจ (ความเสียหายทางศีลธรรมหรือที่ไม่เป็นตัวเงิน) และที่สำคัญต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ถูกต้อง (ingiusto) หรือไม่ชอบด้วย

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ๑๘๖๕ มาเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับปี ๑๙๔๒ และได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ถึง ๓ มาตรา นั้น เป็นผลให้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้นในกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งบทบัญญัติของบางมาตรา อาทิ มาตรา ๑๓๓๘ ก็จะได้แสดงให้เห็นถึงอิทธิพลความคิดของ Jhering โดยตรง แต่ก็มีบางส่วนของไปไกลกว่าความคิดของ Jhering นั่นคือ กรณีของมาตรา ๑๓๒๘ วรรค ๑ เพราะเป็นกรณีที่ศาลสูงเคยตัดสินไว้ว่าเป็นกรณีที่ต้องมีความรับผิดโดยไม่ต้องมี “ความผิด” (fault)^{๙๘} อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศอิตาลีจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในลักษณะเป็นบททั่วไป ก็ได้หมายความว่า การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่มีปัญหา เพราะนักกฎหมายอิตาลีเองก็ยังมีความเห็นแตกต่างหลากหลายกันอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของหลักความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งถือเป็นประเด็นสำคัญในเรื่องนี้

สถาบันนวัตกรรมการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๙๖}Art. 2043 Compensation for unlawful acts “Any fraudulent, malicious, or negligent act that causes an unjustified injury to another obligees the person who has committed the act to pay damages.” อ้างใน จำปี ไสตติพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๔๔), หน้า ๓๘.

^{๙๗}Torrente A. & Schlesinger P., Manuale di Diritto Privato Italiano (Giuffrè : Milano) 1981, p.664ss. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๘.

^{๙๘}คำพิพากษาศาลสูงที่ ๑๗๒๙/๑๙๕๒, อ้างถึงใน จำปี ไสตติพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า ๓๘.

๓.๒ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งอาญาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ ๓ มาตรา ดังนี้^{๓๙}

๑) มาตรา ๑๓๒๘ บัญญัติว่า “คำเสนอนั้นอาจถูกถอนเสียได้ตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้รับทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มปฏิบัติตามสัญญา”

๒) มาตรา ๑๓๓๗ บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญาขึ้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

๓) มาตรา ๑๓๓๘ บัญญัติว่า “คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะได้รู้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความคิด”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของคู่กรณี แม้ว่า จะอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดก็ควรได้รับความคุ้มครอง ผู้ร่างกฎหมายจึงได้นำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญามาบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนที่คู่กรณีจะทำสัญญากัน โดยได้มีการนำมาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ชัดเจน และเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายน่าจะมุ่งหมายให้แยกระหว่างกรณีที่สัญญายังไม่เกิด กับกรณีที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วแต่เป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งนั้น ต้องเกิดก่อนที่สัญญาจะเกิดขึ้นเสมอ

๓.๓ ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอาญา แต่ในปัจจุบันนักกฎหมายยังมีความเห็นแตกต่างกันเกี่ยวกับลักษณะในทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา โดยมีความเห็นแยกเป็น ๓ ฝ่าย กล่าวคือ

^{๓๙} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๙.

๑) ฝ่ายแรกเห็นว่าน่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดเพื่อละเมิด^{๑๑๑} สำหรับความเห็นนี้เป็นความเห็นที่ยังหลงเหลืออยู่เนื่องจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ เพราะก่อนการทำประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบัน นักกฎหมายอิตาลีปรับใช้หลักกฎหมายลักษณะละเมิดกับกรณีความรับผิดก่อนสัญญา

๒) ฝ่ายที่สองเห็นว่าน่าจะจัดอยู่ในกลุ่มของความรับผิดตามสัญญา^{๑๑๒} เพราะหนี้ในการปฏิบัติตนตามหลักสุจริตก่อนสัญญา ก็คือหนี้ที่อย่างเดียวกันกับการปฏิบัติตนตามหลักสุจริต เมื่อมีสัญญาแล้ว ประกอบกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติเรื่องสัญญา และตัวบทใช้คำว่า “คู่สัญญา”

๓) ฝ่ายที่สามเห็นว่าน่าจะจัดเป็นความรับผิดอีกกลุ่มหนึ่งที่เป็นเอกเทศ ในฝ่ายเดียวกันนี้นักกฎหมายบางท่านก็ไม่ให้เหตุผลที่ชัดเจนหนักแน่นเท่าใดนัก กล่าวกันแต่เพียงว่า ที่ต้องจัดเป็นกลุ่มต่างหากเพราะเป็นกรณีที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา จึงใช้ความรับผิดตามสัญญาไม่ได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นจะต้องไปเข้ากลุ่มเรื่องละเมิดเสมอไป ส่วนนักกฎหมายบางท่านก็ให้เหตุผลไปว่าเพราะในกรณีนี้มีหนี้ตามกฎหมายของบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับด้วย

๓.๔ การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายสัญญาของอิตาลี

ความรับผิดก่อนสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีตามที่ได้นำเสนอในหัวข้อที่ผ่านมา นั้น ความรับผิดดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ เช่น การไม่แจ้งสิ่งที่ควรแจ้ง การแจ้งสิ่งที่ไม่ควรแจ้ง การเจรจาเคียดแค้น การไม่ดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารที่จำเป็น การถอนคำเสนอ การยกเลิกการเจรจา การกระทำก่อกวนหรือข่มขู่ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในการศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายสัญญาของอิตาลี ผู้ศึกษาจะดำเนินการศึกษาเฉพาะในส่วนของความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นได้กับกรณีความรับผิดในสัญญาทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้

๑) ความรับผิดในช่วงของการเจรจา ก่อนการทำสัญญา

ในกฎหมายอิตาลีได้มีการยอมรับว่า คู่กรณีที่เข้าร่วมการเจรจา ก่อนการทำสัญญา ต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตในช่วงระหว่างการเจรจา และมีการนำเอาแนวความคิดเช่นนี้ไปบัญญัติไว้ใน

^{๑๑๑}Bianca C.M., *Diritto Civile : Il Contratto*, p.161ss. ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสูงอิตาลีที่ ๔๐๕๑/๑๙๙๐, ๕๓๗๑/๑๙๘๗, ๕๑๗๐/๑๙๘๖ เป็นต้น. อ้างถึงใน จำปี โสคติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า ๓๙.

^{๑๑๒}Von Mehren A.T., “The Formation of Contracts” in *International Encyclopedia of Comparative Law*, p.64. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๙.

กฎหมายแพ่ง มาตรา ๑๓๓๗ ซึ่งบัญญัติว่า^{๑๐๒} การเจรจาและความรับผิดชอบก่อนสัญญา “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญา คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต” ซึ่งหลักความซื่อสัตย์สุจริตดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา ๑๓๓๗ เพื่อเป็นการทำให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนว่าในระหว่างการเจรจา หรือก่อนการทำสัญญาจะต้องดำเนินการโดยสุจริตในทุกกรณี สาเหตุที่ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายน่าจะมีความประสงค์ให้เป็นการคุ้มครองคู่กรณีซึ่งอยู่ในช่วงระยะเวลาก่อนการทำสัญญาไม่ได้รับความเสียหายอย่างใดๆ จากการเตรียมการบางอย่างก่อนมีการทำสัญญา เช่น ค่าใช้จ่ายในการปรึกษาข้อกฎหมายกับที่ปรึกษากฎหมาย ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าเสียเวลา ค่าเสียโอกาสที่จะไปเจรจากับคู่กรณีรายอื่น หรือค่าใช้จ่ายในการซื้อของราคาในกรณีเป็นการเจรจาภายใต้การจัดประกวดราคาโดยรัฐ เป็นต้น ถ้าหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจาโดยไม่ขอเข้าทำสัญญา จะมีผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้คู่กรณีจะต้องดำเนินการเจรจาก่อนการทำสัญญาโดยสุจริต ซึ่งโดยผลของกฎหมายจึงทำให้คู่กรณีในแต่ละฝ่ายจะต้องมีการไตร่ตรองอย่างรอบคอบก่อนที่จะมีการเข้าเจรจากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งว่าตนมีความประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญาต่อไปในอนาคตหรือไม่

นอกจากนี้ ในช่วงการเจรจาของคู่กรณียังต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายอีกว่า หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรรู้ถึงความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วไม่แจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ซึ่งก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต และมีผลให้ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอีกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๓๓๘ ซึ่งบัญญัติว่า^{๑๐๓} ความรู้ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ “คู่สัญญาซึ่งควรรู้หรือควรที่จะได้รู้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วไม่บอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ จะต้องชดใช้ค่าเสียหายซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะการที่ได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด” ดังนั้น การที่คู่กรณีฝ่ายแรกไม่กระทำการเจรจาโดยสุจริตก่อนมีการทำสัญญา และมีผลทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ในการเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่า เป็นการเจรจาถึงขั้นที่จะเข้าไปทำสัญญากันต่อไปอย่างแน่นอนหรือไม่ และมีเหตุผลที่จะล้มเลิกการเจรจาหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการเจรจาถึงขั้นที่จะมีการทำสัญญากันต่อไปในอนาคตและไม่มีเหตุผลที่จะขอล้มเลิกการเจรจา คู่กรณีฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางลบได้ตาม

^{๑๐๒} จำปี โสติพิพันธุ์, “เอกสารประกอบการศึกษา วิชา กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ ประจำภาคฤดูร้อน / ๒๕๔๑”, หน้า ๕.

^{๑๐๓} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๓.

หลักสุจริต ซึ่งเป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการเตรียมการเข้าทำสัญญาและการสูญเสียประโยชน์^{๑๐๔} ซึ่งในส่วนของค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ตามหลักการเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางลบนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะหมายถึงประโยชน์ที่คู่กรณีไม่ควรสูญเสียไปหากไม่ได้มาเจรจาเพื่อเข้ามาทำสัญญาที่ไม่ได้เกิดขึ้น เช่น โอกาสที่จะไปเจรจากับคู่กรณีรายอื่น เป็นต้น ซึ่งแตกต่างจากค่าขาดกำไรอันเป็นประโยชน์ที่คู่สัญญาควรจะได้รับเมื่อมีการทำสัญญากันแล้ว นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตต้องดำเนินการเจรจาต่อไป น่าจะมาจากเหตุผลที่ว่า การเจรจาเป็นเพียงการดำเนินการในช่วงระยะเวลาก่อนการเกิดสัญญา หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่มีความตั้งใจที่จะเข้าทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่ควรที่จะมีการบังคับให้มีการทำสัญญากันเพราะอาจจะเกิดความเสียหายต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในอนาคตได้ ดังนั้น การให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากการล้มเลิกการเจรจา จึงถือว่าเป็นธรรมต่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการล้มเลิกการเจรจาดังกล่าวแล้ว

๒) ความรับผิดชอบในกรณีการบอกถอนคำเสนอก่อนที่คำเสนอจะสิ้นผลผูกพัน

คำเสนอตามกฎหมายอิตาลีสามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลาก่อนที่จะมีการสนองรับ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ก่อนที่จะมีการสนองรับผู้เสนอย่อมมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะถอนคำเสนอหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากคำเสนอยังไม่มีผลผูกพันผู้เสนอให้ต้องปฏิบัติตามคำเสนอ หรือชดใช้ค่าเสียหายจากการบอกถอนคำเสนอแต่อย่างใด เว้นแต่ผู้รับคำเสนอเชื่อว่าคำเสนอมีอยู่โดยสุจริต และได้เริ่มเตรียมการบางอย่างไปก่อนที่จะทราบว่ามีการถอนคำเสนอ เช่น ได้ปรึกษาข้อกฎหมายกับที่ปรึกษา กฎหมาย ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง เป็นต้น ซึ่งการเตรียมการเช่นนี้ได้ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายต่างๆ ขึ้น และมีผลให้ผู้รับคำเสนอได้รับความเสียหาย ดังนั้น แม้ผู้เสนอจะถอนคำเสนอได้ก็ตาม ผู้เสนอยังต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้สนองรับ ไม่ว่าจะ เป็นค่าใช้จ่ายและการสูญเสียที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการเตรียมการบางอย่างก่อนเข้าทำสัญญา หรือค่าขาดประโยชน์ในทางลบซึ่งไม่ใช่ในผลกำไรดังเช่นกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา ๑๓๒๘ ซึ่งบัญญัติว่า การถอนคำเสนอและการถอนคำสนอง “คำเสนออาจถูกถอนเสียได้ตราที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะทราบการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่ายในการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มปฏิบัติตามสัญญา และวรรคสอง บัญญัติว่า คำสนองอาจถูกถอนเสียได้ หากการบอกถอนนั้นไปถึงผู้เสนอก่อนคำสนอง”

^{๑๐๔} Clara I. Asua, *Negotiating in good faith and the agreement to negotiate (with reference to the decision of House of Lords in the case of Walford v. Miles)*, Volume 2 No. 2 *European Review of Private Law*. 274, 283 (1994).

แต่หากเป็นคำเสนอที่ผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาผูกพันของคำเสนอไว้โดยเฉพาะ กรณีเช่นนี้ผู้เสนอยังไม่อาจบอกถอนคำเสนอได้จนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๓๒๙^{๑๑๕} ซึ่งบัญญัติว่า^{๑๑๕} คำเสนอที่ถอนไม่ได้ “ถ้าผู้เสนอผูกพันตนเองที่จะรักษาคำเสนอไว้ระยะหนึ่ง การบอกถอนก่อนย่อมไม่มีผล และวรรคสองบัญญัติว่า ในกรณีที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน การตายหรือการตกเป็นคนขาดความสามารถของผู้เสนอไม่ทำให้คำเสนอเสียไป เว้นแต่ลักษณะของธุรกิจหรือสถานการณ์อย่างอื่นทำให้คำเสนอนั้นไม่มีผล”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ในวรรคแรกเมื่อผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนเพื่อให้คำเสนอมีผลผูกพันผู้เสนอแล้ว ผู้เสนอก็ไม่อาจถอนคำเสนอนั้นได้ หากมีการบอกถอนคำเสนอก็จะไม่มีผลตามกฎหมาย ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นเพราะกฎหมายประสงค์จะให้ผู้เสนอซึ่งได้แสดงเจตนาโดยสมัครใจต้องผูกพันตนในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องมาจากการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามคำเสนอของผู้เสนอเอง ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากกฎหมายยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอของตนได้ ย่อมทำให้การแสดงเจตนาที่กำหนดระยะเวลาไว้อย่างแน่นอนเพื่อให้ผูกพันผู้เสนอไว้ช่วงระยะเวลาหนึ่งของผู้เสนอนั้น ไม่มีความศักดิ์สิทธิ์เพียงพอที่จะทำให้บุคคลอื่นเชื่อถือและกล้าที่จะเตรียมการบางอย่างเพื่อสนองรับคำเสนอ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เสนอถอนคำเสนอที่กำหนดระยะเวลาแน่นอนไว้ หากการบอกถอนดังกล่าวมีผลให้ผู้เสนอได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ ไม่ว่าจะเป็ค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ผู้เสนอต้องเสียไปเพื่อการปฏิบัติตามเงื่อนไขของคำเสนอและการเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ ผู้เสนอจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าว

๓.๕ สรุป

จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายอิตาลีได้มีการบัญญัติรองรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยได้กำหนดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นความรับผิดชอบเอกเทศ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในมาตรา ๑๓๓๗ อันสามารถที่จะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดีได้มากมาย และหากพิจารณาในเบื้องต้นอาจทำให้เข้าใจว่าระบบกฎหมายอิตาลี เป็นระบบที่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาชัดเจนและครอบคลุมมากกว่าประเทศอื่นๆ จึงเป็นการแก้ไขปัญหาการให้ลักษณะทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการสัญญาไปได้ในระดับหนึ่ง

^{๑๑๕}จำปี โสทธิพันธุ์, “เอกสารประกอบการศึกษา วิชา กฎหมายแพ่งเปรียบเทียบ ประจำภาคฤดูร้อน / ๒๕๔๑”, หน้า ๕๖.

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี จะเห็นได้ว่า ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาคือ “ประโยชน์ในการที่ไม่ควรจะต้องเสียอะไรไป” หรือที่เรียกกันว่า “negative interest” (หรือที่รู้จักกันในชื่อของ reliance damage)^{๑๐๖} คือการที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทำสัญญาซึ่งผลที่สุดสัญญาไม่เกิดขึ้น หรือเกิดแล้วไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลในทางกฎหมาย การที่ไม่ควรต้องเสียโอกาสที่จะได้ทำสัญญากับบุคคลอื่น รวมทั้งการที่ไม่ควรต้องเสียค่าใช้จ่ายในกรณีดังกล่าวไปด้วย กล่าวคือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองที่ว่านี้ คือประโยชน์ในทางทรัพย์สินที่ไม่ควรจะเสียไปหากไม่ได้เริ่มต้นกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา หรือความสำเร็จของสัญญา^{๑๐๗} โดยค่าเสียหายที่เรียกได้ว่านั้นไม่ได้หมายถึงค่าเสียหายทุกอย่างที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา แต่จะต้องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญ เช่น ค่าเสียหายสำหรับการเริ่มต้นปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะทราบถึงการบอกถอนคำเสนอ ซึ่งตามมาตรา ๑๓๒๔ ววรรคแรกนั้น ไม่ได้หมายถึงการชดเชยค่าเสียหายทุกอย่างที่เกิดขึ้นในกระบวนการของการก่อให้เกิดสัญญา ดังนั้น ค่าใช้จ่ายในการเดินทางและการติดต่อในการเจรจาจนทำคำเสนอจึงเรียกไม่ได้ จะเรียกได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นเท่านั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการเตรียมการทำสัญญาในลักษณะที่เป็นคำบรรจุหีบห่อ หรือค่าจัดส่งสินค้า เป็นต้น ซึ่งค่าเสียหายในส่วนที่เรียกได้นี้จะต้องแยกกันให้ชัดเจนจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากคู่สัญญาหรือคู่เจรจาได้ทำสัญญากันแล้ว อันเป็นค่าเสียหายที่เรียกว่า “positive interest” ซึ่งเป็นลักษณะของการขาดทุนหรือการขาดกำไรนั่นเอง

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๑๐๖}Kessler F. & Fime E., “Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A Comparative Study”, p. 402. อ้างถึงใน จำปี โสทธิพันธุ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า ๕๒.

^{๑๐๗}De Cupis. *Il Danno : Theoria Generale della Responsabilità Civile* vol.1, (Giuffrè : Milano), 1979, p.341. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

บทที่ ๔

ความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

๑. ลักษณะโดยทั่วไปของสัญญาทางปกครองของไทย

ในประเทศไทยก่อนจะมีการจัดตั้งศาลปกครอง สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนถือเป็นสัญญาทางแพ่งทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาสัมปทาน สัญญาจ้างแรงงาน จ้างทำของ สัญญาเช่า ฯลฯ อย่างไรก็ตามในช่วงประมาณ ๒๐ ปีก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง ได้มีการเรียนการสอนเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองในมหาวิทยาลัย การอบรมสัมมนาในหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านกฎหมาย เช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งเป็นองค์กรกึ่งตุลาการสังกัดฝ่ายบริหารที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองตามมาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ก็ได้นำเอาแนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่ใช้อยู่ในต่างประเทศมาปรับใช้กับระบบของสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนในประเทศไทย

ด้วยเหตุที่ “รัฐ” มีหน้าที่ประการสำคัญคือ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม และเพื่อให้การดำเนินการเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะบรรลุตามวัตถุประสงค์ รัฐฝ่ายปกครองจึงต้องมี “เครื่องมือ” ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญอยู่ ๔ ประการด้วยกัน คือ มาตรการทางกฎหมาย บุคลากรของรัฐ ทรัพย์สิน และอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง* โดยในส่วนของมาตรการทางกฎหมายนั้น ฝ่ายปกครองมีมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ ๓ ประเภท คือ

(๑) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไป (les actes réglementaires) ได้แก่ การวางกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้มีสภาพเป็นกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มีสภาพบังคับเช่นกฎหมาย (réglementaires)

*อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง เป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้นิติบุคคลซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะมีอำนาจพิเศษที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน ซึ่งเรียกว่า อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prérogative de la puissance publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ, ศึกษาเพิ่มเติมจาก นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๔๐.

(๒) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (les actes individuels) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งห้าม คำสั่งให้ทำ การอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

(๓) สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการที่จะมอบบริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำและในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ^๒

สัญญาทางปกครอง (contrat administratif) นั้น ถือได้ว่าเป็นหัวใจของการกระทำของฝ่ายปกครอง (action administrative) เพราะการดำเนินการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วรัฐมีอำนาจหรือสิทธิที่เหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจเช่นว่านั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลและการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐด้วย โดยรัฐจะต้องเคารพและยึดถือหลักกฎหมายขั้นพื้นฐาน หลักความเสมอภาค และหลักการที่ว่าปัจเจกบุคคลต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม ฉะนั้น หลักกฎหมายปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จึงเป็นประเด็นที่นักกฎหมายและสาธารณชนควรให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (les marchés publics) หรือการมอบหมายให้บุคคลอื่นนอกจากรัฐเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะในรูปของสัญญาทางปกครอง ซึ่งในสังคมยุคข้อมูลข่าวสาร การดำเนินการของฝ่ายปกครองในแต่ละขั้นตอนจะต้องโปร่งใส ชัดเจนและเป็นธรรม ทั้งการดำเนินการดังกล่าวจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมาย แนวทางปฏิบัติและหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องสัญญา และการพัสดุ เพราะหากเกิดความไม่ถูกต้องในเรื่องดังกล่าวขึ้นประการใดแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้

ดังนั้น จึงสมควรมีการดำเนินการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสัญญาทางปกครอง ต่อไป

๑.๑ แนวความคิดในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลนั้น รัฐฝ่ายปกครองมีวิธีการจัดทำอยู่หลายวิธีด้วยกัน คือ อาจเป็นการจัดทำโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกกฎ คำสั่งหรือปฏิบัติการอื่นใด อันเป็นการใช้อำนาจมหาชน ซึ่งการใช้อำนาจในกรณีนี้ เอกชนจะถูกบังคับและยอมรับให้ปฏิบัติตามส่วนอีกวิธีหนึ่งคือ การใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองเห็นว่า การดำเนินกิจการบาง

^๒ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๓๗.

ประเภทไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับ หรือในเรื่องดังกล่าวไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยฝ่ายเดียวได้ การจะจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลจึงต้องใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่ว่านิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาดังกล่าว จะต้องบังคับตามหลักว่าด้วยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียทั้งหมด สัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์ในการมอบภารกิจทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ ซึ่งเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า “สัญญาทางปกครอง” สัญญาทางปกครองจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะของการประสานประโยชน์ของเอกชนในลักษณะของผลกำไรกับประโยชน์ของส่วนรวมในลักษณะของการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาถึงแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ในฐานะที่เป็นที่มาของการจัดทำสัญญาทางปกครอง

๑.๑.๑ ความหมายและองค์ประกอบของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะได้เกิดขึ้นในประเทศไทยนานแล้ว แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีความหมายฉบับใดให้นิยามของคำว่า “บริการสาธารณะ” เอาไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางตำรา นั้น ศ.ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายของคำว่าบริการสาธารณะเอาไว้ว่า^๑ บริการสาธารณะหมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม

จากความหมายของคำว่าบริการสาธารณะดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะออกได้ ๒ ประการ คือ^๒

๑) บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง ลักษณะที่สำคัญที่สุดของบริการสาธารณะคือ ต้องเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน นั่นก็คือเป็นกิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการของรัฐ แต่เนื่องจากปัจจุบันภารกิจของรัฐมีมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างต้องใช้เทคโนโลยีในการจัดทำสูง ใช้เงินลงทุนสูง หรือรัฐไม่มีความพร้อมที่จะจัดทำ จึงต้องมอบให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งเมื่อรัฐมอบหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บุคคลอื่นทำแล้ว บทบาทของรัฐใน

^๑ประยูร กาญจนกุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๔ (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๘), หน้า ๑๐๘.

^๒นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๔), หน้า ๑๕๓.

ฐานะผู้จัดทำหรือผู้อำนวยการก็จะเปลี่ยนเป็นผู้ควบคุม โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมมาตรฐานของบริการสาธารณะ ควบคุมความปลอดภัย รวมทั้งควบคุมค่าบริการ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์ตอบแทนมากที่สุดและเดือดร้อนน้อยที่สุด

๒) บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ความต้องการส่วนรวมของประชาชนแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ความต้องการที่จะมีชีวิตอยู่อย่างสงบสุขและความต้องการที่จะอยู่อย่างปลอดภัย ดังนั้น บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำจึงต้องมีลักษณะที่สนองความต้องการของประชาชนทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นนี้ กิจกรรมใดที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต่อการอยู่อย่างปลอดภัยหรือการอยู่อย่างสบายของประชาชน รัฐก็จะต้องเข้าไปจัดทำกิจกรรมนั้น และนอกจากนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

๑.๑.๒ การจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน

ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อที่ผ่านมาว่า ปัจจุบันมีการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ โดยบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองสามารถมอบให้แก่เอกชนไปจัดทำได้นั้น จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่ไม่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือไม่เกี่ยวกับการดำเนินการในการบริหารประเทศอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่ให้เอกชนไปจัดทำจะต้องผ่านกระบวนการต่างๆ โดยในตอนแรกนั้นจะต้องมีการมอบอำนาจ (habilitation) ในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นอำนาจที่มีลักษณะผูกขาดโดยฝ่ายปกครองไปยังเอกชน เอกชนจึงสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้

การมอบอำนาจ หมายถึง นิติกรรมทุกๆ แบบซึ่งฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่เอกชนเป็นผู้จัดทำ* ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจในการจัดตั้งหรือจัดให้มีบริการสาธารณะเป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เอกชนจึงไม่สามารถเข้ามาดำเนินการจัดทำได้หากฝ่ายปกครองไม่ได้มอบอำนาจและหน้าที่ในการจัดทำให้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว การมอบอำนาจจะจัดทำในรูปแบบของสัญญา (contrat) และสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนดังกล่าวจัดเป็นเรื่องของ "สัญญา

*Alain – Serge MESCHERIAKOFF, Droit des services publics, PUF, 1991, p. 280. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า ๘๗.

ทางปกครอง” (contrat administratif)^๖ อันเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้กับเอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง และมีความแตกต่างจากจากสัญญาของฝ่ายปกครองประเภทอื่นที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มอบหมายให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งในการจัดทำสัญญาประเภทนี้ฝ่ายปกครองจะผูกพันตนเข้าทำสัญญาในฐานะเช่นเดียวกันกับเอกชนทั่วไป สัญญาของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง

๑.๒ ความหมายของสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาความหมายของสัญญาทางปกครองนั้น พิจารณาจากคำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ซึ่งจากบทนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีสัญญาทางปกครองอยู่ ๔ ประเภทด้วยกันคือ

๑) สัญญาสัมปทาน สัญญาทางปกครองประเภทที่จัดทำในรูปแบบของสัญญาสัมปทานนี้ หากพิจารณาจากการบัญญัติของกฎหมายที่มีการแยกสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ออกเป็นสัญญาทางปกครองอีกประเภทหนึ่งต่างหากแล้ว สัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานจึงน่าจะหมายความถึงเฉพาะ “สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ” เท่านั้น แต่หากพิจารณาถึงการที่รัฐให้อนุญาตแก่เอกชนเข้ามารับสัมปทานจากรัฐของประเทศไทยนั้น จะเห็นได้ว่ามีได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาร่วมกิจการและร่วมลงทุนในเขตโทรศัพท์ภูมิภาค สัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบ ยู เอช เอฟ และในรูปแบบของสัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัมปทานไม้ป่าชายเลน สัมปทานรังนกนางแอ่น สัมปทานเหมืองแร่ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครอง กลับไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลที่มีการวินิจฉัยว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาประเภทต่างๆ ตามตัวอย่างที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น จึงปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่าเป็นสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานนั้น ศาลปกครองจะไม่พิจารณาที่เนื้อหาของสัญญาว่าสัญญาใดเป็น “สัญญา

^๖ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า ๘๗.

สัมปทานบริการสาธารณณะ” หรือเป็น “สัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” หรือไม่ แต่ศาลจะพิจารณาจากชื่อของสัญญาเป็นสำคัญ โดยหากเห็นว่าสัญญาใดมีชื่อเป็น “สัญญาสัมปทาน” แล้ว ไม่ว่าจะป็นสัญญาสัมปทานบริการสาธารณณะหรือสัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ก็จะถูกจัดอยู่ในกลุ่มของสัญญาทางปกครองประเภทสัญญาสัมปทานทั้งสิ้น

๒) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณณะ สัญญาทางปกครองประเภทสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณณะนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณณะแทนรัฐ หรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณณะกับรัฐ เช่น สัญญาจ้างให้เอกชนเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร สัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวมาจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการเก็บกวาดขยะของกรุงเทพมหานคร หรือการปฏิบัติราชการ ต่างก็เป็นการจัดทำบริการสาธารณณะของรัฐ ดังนั้น การทำสัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนรัฐ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำบริการสาธารณณะ อันถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายในประเภทที่สองนี้

๓) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คำว่าสิ่งสาธารณูปโภคนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้เคยให้ความหมายเอาไว้ว่า “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หมายความว่าถึงสิ่งซึ่งมีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกัน” ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาที่รัฐให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณณะที่มีลักษณะเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ทำการของส่วนราชการต่างๆ สัญญาจ้างก่อสร้างถนน สัญญาจ้างขุดคูคลองระบายน้ำ สัญญาจ้างก่อสร้างเขื่อนคอนกรีตเสริมเหล็กกันดินพัง เป็นต้น จึงเห็นได้ว่า หากสัญญาที่จัดทำโดยหน่วยงานทางปกครองสัญญาใดมีลักษณะเป็นการทำสัญญาจ้างให้เอกชนเข้ามาดำเนินการจัดทำสิ่งอันเป็นสาธารณูปโภคที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันแล้ว ก็จะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายในประเภทสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

๔) สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะเป็นสัญญาที่รัฐฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินการเพื่อแสวงหาประโยชน์เอาจากทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่โดยธรรมชาติ เช่น การเก็บรังนกนางแอ่น การทำเหมืองแร่ การตัดไม้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามแล้ว การให้อนุญาตแก่เอกชนดำเนินการในลักษณะดังกล่าว รัฐฝ่ายปกครองได้ให้การอนุญาตแก่เอกชนในรูปแบบของสัญญาสัมปทาน ดังนั้น สัญญาที่ให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ จึงถือเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาทางปกครองประเภทแรกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่า สัญญาใดเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่มีชื่อที่นำ

สังเกตว่า สัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินี้ เป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้ามาแสวงเอาประโยชน์เอาจากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐเพื่อประโยชน์ของตัวผู้รับสัมปทานเอง โดยรัฐจะได้ประโยชน์ตอบแทนจากการดำเนินกิจการดังกล่าวในลักษณะของค่าสัมปทานรายปี การดำเนินกิจการดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐแต่อย่างใด การให้สัมปทานประเภทนี้จึงมีความแตกต่างจากสัญญาสัมปทานที่มีลักษณะเป็นสัญญาให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

นอกจากประเภทของสัญญาทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองยังจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๔ ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพไว้ว่า

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” ซึ่งจากมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้นโดยสภาพจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

๑) จะต้องเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

สัญญาทางปกครองตามนัยดังกล่าว หากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนหรือหน่วยงานทางปกครองด้วยกันเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว การเป็นสัญญาทางปกครองในกรณีนี้จะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากลักษณะของสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือ

๒) จะต้องเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ ข้อเอกสิทธิ์ดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล

โดยเนื้อหาของสัญญาทางปกครองในลักษณะนี้จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง แต่จะปรากฏในข้อกำหนดของสัญญาที่มีการกำหนดข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเอาไว้ และมีข้อแม้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องมีขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล เช่น สัญญาเกี่ยวกับการรับทุนการศึกษาต่างๆ เป็นต้น

ดังนั้น จากบทนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และจากมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่าสัญญาใดจะถือเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

๑) สัญญาดังกล่าวจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และ

๒) สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๓) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง

๔) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

๑.๓ วิธีการจัดทำสัญญาทางปกครอง

การเกิดขึ้นของสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งเรียกว่าสัญญาของฝ่ายปกครอง (สัญญากับทางราชการ) อันเป็นจุดเริ่มต้นที่จะได้รับการพิจารณาต่อไปว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่นั้น เป็นกรณีภายหลังจากที่ได้ผ่านกระบวนการตามกฎหมายเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาของหน่วยงานทางปกครองมาแล้ว ซึ่งในกรณีของไทยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือระเบียบของส่วนราชการอื่นๆ ว่าด้วยการพัสดุ แต่ระเบียบดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคู่สัญญาในกรณีการตกลงทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างเท่านั้น ส่วนสัญญาประเภทอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ก็จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบหรือหลักเกณฑ์เฉพาะที่กำหนดสำหรับสัญญาประเภทนั้นๆ เช่น สัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาร่วมการทำงาน ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่การที่สัญญาของทางราชการต้องผ่านกระบวนการทำสัญญาตามระเบียบหรือ

หลักเกณฑ์ใดๆ มิได้มีผลเป็นการกำหนดสถานะของสัญญาแต่อย่างใด สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาจากนิยามที่กฎหมายกำหนดและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประกอบกัน ดังนี้^๑

๑) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยผ่านกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ สัญญาที่เกิดขึ้นตามกระบวนการในข้อนี้อาจเป็นได้ทั้งสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง

๒) การเข้าเป็นคู่สัญญาโดยไม่ผ่านระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ เช่น กรณีสัญญาการศึกษาต่อ สัญญาจ้างลูกจ้างในส่วนราชการ เป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวมักจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

๓) การเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะของการได้รับสัมปทาน รูปแบบของการได้รับสัมปทานตามกฎหมายไทยนั้นมีสองลักษณะ คือ^๒

(๑) ลักษณะที่เป็นรูปแบบซึ่งกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย เช่น สัมปทานปิโตรเลียม ซึ่งเป็นแบบที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ เป็นต้น

(๒) ลักษณะซึ่งเป็นผลของการเจรจาตกลงระหว่างฝ่ายรัฐและเอกชน เช่น สัมปทานเกี่ยวกับการติดตั้งและดำเนินการเกี่ยวกับโทรศัพท์ และสัมปทานเกี่ยวกับทางด่วน เป็นต้น แต่กระบวนการทำสัญญาต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

จะเห็นได้ว่า การก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีอิสระที่จะทำสัญญาใดๆ กับผู้ใดก็ได้เหมือนอย่างกรณีของเอกชน การก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการกำหนด ดังนั้น เสรีภาพในการเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงมักจะถูกจำกัดใน ๒ ด้าน คือ การเลือกคู่สัญญา และการกำหนดข้อสัญญา ดังนี้^๓

๑) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา

^๑สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, ร่างสรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, (เอกสารอัดสำเนา), หน้า ๕.

^๒ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง พิมพ์ครั้งที่ ๑, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๑), หน้า ๑๔๗.

^๓โกคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” รวมบทความทางกฎหมายจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม ๓, (กรุงเทพมหานคร : พีเพรสจำกัด, ๒๕๔๗) : ๑๐๕ – ๑๐๘.

การเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นในรูปของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งอาจไม่แตกต่างกันมากนัก ทั้งนี้ เพราะคุณสมบัติของคู่สัญญาจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย เช่น คู่สัญญาฝ่ายรัฐ โดยหลักจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ^{๑๐} และหน่วยงานทางปกครองจะต้องเป็นนิติบุคคลจึงสามารถทำนิติกรรมได้ โดยทั่วไปผู้ที่มีอำนาจลงนามในสัญญาต่างๆ มักจะเป็นหัวหน้าของหน่วยงานนั้น เช่น ในระดับกระทรวงได้แก่รัฐมนตรี ในระดับกรมได้แก่อธิบดี เป็นต้น อย่างไรก็ตามผู้ลงนามหรือตัดสินใจในการทำสัญญาต้องเป็นผู้ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในโครงการนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการพิจารณาทางปกครอง นอกจากนี้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐยังต้องพิจารณาด้วยว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาที่จะทำนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เช่น กรมประมงจะไปทำสัญญาสร้างทางหลวงแผ่นดินกับเอกชนไม่ได้ แต่ในเรื่องการจัดหาเครื่องไม้เครื่องมือหรือวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ เช่น ไม้ ตะเกียบ คอมพิวเตอร์ ฯลฯ นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในกรอบของการจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครองทุกหน่วยงานโดยสภาพอยู่แล้ว จึงไม่เป็นปัญหาในเรื่องทำสัญญานอกวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน ภายใต้หลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองกำหนดในเรื่องนั้นๆ สามารถเข้ายื่นข้อเสนอเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองได้อย่างเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้เสนอก็คือ การจัดทำบัญชีผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นก็ดี ตลอดจนหลักเกณฑ์การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น ซึ่งต้องเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลอย่างดีที่สุดนั้น อาจกระทบต่อหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการแสดงเจตนาบ้าง แต่ก็ไม่ทำให้หลักดังกล่าวหมดความสำคัญลงไป เพราะในบรรดาผู้ที่ผ่านคุณสมบัติเบื้องต้นตามที่กำหนดไว้จะต้องได้รับการปฏิบัติจากฝ่ายปกครองอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

ในส่วนของการบวกราคาคัดเลือกคู่สัญญานั้น ในประเทศไทยโดยหลักแล้วมีวิธีการซื้อและการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ อยู่ ๖ วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ วิธีกรณีพิเศษ และวิธีการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด นอกจากนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ทั้งนี้ วิธีการ

^{๑๐} ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ ที่บัญญัติว่า "หน่วยงานทางปกครอง" หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง

หรือขั้นตอนในการทำสัญญาจะมีความเข้มงวดมากน้อยแตกต่างกันไปตามความสำคัญของสัญญา นั้นๆ ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในสัญญาที่มีวงเงินสูง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ จะกำหนดให้ผ่านกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าในสัญญาที่มีวงเงินต่ำ หรือสัญญาที่มอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะก็จะต้องผ่านกระบวนการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างธรรมดา เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานี้ ในขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการซึ่งอาจไปกระทบสิทธิของผู้ใดผู้หนึ่งที่ผ่านเข้ามาในกระบวนการดังกล่าว การสั่งการต่างๆ เหล่านี้ ไม่ใช่ส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญา แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอ คำสั่งอนุมัติสั่งซื้อสิ่งจ้าง หรือคำสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณา คำเสนอหรือการดำเนินการอื่นในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น หากคำสั่งเหล่านี้ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลได้ แต่ต้องเป็นการยื่นฟ้องเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนก่อนการลงนามในสัญญา ไม่ใช่การยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ซึ่งการยื่นฟ้องเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวนี้ ในปัจจุบันจะอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

๒) เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

ในสัญญาของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาจะไม่มีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดข้อสัญญา เหมือนอย่างเช่นในสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากการทำสัญญาของฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น มักจะถูกกำหนดให้ทำตามแบบหรือตามสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่สำนักนายกรัฐมนตรีได้กำหนดแบบของสัญญาซื้อขายและแบบของสัญญาจ้างไว้ โดยประกาศเวียนให้หน่วยงานราชการที่จะทำสัญญากับเอกชนยึดถือเป็นแนวทาง ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยยอมรับบังคับตามข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จรูปว่า ลูกหนี้ต้องผูกพันปฏิบัติตามหน้าที่ในการชำระหนี้ถ้ามีการระบุตกลงไว้ชัดแจ้งในสัญญา แม้ข้อตกลงในสัญญาจะผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายก็ทำได้ หากไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน^{๑๑} ทั้งนี้ สัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวมีอยู่ด้วยกันสองลักษณะซึ่งมีความแตกต่างกัน คือ หากเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่หน่วยงานคู่สัญญาเป็นผู้กำหนดเอง สัญญาจะมีสถานะเป็นสัญญาในลักษณะของสัญญาจำยอม ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิต่อรองการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือเงื่อนไขของสัญญา มีสิทธิเพียงที่จะรับรู้ข้อความของสัญญา และตัดสินใจว่าจะลงนามเป็นคู่สัญญาหรือไม่เท่านั้น แต่หากสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวถูกกำหนดโดย

^{๑๑}คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๙๓/๒๕๙๒.

หน่วยงานอื่นเพื่อใช้เป็นแบบมาตรฐานของฝ่ายปกครอง เช่น แบบสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยตัวแบบมาตรฐานนี้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันมีผลต่อการนำคดีขึ้นสู่ศาลและการนำกฎหมายของแต่ละกรณีมาใช้

๑.๓.๑ ลักษณะของสัญญาทางปกครองที่ต้องดำเนินการจัดทำตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในรูปสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หรือที่เรียกว่า “สัญญาพัสดุ” จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่กำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม และหน่วยราชการส่วนภูมิภาคต่างๆ ต้องปฏิบัติตามแต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจและหน่วยงานต่างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เช่น องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล ฯลฯ^{๖๒} อย่างไรก็ตาม รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และ องค์การมหาชน^{๖๓} ต่างก็นำหลักการตามระเบียบดังกล่าวไปกำหนดไว้เป็นระเบียบ ข้อบังคับหรือ ข้อบัญญัติของตนด้วย

เนื่องจากสัญญาจัดหาพัสดุดังกล่าวผูกพันการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินที่ได้จากเงินภาษีอากรของประชาชน จึงต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายมิให้รั่วไหลและเพื่อรักษาประโยชน์ของสาธารณะมิให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐต้องเสียเปรียบคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังจะเห็นได้จาก

^{๖๒}กิตตินัย ธรรมรัช, “แนวคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ,” วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗, ๓ (ธันวาคม ๒๕๔๑) : ๓๙.

^{๖๓}องค์การมหาชน หมายถึง องค์การที่ฝ่ายบริหารจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินงานตามโครงการพัฒนาต่างๆ ของรัฐ หรือการดำเนินการตามแผนงานหรือนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่ง โดยเฉพาะ องค์การมหาชนจะจัดตั้งขึ้นได้ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งลักษณะเด่นขององค์การมหาชน คือ ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ และมีความคล่องตัวในการดำเนินงาน เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๓ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๓ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นต้น

นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนดังที่กล่าวมานี้หากต้องการทำสัญญากับเอกชนก็สามารถทำได้ เพราะมีความเป็นนิติบุคคลอยู่แล้ว สัญญาที่นิติบุคคลทั้งหลายเหล่านี้ทำกับเอกชน ถือว่าเป็นสัญญาของทางราชการเพราะเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐ, ศึกษาเพิ่มเติมจาก นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๑๐๘. และ ชาญชัย แสงศักดิ์, องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๙), หน้า ๒๘๖.

ส่วนที่ ๒ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ว่าด้วยเรื่องการใช้บังคับและการมอบอำนาจ ข้อ ๖ ที่กำหนดว่า “ระเบียบนี้ใช้บังคับแก่ส่วนราชการซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุ โดยใช้เงินงบประมาณ เงินกู้ และเงินช่วยเหลือ” ประกอบกับ ส่วนที่ ๓ ว่าด้วยเรื่องบทกำหนดโทษ ข้อ ๑๐ ที่กำหนดว่า “ผู้มีหน้าที่ดำเนินการตามระเบียบนี้หรือผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมทั้งมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดการสมยอมกันในการเสนอราคา ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ หรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการนั้น...” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว ล้วนแสดงให้เห็นถึงการพยายามปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ โดยการกำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สังกัดส่วนราชการต่างๆ จะต้องปฏิบัติตามระเบียบนี้ และเนื่องจากตัวระเบียบว่าด้วยการพัสดุฯ เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หากมีการฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าวจึงถือเป็นกรกระทำผิดทางวินัยของทางราชการ อันเป็นการกำหนดโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนระเบียบฯ เอาไว้อีกเช่นเดียวกัน

เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำสัญญาจัดซื้อหรือจัดจ้างอันเป็นวิธีการจัดหาวัสดุครุภัณฑ์ของทางราชการไว้ โดยหลักเกณฑ์การทำสัญญาตามระเบียบดังกล่าว ได้ครอบคลุมทั้งการจัดทำสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ซึ่งในกรณีศึกษา^{๑๔} ผู้ศึกษาได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาเฉพาะกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดทำสัญญาทางปกครองเท่านั้น

๑.๓.๒ รูปแบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ฝ่ายปกครองจะเข้าไปใช้อำนาจในการดำเนินกิจการต่างๆ ตั้งแต่ขั้นตอนแรกจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการจัดหาพัสดุ โดยได้มีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในแต่ละขั้นตอนของการจัดหาตามวิธีการดังต่อไปนี้^{๑๕}

๑) การดำเนินการของฝ่ายปกครองในขั้นเตรียมการจัดซื้อจัดจ้าง

ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ นั้น การจัดซื้อจัดจ้างทุกวิธีเมื่อได้ผ่านการเตรียมการทางด้านงบประมาณเสร็จแล้ว เจ้าหน้าที่พัสดุมีหน้าที่ในการดำเนินการ

^{๑๔}ปรเมศวร์ สังข์เอี่ยม, “ปัญหาการควบคุมการเข้าแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๒, หน้า ๘๙- ๑๐๑.

จัดหาพัสดุเพื่อให้สอดคล้องกับงบประมาณ โดยเจ้าหน้าที่พัสดุจะทำรายงานขอความเห็นชอบต่อหัวหน้าส่วนราชการตามระเบียบข้อ ๒๗ (กรณีจัดซื้อพัสดุทั่วไป) หรือข้อ ๒๘ (กรณีจัดซื้อที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้าง) โดยรายงานการขอซื้อหรือจ้างดังกล่าวจะต้องมีรายการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้แล้วแต่กรณี ซึ่งรายการต่างๆ ที่จะต้องระบุไว้ในรายงานการขอซื้อหรือจ้างนั้น จะเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พัสดุ โดยผ่านความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่พัสดุในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาเป็นผู้กำหนดขึ้นมา โดยเฉพาะการกำหนดรายการดังต่อไปนี้

(๑) การกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลาง การกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางเป็นความจำเป็นและมีความสำคัญในการจัดหาพัสดุ เพราะการที่รัฐจะได้พัสดุที่มีคุณภาพหรือมีราคาที่เหมาะสมหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางด้วย

ในการกำหนดราคามาตรฐานหรือราคากลางนั้น ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๒๗ (๓) และข้อ ๒๘ (๓),(๔) กำหนดให้ส่วนราชการที่จะทำการซื้อหรือจ้าง กำหนดมาตรฐาน หรือราคากลางไว้ในรายงานการซื้อหรือจ้างทุกครั้ง เพื่อช่วยในการพิจารณาราคาของผู้เสนอราคาว่าเหมาะสมกับราคาของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างได้หรือไม่ โดยให้เจ้าหน้าที่พัสดุระบุงบประมาณที่จะซื้อหรือจ้างครั้งนั้น หรือวงเงินที่จะประมาณการว่าจะใช้ในการซื้อหรือจ้างครั้งนั้น ซึ่งจะต้องดำเนินการจัดเตรียมราคาเปรียบเทียบราคาไว้ ๓ ราคา คือ ราคามาตรฐาน หรือราคากลางของทางราชการ หรือราคาที่จะซื้อหรือจ้างครั้งหลังสุดภายในระยะเวลา ๒ ปีงบประมาณ และเมื่อได้มีการกำหนดราคากลางหรือราคามาตรฐานแล้ว จะต้องปิดไว้เป็นความลับ

- ราคามาตรฐาน เป็นราคาที่สำนักงบประมาณเป็นผู้กำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นเกณฑ์ราคาของพัสดุเท่าที่ส่วนราชการจะต้องซื้อหรือจ้าง ส่วนมากสำนักงบประมาณจะกำหนดราคามาตรฐานเฉพาะพัสดุที่ส่วนราชการต่างๆ ใช้ทั่วไป เช่น โต๊ะทำงาน เก้าอี้ เครื่องเขียน เครื่องพิมพ์ดีด เป็นต้น และมาตรฐานสิ่งก่อสร้าง เป็นราคาที่ใช้ประกอบมาตรฐานครุภัณฑ์และสิ่งก่อสร้างของสำนักงบประมาณ โดยปกติจะจัดทำขึ้นจากราคาพัสดุนิตเดียวกัน คุณภาพที่มีระดับเดียวกันกับที่มีจำหน่ายในท้องตลาดขณะนั้นประมาณ ๓ รายขึ้นไปเป็นราคาขั้นสูงของพัสดุที่จัดหา หรือใช้เป็นแนวทางในการจัดทำหรือบริหารงบประมาณประจำปี โดยสำนักงบประมาณจะปรับปรุงบัญชีราคามาตรฐานให้ทันสมัย และสอดคล้องกับภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

- ราคากลาง เป็นราคาที่หน่วยงานของรัฐที่ทำการจัดหาพัสดุเป็นผู้พิจารณา กำหนดขึ้นเองเพื่อใช้เป็นหลักในการตรวจสอบการแข่งขันราคาและประกอบการพิจารณาว่าราคาที่ผู้เสนอราคานั้นมีความเหมาะสมเพียงใด รวมทั้งใช้ในการขอตั้งงบประมาณ หรือขออนุมัติเงินประจำงวด ในกรณีที่ยังไม่มีราคามาตรฐานหรือยังไม่มีวงเงินงบประมาณ

ในการกำหนดราคากลาง เจ้าหน้าที่จะคำนวณให้ใกล้เคียงกับราคาพัสดุนิตเดียวกันในช่วงเวลานั้น ซึ่งในทางปฏิบัติการกำหนดหลักเกณฑ์และการคำนวณราคากลาง ส่วนราชการที่เป็นผู้จัดหาจะเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งอาจทำให้ราคากลางที่คำนวณได้อาจไม่ตรงต่อความเป็นจริงก็ได้

- ราคาที่เคยซื้อหรือจ้างครั้งหลังสุดภายในระยะเวลา ๒ ปีงบประมาณ ก็เพื่อที่จะให้มีการเปรียบเทียบราคาในการซื้อหรือจ้างครั้งหลังที่ผ่านมากับราคาที่จะซื้อหรือจ้างครั้งต่อไป ซึ่งอาจได้เป็นข้อมูลในการเปรียบเทียบได้ไม่มากนัก เนื่องจากระยะเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้มีผลต่อราคาของพัสดุที่จะทำการซื้อหรือจ้างเปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น ค่าของเงินที่เปลี่ยนแปลงไป ถึงแม้ซื้อหรือจ้างห่างกันแค่หนึ่งเดือนก็ทำให้ราคาแตกต่างกันอย่างมากมาก็เป็นได้

(๒) การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ (specification)

เพื่อให้การจัดหาพัสดุของรัฐได้พัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคาและประโยชน์ของการใช้สอย ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการจัดหาพัสดุที่มีคุณภาพไว้ โดยในการจัดหาแต่ละครั้งเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะทำรายงานการเสนอซื้อหรือจ้าง จะต้องกำหนดรายละเอียดของพัสดุที่จะซื้อหรือจ้างไว้ในรายงานด้วย

ในการจัดหาพัสดุที่มีคุณภาพ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๑๖ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จัดหาให้สอดคล้องกับพัสดุที่ได้มีการประกาศกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือถ้าไม่มีประกาศกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรม แต่เป็นพัสดุที่ได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์ไว้ใช้กับกระทรวงอุตสาหกรรมก็ได้ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือรายงานในการก่อสร้างให้แตกต่างไปจากพัสดุที่ได้รับการกำหนดผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์แล้วแต่กรณี ให้แจ้งต่อสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเพื่อขอความเห็นชอบ ซึ่งหากไม่มีการคัดค้านก็สามารถซื้อหรือจ้างพัสดุให้ต่างไปจากมาตรฐานที่กำหนดได้

นอกจากสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่มีหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานของพัสดุแต่ละประเภทแล้ว คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้สำนักงานงบประมาณเป็นผู้กำหนดมาตรฐานและราคาของพัสดุบางประเภท เพื่อใช้ในการตั้งงบประมาณรายจ่ายและการบริหารงบประมาณ ซึ่งสำนักงานงบประมาณได้แจ้งให้ส่วนราชการต่างๆ ทราบและถือปฏิบัติตาม

การกำหนดมาตรฐานของพัสดุของหน่วยงานที่มีหน้าที่ดังกล่าวไม่สามารถกำหนดมาตรฐานของพัสดุได้ทุกประเภทที่ราชการต้องใช้ ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีพัสดุที่เป็นผลิตภัณฑ์จดทะเบียน หรืออยู่นอกรายการที่สำนักงานงบประมาณกำหนดไว้ ส่วนราชการที่จะทำการจัดหาพัสดุสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ หรือรายละเอียดของพัสดุที่จะจัดหาได้ตามความจำเป็น แต่ต้อง

อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องกำหนดในลักษณะที่เปิดกว้างและเป็นธรรม โดยไม่ระบุชื่อเป็นการเฉพาะหรือกำหนดให้ใกล้เคียงกับชื่อโดยชื่อหนึ่งโดยเฉพาะ เว้นแต่ในกรณีที่มีระเบียบอนุญาตให้กระทำได้ เช่น การจัดซื้ออะไหล่ ยารักษาโรค รถประจำตำแหน่ง หรือกรณีการจ้างก่อสร้างซึ่งให้ระบุชื่อได้ แต่ต้องระบุให้มากที่สุดและให้ใช้เทียบเท่ากับชื่อที่ระบุไว้ด้วย

การจัดหาพัสดุ นอกจากจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การจัดหาที่ต้องจัดให้มีการแข่งขันโดยวิธีสอบราคาและวิธีประกวดราคา ระเบียบนี้ได้กำหนดให้มีการคัดเลือกคุณภาพของพัสดุก่อนมีการพิจารณาด้านราคา ทั้งนี้ เพื่อให้ส่วนราชการสามารถพิจารณากลับกรองการคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้าง หรือคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศขั้นหนึ่งก่อน พร้อมทั้งพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในเงื่อนไขประกอบด้วย เช่น การใช้งาน ประวัติการทำงาน ประวัติการทำสัญญา เป็นต้น

(๓) การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจัดหา

ในการซื้อหรือจ้างแต่ละครั้ง หน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งอาจกำหนดให้มีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการจัดหาก็ได้ เพื่อให้ได้พัสดุที่มีคุณสมบัติหรือคุณภาพที่ดี ซึ่งตามระเบียบปัจจุบันเปิดโอกาสให้สามารถทำได้โดยให้ดำเนินการจัดทำรายงานเสนอขออนุมัติหัวหน้าส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๓๐^๕ เมื่อหัวหน้าส่วนราชการนั้นเห็นชอบตามรายงานที่เสนอขออนุมัติตามข้อ ๓๐ แล้ว ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำประกาศเชิญชวนเพื่อคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น โดยในประกาศดังกล่าวต้องมีรายการและต้องกำหนดสถานที่รับ เวลา รับข้อเสนอลงและเปิดซองข้อเสนอดังกล่าวที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๓๑ วรรคหนึ่งและวรรคสอง^๖

^๕ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

ข้อ ๓๐ ส่วนราชการใดต้องการจะคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการซื้อและการจ้าง ให้กระทำได้ในกรณีที่จำเป็นจะต้องจำกัดเฉพาะผู้มีความสามารถ โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกประกาศให้ผู้สนใจทราบ โดยเปิดเผยพร้อมทั้งส่งให้ กวพ. ด้วย

ในการคัดเลือกให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องจัดทำรายงานเสนอขออนุมัติหัวหน้าส่วนราชการผ่านหัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุ พร้อมด้วยเอกสารคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (๑) เหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องทำการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น
- (๒) ประเภทวงเงินและรายละเอียดของพัสดุ หรือรายงานที่จะต้องซื้อหรือจ้าง
- (๓) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งเป็นเกณฑ์ความต้องการขั้นต่ำ เช่น ประสบการณ์และผลงานที่ผ่านมา สมรรถภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ เครื่องมือ และโรงงาน สถานะการเงิน เป็นต้น
- (๔) หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือก

^๖ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

๒) การดำเนินการในชั้นประกาศเผยแพร่

การดำเนินการในชั้นประกาศเผยแพร่นี้ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่พัสดุที่จะต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุที่กำหนดไว้เพื่อให้ประชาชนหรือผู้สนใจทราบถึงการดำเนินการจัดหาค้างครั้งนั้น ซึ่งการประกาศเผยแพร่นั้นมี ๓ กรณีด้วยกัน คือ

(๑) ประกาศคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น

ในกรณีที่จะต้องมีการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นก่อนการดำเนินการอื่นเพื่อให้ได้ผู้ที่มีความสามารถและมีคุณสมบัติตามความต้องการ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังกล่าวกำหนดให้มีการเสนอขออนุมัติต่อหัวหน้าส่วนราชการ เมื่อหัวหน้าส่วนราชการเห็นชอบ เจ้าหน้าที่พัสดุก็จะทำการประกาศให้ผู้สนใจทราบ โดยประกาศดังกล่าวจะต้องมีรายการตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ผ่านมา และจะต้องกระทำก่อนวันรับข้อเสนอนับไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน หรือนับไม่น้อยกว่า ๖๐ วัน (กรณีประกวดราคานานาชาติ)

(๒) ประกาศสอบราคา

เมื่อหัวหน้าส่วนราชการเห็นชอบกับรายงานการขอซื้อหรือขอจ้าง และได้ดำเนินการโดยวิธีการสอบราคา เจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขาย หรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรง หรือโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนให้มากที่สุดเท่าที่ทำได้

ข้อ ๓๑ เมื่อหัวหน้าส่วนราชการสั่งการอนุมัติในข้อ ๓๐ แล้ว ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำประกาศเชิญชวนเพื่อคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้น

ประกาศเชิญชวน อย่างน้อยให้แสดงรายการดังต่อไปนี้

- (๑) รายละเอียดเฉพาะของที่ต้องการซื้อหรืองานที่ต้องการจ้าง
- (๒) ประสบการณ์และผลงานของผู้เสนอที่มีลักษณะและประเภทเดียวกัน
- (๓) สมรรถภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ เครื่องมือ และโรงงาน
- (๔) ฐานะทางการเงิน
- (๕) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาคัดเลือก
- (๖) สถานที่ในการขอรับหรือขอซื้อเอกสารคุณสมบัติเบื้องต้น

ในประกาศดังกล่าวต้องปรากฏสถานที่ วัน เวลารับข้อเสนอนับ เปิดการรับข้อเสนอนับ และเปิดซองข้อเสนอนับ พร้อมทั้งต้องประกาศโฆษณา และแจ้งลักษณะโดยย่อของพัสดุที่ต้องการซื้อ หรืองานที่ต้องการจ้าง และกำหนดเวลาให้พอเพียงเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สนใจจัดเตรียมข้อเสนอนับ โดยต้องประกาศก่อนวันรับซองข้อเสนอนับไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน ทางวิทยุกระจายเสียง และลงประกาศในหนังสือพิมพ์ หรืออาจส่งประกาศเชิญชวนไปยังผู้มีอาชีพขาย หรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรง หรือโฆษณาโดยวิธีอื่นอีกก็ได้

สำหรับการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้นในการประกวดราคานานาชาติ ให้ประกาศก่อนวันรับซองข้อเสนอนับไม่น้อยกว่า ๖๐ วัน และดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของแหล่งเงินกู้หรือเงินช่วยเหลืออีกด้วย

และให้ปิดประกาศเผยแพร่การสอบราคาดังกล่าวไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการด้วย ทั้งนี้ จะต้องดำเนินการประกาศเผยแพร่ก่อนวันเปิดซองสอบราคาไม่น้อยกว่า ๑๐ วัน สำหรับการสอบราคาภายในประเทศ หรือไม่น้อยกว่า ๔๕ วัน สำหรับการสอบราคานานาชาติ

(๓) ประกาศการประกวดราคา

เมื่อหัวหน้าส่วนราชการเห็นชอบกับรายงานการขอซื้อหรือจ้าง และได้ดำเนินการโดยวิธีการประกวดราคา ให้เจ้าหน้าที่พัสดุดำเนินการประกาศเผยแพร่การประกวดราคา โดยการปิดประกาศโดยเปิดเผย ณ ที่ทำการ (ตามเงื่อนไขตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๔๕ (๑)) ส่งประกาศทางวิทยุกระจายเสียงและหรือประกาศในหนังสือพิมพ์ส่งให้กรมประชาสัมพันธ์ และองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย ส่งไปยังศูนย์รวมข่าวประกวดราคาของทางราชการ เมื่อได้ดำเนินการต่างๆ ตามที่ได้กำหนดแล้ว หากเห็นสมควรอาจส่งประกาศไปยังผู้มีอาชีพขาย หรือรับจ้างทำงานนั้นโดยตรง หรือจะโฆษณาโดยวิธีอื่นอีกก็ได้

การประกาศเผยแพร่ดังกล่าวต้องกระทำก่อนการให้หรือขายเอกสารประกวดราคาไม่น้อยกว่า ๗ วันทำการ

จะเห็นได้ว่า ในขั้นตอนของการประกาศเผยแพร่นี้ เป็นการดำเนินการที่ต่อเนื่องกับการดำเนินการในขั้นเตรียมการที่จะสอบราคา หรือประกวดราคา ดังนั้น การประกาศที่ทำการเผยแพร่ อาจมีผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มได้ เช่น ในกรณีของการประกาศคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น ในประกาศจะกำหนดเงื่อนไขของผู้ที่จะเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะเข้ามายื่นเงื่อนไข หากไม่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ก็จะหมดสิทธิ หรือในกรณีของการสอบราคา ในเอกสารสอบราคา จะมีรายการต่างๆ ที่ระบุถึงลักษณะของพัสดุที่ต้องการ คุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคา ตลอดจนรายการอื่นที่จำเป็น ผู้ที่เข้าเงื่อนไขเท่านั้นจึงจะมีสิทธิเข้าเสนอราคา หรือกรณีของการประกวดราคาก็จะกำหนดเงื่อนไขคล้ายๆ กับการสอบราคา เป็นต้น

๓) การดำเนินการในขั้นพิจารณาคัดเลือก

เมื่อมีการประกาศให้ผู้สนใจทราบในการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น หรือประกาศสอบราคาหรือประกาศประกวดราคา ผู้ที่สนใจก็จะดำเนินการยื่นข้อเสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ การพิจารณาคัดเลือกก็จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดของการคัดเลือกในแต่ละประเภท ดังต่อไปนี้

(๑) การคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น

ในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๓๒ กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น ซึ่งประกอบด้วยประธานหนึ่งคน และกรรมการอย่างน้อยสี่คน โดย

แต่งตั้งจากข้าราชการระดับ ๕ หรือเทียบเท่าขึ้นไป และจะต้องมีผู้ชำนาญการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ ๑ คน โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะมีหน้าที่พิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นตามหลักเกณฑ์และภายใน ระยะเวลาที่หัวหน้าส่วนราชการกำหนด แล้วรายงานผลการพิจารณาและความเห็นชอบด้วยเอกสารที่ รับไว้ทั้งหมดต่อหัวหน้าส่วนราชการ เพื่อพิจารณาประกาศรายชื่อผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น

(๒) การคัดเลือกผลการสอบราคา

เมื่อมีประกาศให้ผู้สนใจยื่นซองเสนอราคาในการสอบราคา ผู้สนใจจะต้อง มายื่นซองสอบราคาภายในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อได้มีการยื่นซองเสนอราคาถูกต้อง เจ้าหน้าที่พัสดุ จะต้องนำซองเสนอดังกล่าวมอบให้หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุเพื่อส่งมอบให้คณะกรรมการเปิดซอง สอบราคา ซึ่งแต่งตั้งโดยหัวหน้าส่วนราชการโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๔๒ ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการดังกล่าวทำหน้าที่ตรวจสอบหลักฐานด้านคุณสมบัติของผู้เสนอ ราคา ใบเสนอราคา แคตตาล็อก แบบรูปและรายการละเอียดของผู้เสนอราคา แล้วจะทำการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่เสนอราคาถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา โดยคณะกรรมการเปิดซองสอบราคา จะพิจารณาคัดเลือกพัสดุหรือการจ้างงานจากผู้เสนอราคาที่ต้องเพียงรายเดียว โดยจะพิจารณา จากคุณภาพของพัสดุ ประโยชน์ที่จะได้รับ และต้องเป็นผู้เสนอราคาต่ำที่สุด

(๓) การพิจารณาคัดเลือกการประกวดราคา

เมื่อมีการประกาศประกวดราคา ผู้ที่สนใจก็จะมารับเอกสารการประกวด ราคา และจะต้องมายื่นซองประกวดราคาภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งตามระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๔๙ กำหนดให้มีคณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคาเพื่อ ทำหน้าที่รับซองประกวดราคา ดำเนินการลงทะเบียนรับซองไว้เป็นหลักฐาน พร้อมทั้งตรวจสอบความ ถูกต้องของหลักประกันของ ตรวจสอบและรับเอกสารหลักฐานต่างๆ ตามบัญชีเอกสารของผู้เสนอ ราคา เช่น พัสดุดตัวอย่าง แคตตาล็อก หรือแบบรูปและรายการละเอียด โดยเปิดเผยตามวัน เวลา และ สถานที่ที่กำหนด แล้วกรรมการทุกคนต้องลงลายมือชื่อในใบเสนอราคาและเอกสารประกอบใบเสนอ ราคาทุกแผ่น แล้วส่งมอบใบเสนอราคา และเอกสารหลักฐานต่างๆ ทั้งหมดให้คณะกรรมการพิจารณา ผลการประกวดราคา ซึ่งในการพิจารณาผลการประกวดราคานั้น ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๕๐ กำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเพื่อทำหน้าที่ ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เสนอราคา ใบเสนอราคา เอกสารหลักฐานต่างๆ พัสดุดตัวอย่าง แคตตาล็อก หรือแบบรูปและรายการละเอียด แล้วคัดเลือกผู้ที่เสนอราคาถูกต้องตามเงื่อนไขในเอกสารประกวด ราคา หลังจากที่ได้คัดเลือกผู้ที่เสนอราคาถูกต้องแล้ว คณะกรรมการก็จะพิจารณาคัดเลือกสิ่งของ หรืองาน หรือคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่มีคุณภาพ และคุณสมบัติที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ และมีราคาต่ำสุด แล้วเสนอให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณาต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่านิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ที่เกิดจากกระบวนการเข้าทำสัญญากับทางราชการ มีการกำหนดไว้โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ดังนั้น ข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ หรือระเบียบภายในของหน่วยงานของรัฐอื่นๆ ที่ว่าด้วย “การพัสดุ” อันเป็นขั้นตอนของการเข้าไปสู่การเป็นคู่สัญญากับทางราชการ หรือเป็นการคัดเลือกผู้ที่สมควรได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ เช่น การออกประกาศประกวดราคา ขั้นตอนการเปิดซองราคา การพิจารณาคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา เป็นต้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในขั้นตอนดังกล่าวมีทั้งที่ถือว่า คู่กรณีมีนิติสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นคู่สัญญา ซึ่งหากเป็นการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อที่จะทำสัญญาทางปกครองกันต่อไปแล้ว ก็ถือว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และมีทั้งที่ถือว่าเป็นเรื่องของการออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) หรือ (๓) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวตามลักษณะของข้อพิพาทในแต่ละกรณี ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ แต่อย่างไรก็ตามหากเห็นว่าเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “คดีละเมิดทางปกครอง” นั้น ผู้เสนอราคาที่ได้รับความเสียหายอาจเรียกให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ๒ แนวทางด้วยกัน คือ แนวทางแรก โดยการเรียกให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบในความเสียหายในฐานะความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และแนวทางที่สอง คือ การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งผู้ศึกษาจะกล่าวถึงรายละเอียดของเรื่องดังกล่าวในหัวข้อที่เกี่ยวข้องต่อไป

๒. การดำเนินการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาทางปกครองโดยองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ

นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ในสัญญาทางปกครอง ทำให้คู่กรณีมีความเกี่ยวข้องกันอันเกี่ยวกับการทำสัญญาที่จะจัดทำกันต่อไป กระบวนการเข้าทำสัญญากับทางราชการ ข้อพิพาทส่วนใหญ่จะเป็นข้อพิพาทตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

หรือระเบียบภายในของหน่วยงานของรัฐอื่นๆ ที่ว่าด้วยเรื่อง “การพัสดุ” อันเป็นขั้นตอนของการเข้าสู่การเป็นคู่สัญญากับทางราชการ หรือเป็นการคัดเลือกผู้ที่สมควรได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ เช่น การออกประกาศประกวดราคา ขั้นตอนการเปิดซองราคา การพิจารณาคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในช่วงดังกล่าวยังเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ คือเป็นได้ทั้งกรณีที่ถือว่าคู่กรณีมีนิติสัมพันธ์กันในฐานะที่เป็นคู่สัญญา ละเมิดหรือความรับผิดที่เป็นเอกเทศ ดังปรากฏตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คำพิพากษาของศาลฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งผู้ศึกษาได้จัดแบ่งลักษณะของข้อพิพาทออกเป็นสองช่วง โดยช่วงแรกจะเป็นการศึกษาถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนศาลปกครองเปิดทำการ และในส่วนที่สองเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลปกครองเปิดทำการแล้ว ดังต่อไปนี้

๒.๑ การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา ในช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ องค์การวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดี โดยหากเห็นว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดทางละเมิด ก็จะนำบทบัญญัติลักษณะละเมิดมาปรับใช้ ซึ่งการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ ก็จะพิจารณาว่าครบองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐^{๑๑} หรือไม่ แต่หากเห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา ก็จะนำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญามาใช้บังคับ เช่น การก่อให้เกิดสัญญาตามมาตรา ๓๕๔ ถึงมาตรา ๓๖๘ หรือในเรื่องการริบมัดจำหรือเบี้ยปรับตามมาตรา ๓๗๗ ถึงมาตรา ๓๘๕ เป็นต้น ดังปรากฏตามคำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ทั้งที่ปรากฏหลักกฎหมายข้างต้นอย่างชัดเจนและไม่ชัดเจน ดังนี้

^{๑๑}ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๔๒๐ ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำความละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

๒.๑.๑ การระงับข้อพิพาทตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ

คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ หรือที่เรียกโดยย่อว่า กวพ. ถูกจัดตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ข้อ ๑๑^{๙๘} โดยได้กำหนดให้ กวพ. มีอำนาจหน้าที่หลักในการตีความและวินิจฉัยปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้แก่หน่วยงานของรัฐ ในลักษณะของการตอบข้อหารือของหน่วยงานของรัฐที่ขอคำปรึกษา ซึ่งจากการศึกษาแนวทางการตอบข้อหารือของ กวพ. พบว่า มีข้อหารือที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- กรณีกรรมการฝึกหัดครูหรือว่า ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๒๑ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ ๖๑ วรรคท้าย ที่กำหนดว่าการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคาหรือวิธีกรณีพิเศษ ซึ่งราคาไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท หรือการซื้อหรือการจ้างซึ่งใช้วิธีดำเนินการตามข้อ ๒๙ วรรคสอง จะไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกันก็ได้ กรณีเช่นนี้จำเป็นต้องมีใบเสนอราคาด้วยหรือไม่ และถ้ามีใบเสนอราคาแล้วจะต้องมีใบสั่งซื้อสั่งจ้างหรือไม่นั้น คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามหลักการการซื้อหรือการจ้างโดยทั่วไป ส่วนราชการจะผูกพันกับผู้ขายหรือผู้รับจ้าง โดยการทำสัญญาเป็นหนังสือตามตัวอย่างทำระเบียบ หรือทำข้อตกลงเป็นหนังสือ ส่วนการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคาในกรณีจำเป็นและเร่งด่วน ตามระเบียบฯ ว่าด้วยการพัสดุฯ ข้อ ๖๑ วรรคท้าย กำหนดเป็นข้อยกเว้นจากวิธีปฏิบัติปกติที่กำหนดขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ และเพื่อความคล่องตัวในการจัดซื้อจัดจ้าง โดยให้เป็นดุลพินิจของส่วนราชการที่จะตกลงกับผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่ว่าจะเป็นการเสนอราคาด้วยการทำหลักฐานเป็นหนังสือ โดยการมีหนังสือติดต่อกันโดยใช้ใบเสนอราคาหรือด้วยวาจาก็ได้ ใบสั่งซื้อ สั่งจ้าง ข้างต้น ถือว่าเป็นข้อตกลงเป็นหนังสือ หากกรรมการฝึกหัดครูเห็นว่าไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ ก็สามารถซื้อหรือจ้างโดยใช้ใบเสนอราคาหรือโดยวาจา แต่ถ้าประสงค์จะให้หลักฐานในการซื้อหรือจ้าง ก็ชอบที่

^{๙๘}ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

ข้อ ๑๑ ให้มีคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ เรียกโดยย่อว่า “กวพ.”

ฯลฯ

ฯลฯ

ข้อ ๑๒ ให้ กวพ. มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(๑) ตีความและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบ

ฯลฯ

ฯลฯ

จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้มีการทำข้อตกลงเป็นหนังสือ ซึ่งในทางปฏิบัติกรมการฝึกหัดครูอาจกำหนดวิธีปฏิบัติในเรื่องนี้ตามที่เห็นสมควรได้^{๑๙}

- กรณีที่มีส่วนราชการหลายแห่งอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อน แล้วจึงทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในภายหลังนั้น สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้หาหรือคณะกรรมการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ (กพ.) แล้ว เห็นว่า การอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อน ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาโดยปริยาย จึงมีผลผูกพันต่อกันแล้ว แต่เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๒๑ ได้กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างจะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือตามตัวอย่างทำระเบียบฯ เว้นแต่กรณีที่อยู่ในข่ายยกเว้นที่ไม่ต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกัน ดังนั้น การอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อนทำสัญญาหรือข้อตกลง จึงไม่ชอบด้วยระเบียบฯ นอกจากนี้แล้ว ในกรณีที่ยังไม่ได้รับเงินประจำงวด การอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อนเป็นการขัดกับมาตรา ๒๓ ของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๐๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา ๔ ของพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๑๑ อีกด้วย^{๒๐}

เมื่อพิจารณาจากการตอบข้อหารือของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุข้างต้น จะเห็นได้ว่า ตามหลักการการซื้อหรือการจ้างโดยทั่วไปนั้น ส่วนราชการจะผูกพันกับผู้ขายหรือผู้รับจ้างก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือตามตัวอย่างทำระเบียบฯ หรือมีการทำข้อตกลงกันเป็นหนังสือ เว้นแต่ในกรณีจำเป็นและเร่งด่วน และมีวงเงินการจัดซื้อหรือจ้างในวงเงินไม่มากนัก จึงเป็นดุลพินิจของส่วนราชการที่จะตกลงกับผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่ว่าจะเป็นการเสนอราคาด้วยการทำหลักฐานเป็นหนังสือโดยการมีหนังสือติดต่อกันโดยใช้ใบเสนอราคาหรือด้วยวาจาก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ส่วนราชการได้อนุญาตให้ผู้เสนอราคาทำงานไปก่อน แล้วจึงทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในภายหลังนั้น การอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อน ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาโดยปริยาย และมีผลผูกพันต่อกันระหว่างส่วนราชการกับเอกชนผู้เสนอราคาในลักษณะของสัญญาที่มุ่งจัดทำเกิดขึ้นแล้ว

^{๑๙} สำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร (กพ) ๑๒๐๔/๑๑๕๗๐, ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๓๖.

^{๒๐} สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือที่ สร ๑๐๐๑/ว.๑๓, ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๓๕.

๒.๑.๒ การระงับข้อพิพาทตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจหน้าที่หลักในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์อันเป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ที่เกิดจากกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หรือกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกระทำไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นการพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน และให้มีระบบพิจารณาสองชั้นโดยกำหนดให้มีพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนทำความเข้าใจที่เรียกว่า “คำแถลงการณ์” ขึ้นเพื่อให้เกิดการตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะตัดสินคดี ซึ่งวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นทำนองเดียวกันกับวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แต่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่มีผลบังคับได้เองดังเช่นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ยังต้องเสนอให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาตามแต่จะเห็นสมควร^{๒๑}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชั้นตอนก่อนการทำสัญญาของทางราชการไว้ในหลายกรณีด้วยกัน ดังนี้

๑) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชั้นตอนของการประกาศประกวดราคา

- กรณีผู้ร้องทุกข์ได้แย้งว่ามีการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดประกวดราคา และเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคาบางราย^{๒๒}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคาจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้เข้ามารับทำงานที่ว่าจ้าง การที่ประกาศประกวดราคามีได้คำนึงว่าผู้เสนอราคาเคยมีประสบการณ์ในการทำงานในลักษณะเดียวกันกับที่ว่าจ้างมาก่อนหรือไม่ จึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของประกาศประกวดราคาอย่างชัดแจ้ง ประกอบกับการกำหนดคุณสมบัติตามเอกสารประกวดราคาที่มีผลทำให้มีผู้เข้าเสนอราคาเพียง ๒ รายเท่านั้นที่มีคุณสมบัติตรงตามประกาศฯ จึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ไม่เปิดกว้างให้มีการแข่งขันการเสนอราคาอย่างกว้างขวางและมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ผู้เสนอราคาบางราย การออกประกาศประกวดราคาดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงเห็นควรให้สั่งการให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาดังกล่าว และให้ดำเนินการจัดจ้างใหม่ให้ถูกต้อง

^{๒๑} นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, หน้า ๒๐๕.

^{๒๒} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๔๗/๒๕๔๒.

- กรณีการร้องทุกข์ว่า การดำเนินการประกาศแจ้งการประกวดราคาของโรงเรียนโกสุมพิทยาสรรค์ เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕^{๒๓}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่อาจหาหลักฐานได้ว่าการประกาศแจ้งการประกวดราคาของโรงเรียนโกสุมพิทยาสรรค์ และไม่ปรากฏว่าการส่งประกาศแจ้งความประกวดราคาไปยังหน่วยงานอื่นๆ รวมทั้งการส่งประกาศประกวดราคาไปให้สถานีวิทยุกระจายเสียงก็ไม่ได้กระทำล่วงหน้าก่อนวันรับซองประกวดราคา ๒๐ วัน อีกทั้ง ไม่ได้มีการส่งประกาศแจ้งการประกวดราคาไปยังกรมประชาสัมพันธ์ องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคให้ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ การดำเนินการประกาศแจ้งการประกวดราคาดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงเห็นควรให้สั่งการให้ยกเลิกประกาศประกวดราคาดังกล่าว และให้ดำเนินการจัดจ้างใหม่ให้ถูกต้อง

๒) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคา

- กรณีการร้องทุกข์ว่า การที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาในการจัดประกวดราคาเพื่อจัดซื้อเครื่องกำเนิดไอน้ำ ไม่รับข้อเสนอบริษัทผู้ร้องทุกข์ เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๒๔}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยว่า เอกสารประกวดราคากำหนดคุณลักษณะเฉพาะของเครื่องกำเนิดไอน้ำไว้ว่า จะต้องมีส่วนประกอบโดยอัตโนมัติและมีสัญญาณเตือนภัย ซึ่งเครื่องกำเนิดไอน้ำที่ผู้ร้องทุกข์เสนอนั้น ไม่มีสัญญาณเตือนภัยและไม่มีส่วนประกอบโดยอัตโนมัติ ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้ร้องทุกข์เสนอขายเครื่องกำเนิดไอน้ำที่มีคุณลักษณะเฉพาะไม่ตรงตามเอกสารประกวดราคา การที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาไม่รับพิจารณาข้อเสนอของผู้ร้องทุกข์ จึงเป็นไปโดยชอบตามข้อ ๕๐ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

๓) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการประกาศผลการประกวดราคา

- กรณีผู้ร้องทุกข์ซึ่งเป็นผู้เสนอราคาตามประกาศประกวดราคาจ้างเหมาต่อเรือชุดลอกแต่ไม่ได้รับการคัดเลือก ได้โต้แย้งว่าผลการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีการกำหนดข้อกำหนดในเอกสารประกวดราคาให้มีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ร้องทุกข์ และ

^{๒๓} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๒๔/๒๕๓๙.

^{๒๔} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๓๙/๒๕๓๘.

ผู้ชนะการประกวดราคาก็มิได้มีคู่ต่อเรือและไม่มีผลงานการต่อเรือตามที่กรมเจ้าท่ากำหนด รวมทั้งการรับรองหนังสือสัญญาร่วมค้าได้กระทำโดยผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคา^{๒๕}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยว่า การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะที่กำหนดให้ผู้เข้าประกวดราคาต้องสามารถต่อสร้างประกอบตัวเรือและสะพานเดินเรือ พร้อมระบบต่างๆ สำเร็จสมบูรณ์ตลอดลำจากคู่ต่อเรือของผู้เข้าประกวดราคานั้น เป็นดุลพินิจของกรมเจ้าท่า ผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่จะดำเนินการได้ และเมื่อปรากฏว่ากรมเจ้าท่าได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวขึ้นเพื่อประโยชน์สูงสุดของทางราชการเป็นสำคัญ โดยมีได้มุ่งหมายให้มีผลเป็นการกีดกันผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่งมิให้สามารถเข้าร่วมเสนอราคา จึงถือไม่ได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขในการประกวดราคา ดังกล่าวเป็นการจงใจกีดกันผู้ร้องทุกข์ ส่วนการที่กรมเจ้าท่ากำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะกว้างๆ เพื่อให้บริษัทในต่างประเทศที่มีผลงานก่อสร้างเรือในลักษณะเช่นนี้มาแล้วสามารถเข้าร่วมเสนอราคา ได้นั้น ก็น่าจะเป็นประโยชน์ต่อทางราชการมากกว่า และมีได้ทำให้เจตนารมณ์ของนโยบายส่งเสริมกิจการต่อเรือภายในประเทศต้องเสียไป เพราะกิจการต่อเรือของไทยก็ยังสามารถเข้าร่วมเป็นคู่ค้ากับกิจการของต่างประเทศได้ สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๒๖ นั้น เป็นเพียงนโยบายที่ต้องการส่งเสริมกิจการต่อเรือภายในประเทศเท่านั้น การที่กรมเจ้าท่า มิได้มีผู้แทนกองทัพเรือเข้าร่วมในการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของเรือและในขั้นตอนอื่นๆ ก็มิใช่เป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้การพิจารณาครั้งนี้เสียไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่ต่อเรือของผู้ชนะการประกวดราคาไม่สามารถประกอบแก่งเรือเข้ากับตัวเรือภายในคู่ต่อเรือได้ แต่จะต้องลากตัวเรือผ่าน สะพานข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาหลายแห่ง และนำแก่งเรือที่ตัดออกเป็นชิ้นๆ แล้วมาประกอบอีกครั้งที่คู่ต่อเรืออื่น จึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นการขาดคุณสมบัติตามเงื่อนไขในการประกาศประกวดราคา ส่วนข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่กำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องเป็นนิติบุคคล มีคู่ต่อเรือเอง ในกรณีที่ มีสัญญาร่วมค้าก็ใช้ผลงานของคู่สัญญาร่วมค้าได้ ซึ่งในกรณีของผู้ชนะการประกวดราคามีสัญญาอีก ฉบับหนึ่งที่ทำขึ้นกับบริษัทอื่นๆ ในลักษณะสัญญาร่วมค้า (Joint Venture Agreement) ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการร่วมดำเนินกิจการบางสิ่งบางอย่างในทางการค้า และคู่สัญญาร่วมค้าถูกผูกพัน ด้วยสัญญาในลักษณะของกิจการร่วมค้าโดยมิได้เป็นการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นใหม่แยกต่างหากจากนิติบุคคลเดิม จึงถือได้ว่าเป็นกิจการร่วมค้าในการประกวดราคาครั้งนี้แล้ว นอกจากนี้ ตามหนังสือมอบอำนาจของคู่ต่อเรือที่ชนะการประกวดราคาก็ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการที่คู่ต่อเรือดังกล่าวได้เข้าร่วมการประกวดราคาด้วยตนเองด้วย แม้ตามเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาจะกำหนดให้การรับรองภาพถ่ายเอกสารดังกล่าวต้องกระทำโดยสถานกงสุลหรือสถานทูตไทยหรือ Notary Public หรือบุคคล

^{๒๕} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๔๗/๒๕๓๙.

อื่นที่กฎหมายท้องถิ่นให้อำนาจลงนามรับรองก็ตาม แต่การที่กำหนดให้มีการรับรองเอกสารก็เพื่อเป็นการประกันความถูกต้องเที่ยงตรงของเอกสารโดยไม่มีการตรวจสอบอีกครั้งเท่านั้น ดังนั้น หากกรมเจ้าท่าเห็นว่าการรับรองสำเนาภาพถ่ายเอกสารโดยสำนักงานที่ปรึกษาทางเศรษฐกิจและการพาณิชย์มีความน่าเชื่อถือที่จะรับรองความถูกต้องของเอกสารได้และไม่มีผลทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกับผู้เสนอราคารายอื่น รวมทั้งเป็นกรณีเพื่อประโยชน์ของกรมเจ้าท่าเอง กรมเจ้าท่าก็สามารถรับราคาของผู้ชนะการประกวดราคาไว้พิจารณาและดำเนินการต่อรองในฐานะผู้เสนอราคาต่ำสุดได้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงมีมติให้ยกคำร้องทุกข์นี้

- กรณีการร้องทุกข์ว่า การที่รองอธิบดีกรมชลประทาน รักษาการแทนอธิบดีกรมชลประทานมีคำสั่งให้ยกเลิกการประกวดราคา เนื่องจากผู้เข้าประกวดราคาทุกรายไม่ได้ยื่นข้อเสนอรายละเอียดการก่อสร้างและควบคุมงาน ซึ่งเป็นการปฏิบัติผิดเงื่อนไขการประกวดราคา เป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นไปตามข้อ ๕๒ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕^{๒๖}

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยว่า การที่ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายไม่เสนอรายการรายละเอียดควบคุมงานตามรายการที่ระบุไว้ ซึ่งมีผลทำให้ข้อกำหนดต่างๆ ตามเอกสารประกวดราคาไม่อาจใช้บังคับได้ กรณีจึงเป็นการยื่นประกวดราคาที่มีผิดเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคามีความเห็นว่า ผู้เข้าประกวดราคาทุกรายปฏิบัติผิดเงื่อนไขที่กำหนดไว้ และเสนอให้อธิบดีกรมชลประทานยกเลิกการประกวดราคาเพื่อดำเนินการจัดประกวดราคาใหม่ ซึ่งต่อมารองอธิบดีกรมชลประทานรักษาการแทนอธิบดีกรมชลประทานได้ใช้อำนาจอธิบดีกรมชลประทานในฐานะหัวหน้าส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ สั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามข้อ ๕๒ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้ว จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ข้างต้นไม่ได้กำหนดสถานะในทางกฎหมายของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนการทำสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจาก คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีลักษณะเป็นเพียงการทำความเห็นซึ่งต้องเสนอให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาตามแต่จะเห็นสมควรอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น ในแต่ละคำวินิจฉัยจึงมีการเสนอความเห็นเพียงว่า การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

^{๒๖} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๕๔/๒๕๓๖.

หรือไม่ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการต่อไปอย่างไรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการเสนอความเห็นดังกล่าวได้ปรากฏข้อสังเกต คือ ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในขั้นตอนของการจัดประกวดราคา หรือขั้นตอนการประกาศผลการประกวดราคาเกิดขึ้น ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เสนอความเห็นให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวแล้วจัดประกวดราคาใหม่นั้น หากผู้เสนอราคาที่ไม่เห็นด้วยกับการยกเลิกการประกวดราคาจะนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ชดเชยค่าเสียหาย จะต้องยื่นฟ้องให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคารับผิดในฐานะของความรับผิดทางสัญญา หรือในทางละเมิด

ในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้มีความคลี่คลายไปบ้างพอสมควร เนื่องจากได้มีการจัดตั้งศาลปกครอง และได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้การสั่งซื้อ สั่งจ้าง ของหน่วยงานทางปกครอง มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตามการกำหนดดังกล่าวยังคงมีปัญหาในส่วนที่กฎกระทรวงฯ ไม่ได้กล่าวถึง เช่น การยกเลิกประกาศประกวดราคา ซึ่งปัญหาในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะดำเนินการศึกษาในรายละเอียดในหัวข้อที่เกี่ยวข้องต่อไป

๒.๑.๓ การระงับข้อพิพาทตามแนวทางการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด

จากการศึกษาการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด เกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของทางราชการ พบว่าในการตอบข้อหารือดังกล่าวได้มีการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในจำนวนมากพอสมควร ซึ่งผู้ศึกษาได้นำเสนอโดยแบ่งตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ดังนี้

๑) ข้อหารือในขั้นตอนของการจัดประกวดราคา

- การออกประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นเพียงคำเชิญชวนให้เอกชนยื่นคำเสนอ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการประกวดราคาตลอดไป ดังนั้น หากสำนักนโยบายและแผนมหาดไทยประสงค์จะยกเลิกการเชิญชวนเข้าประกวดราคาครั้งนี้เพื่อประโยชน์ของทางราชการก่อนรับซองประกวดราคาและตัดสินการประกวดราคาแล้ว สำนักงานนโยบายและแผนมหาดไทยย่อมกระทำได้ โดยบริษัทต่างๆ ที่ได้ซื้อเอกสารประกวดราคาไปแล้วไม่อาจเรียกร้องค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายใดๆ ได้^{๒๗}

^{๒๗} คำวินิจฉัยที่ ๑๔๘/๒๕๒๗.

๒) ข้อหารือในขั้นตอนของการประกาศผู้ชนะการประกวดราคา

- ตามเงื่อนไขการประกวดราคากำหนดว่า ผู้ประกาศประกวดราคาไม่ผูกมัดที่จะต้องยอมรับราคาของผู้เสนอราคารายที่เสนอราคาต่ำสุด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดได้มาดำเนินการเจรจากับผู้ประกาศประกวดราคาแล้ว แต่ไม่สามารถลดราคาลงมาให้เท่ากับวงเงินงบประมาณที่ผู้ประกาศประกวดราคาจัดไว้ ผู้ประกาศประกวดราคาสามารถเรียกผู้เสนอราคาต่ำสุดรายที่สองมาทำการเจรจาต่อไปได้^{๒๘}

๓) ข้อหารือในขั้นตอนของการทำคำสนองรับคำเสนอ

- ในการพิจารณาข้อเสนอของบริษัทในโครงการจัดตั้งโรงงานวัตถุประสงค์ของกระทรวงกลาโหมนั้น เมื่อคณะกรรมการจัดตั้งโรงงานวัตถุประสงค์ได้คัดเลือกบริษัทได้ในขั้นต้นแล้ว จะต้องขออนุมัติคณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติแล้วจึงจะออกหนังสือแสดงเจตนา (Letter of Intent) เป็นทางการได้ ดังนั้น ตราบใดที่ยังไม่มีการออกหนังสือแสดงเจตนา (Letter of Intent) กระทรวงกลาโหมจึงยังไม่มี ความผูกพันที่จะต้องเข้าทำสัญญากับบริษัทดังกล่าว จึงชอบที่จะยกเลิกการพิจารณาข้อเสนอและยุติการเจรจาได้^{๒๙}

- คำสนองรับที่มีข้อแก้ไขในเรื่องกำหนดเวลาทำสัญญาอันเป็นสาระสำคัญยิ่ง ซึ่งมีผลเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอเดิม และเป็นคำเสนอชิ้นใหม่ ดังนั้น เมื่อผู้เข้าประกวดราคายังมิได้สนองรับคำเสนอใหม่ของผู้ออกประกวดราคา ก็ย่อมไม่มี ความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามแจ้งความประกวดราคานั้นต่อไป^{๓๐}

- การที่กรมโรงงานอุตสาหกรรมได้มีหนังสือแจ้งให้บริษัททราบว่า กรมโรงงานอุตสาหกรรมอนุมัติข้อปอจากบริษัทและให้บริษัทมาทำสัญญาภายใน ๗ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ แต่บริษัทได้รับหนังสือฉบับนี้เมื่อเกินกำหนดเวลาที่บริษัทได้ยื่นราคาเสนอขายไปแล้ว ฉะนั้น หนังสือของกรมโรงงานอุตสาหกรรมจึงเป็นคำสนองรับไปถึงบริษัทล่วงหน้ากำหนดเวลาที่บริษัทเสนอไว้ คำเสนอราคาของบริษัทจึงเป็นอันสิ้นความผูกพัน บริษัทชอบที่จะปฏิเสธไม่มาทำสัญญาก็ได้ การที่บริษัทไม่มาทำสัญญาภายใน ๗ วันนับแต่ได้รับหนังสือ จึงไม่ใช่ความผิดของบริษัท แต่เป็นความผิดของกรมโรงงานอุตสาหกรรมเอง กรมโรงงานอุตสาหกรรมจึงไม่มีสิทธิที่จะริบเงินประกันซองตามเงื่อนไขแจ้งความประกวดราคา^{๓๑}

^{๒๘} คำวินิจฉัยที่ ๗/๒๕๓๐.

^{๒๙} คำวินิจฉัยที่ ๒๙/๒๕๒๗.

^{๓๐} เลขรับที่ ท.๑ (ข)/๒๕๑๒.

^{๓๑} เลขรับที่ ท.๑ (ก)/๒๕๑๒.

- การที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกไม่มาทำสัญญากับกรมสรรพสามิต กรมสรรพสามิตมีสิทธิริบเงินประกันของตามข้อตกลงในการประมูลได้ตามข้อตกลงในการประมูล เงินประกันของประมูลเข้าลักษณะเป็นเบี้ยปรับหากกรมสรรพสามิตพิสูจน์ได้ว่าได้รับความเสียหายมากกว่าเงินประกันของประมูล กรมสรรพสามิตก็มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายส่วนที่เกินเงินประกันของประมูลได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๘๐ วรรคสอง ส่วนเงินค่าผลประโยชน์ที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกเสนอ ซึ่งเป็นเงินที่ผู้ประมูลได้จะต้องจ่ายเพื่อตอบแทนในการที่กรมสรรพสามิตให้สิทธิการทำและการขายส่งสุราในเขตการขายสุราของโรงงานกรมสรรพสามิตแก่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกนั้น เมื่อไม่มีการทำสัญญาระหว่างกรมสรรพสามิตกับผู้ประมูลได้ครั้งแรก กรมสรรพสามิตไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาเงินค่าผลประโยชน์นี้จากผู้ประมูลได้ครั้งแรก และทั้งตามแจ้งความกรมสรรพสามิตและคำเสนอของผู้ประมูลได้ครั้งแรกก็ได้กำหนดว่า ผู้ประมูลได้ครั้งแรกจะต้องรับผิดชอบใช้เงินส่วนที่ผู้ประมูลได้ครั้งหลังเสนอเงินค่าผลประโยชน์ต่ำกว่าเงินค่าผลประโยชน์ที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกเสนอด้วย ดังนั้น กรมสรรพสามิตจะถือเอาเงินค่าผลประโยชน์ที่ผู้ประมูลได้ครั้งแรกเสนอ มาเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายไม่ได้^{๓๒}

- ใบแจ้งความเรื่องการเรียกสอบราคาจ้างมิได้ระบุเงื่อนไขให้ผู้เสนอราคาต้องรับผิดชอบในราคาก่อสร้างที่เพิ่มขึ้นจากการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ในกรณีที่ผู้เสนอราคาไม่ทำสัญญาไว้ด้วย และเมื่อฟังว่าสัญญาที่มุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ ผู้แจ้งความประกวดราคาจะอาศัยเพียงแต่ข้อเสนอของผู้เสนอราคาและการตอบแจ้งให้มาทำสัญญาเป็นข้อผูกพันที่ผู้เสนอราคาจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายดังกล่าวหาได้ไม่^{๓๓}

- กรณีที่ผู้ประกาศประกวดราคามีหนังสือถึงผู้เข้าประกวดราคาขอให้ขยายการยื่นราคาและต่ออายุหนังสือคำประกันของธนาคารออกไปอีก ๖๐ วัน นับจากวันหมดกำหนดยื่นราคา การที่ผู้เข้าประกวดราคารายหนึ่งได้ขยายกำหนดยื่นราคาและต่ออายุหนังสือคำประกันธนาคารออกไปอีก ๖๐ วัน แต่ขอเพิ่มราคาจากราคาที่เสนอไว้เดิม เป็นการเสนอราคาใหม่ไม่ใช่การขยายเวลาการยื่นราคาเดิม เมื่อผู้ประกาศประกวดราคามีได้สนองรับราคาของผู้เข้าประกวดราคารายนี้ภายในกำหนดยื่นราคาเดิม การเสนอราคาครั้งแรกก็เป็นอันสิ้นความผูกพัน^{๓๔}

- การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคประกาศประกวดราคาจัดซื้อพัสดุ ๕ รายการ กำหนดหลักประกันของเป็นเงิน ๑,๗๔๙,๙๐๐ บาท ผู้เสนอราคาเสนอราคาเพียง ๓ รายการ จากนั้นเมื่อได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและมีหนังสือเรียกให้มาทำสัญญาแล้ว ผู้เสนอราคา

^{๓๒} คำวินิจฉัยที่ ๘๐/๒๕๒๖.

^{๓๓} คำวินิจฉัยที่ ๗๑/๒๕๒๗.

^{๓๔} คำวินิจฉัยที่ ๑๕๗/๒๕๓๐.

ดังกล่าวได้มาทำสัญญากับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเพียง ๒ รายการ ดังนี้ ต้องถือว่าผู้เสนอราคาผิดเงื่อนไขการประกวดราคา การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีสิทธิรับหลักประกันของทั้งหมด^{๓๕}

- ประกาศเชิญชวนประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างได้กำหนดเงื่อนไขให้การจ้างต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้น ตราบไต่ที่การจ้างยังมีได้มีการลงนาม สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างย่อมไม่เกิดขึ้น

การที่กรมโยธาธิการมีหนังสือแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาทราบว่ากรมโยธาธิการตกลงจ้างและขอให้ไปทำสัญญาจ้าง ย่อมเกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาประกวดราคา ซึ่งมีความผูกพันให้กรมโยธาธิการต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคา หากกรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามโดยไม่มีเหตุสมควร ย่อมถือได้ว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งผู้ชนะการประกวดราคามีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาประกวดราคดังกล่าวได้ แต่ไม่สามารถฟ้องบังคับให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง^{๓๖}

จากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดข้างต้น จึงสามารถสรุปนิติสัมพันธ์อันเกิดจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนทำสัญญาของทางราชการได้ ดังนี้

๑) การออกประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นเพียงคำเชิญชวนให้เอกชนยื่นคำเสนอ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเกิดความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการประกวดราคาต่อไป

๒) การมีหนังสือแจ้งผู้ชนะการประกวดราคาว่าตกลงจ้างและขอให้ไปทำสัญญาจ้าง ย่อมเกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาประกวดราคาขึ้น ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมลงนามโดยไม่มีเหตุสมควร ย่อมถือได้ว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาประกวดราคดังกล่าวได้

๓) การจะเรียกให้ผู้เสนอราคารับผิดในค่าเสียหายจากการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ได้ จะต้องปรากฏว่าได้ระบุเงื่อนไขในการเรียกค่าเสียหายดังกล่าวไว้ในเอกสารประกวดราคาด้วย หากไม่มีการระบุข้อกำหนดดังกล่าว ผู้ประกวดราคาย่อมไม่สามารถเรียกร้องเอาค่าเสียหายดังกล่าวได้ แม้ว่าได้มีการสนองรับคำเสนออันถือกำเนิดสัญญาประกวดราคาขึ้นแล้วก็ตาม

๔) เมื่อยังไม่มีมีการลงนามในสัญญา ย่อมถือว่าสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำต่อไปอันเป็นสัญญาหลักยังไม่เกิดขึ้น

ดังนั้น จึงอาจสรุปลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างอันเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาได้ว่า

^{๓๕} คำวินิจฉัยที่ ๑๗๔/๒๕๓๒.

^{๓๖} คำวินิจฉัยที่ ๑๒๕/๒๕๓๓.

๑) การออกประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นเพียงคำเชิญชวนให้เอกชนยื่นคำเสนอ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเกิดความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการประกวดราคาตลอดไป ดังนั้น หากมีการยกเลิกการประกวดราคา ผู้เสนอราคาแต่ละรายไม่สามารถฟ้องร้องให้รับผิดชอบในทางสัญญาเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนได้

๒) กรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาเข้ามาทำสัญญา แต่ผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าวไม่ยอมทำสัญญา กรณีเช่นนี้ หากหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้ผู้ชนะการประกวดราคารับผิดตามเอกสารประกวดราคา ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากความรับผิดตามสัญญาประกวดราคา

๓) สำหรับในกรณีเดียวกันนี้ หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายไม่ยอมลงชื่อเพื่อทำสัญญา กรณีเช่นนี้เอกชนผู้ชนะการประกวดราคามีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิด โดยถือว่าเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคาเช่นเดียวกัน

๔) หากผู้ชนะการประกวดราคาและหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาได้มีการลงชื่อในสัญญาแล้ว ถือว่าสัญญาหลักที่มุ่งจัดทำเกิดขึ้น ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับผิด ย่อมมีลักษณะเป็นคดีพิพาททางสัญญา

๒.๑.๔ การระงับข้อพิพาทตามคำพิพากษาของศาลฎีกา

ศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนทำสัญญาของทางราชการไว้ เป็นจำนวนหลายคำพิพากษาด้วยกัน ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายกรณีด้วยกัน ดังนี้

๑) กรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ประกาศประกวดราคาเป็นเพียงคำเสนอชี้ชวนให้ทำคำเสนอเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการบอกปิดคำเสนอเข้าทำสัญญา จึงถือว่าไม่มีสัญญาประกวดราคาต่อกันและยังไม่มีเหตุว่ามีนิติสัมพันธ์ใดๆ เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๐๒/๒๕๒๓ ศาลฎีกาพิพากษาว่า คำประกาศแจ้งความของกรมโรงงานอุตสาหกรรมจำเลย ที่ให้มีการประมูลการเช่าสัมปทานโรงงานสุราแม่โขงบางยี่ขัน เป็นเพียงคำเชิญชวนให้ผู้สนใจทำคำเสนอขึ้นมาเท่านั้น ดังนั้น หนังสือของโจทก์ตามเอกสารท้ายฟ้องหมายเลข ๒ ที่ขอเข้าประกวดราคาด้วย จึงจัดว่าเป็นคำเสนอ และปรากฏตามคำฟ้องของโจทก์ว่า หนังสือของโจทก์อันเป็นคำเสนอดังกล่าวได้ถูกจำเลยบอกปิดแจ้งเป็นหนังสือไปยังโจทก์ผู้เสนอราคา

แล้ว กรณีจึงต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา ๓๕๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดี ฯลฯ คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นผลผูกพันแต่นั้นไป” ดังนั้น หนังสือของโจทก์ที่ขอเข้าประกวดราคาด้วย อันจัดว่าเป็นคำเสนอจึงเป็นอันสิ้นความผูกพันไปแล้วตั้งแต่จำเลยบอกปิดไปยังโจทก์ผู้เสนอ โจทก์กับจำเลยจึงยังไม่มีสัญญาประกวดราคาต่อกันและไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยเพื่อขอให้ศาลพิพากษาว่าคำสั่งของจำเลยที่ให้บริษัท ก. เป็นผู้เช่าโรงงานสุราแม่โขงบางยี่ขันเป็นโมฆะ และบังคับให้จำเลยรับเรื่องราวของโจทก์ไว้พิจารณาเพื่อให้โจทก์ได้เป็นผู้เช่าโรงงานสุราแม่โขงบางยี่ขันต่อไปได้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๔๙/๒๕๓๗ ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า การที่การเคหะแห่งชาติจำเลย มีความประสงค์จะให้สิทธิเช่าซื้อที่ดินแก่ประชาชนได้ออกประกาศประกวดราคาให้สิทธิเช่าซื้อที่ดินของจำเลย โดยผู้เข้าประกวดราคาต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขประกวดราคาที่กำหนดโดยมีเงื่อนไขในข้อ ๑๑ ว่า การเคหะแห่งชาติสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะเลือกทำสัญญากับผู้ประกวดราคารายใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญากับผู้ประกวดราคาที่เสนอราคาให้สูงสุด หรือไม่เลือกผู้ประกวดราคารายใดเลยก็ได้ เงื่อนไขตามประกาศประกวดราคาดังกล่าวจึงไม่เป็นคำเสนอของจำเลย ถือได้เพียงว่าเป็นคำเสนอเชื้อเชิญให้ทำสัญญาเท่านั้น ส่วนหนังสือประกวดราคาของโจทก์นั้น นับได้ว่าเป็นคำเสนอของโจทก์ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาเช่าซื้อที่ดินพิพาทกับจำเลยนั่นเอง ส่วนที่จำเลยมีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบว่าเป็นผู้มีสิทธิเช่าซื้อที่ดินพิพาทได้นั้น ก็มีเงื่อนไขว่าโจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานแสดงการตกลงระหว่างโจทก์กับผู้อยู่อาศัยในที่ดินพิพาทว่าจะขนย้ายออกจากที่ดินโดยไม่เรียกค่าใช้จ่ายใดๆ จากจำเลยมาแสดงภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันได้รับหนังสือ หนังสือดังกล่าวของจำเลยจึงเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอบางส่วนของโจทก์ ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัวตามมาตรา ๓๕๗ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อโจทก์ไม่ได้ดำเนินการสนองตามคำเสนอของจำเลยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิบังคับให้จำเลยทำสัญญาเช่าที่ดินพิพาท

๒) กรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาว่า แม้ได้มีการคัดเลือกจนได้ผู้ชนะการประกวดราคา และหน่วยงานของรัฐได้มีหนังสือเชิญผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าวให้เข้ามาทำสัญญาแล้วก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคายังไม่ได้ลงนามในสัญญา ก็ถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๑๔/๒๕๓๙ ศาลฎีกาพิพากษาว่า การที่โจทก์ยื่นของประกวดราคาเสนอขายเครื่องดูดฝุ่นให้ธนาคารออมสินจำเลย ต่อมาจำเลยมีหนังสือเชิญโจทก์ไปทำสัญญา โจทก์ส่งผู้แทนไปลงนามซื้อขายกับจำเลย แต่ผู้อำนวยการของจำเลยยังไม่ลงนามเนื่องจาก

ยังมีการต่อรองราคากันอยู่ โดยหลังจากโจทก์ลงนามในสัญญาไปฝ่ายเดียวแล้วโจทก์มีหนังสือ เอกสารหมายเลข ๑๘ ถึงจำเลย มีข้อความสำคัญว่า ตามที่ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่มและ ทางจำเลยขอให้โจทก์ลดราคาลงอีกนั้น โจทก์ขอเสนอเงื่อนไขโดยจะลดลง ๓ เปอร์เซ็นต์ และพร้อมที่จะส่งของให้จำเลยทันทีที่จำเลยติดต่อมา แต่จำเลยก็ยังเห็นว่าราคาแพงเกินควรอันเป็นเหตุให้ผู้อำนวยความสะดวกจำเลยยังไม่ลงนามในสัญญาซื้อขาย โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยมีหนังสือแจ้งให้โจทก์ เข้าทำสัญญากับจำเลย โจทก์มอบอำนาจให้ตั้งแทนไปลงนามในสัญญาแทนโจทก์แล้ว นอกจากนี้ ปรากฏตามเงื่อนไขในเอกสารประกวดราคาระบุว่า ถ้าโจทก์ไม่ไปทำสัญญากับจำเลย จำเลยจะริบหลักประกัน เห็นได้ว่าสัญญาที่มุ่งจะทำนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น เมื่อยังมีปัญหาและจำเลยยังไม่ลงนามในสัญญาก็ต้องถือว่ายังไม่มีสัญญาต่อกันตามมาตรา ๓๖๖ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๓) กรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาว่า แม้ได้มีการคัดเลือกจนได้ผู้ชนะการประกวดราคา และหน่วยงานของรัฐได้มีหนังสือตอบตกลงรับราคาของผู้เสนอราคารายใดแล้ว ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาดังกล่าว แต่ต่อมาหากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้ยกเลิกการประกวดราคาโดยยังไม่ได้ลงนามในสัญญา ถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น และการที่ผู้เสนอราคาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการยกเลิกประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ จึงไม่ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสนอราคา

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๘๙๘/๒๕๕๔ ศาลฎีกาพิพากษาว่า ประกาศแจ้งความประกวดราคาจ้างเหมาเป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้ผู้ที่รับจ้างขนขยะมูลฝอยยื่นคำเสนอขอเข้าทำสัญญากับกรุงเทพมหานครจำเลย โดยวิธียื่นซองประกวดราคา ซึ่งต่อมาโจทก์เป็นผู้เข้าประกวดราคา และเสนอราคาต่ำสุดอันเป็นการทำคำเสนอต่อจำเลยแล้ว เท่ากับโจทก์ยอมรับที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลยทุกประการ การที่จำเลยโดยประธานคณะกรรมการเปิดซองประกวดราคามีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบภายหลังว่าตกลงรับราคาที่โจทก์เสนอ ถือได้ว่าเป็นการทำคำสนองรับคำเสนอของโจทก์ แต่ในประกาศแจ้งความประกวดราคาข้อ ๑๖ ระบุว่าเมื่อจำเลยแจ้งให้ผู้ประกวดราคาได้ทราบเป็นหนังสือ ผู้ประกวดราคาได้จะต้องไปทำสัญญาตามแบบของจำเลยภายใน ๗ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่า โจทก์และจำเลยยังไม่ได้ทำสัญญาตามแบบของจำเลย จึงไม่เกิดเป็นสัญญาผูกพันโจทก์และจำเลย การที่จำเลยประกาศยกเลิกการประกวดราคาจ้างเหมาครั้งนี้ ไม่ว่าจะโจทก์ซึ่งเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจะทำผิดเงื่อนไขตามประกาศแจ้งความประกวดราคาหรือไม่ ก็ไม่ถือว่าจำเลยกระทำความผิดสัญญาต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่อาจเรียกชดเชยค่าเสียหายในส่วนนี้จากจำเลยได้

นอกจากนี้ตามประกาศประกวดราคาจ้างเหมาข้อ ๑๘ ได้ระบุเงื่อนไขว่า จำเลยทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะยกเลิกประกาศประกวดราคานี้เสียก็ได้แล้วแต่จะเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการ และผู้ยื่นซองประกวดราคาไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าทดแทนหรือค่าเสียหายใดๆ จากจำเลยได้ ดังนั้น แม้ว่าโจทก์จะเป็นผู้ยื่นซองประกวดราคาและเสนอราคาต่ำสุด ทั้งได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของผู้ยื่นซองประกวดราคาตามที่ได้ประกาศแจ้งความไว้แล้วก็ตาม จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะยกเลิกการประกวดราคานี้ได้เมื่อจำเลยเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการ และแม้ว่าจำเลยจะแจ้งยกเลิกการประกวดราคาหลังจากเปิดซองราคานานถึง ๕ ปี แต่โจทก์ก็ไม่สามารถนำสืบได้ว่าจำเลยมีเจตนาถ่วงเวลาเพื่อไม่ให้โจทก์ได้รับความเสียหายหรือไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ แม้โจทก์จะได้ระบุไว้ในหนังสือยินยอมขยายกำหนดเวลายื่นราคาว่า หากไม่ตกลงทำสัญญาว่าจ้างโจทก์ภายในกำหนดแล้วโจทก์จะเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ก็ไม่มีผลทางกฎหมายว่าการที่จำเลยไม่ทำสัญญาจ้างเหมากับโจทก์จะเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

๔) กรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาว่า หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีการสนองรับคำเสนอแล้ว ถือว่ามี “สัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น” ส่งผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคาดังกล่าวได้ แต่จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาที่จะทำกันต่อไปไม่ได้ เพราะสัญญาดังกล่าวยังไม่เกิดขึ้นเนื่องจากยังไม่มีการลงทุนในสัญญา

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๔๘๐ ศาลฎีกาพิพากษาว่า กรณีจำเลยซึ่งเป็นบริษัทรับเหมาก่อสร้างได้ยื่นใบเสนอราคา และได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ประกวดราคาได้ แต่จำเลยบิดพลิ้วไม่ยอมทำสัญญากับโจทก์ โดยจำเลยอ้างว่าได้คำนวณราคาเสนอไว้ผิดพลาด ทำให้โจทก์ต้องจัดประกวดราคาใหม่และต้องจ้างผู้รับจ้างรายใหม่แพงกว่านั้น การประกวดการครั้งนี้มีความมุ่งหมายที่แจ่มแจ้งว่า “การเรียกประกวดเพื่อหาตัวผู้รับเหมา” แม้ว่าวัตถุประสงค์ที่สุดคือการจ้างทำของก็ตาม แต่การที่โจทก์และจำเลยจะผูกมัดกันไว้เสียต่อนหนึ่งก่อนว่า ในการก่อสร้างตึกรายนี้ โจทก์จะไม่ให้ผู้อื่นทำนอกจากจำเลยและจำเลยก็ยอมรับเข้าทำการโดยเรียกร้องเอาตามราคาเท่าที่ขอไว้ เมื่อวัตถุประสงค์ทั้งสองฝ่ายต่างมุ่งประสงค์กันเพียงเท่านั้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่า โจทก์และจำเลยตกลงกันให้มีรายละเอียดกันอย่างไรจะต้องทำหนังสือสัญญาก่อสร้างกันขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่ง ดังนั้น เมื่อจำเลยไม่ทำหนังสือสัญญาก่อสร้าง โจทก์จึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยผิด “สัญญาประกวดราคา” โดยให้โจทก์ริบเงินมัดจำของตามที่ตกลงกันไว้ แต่โจทก์จะเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่ต้องจ้างผู้รับเหมาก่อสร้างรายอื่นแพงกว่าที่จ้างจำเลยไม่ได้ เพราะมิใช่ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญาประกวดราคา

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๒๕/๒๕๒๒ ศาลฎีกาพิพากษาว่า กรณีโจทก์ได้ออกประกาศประกวดราคาจัดซื้อลวดเกลียว ซึ่งจำเลยได้เสนอราคาขายและได้วางเงินมัดจำของประกวด

ราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคา โจทก์คัดเลือกจำเลยเป็นผู้ชนะการประกวดราคาและแจ้งให้จำเลยทำสัญญาซื้อขาย แต่จำเลยกลับปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อขาย ทำให้โจทก์เสียหายเนื่องจากต้องจัดประกวดราคาใหม่และต้องจ้างผู้รับจ้างรายอื่นที่แพงกว่าเท่านั้น ประกาศประกวดราคาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเป็นคำเชิญชวน ส่วนการยื่นใบเสนอราคาของจำเลยเป็นคำเสนอ หนังสือที่โจทก์แจ้งให้จำเลยทราบการตกลงรับราคาและให้จำเลยไปทำสัญญาถือเป็นคำสนองรับคำเสนอของจำเลย แต่สัญญาซื้อขายก็ยังไม่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีจนกว่าจะได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามนัยแห่งเงื่อนไขในประกาศประกวดราคา เมื่อจำเลยไม่ยอมทำสัญญาซื้อขาย โจทก์ย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอันเป็นข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้น แต่ค่าเสียหายกรณีที่โจทก์ต้องจ้างผู้รับจ้างรายใหม่แพงกว่าเดิมนั้น เป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายดังกล่าวได้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๕/๒๕๓๓ ศาลฎีกาพิพากษาว่า กรณีที่กรมโยธาธิการได้ดำเนินการประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างปรับปรุงถนน ซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดและเป็นผู้ชนะการประกวดราคาและได้ลงนามในสัญญาแล้ว แต่กรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามในสัญญา โดยอ้างว่ามีการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจขาดพิจารณาการประกวดราคาจ้างก่อสร้างปรับปรุงถนนสายนี้ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. เห็นว่า การที่กรมโยธาธิการผิดเงื่อนไขการประกวดราคาเป็นการกระทำละเมิดต่อตน จึงยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้กรมโยธาธิการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้น และขอให้ศาลสั่งให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาจ้างหรือให้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ลงนามในสัญญานั้น เห็นว่า ตามประกาศเชิญชวนประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างของกรมโยธาธิการกำหนดเงื่อนไขให้ในการจ้างรายนี้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้นตรวบใดที่กรมโยธาธิการยังไม่มีลงนามในสัญญา สัญญาจ้างก่อสร้างย่อมไม่เกิด การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. ยื่นใบเสนอราคาและกรมโยธาธิการได้แจ้งให้เข้าทำสัญญาย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอ ซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาทางปกครองที่กรมโยธาธิการมีความผูกพันจะต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาต่อไป ดังนั้น หากกรมโยธาธิการไม่ลงนามในสัญญาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันสมควรย่อมถือได้ว่า กรมโยธาธิการผิด “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. มีสิทธิฟ้องร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในฐานะละเมิดได้ แต่จะฟ้องร้องให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาจ้างก่อสร้างไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาข้างต้น จึงสามารถสรุปนิติสัมพันธ์อันเกิดจากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนทำสัญญาของทางราชการได้ ดังนี้

๑) ประกาศเชิญชวนให้มาทำสัญญาประกวดราคาของทางราชการนั้น ไม่ใช่คำเสนอ จะทำสัญญา เป็นแต่เพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

๒) การยื่นเอกสารประกวดราคาของผู้เสนอราคาถือเป็นการทำคำเสนอจะทำสัญญา

๓) การแจ้งผลการประกาศประกวดราคาและให้ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกเข้าทำสัญญา ถือเป็นคำสนอง ซึ่งถือว่ามีสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น

๔) สัญญาตามวัตถุประสงค์ของการจัดประกวดราคาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อคู่กรณีได้มีการลงนามในสัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว

ดังนั้น เมื่อหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคา ได้มีการบอกปิดคำเสนอเข้าทำสัญญา จึงถือว่าไม่มีสัญญาประกวดราคาต่อกันและยังไม่มีถือว่ามีนิติสัมพันธ์ใดๆ เกิดขึ้น และแม้ได้มีการคัดเลือกจนได้ผู้ชนะการประกวดราคาและหน่วยงานของรัฐได้มีหนังสือตอบตกลงรับราคาของผู้เสนอราคารายใดแล้ว กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอ แต่ต่อมาหากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้ยกเลิกการประกวดราคาโดยยังไม่ได้ลงนามในสัญญา ถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีการสนองรับคำเสนอดังกล่าวแล้ว ถือว่ามี “สัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น” ส่งผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบ สัญญาประกวดราคาดังกล่าวได้ แต่จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบสัญญาที่จะทำกันต่อไปไม่ได้ เพราะสัญญาดังกล่าวยังไม่เกิดขึ้นเนื่องจากยังไม่มีกลงนามในสัญญา ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองตามที่ปรากฏจากคำพิพากษาของศาลฎีกา จะเกิดขึ้นในสองลักษณะคือ

๑) กรณีที่ผู้เสนอราคาเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคารับผิด เนื่องจากเห็นว่าเป็นการยกเลิกการจัดประกวดราคาโดยไม่ชอบหรือการไม่ยอมลงชื่อในสัญญานั้น มีลักษณะเป็นคดีพิพาทอันเกิดจากการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๒) กรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้ผู้เสนอราคารับผิดเนื่องจากไม่ยอมเข้ามาลงชื่อเพื่อทำสัญญา มีลักษณะเป็นการเรียกให้รับผิดชอบข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา โดยถือว่าเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา

กล่าวโดยสรุป การใช้สิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวข้างต้นนั้น หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีการบอกปิดไม่รับราคาของผู้เสนอราคารายใด หรือมีการยกเลิกการจัดประกวดราคาไปก่อนที่จะมีการเรียกให้ผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งเข้ามาทำสัญญา กรณีเช่นนี้ถือว่ายังไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ในทางสัญญาเกิดขึ้นระหว่างผู้เสนอราคากับหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคา ซึ่งตามแนวคำพิพากษา

ของศาลฎีกานั้น หากผู้เสนอราคารายใดเห็นว่าการดำเนินการจัดประกวดราคาในชั้นตอนดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สามารถยื่นฟ้องให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคารับผิดฐานละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีการเรียกให้ผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งเข้ามาทำสัญญาแล้ว กรณีเช่นนี้ถือว่ามี การสนองรับคำเสนอเกิดขึ้น และถือว่ามี ความผูกพันตามสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคากับผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือก ดังนั้น หากผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกไม่ยอมเข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาจึงมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้เสนอราคา ดังกล่าวรับผิดชอบตามที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา อันเป็นค่าเสียหายจากการผิดสัญญาประกวด ราคาได้ เช่น การริบเงินหลักประกันซอง แต่จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบในกรณีที่ต้องดำเนินการจัดประกวด ราคาเพื่อการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ไม่ได้ เนื่องจากค่าเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายในกรณีที่มีการ ทำสัญญากันแล้ว แต่หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาไม่ยอมลงชื่อเพื่อทำสัญญา การเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้ ได้ปรากฏความเห็นเป็นสองแนวทาง คือ กรณีแรกศาลฎีกาเห็น ว่าผู้เสนอราคาดังกล่าวสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบต่อความเสียหายได้โดยการ ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในฐานะกระทำละเมิดตาม มาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เสนอราคาจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจนด้วยการ นำสืบให้ได้ว่าหน่วยงานของรัฐมีเจตนาถ่วงถ่วงเพื่อให้ตนได้รับความเสียหาย หรือการยกเลิกการ ประกวดราคาดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ แต่ในเรื่องเดียวกันนี้ กลับปรากฏแนวทางการเรียกค่าเสียหายจากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดว่า เอกชน ผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญามีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบได้ตามสัญญาประกวด ราคาเช่นเดียวกัน โดยไม่ต้องนำไปฟ้องเป็นคดีละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ ดังกล่าว

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า การกำหนดลักษณะของข้อพิพาทข้างต้นนั้น มีปัญหา เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของคู่กรณีที่มีความเหลื่อมล้ำกัน โดยการกำหนดให้กรณีที่เอกชนผู้เสนอราคา เรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบมีลักษณะเป็นคดีละเมิดนั้น ได้ก่อให้เกิดภาวะแก่เอกชนที่จะต้องนำ สืบให้ศาลเห็นว่า การกระทำของหน่วยงานของรัฐเป็นการผิดต่อกฎหมายโดยมีเจตนาถ่วงถ่วง เพื่อให้ตนได้รับความเสียหาย หรือการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่เป็น ประโยชน์ต่อทางราชการ และยังคงต้องนำสืบถึงจำนวนความเสียหายที่ตนได้รับต่อศาล แต่หากเป็น กรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้ผู้เสนอราคารับผิดกลับสามารถใช้สิทธิเรียกร้อง ให้รับผิดชอบตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคาได้ นอกจากนี้ หากได้มีการแจ้งให้รับผิดชอบแล้วแต่ไม่ได้รับการชำระ หน่วยงานดังกล่าวยังมีสิทธินำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมให้ผู้เสนอราคาต้องรับผิดชอบใน จำนวนเงินตามที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาได้

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้น ต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้วิธีปฏิบัติราชการต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้^{๓๗} การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ใดที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองไปกระทบสิทธิของประชาชนจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว^{๓๘} นอกจากนี้ ยังได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙^{๓๙} กำหนดให้การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง

^{๓๗}พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๓ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

๗๗

๗๗

^{๓๘}พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

๗๗

๗๗

มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

๗๗

๗๗

มาตรา ๖ ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

^{๓๙}กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

อาศัยอำนาจตามความใน (๒) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา ๕ และมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ นายกรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

๑) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(๒) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติสั่งซื้อ จำ แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาค่าเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด ในลักษณะเดียวกัน หรือการสั่งให้เป็นผู้ทำงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง ส่งผลให้ผู้เสนอราคาหรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อหรือจ้างตามที่มีการจัดประกวดราคาที่ไม่พอใจการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมา สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือหากเห็นว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อตนก็สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความรับผิดชอบทางละเมิดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ พร้อมทั้งมีสิทธิยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดต่อศาลปกครองได้ ซึ่งในส่วนของกรการระงับข้อพิพาทโดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลนั้น ผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

๒.๒ การระงับข้อพิพาทตามคำพิพากษา/คำสั่งของศาลปกครอง

มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

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

(๒) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๓) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๓) การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาค่าเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด ในลักษณะเดียวกัน

(๔) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

๒) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(๕) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(๖) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

จากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนกระบวนกรทำสัญญา จะเห็นได้ว่า หากกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีลักษณะเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง

(๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งหากมีการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ก็จะมีลักษณะเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (คดีละเมิดทางปกครอง) แต่หากกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง การยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง ก็จะมีลักษณะเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่าศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองไว้ ๓ ประเภทด้วยกัน ดังนี้

๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับละเมิดทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๓) คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดที่เป็นเอกเทศ

ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ดำเนินการศึกษาถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

๒.๒.๑ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

การยื่นฟ้องคดีละเมิดที่เกิดจากกระบวนกรจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเดิมการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากองค์ประกอบของมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองเกิดขึ้น การพิจารณาว่าการกระทำ

ใดจะเป็นละเมิดทางปกครองหรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบของมาตรา ๔๒๐ ดังกล่าวแล้ว ยังมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องอีกคือ พระราชบัญญัติความรับผิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยการพิจารณาองค์ประกอบของการเป็นคดี “ละเมิดทางปกครอง” นั้น

ประการแรก จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ กล่าวคือ เป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือ การก่อให้เกิดเหตุการณ์ใดอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย และการกระทำหรือเหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจกำหนดจำนวนได้แน่นอนหรือไม่แน่นอน และความเสียหายนั้นจะเป็นตัวเงินหรือไม่ก็ตาม

ประการที่สอง ต้องพิจารณาว่า การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว แต่หน่วยงานต้นสังกัดจะเป็นผู้รับผิดชอบ ซึ่งผู้เสียหายจะต้องฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐหรือกระทรวงการคลังแล้วแต่กรณี โดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดร่วมด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา ๕ และมาตรา ๖^{๙๐} แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

ประการที่สาม การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น จะต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา ๙ ววรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

^{๙๐} พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๕ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรงแต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดตามวรรคหนึ่ง

มาตรา ๖ ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างจะเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นอันดับแรก ทำให้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าวหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิจารณาว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือการก่อให้เกิดเหตุการณ์อันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายของไทยยังไม่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้แสดงเจตนาโดยสุจริตในการเตรียมการเข้าทำสัญญา ให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการเตรียมการเข้าทำสัญญา ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการกระทำใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองหรือไม่ จึงอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาขึ้นได้

การยื่นฟ้องคดีละเมิดทางปกครองที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาทางปกครองนั้น จะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้จากการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งส่วนใหญ่จะเกิดจากกรณีการโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งดังกล่าว โดยการพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรณีใดบ้างจะถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ได้มีการกำหนดเอาไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ยังพบว่ามีความอื่น ๆ อีกที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดในทางปกครอง ที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนอกเหนือจากที่กฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดเอาไว้ ดังนั้น ข้อพิพาทในขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครองนั้น จึงมีอยู่ด้วยกัน ๒ ลักษณะ ดังนี้

๒.๒.๑.๑ การกำหนดประเภทของข้อพิพาทตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน (๒) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา ๕ และมาตรา ๖^{๔๑} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยกำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

^{๔๑}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓๙.

ข้อ ๑ การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณี
ดังต่อไปนี้

(๑) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือ
ให้สิทธิประโยชน์

(๒) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(๓) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด

ในลักษณะเดียวกัน

(๔) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

ข้อ ๒ การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

จะเห็นได้ว่า ตามกฎกระทรวงดังกล่าว ได้กำหนดให้กรณีต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นมีสภาพเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจาก “นิติกรรมทางปกครอง” (ฝ่ายเดียว) ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกิดจาก “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง พบว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่เป็นการวางหลักเกี่ยวกับการเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยเฉพาะวิธีซื้อและวิธีจ้างจำนวนมากพอสมควร ซึ่งอาจสรุปคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยข้อพิพาทตามประเด็นโต้แย้งที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของวิธีการดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้าง ได้ดังนี้

๑) ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา

ข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้ปรากฏข้อพิพาทในขั้นตอนการยกเลิกการสอบราคา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจสั่งยกเลิกการสอบราคาจ้าง สรุปได้ว่า

- การที่ผู้มีอำนาจในการสั่งซื้อสั่งจ้างเห็นสมควรให้ยกเลิกการสอบราคาในขณะที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเห็นควรจ้างผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดนั้น ผู้มีอำนาจดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลเพียงพอที่สามารถชี้แจงได้ว่าความเห็นของคณะกรรมการฯ ไม่ชอบอย่างไร ไม่เช่นนั้นคำสั่งยกเลิกการสอบราคาย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๓/๒๕๔๖)

๒) ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคา

ในการดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคานั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างขั้นตอนของการดำเนินการกระบวนการจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคา สรุปดังนี้

(๑) ข้อพิพาทในขั้นตอนการพิจารณาและการเสนอความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา

ในขั้นตอนการดำเนินการของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา มีกรณีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทได้หลายกรณี ศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาและคำสั่งที่เกี่ยวข้องซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- กรณีที่ฟ้องว่าคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาดำเนินการต่อรองราคาและเรียกให้ผู้เสนอราคาเสนอราคาใหม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ยังไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๗๗/๒๕๔๗)

- กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคามีมติไม่รับพิจารณาใบเสนอราคาของผู้เสนอราคาบางรายหรือตัดสิทธิไม่ให้ผู้เสนอราคาเป็นผู้ชนะการประกวดราคานั้น ความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว เป็นเพียงขั้นตอนการพิจารณาภายในหน่วยงานของส่วนราชการซึ่งจะต้องนำเสนอผู้มีอำนาจสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป ผู้เสนอราคาจึงไม่ใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการข้างต้นที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง^{๔๒} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๐๗/๒๕๔๗)

- การเสนอความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาในการพิจารณาผลการประกวดราคา เป็นเพียงการดำเนินการตามขั้นตอนภายในของหน่วยงานทางปกครอง

^{๔๒}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๔๒ ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มิใช่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

ก่อนมีคำสั่งทางปกครอง ต่อเมื่อผู้มีอำนาจสั่งซื้อสิ่งจ้างมีคำสั่งอนุมัติให้รับราคาของผู้เสนอราคารายอื่น จึงจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองโดยเป็นคำสั่งไม่รับคำสั่งเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการฯ ข้างต้น จึงไม่ใช่เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง ถือว่าผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง^{๔๓} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ก่อนฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งอนุมัติจ้างดังกล่าว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๖๗/๒๕๔๗)

สำหรับการฟ้องโต้แย้งความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาในการพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคของผู้เสนอราคา ในกรณีที่มีการยื่นของข้อเสนอทางเทคนิคและข้อเสนออื่นๆ แยกจากของข้อเสนอราคาซึ่งต้องพิจารณาทางเทคนิคและอื่นๆ ก่อน นั้น ในการพิจารณาข้อพิพาทในประเด็นนี้ ยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี โดยคำวินิจฉัยที่มีอยู่เป็นกรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยแตกต่างกัน กล่าวคือ เดิมได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๕๓/๒๕๔๖ ว่า การดำเนินการของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา ซึ่งมีมติว่าผู้เสนอราคาไม่ผ่านการพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคนั้น ถือว่าเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาในกรณีการสั่งไม่รับคำสั่งเสนอรับจ้างของผู้เสนอราคา อันเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ ๑ (๑) ของกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยที่ ๕๐๗/๒๕๔๗ และ อ.๑๖๗/๒๕๔๗ วินิจฉัยว่า การพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเป็นการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครอง เป็นการพิจารณาทางปกครองซึ่งเป็นขั้นตอนการเตรียมการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และไม่ใช่เป็นการกระทำอื่นใดตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้เสนอราคาที่ไม่ผ่านการพิจารณาข้อเสนอด้านเทคนิคจึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของคณะกรรมการดังกล่าวที่จะมีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

(๒) ข้อพิพาทในขั้นตอนการประกาศผู้ชนะการประกวดราคา

ในขั้นตอนของการประกาศผลการประกวดราคานั้น มีคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องโดยสรุปได้ ดังนี้

^{๔๓}โปรดดูเชิงอรรถที่ ๔๒.

- การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการสั่งซื้อสิ่งจ้างสำหรับการประกวดราคาในครั้งนั้น แจ้งการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ยังไม่ถือว่าการแจ้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๖/๒๕๔๗)

- การรับทราบผลการพิจารณาไม่รับคำเสนอราคาในขณะที่กฎกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังไม่มีผลใช้บังคับ ถือว่าการพิจารณาดังกล่าวยังไม่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ผลการพิจารณาก่อนฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๒๐/๒๕๔๖)

- คำสั่งของผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างที่ให้ผู้เสนอราคารายอื่นชนะการประกวดราคาหรือสั่งจ้างผู้เสนอราคารายอื่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๒๑/๒๕๔๕)

- การที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ชนะการประกวดราคาจัดซื้อครุภัณฑ์ประเภทยานพาหนะและขนส่งของเทศบาลตำบล แต่ต่อมาเทศบาลตำบลมีหนังสือแจ้งการตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีออกจากการพิจารณาจัดซื้อครุภัณฑ์ เนื่องจากผลิตภัณฑ์ของผู้ฟ้องคดีไม่ตรงตามที่กำหนดในประกาศประกวดราคา ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ได้เข้าทำสัญญาตามที่ชนะการประกวดราคา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งดังกล่าวเป็นการสั่งไม่รับคำเสนอขายซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แม้ว่านายกเทศมนตรีตำบลผู้มีอำนาจอนุมัติจัดซื้อครุภัณฑ์จะยังไม่ได้มีคำสั่งอนุมัติให้จัดซื้อครุภัณฑ์จากผู้เสนอราคารายใดก็ตาม ผู้ฟ้องคดีก็เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้วแต่ผู้ฟ้องคดีจะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๕๘/๒๕๔๗)

(๓) ข้อพิพาทในขั้นตอนการยกเลิกการประกวดราคา

ในขั้นตอนการยกเลิกการประกวดราคานั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีทั้งแนวที่เป็นคำพิพากษาและคำสั่งจากการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยสามารถสรุปในประเด็นต่างๆ ดังนี้

- เมื่อมีเหตุจำเป็นให้ต้องเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในเอกสารประกวดราคาเพื่อประโยชน์ของทางราชการซึ่งทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เสนอราคา หัวหน้าส่วนราชการที่จัดให้มีการประกวดราคาย่อมมีอำนาจพิจารณาสั่งยกเลิกการประกวดราคาได้ตามข้อ ๕๓ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๕ - อ.๖/๒๕๔๖)

- คำสั่งยกเลิกการประกวดราคาขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ ๑ (๓) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์ต่อไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๒๙/๒๕๔๖)

- การยกเลิกการประกวดราคาแม้เป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่เมื่อในขณะที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งการยกเลิกการประกวดราคา กฎกระทรวงฉบับดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับการยกเลิกการประกวดราคาในขณะนั้นจึงยังไม่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๗/๒๕๔๗)

- กรณีหน่วยงานทางปกครองไม่จัดให้มีการลงนามในสัญญาจ้างกับผู้ชนะการประกวดราคา เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เมื่อต่อมาได้มีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว และผู้ชนะการประกวดราคายังคงยืนยันที่จะให้หน่วยงานทางปกครองลงนามในสัญญาจ้าง จึงถือเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๙๒/๒๕๔๗)

- กรณีที่หน่วยงานทางปกครองยกเลิกการประกวดราคาแล้ว โดยประกาศที่จะประกวดราคาใหม่ แต่ต่อมาได้เปิดซองของผู้เสนอราคาเพียงรายเดียวและเลือกผู้เสนอราคาดังกล่าวเข้าทำสัญญา ถือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งทำให้ผู้เสนอราคารายอื่นเสียสิทธิที่จะได้เข้าร่วมเสนอราคาในการประกวดราคาครั้งใหม่ จึงถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีคัดค้านการเปิดซองราคาดังกล่าว ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๖๒/๒๕๔๖)

จากคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า กรณีใดเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการโต้แย้งว่า

๑) ผู้มีอำนาจสั่งซื้อสั่งจ้างมีคำสั่งอนุมัติให้ซื้อหรือจ้างผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒) การที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพิจารณาให้ผู้เสนอราคา รายใดเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว แต่ต่อมาได้หนังสือแจ้งการตัดสิทธิผู้เสนอราคาดังกล่าวออกจากการเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา

๓) หน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบราคาหรือประกวดราคามีคำสั่งยกเลิกประกาศ สอบราคาหรือประกาศประกวดราคาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในการวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นการออกคำสั่งทาง ปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น ศาลปกครองได้ถือเอากรณีต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ใน กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนั้น หากมีการยื่นฟ้องว่าหน่วยงานผู้จัดประกวด ราคากระทำละเมิดจากการออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง อันเป็นคดีพิพาทตาม มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองจึงต้องนำกฎกระทรวงดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาถึงการเป็นคำสั่งทาง ปกครอง อันเป็นข้อพิพาทเบื้องต้นเกี่ยวกับเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ประกอบการวินิจฉัยคดี

๒.๒.๑.๒ การกำหนดประเภทของข้อพิพาทในลักษณะอื่นนอกจากที่กำหนดโดย กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

แม้กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จะได้มีการกำหนดถึงลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง ที่เกิดขึ้นในขั้นตอนต่างๆ ในการดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ แล้ว ก็ตาม แต่ยังมีข้อพิพาทในบางลักษณะที่กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ ยังไม่ครอบคลุมถึง เช่น กรณีของ การเผยแพร่และปิดประกาศประกวดราคา การออกประกาศประกวดราคา เป็นต้น ซึ่งในขั้นตอน ดังกล่าวนี้อาจเกิดกรณีที่เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวด ราคาขึ้นได้เช่นเดียวกัน จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่ามีคดีพิพาทขึ้นสู่การพิจารณา ของศาลปกครองในหลายกรณี ดังต่อไปนี้

๑) ข้อพิพาทในขั้นตอนการแจ้งประกาศสอบราคา

ในขั้นตอนนี้มีประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยปรากฏตามคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด สรุปได้ว่า

- กรณีที่มีการโต้แย้งว่าส่วนราชการกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากจัดให้มีการสอบราคาเพื่อจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยไม่แจ้งให้ผู้มีอาชีพผลิตและขายสินค้าที่สอบราคา หรือให้ผู้ประกอบอาชีพในงานที่มีการสอบราคาทราบ ทำให้ผู้มีอาชีพดังกล่าวเห็นว่าเป็นการแจ้งประกาศสอบราคาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าผู้ถูกฟ้องคดีละเว้นหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามระเบียบที่ทางราชการกำหนดไว้ เพื่อให้เป็นบรรทัดฐานและตัวอย่างการปฏิบัติต่อไปนั้น เป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๖๗/๒๕๔๗)

๒) ข้อพิพาทในขั้นตอนเกี่ยวกับการเผยแพร่และปิดประกาศประกวดราคา

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนนี้ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งจัดทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการส่งประกาศประกวดราคาไปประชาสัมพันธ์ยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและไม่ปิดประกาศประกวดราคา ซึ่งสรุปคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้ว่า

- การฟ้องขอให้ยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของเทศบาลเมืองจัดทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการส่งประกาศประกวดราคาไปประชาสัมพันธ์ยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและไม่ปิดประกาศประกวดราคา ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าแข่งขันราคา เป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งต้องฟ้องคดีภายในระยะเวลาตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการที่ผู้ฟ้องคดีไม่ทราบระเบียบหรือข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป ไม่ถือเป็นเหตุจำเป็นอื่นที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ตามมาตรา ๕๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๗/๒๕๔๖)

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งว่า กรณีใดเป็นการกระทำละเมิดทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการโต้แย้งว่า

๑) หน่วยงานของรัฐทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากจัดให้มีการสอบราคาเพื่อจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยไม่แจ้งให้ผู้มีอาชีพผลิตและขายสินค้าที่สอบราคาหรือให้ผู้ประกอบอาชีพในงานที่มีการสอบราคาทราบ

๒) หน่วยงานของรัฐที่จัดประกวดราคาจัดทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการส่งประกาศประกวดราคาไปประชาสัมพันธ์ยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและไม่ปิดประกาศประกวดราคา ทำให้มีผู้ประกอบการบางรายเสียสิทธิในการเข้าแข่งขันราคา

ซึ่งจากคำสั่งของศาลปกครองที่กล่าวมาข้างต้น ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยไม่ได้วินิจฉัยลงไปว่า คดีพิพาทดังกล่าวเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ อาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากกรณีที่ว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ไม่ได้กำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากผู้เสนอราคายื่นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อตน ศาลปกครองจึงต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทตามที่กล่าวอ้างนั้น มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อันเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือเป็นกรณีการฟ้องคดีละเมิดทางปกครองประเภทอื่น ที่ไม่ใช่การฟ้องคดีละเมิดจากการออกคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่

๒.๒.๒ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่น นอกจากข้อพิพาทที่การกระทำละเมิดทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ นั้น ได้แก่กรณีที่ศาลถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง อันเป็นข้อพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔)^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า ในขั้นตอนการประกวดราคาของหน่วยงานทางปกครองเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาให้เข้าทำสัญญาทางปกครอง หากปรากฏว่าค่าเสนอซองระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับผู้เสนอราคาถูกต้องตรงกันแล้ว ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น และข้อพิพาทที่เกิดจากข้อตกลงตามเอกสารประกวดราคาถือเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง แม้ยังไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ตาม โดยปรากฏตามคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง ดังต่อไปนี้

^{๔๔}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

๑.ลข

๑.ลข

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

๑.ลข

๑.ลข

๑) กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า หากคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและผู้ประกาศประกวดราคาในชั้นการประกวดราคาเพื่อจัดทำสัญญาทางปกครองต่อไปถูกต้องตรงกันแล้ว ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น และข้อพิพาทที่เกิดจากข้อตกลงดังกล่าวถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง

คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ประกาศประกวดราคาจ้างก่อสร้างกลุ่มอาคารสังคมศาสตร์ แต่ผู้ชนะการประกวดราคา (ผู้ฟ้องคดี) ไม่ยอมเข้าทำสัญญาจ้างมหาวิทยาลัยฯ จึงริบหลักประกันของและเรียกให้ชำระดอกเบี้ยตามเงื่อนไขการประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคาไม่เห็นด้วยจึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งริบหลักประกันและให้คืนหลักประกันดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบอันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครองตามบทนิยามของมาตรา ๓^{๕๕} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๒/๒๕๔๘)

๒) กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า หากข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกัน ถือว่าเกิดสัญญาขึ้นแล้ว และสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ จึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง

คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลนครนครราชสีมาซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีประกาศสอบราคาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. (ถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก) พร้อมวางระบายน้ำและผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ยื่นใบ

^{๕๕}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ฯลฯ

ฯลฯ

เสนอราคาตามแบบที่ผู้ฟ้องคดีจัดไว้ โดยในแบบใบเสนอราคาดังกล่าวมีข้อกำหนดในข้อ ๕ และข้อ ๖ ระบุว่า เทศบาลนครฯ ไม่มีความผูกพันที่จะรับค่าเสนอหรือใบเสนอราคาใดๆ รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายใดๆ อันอาจเกิดขึ้นในการเข้าเสนอราคา ต่อมาเทศบาลนครฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้อง คดีที่ ๑ ซึ่งเป็นผู้ชนะการสอบราคาเข้าทำสัญญาจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ยอมเข้าทำสัญญา เทศบาลนครฯ จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยจากการไม่เข้าทำสัญญาจ้างดังกล่าว ศาล ปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่า ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากการที่เทศบาลนครฯ ประกาศสอบราคาจ้างก่อสร้าง อันเป็นการเชื้อเชิญให้ทำค่าเสนอ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ยื่นใบเสนอราคาอันถือว่าเป็นการทำค่าเสนอ ต่อเทศบาลนครฯ การที่เทศบาลนครฯ พิจารณาแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เข้าทำสัญญาจ้างจึงถือเป็นค่า เสนอและก่อให้เกิดสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างก่อสร้างฯ ประกอบกับข้อ ๕ และ ข้อ ๖ ตามที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดในใบเสนอราคาดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่เทศบาลนครฯ อยู่ในฐานะที่ เห็นถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างจึงเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมี ลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทาง ปกครองอันได้แก่การบริการสาธารณะบรรลุผล เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทอันเกิด จากสัญญาก่อนสัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๐/๒๕๔๘)

จากคำสั่งของศาลปกครองทั้งสองกรณีข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้คำสั่งในทั้งสองกรณีมี ข้อแตกต่างกันคือ คำสั่งแรกศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากสัญญาที่จะก่อให้เกิด ขึ้นต่อไปเป็นสัญญาทางปกครอง ส่วนคำสั่งที่สองนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองอันได้แก่การบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ใน ส่วนที่วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันคือ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า หากค่าเสนอเสนอของหน่วยงาน ของรัฐผู้จัดประกวดราคากับผู้เสนอราคารายใดถูกต้องตรงกันแล้ว ก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง เกิดขึ้น แม้ว่าจะยังไม่มีกรทำสัญญากันเป็นหนังสือก็ตาม เพียงเท่านี้ก็ถือว่าสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว

๒.๒.๓ กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทตามหลักความรับผิดที่เป็นเอกเทศ

การกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาทางปกครอง ตามหลัก ความรับผิดที่เป็นเอกเทศนี้ ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ ซึ่งได้ ปรากฏอยู่ในส่วนของความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดี ดังกล่าว โดยปรากฏข้อเท็จจริงโดยสรุป ดังนี้

- เทศบาลเมืองปัตตานี (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ออกประกาศสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้าง
 คุระบายน้ำ ซึ่งปรากฏว่ามีผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ยื่นเสนอราคาตามประกาศสอบราคาดังกล่าวเพียงรายเดียว
 จากนั้นเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีได้เปิดซองใบเสนอราคาของผู้ฟ้องคดี และเห็นว่าราคาที่ผู้ฟ้องคดี
 เสนอต่ำกว่าราคากลางจึงได้มีการต่อรองราคากับผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ยินดีลดราคาลงให้บางส่วน
 คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาจึงได้เสนอผู้ถูกฟ้องคดีให้ส่งจ้างผู้ฟ้องคดี แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้
 ยกเลิกประกาศสอบราคาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับความเสียหาย จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อ
 ขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า การมี
 คำสั่งให้ยกเลิกการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิ
 ในการเข้าทำสัญญาจ้างของผู้ฟ้องคดี อันเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียโอกาสที่จะได้รับกำไร
 หากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าว จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่
 ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าเอกสารสอบราคาจำนวน ๒,๕๐๐ บาท ค่าจ้างวิศวกรคำนวณราคาจำนวน ๕,๐๐๐ บาท
 และค่าขาดโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำจำนวน ๓๘,๘๒๙.๔๕ บาท

แต่มีตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะพิจารณาพิพากษา (นายหัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล)
 ได้ทำความเข้าใจแย้งเอาไว้ว่า ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนด
 ไว้เพียงแต่ให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิที่จะเป็นผู้ทำคำเสนอรับจ้างเท่านั้น แม้มองว่าสิทธิที่จะเป็นผู้ทำ
 คำเสนอดังกล่าวนี้นี้ คือสิทธิในการเข้าทำสัญญาตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างและตามเหตุผลใน
 คำพิพากษา ก็เพียงแต่ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก
 การยกเลิกการสอบราคาอันมิชอบเท่านั้น ซึ่งจะมีค่าขาดกำไรรวมอยู่ด้วยไม่ได้ ทั้งนี้ แม้มองว่ากำไร
 ที่ควรจะได้รับหากได้เข้าทำงานก่อสร้างเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด แต่กำไรดังกล่าว
 โดยเนื้อหาแล้วก็เป็นสิ่งที่ควรจะได้รับหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำตามสัญญาหลักแล้ว
 เท่านั้น

จากความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จะเห็นได้ว่า ตุลาการ
 ผู้ทำความเข้าใจแย้งได้มีความเห็นว่า ตราบใดที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจะมีการกำหนดให้มีการชดใช้ค่า
 สินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรไม่ได้ และหากมองว่าการกระทำของหน่วยงานของรัฐเป็น
 ความรับผิดในทางละเมิด ค่าขาดกำไรดังกล่าวก็ไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ดังนั้น
 จากความเห็นดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า หากเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนการทำ
 สัญญาแล้ว จะไม่สามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหายได้เลย
 ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ เป็นหลักการอันเดียวกันกับการกำหนดค่าเสียหายตามหลักความรับผิดที่เป็น
 เอกเทศ อันเป็นการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลบ คือ ค่าเสียหายในสิ่งที่ผู้เสียหายไม่ควรสูญเสียไปหาก
 ไม่ได้เข้ามาทำสัญญาที่ไม่เกิดขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น ค่าซื้อของราคา ค่าจ้างที่ปรึกษา หรือค่าเตรียมการ

ก่อสร้าง เป็นต้น แต่จะไม่รวมไปถึงค่าขาดกำไร ซึ่งค่าเสียหายในส่วนที่เรียกได้นี้จะต้องแยกกันให้ชัดเจนจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากคู่สัญญาหรือคู่เจรจาได้ทำสัญญากันแล้ว อันเป็นค่าเสียหายที่เรียกว่า “positive interest” ซึ่งลักษณะของการขาดทุนหรือการขาดกำไร โดยตามหลักการนี้ถือว่าการขาดกำไรเป็นค่าเสียหายในทางสัญญา ซึ่งจะมีการเรียกค่าเสียหายจากการขาดกำไรได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันแล้วเท่านั้น จากคำวินิจฉัยของต้นจึงเห็นได้ว่า การที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดถือว่าการเรียกค่าขาดกำไรเป็นการเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากความรับผิดทางสัญญา และไม่ใช้ความรับผิดที่จะเรียกกันได้ในทางละเมิด เมื่อยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้นั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดข้างต้น มีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดในลักษณะ “negative interest” ที่ใช้กันกับหลักความรับผิดที่เป็นเอกเทศ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความเห็นดังกล่าวเป็นการให้ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาว่า มีลักษณะเป็นความรับผิดเอกเทศ

๓. ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

จากที่ได้มีการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมา ผู้ศึกษามีความเห็นว่า ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย ได้เกิดขึ้น ๓ ลักษณะด้วยกันคือ

๓.๑ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด

ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย ในกรณี ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิดนี้ ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า กรณีที่ผู้เสนอราคาเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคา รับผิด เนื่องจากเห็นว่าเป็นการยกเลิกการจัดประกวดราคาโดยไม่ชอบหรือการไม่ยอมลงชื่อในสัญญานั้น มีลักษณะเป็นคดีพิพาทอันเกิดจากการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ภายหลังจากที่ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น ข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวได้กลายเป็นคดีละเมิดทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งจะเกิดขึ้นใน ๒ ประเภท คือ ประเภทแรกถือว่าเป็นคดีละเมิดที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกรณีใดจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง จะถูกกำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๕ เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือ

รับจ้าง คำสั่งอนุมัติซื้อหรือจ้าง หรือการยกเลิกประกาศสอบราคาหรือประกาศประกวดราคา เป็นต้น และประเภทที่สองถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในลักษณะอื่นที่อยู่ นอกเหนือจากการกำหนดโดยกฎกระทรวงดังกล่าว เช่น การแจ้งการประกวดราคาโดยไม่ชอบ เป็นต้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยไม่ได้วินิจฉัยให้เฉพาะลงไปว่าเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการออกกฎ หรือการกระทำอื่นใดตามมาตราดังกล่าว

๓.๒ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา

ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง ของไทย ในกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดทางสัญญานี้ ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ปรากฏแนวทางจากการตอบข้อหารือของ คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ โดยคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่ส่วนราชการได้ อนุญาตให้ผู้เสนอราคาทำงานไปก่อน แล้วจึงทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในภายหลังนั้น ถือว่า เป็นการสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาโดยปริยาย จึงมีผลผูกพันต่อกันระหว่างส่วนราชการ กับเอกชนผู้เสนอราคาเกิดขึ้นแล้ว นอกจากนี้ยังปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและจากการ ตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งได้วางแนวคำวินิจฉัยเอาไว้ว่า กรณีที่หน่วยงานของรัฐ ผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้ผู้เสนอราคาทีชนะการประกวดราคาและได้รับแจ้งให้เข้าทำสัญญา (คำเสนอสนองต้องตรงกันแล้ว) รับผิดเนื่องจากไม่ยอมเข้ามาลงชื่อเพื่อทำสัญญา มีลักษณะเป็นการ เรียกให้รับผิดตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา โดยถือว่าเป็นการผิด “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งถือว่าศาลได้วินิจฉัยว่าความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญา^{๔๖}

^{๔๖} ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ศาลฎีกาจะวินิจฉัยว่า ในกรณีดังกล่าวหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ถือเป็นการผิดสัญญา ประกวดราคา ซึ่งโดยหลักแล้วต้องถือว่าศาลวินิจฉัยว่าความรับผิดดังกล่าวเป็น “ความรับผิดทางสัญญา” แต่หาก พิจารณาถึงการเรียกร้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายรับผิดนั้น เห็นได้ว่าคู่กรณีฝ่ายรัฐสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีฝ่าย เอกชนรับผิดตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา ซึ่งโดยหลักจะเป็นการริบหลักประกันของ โดยไม่รวมถึงค่า สิ้นไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรหรือค่าเสียหายในการจัดจ้างผู้รับจ้างรายอื่น ซึ่งลักษณะของการกำหนด ค่าเสียหายข้างต้นเป็นการกำหนดตามหลัก negative interest อันเป็นวิธีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ใช้กับหลัก ความรับผิดเอกเทศ นอกจากนี้จากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดยังปรากฏว่า เอกชนผู้ได้รับการ คัดเลือกให้เข้าทำสัญญาก็สามารถใช้ข้อเรียกร้องนี้ได้เช่นเดียวกัน (เกิดขึ้นขึ้นระหว่างคู่กรณีในช่วงเวลาก่อนการทำ สัญญา) กรณีดังกล่าวจึงเห็นว่าน่าจะเป็นการนำเอาหลักความรับผิดเอกเทศมาปรับใช้กับกฎหมายสัญญาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่ภายหลังจากที่ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น ข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวได้กลายเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๒/๒๕๔๘ และที่ ๖๖๐/๒๕๔๘ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ผ่านมา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญาดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นคือ การที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเมื่อคำเสนอสนองตรงกันแล้วถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแม้ยังไม่มีการลงชื่อในสัญญาก็ตามนั้น กรณีดังกล่าวมีปัญหาว่าจะเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่ หรือหากเกิดกรณีที่คู่กรณีฝ่ายรัฐไม่ยอมลงชื่อเพื่อทำสัญญา และคู่กรณีฝ่ายเอกชนต้องการจะฟ้องร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายนั้น คู่กรณีฝ่ายเอกชนจะกล่าวอ้างการผิดสัญญาโดยอาศัยฐานความผิดตามสัญญาข้อใดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากสัญญาเพื่อเข้าทำสัญญาหลักดังกล่าว เป็นต้น

๓.๓ กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดเอกเทศ

สำหรับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย ในกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดเอกเทศนั้น ได้ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนของความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่พิจารณาคดีพิพาทคดีดังกล่าว ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม การกำหนดความรับผิดก่อนสัญญาในลักษณะของความรับผิดเอกเทศนี้ มีปัญหาตรงที่ยังไม่มีการบัญญัติรองรับไว้ในระบบกฎหมายของไทย ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายของประเทศอิตาลีและประเทศเยอรมันที่มีการบัญญัติรองรับหลักความรับผิดดังกล่าวไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศ ดังนั้น การนำเอาหลักความรับผิดข้างต้นมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทยจึงอาจเกิดปัญหาข้อถกเถียงตามมาได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๕

วิเคราะห์ปัญหาการพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อพิพาท ที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

บทนี้จะวิเคราะห์ถึงปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาที่ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาจัดหาพัสดุระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน โดยในเบื้องต้นจะทำการวิเคราะห์ว่าความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดที่มีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร ต่อจากนั้นจะวิเคราะห์ว่าหากเกิดความรับผิดขึ้นแล้วด้วยบทกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันสามารถนำมาใช้บังคับได้หรือไม่และควรถือว่าเป็นความรับผิดประเภทใด นอกจากนี้หากเป็นความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองในกรณีความรับผิดก่อนสัญญานั้น มีผลผูกพันให้คู่กรณีจะสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองรับผิดโดยวิธีการใดได้บ้าง ตลอดจนวิเคราะห์ถึงแนวความคิดในการจัดทำบริการสาธารณะและเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าว

๑. วิเคราะห์แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ

หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ^๑พัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ ๓ ประการ ของ Louis Rolland แห่ง Ecole de Bordeaux ซึ่งต่อมาเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ” หรือ “กฎหมายของ Rolland” โดยกฎหมายของบริการสาธารณะนั้นมีส่วนคล้ายกับหลักทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๓ ประการด้วยกัน คือ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

๑) หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักว่าด้วยความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

^๑นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (วิญญูชน : กรุงเทพฯ, ๒๕๔๔), หน้า ๓๙-๔๙.

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ (principe d' égalité) นี้ มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l' homme et du citoyen) ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ ในมาตรา ๑ ที่ว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งแล้วมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมาเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe général du droit) ไปแล้ว และนอกจากนี้ หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะยังมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ อีกด้วย

กล่าวโดยสรุป หลักว่าด้วยความเสมอภาคนอกจากจะเป็นความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ยังหมายความรวมถึงความเสมอภาคที่จะได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการหรือการบริการ ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐที่จะต้องมีการเรียกประกวดราคาหรือประมูลเพื่อให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกันโดยการสอบแข่งขันกับบุคคลอื่น ๆ ภายใต้เงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านความรู้ความสามารถพื้นฐาน

๒) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ

หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (principe de continuité) ของบริการสาธารณะ เป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐ (principe de la continuité de l' Etat) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยศาลปกครองคดี Winhell ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๐๙ โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนชื่อ Tardieu ได้กล่าวไว้ว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ” และหลังจากนั้นคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ตามมาต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่อง จนกระทั่งในปัจจุบันหลักว่าด้วยความ

ต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงได้กลายมาเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะที่มีคุณค่าเป็น หลักกฎหมายทั่วไป (principe général du droit)

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้ได้รับการยอมรับจากศาลรัฐธรรมนูญ เช่นกัน โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยเรื่อง Continuité du service public de la radio-télévision) ลงวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ ว่า “ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมี ลักษณะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ” หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการ สาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และใน กรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์การปกครองท้องถิ่น (collectivités territoriales) หรือองค์กรมมหาชน อิศระ (établissements publics) องค์การที่ทำหน้าที่กำกับดูแล (tutelle) จะต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

๓) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับ เหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับ วิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (principe d'adaptation หรือ principe de mutabilité) นี้ มีความหมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการ สาธารณะอยู่เสมอ เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการ ของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่อง ที่มีลักษณะเป็น “กฎหมาย” ของบริการสาธารณะ หรือหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดแจ้งในคำวินิจฉัย ทางปกครอง แต่เป็นการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็นว่า โดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะ ทั่วๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการ ของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการ ของประชาชนไปด้วย

หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่นำมาใช้กับกระบวนการจัดหาพัสดุมีหลักการที่ สำคัญ ๒ หลักการ ดังต่อไปนี้^๒

^๒ ถอดความจากคำบรรยาย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับการพัสดุและสัญญาทางปกครอง, โดยนาย กิตตัญญ์ ธรรมรัช (ตุลาการศาลปกครองกลาง), เมื่อวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๔๕ ณ ห้องประชุมสำนักงานศาลปกครอง.

๑) หลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยการดำเนินการเกี่ยวกับการพัสดุจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้เสนอราคา เช่นจะมีการกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่าจะจัดซื้อหรือจัดจ้างจากผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่ว่าเงินที่จะดำเนินการมีจำนวนน้อยโดยอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ใช้วิธีการตกลงราคาได้

๒) หลักการเกี่ยวกับการแข่งขัน โดยการดำเนินการจะต้องมีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม เปิดเผย โปร่งใส ป้องกันการสมยอมในการเสนอราคา

หากส่วนราชการดำเนินการตามหลักการดังกล่าวจะส่งผล ๒ ประการ คือ

(๑) ทำให้ผู้ยื่นข้อเสนอกับทางราชการสามารถแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม

(๒) รัฐได้ประโยชน์สูงสุดจากการแข่งขันอย่างเป็นธรรมนั้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการนำหลักการจัดทำบริการสาธารณะมาใช้ในการจัดหาพัสดุของทางราชการนั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้ทางราชการมีโอกาสพิจารณาคัดเลือกเอกชนรายที่เหมาะสมและไว้วางใจได้ ว่ามีความสามารถที่จะจัดหาพัสดุให้ตรงกับความต้องการของทางราชการ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดหาพัสดุดังกล่าว ซึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ^๓

๒. ปัญหาการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

เนื่องจากนับแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองจะเป็นคดีพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งลักษณะของคดีพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว ส่วนกระบวนการก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา ยังคงเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือระเบียบภายในของหน่วยงานทางปกครองที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน โดยมีกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาเป็นตัวกำหนดลักษณะการกระทำของคู่เจรจาฝ่ายปกครอง ซึ่งทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอาจจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจาก

^๓ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖), หน้า ๙๑.

๑) การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒) การกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรืออาจเป็น

๓) ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงการตกลงทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐ จะเห็นได้ว่า ก่อนที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะได้ตกลงทำสัญญากันตามวัตถุประสงค์หรือสัญญาที่มุ่งจัดทำ คู่กรณีไม่อาจตกลงทำข้อเสนอคำสนองกันเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้โดยทันที โดยต้องมีกระบวนการหรือการกระทำเป็นขั้นตอนเตรียมการในเบื้องต้นบางประการก่อนที่จะมีตกลงทำสัญญากันในขั้นสุดท้ายให้เสร็จสมบูรณ์ตามวัตถุประสงค์ เช่น การเจรจาต่อรอง การยื่นและส่งเอกสาร การพิจารณาคุณสมบัติหรือข้อเสนอ เงื่อนไขและเงื่อนไขต่างๆ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ช่วงเวลาดังกล่าวหากมี คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร อาจทำให้ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เตรียมการเพื่อจะเข้าทำสัญญาได้รับความเสียหายเพราะการเตรียมการเบื้องต้นโดยเชื่อและไว้วางใจว่าจะได้มีการทำสัญญาตามที่ยุ่่งหมายต่อไป ซึ่งความเสียหายดังกล่าว นั้นล้วนเกิดขึ้นก่อนที่คู่กรณีจะได้ตกลงทำสัญญากันตามวัตถุประสงค์ แต่ในความรับผิดดังกล่าว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า จะให้ คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือชดใช้ค่าเสียหายอย่างไรหรือไม่ และอาศัยหลักกฎหมายใดมาบังคับ ดังนั้น การกำหนดลักษณะของความรับผิดให้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวจึงต้องพิจารณาโดยอาศัยการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ การวินิจฉัยคดีของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ตลอดจนความเห็นของนักวิชาการที่ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความรับผิดก่อนเกิดสัญญาดังกล่าวไว้ โดยอาจแบ่งปัญหาความรับผิดดังกล่าวออกตามช่วงเวลาในการเจรจาทำสัญญาในแต่ละช่วงออกได้เป็น ๓ ช่วงเวลา คือ

๑) ช่วงเวลาของการเจรจาก่อนการทำข้อเสนอ

๒) ช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการทำข้อเสนอแล้วแต่ยังไม่มีการสนองรับข้อเสนอ

๓) ช่วงเวลาที่มีการสนองรับข้อเสนอแล้ว

๒.๑ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจา ก่อนคู่กรณีแสดงเจตนาทำคำเสนอ

ในช่วงเวลาเริ่มต้นแห่งการเจรจา ก่อนที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐจะแสดงเจตนาทำคำเสนอขอทำสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะต้องมีการแสดงออกหรือกระทำการอย่างใดก่อนเพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือฝ่ายอื่นๆ ได้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของตนเบื้องต้นว่า ต้องการจะทำสัญญาด้วยโดยมีความมุ่งหมายจะทำสัญญาใด อย่างไร ไม่ว่าจะเป็นด้วยการทาบตาม ประกาศเชิญชวนเพื่อเป็นการโฆษณาแก่บุคคลทั่วไป หรือแสดงออกด้วยพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ของตนเอง ซึ่งเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเป็นเอกชนผู้ประกอบการในลักษณะนั้นหรืออาจเป็นหน่วยงานทางปกครองด้วยกันได้ทราบวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองผู้ออกประกาศเชิญชวนแล้ว อาจมีการเตรียมการเพื่อเข้าเจรจาดำเนินการก่อนจะแสดงเจตนาทำคำเสนอ เช่น การสำรวจออกแบบ การทำหนังสือหลักประกัน เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือจัดหาพัสดุโดยวิธีการจัดประกวดราคา โดยก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการประกวดราคาได้นั้น มีขั้นตอนการปฏิบัติตามที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดหาพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หลายประการ เช่น ต้องจัดทำรายละเอียดโครงการ วิธีการจัดซื้อจัดจ้าง การออกประกาศให้ผู้สนใจรับและยื่นซองประกวดราคาตามแบบ หลักเกณฑ์ และวิธีการที่ทางราชการกำหนด ในส่วนของผู้สนใจเข้าร่วมการประกวดราคาก็มีการเตรียมก่อนยื่นซองประกวดราคา เช่น การซื้อซองประกวดราคา การเดินทางไปดูสถานที่ก่อสร้าง การถอดแบบก่อสร้างคำนวณราคา หรือทำหนังสือค้ำประกันของประกวดราคาจากธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

ช่วงเวลาดังกล่าวนับแต่เริ่มประกาศเชิญชวนไปจนถึงก่อนเวลาที่จะมีการแสดงเจตนาทำใบเสนอราคาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดล้มเลิกการประกวดราคาหรือถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร คู่กรณีฝ่ายที่เตรียมการเพื่อจะเข้าทำสัญญาด้วยอาจต้องเสียหายจากการเตรียมการดังกล่าวนี้ ยกตัวอย่างเช่น หน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งได้ประกาศเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าร่วมประกวดราคาในการก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสีย ซึ่งบริษัท ก. ทราบประกาศดังกล่าวและมีความสนใจที่จะเข้าร่วมรายการเสนอราคา แต่เนื่องจากเป็นโครงการขนาดใหญ่ซึ่งต้องมีการใช้เทคโนโลยีขั้นสูง และเงินลงทุนเป็นจำนวนมาก บริษัท ก. จึงได้มีการเตรียมการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการประเมินราคามูลค่างานดังกล่าว การไปตรวจสอบสภาพบริเวณสถานที่ที่จะทำการก่อสร้าง การติดต่อหาผู้เชี่ยวชาญในการออกแบบ ซึ่งทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเช่นว่านั้น ทั้งนี้ สาเหตุที่บริษัท ก. ได้ดำเนินการดังกล่าวก็เนื่องมาจากมีความเชื่อโดยสุจริตว่า หน่วยงานทางปกครองผู้ออกประกาศจะดำเนินการประกวดราคาจนเสร็จสิ้นตามขั้นตอน แต่หากต่อมาภายหลัง

ปรากฏว่า หน่วยงานทางปกครองได้มีการยกเลิกการจัดประกวดราคาดังกล่าว จึงมีปัญหว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความรับผิดตามกฎหมายอย่างไร หรือไม่

ปัญหาในเรื่องนี้ปรากฏความเห็นที่แตกต่างกันเป็น ๒ แนวทาง ทั้งแนวทางที่เห็นว่าไม่เป็นความรับผิดตามกฎหมายและเห็นว่าเป็นความรับผิดตามกฎหมาย ดังนี้

๑) ไม่เป็นความรับผิดตามกฎหมาย

โดยเห็นว่าขณะคู่กรณีเข้าเจรจากันเพื่อจะทำสัญญา ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นเพียงขั้นเตรียมการเท่านั้น สัญญายังไม่เกิด ตามปกติย่อมไม่เป็นการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด^๔ คู่กรณีแต่ละฝ่ายยังไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ ทางหนึ่งผูกพันกันตามกฎหมายเพราะสัญญายังไม่เกิด จึงไม่มีมูลหนี้ใดๆ คู่กรณีที่จะบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้หรือเรียกค่าเสียหายแก่กันได้^๕ ซึ่งหากพิจารณาจากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การออกประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็นเพียงคำเชิญชวนให้เอกชนยื่นคำเสนอ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของการประกวดราคาตลอดไป^๖ และศาลฎีกาได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า การออกประกาศประกวดราคาไม่เป็นคำเสนอของจำเลย ถือได้เพียงว่าเป็นคำเสนอเชื้อเชิญให้ทำสัญญาเท่านั้น^๗ และศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความรับผิดในช่วงเวลาดังกล่าวไว้ทำนองเดียวกันว่า การทาบถาม เชื้อเชิญหรือประกาศเชิญชวนต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐให้เอกชนเข้าทำสัญญาด้วยนั้น ยังไม่ปรากฏว่ามีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือว่าเป็นคำเสนอ จึงยังไม่ผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามที่ทาบถามหรือโฆษณาเชิญชวนไว้ แต่เป็นเพียงคำเชื้อเชิญ

ห ร อ

เชิญชวนให้คู่กรณีอีกฝ่ายทำคำเสนอเท่านั้น^๘ นอกจากนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ประกาศการประมูลให้เข้าพื้นที่ของทางราชการเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น แม้มีผู้เข้าประมูลเข้าพื้นที่แล้วทางราชการจะยกเลิกเสียเมื่อใดก็ได้เพราะไม่ผูกพันตามประกาศคู่กรณีฝ่ายเอกชนไม่อาจเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดทางสัญญาได้^๙

^๔ หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า ๒๑๘.

^๕ จำปี โสติพิพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า ๒๒๙ - ๒๓๐.

^๖ คำวินิจฉัยที่ ๑๔๘/๒๕๒๗.

^๗ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๔๙/๒๕๓๗.

^๘ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑/๒๕๔๓.

^๙ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๘๑๑/๒๕๒๙ ซึ่งฎีกานี้พบว่าตามเงื่อนไขการประมูลข้อ ๑๕ กำหนดว่า แม้มีผู้เข้าประมูลแล้วจำเลย (ผู้ออกประกาศ) ก็มีสิทธิยกเลิกการประมูลได้

อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทตามที่กล่าวมาข้างต้นไม่มีประเด็นว่าเป็นการกระทำละเมิด มาตรา ๔๒๐ หรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยใช้สิทธิไม่สุจริต ตามมาตรา ๕ และมาตรา ๔๒๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีพิพาทตามที่กล่าวมาแม้โจทก์ จะฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยความรับผิดทางสัญญาไม่ได้ ก็ควรจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายโดยอาศัยฐานความรับผิดทางละเมิดโดยอาศัยหลักสุจริต หรือถือว่าเป็นการใช้สิทธิเกิน ส่วนกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่กล่าวมาได้

๒) เป็นความรับผิดตามกฎหมาย

(๑) เป็นความรับผิดทางละเมิด

ในอดีตบ่อยครั้งที่หน่วยงานของรัฐมักใช้อำนาจยกเลิกการเจรจาตามอำเภอใจ โดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือมีการออกประกาศสอบหรือประกวดราคาโดยไม่ชอบ เช่น การกำหนด คุณสมบัติโดยเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง การกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่เข้าเจรจาเพื่อจะทำสัญญา แต่ไม่ค่อยมีเอกชนรายใดใช้สิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนมากนัก ทั้งนี้ เพราะไม่ต้องการมีข้อพิพาทกับ หน่วยงานของรัฐ เนื่องจากผู้ประกอบการยังหวังว่าในโอกาสหน้ายังต้องเข้าดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง กับหน่วยงานของรัฐต่อไปอีก ประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมีเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับ ผลประโยชน์ที่เอกชนจะได้รับจากการเข้าทำสัญญากับรัฐในโอกาสหน้านั้น จึงทำให้เอกชนยอมรับ ความสูญเสียนั้นเอาไว้อย่างใจ นอกจากนี้อาจเป็นเพราะ ในการจัดสอบราคาหรือประกวดราคามีเงื่อนไข อยู่ข้อหนึ่งว่า หน่วยงานของรัฐมีสิทธิยกเลิกการสอบราคาหรือการประกวดราคาได้โดยผู้เสนอราคาไม่มี สิทธิเรียกค่าเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานของรัฐออกประกาศเชิญชวนหรือล้มเลิกการ เจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่อ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นย่อมถือเป็นการกระทำ ละเมิด ทั้งนี้ แม้ไม่อาจเรียกให้รับผิดทางสัญญาได้เพราะสัญญายังไม่เกิด แต่หน่วยงานของรัฐก็อาจมี ความรับผิดโดยมูลหนี้อื่นได้^{๑๑} โดยคู่กรณีทุกฝ่ายที่เข้าเจรจาเพื่อจะทำสัญญานั้น ต่างมีหน้าที่ที่จะต้อง กระทำการโดยสุจริตในระหว่างเจรจาดังกล่าว หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีการเจรจาหรือล้มเลิกการเจรจา โดยการถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริต หรือไม่สุจริตหรือไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ มาตรา ๔๒๑ อันถือ ว่าเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๒๐

ความเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิดนี้ ได้ปรากฏตามคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ โดยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ปรากฏ

^{๑๑}ไพจิตร บุญญพันธุ์, “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อน,” ดุลพาท ๓, ๔๗ (กันยายน-ธันวาคม ๒๕๔๓) : ๑๕.

ความเห็นที่น่าสนใจว่า หากมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในขั้นตอนของการจัดประกวดราคา หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการออกคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว แล้วจัดประกวดราคาใหม่^{๑๑} ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่าการออกประกาศเชิญชวนให้เอกชนเข้ามาเจรจาเพื่อทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาก็อาจกระทำในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้อาจถูกยื่นฟ้องให้รับผิดชอบละเมิดได้ ต่อมา ความเห็นนี้ได้รับการรับรองโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยศาลวินิจฉัยว่า การกล่าวอ้างกรณีที่หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการสอบราคาเพื่อจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยไม่แจ้งให้ผู้มีอาชีพผลิตและขายสินค้าที่สอบราคาหรือให้ผู้ประกอบอาชีพในงานที่มีการสอบราคาทราบ^{๑๒} หรือกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่จัดประกวดราคาจัดทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการส่งประกาศประกวดราคาไปประชาสัมพันธ์ยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและไม่ปิดประกาศประกวดราคา ทำให้มีผู้ประกอบการบางรายเสียสิทธิในการเข้าแข่งขันราคา^{๑๓} นั้น เป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิดทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

นอกจากนี้ ในส่วนความเห็นที่ว่าหากมีการยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร ถือเป็นกรกระทำละเมิดนั้น ได้มีการยอมรับในกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า ไม่ว่าจะมีการทำคำเสนอต่อกันหรือไม่ ตราบใดที่สัญญายังไม่เกิดคู่กรณีก็ไม่มีผลรับผิดทางสัญญา ดังนั้น เมื่อมีการถอนตัวไปของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ก็ไม่ถือเป็นความรับผิดทางสัญญา เว้นแต่จะเป็นกรกระทำละเมิด ซึ่งนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสให้ความเห็นว่า ระหว่างเจรจาทำสัญญาคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีความสุจริตต่อกัน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกระทำการโดยไม่สุจริตเลิกการเจรจาไปทันทีโดยไม่มีเหตุอันสมควร แล้วมีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความไว้นื้อเชื่อใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ก็จะต้องรับผิดชอบละเมิด ดังเช่น คดี JCP .1973 II.1 7543 ที่จำเลยล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผล ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความสุจริตทางการค้า จึงต้องรับผิดเพื่อละเมิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

(๒) เป็นความรับผิดเอกเทศ

ในประเทศเยอรมันก็ได้มีการยอมรับว่า ความรับผิดก่อนสัญญาในช่วงเจรจาก่อนคู่กรณีแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น แม้คู่กรณีแต่ละฝ่ายที่เข้าร่วมเจรจายังไม่มีความผูกพันใดๆ กันทางสัญญาทำให้ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายกันทางสัญญาได้ แต่ในช่วงเวลาดังกล่าวคู่กรณียังมีหน้าที่ที่จะต้องเข้าเจรจาโดยสุจริตด้วย โดยศาลเยอรมันนำความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญามาตัดสินเพื่อ

^{๑๑} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๔๗/๒๕๔๒ และที่ ๒๔/๒๕๓๙.

^{๑๒} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๖๗/๒๕๔๗.

^{๑๓} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๗/๒๕๔๖.

เยียวหาความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเจรจาก่อนการทำสัญญา เช่น คดี RGZ 78, 239 และคดี BGHZ 66, 51 ซึ่งคดีทั้งสองนั้นศาลเห็นว่า ช่วงเวลาที่ลูกค้าเข้าไปซื้อของในร้านจำเลยเป็นช่วงการเจรจาเพื่อทำสัญญา ก่อนที่ลูกค้าจะซื้อสินค้าเสรีจึงมีเหตุการณ์ที่ลูกค้าจำเลยประมาณเดินเล่อทำให้ใจทกเสียหาย แต่การที่จะให้นายจ้างร่วมรับผิดชอบกับลูกค้าที่ทำละเมิดในทางการที่จ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๘๓๑ วรรคแรก นั้น มีขอบเขตที่จำกัดซึ่งหากนายจ้างพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกค้าด้วย ศาลจึงนำหลักความรับผิดชอบทางสัญญามาปรับใช้เพื่อให้นายจ้างเข้ามาร่วมรับผิดชอบในการกระทำของลูกค้า โดยไม่ได้ระบุว่า เป็นความรับผิดชอบทางสัญญาหรือละเมิด ซึ่งในการปรับใช้เช่นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการนำเอาทฤษฎีความรับผิดชอบที่แยกออกจากหลักกฎหมายสัญญาหรือละเมิด จึงเป็นหลักความรับผิดชอบประเภทที่สามหรือหลักความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศมาปรับใช้ ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น จะนำหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางแพ่งมาปรับใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน โดยมีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นตัวอย่างชัดเจนเอาไว้ ซึ่งกำหนดให้ “หนี้” สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมาย หรือประโยชน์อื่นๆ ของคู่กรณีที่ได้รับควบคุมครองโดยกฎหมายได้ด้วย และสิทธิหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองดังกล่าวนั้นได้แก่ กรณีต่างๆ ตามบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๑๑ คือ การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์หรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยผลของกฎหมายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องรับผิดชอบแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้ หนี้ดังกล่าวยังอาจเกิดขึ้นได้กับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่กรณี แต่เป็นผู้ที่ยินยอมเข้าร่วมรับผิดชอบด้วยความสมัครใจ ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ น่าไว้วางใจและมีอิทธิพลต่อการเจรจาทำสัญญา หากบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการติดต่อทำสัญญา ก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อมูลหนี้ที่เกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน^{๑๔} นอกจากนี้ ในส่วนของประเทศอิตาลีก็ได้บัญญัติรองรับหลักความรับผิดชอบข้างต้นไว้เป็นบททั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งอีกเช่นเดียวกัน โดยในมาตรา ๑๓๓๗ บัญญัติว่า “ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต”

กล่าวโดยสรุป จากที่กล่าวมาข้างต้นผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ว่าในช่วงเจรจาก่อนที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะได้แสดงเจตนาใดๆ ผูกพันตนเองนั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีเสรีภาพในการทำ

^{๑๔}§ 241, 311 BGB.

สัญญา ซึ่งหากไม่ประสงค์จะทำสัญญาไม่ว่าเพราะเหตุใดๆ ก็ย่อมมีเสรีภาพหรือสิทธิที่จะไม่ทำสัญญา ด้วยการล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไป แต่ความสัมพันธ์ของบุคคลในขณะเจรจาทำสัญญานั้น อาจมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพราะการเตรียมการนั้น เนื่องจากสัญญาไม่เกิดขึ้นไม่อาจเรียกให้รับผิดชอบโดยอาศัยมูลหนี้ทางสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาในแง่ความรับผิดชอบทางสัญญาเพียงด้านเดียวอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดแล้ว เห็นได้ว่าในขณะเจรจานั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายที่เข้าเจรจากันต้องอยู่บนพื้นฐานของความจริงตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ครอบคลุมมาตรฐานในการเจรจา และการใช้สิทธิเลิกการเจรจาในขณะทำสัญญาให้ต้องกระทำโดยสุจริต มิฉะนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจา อาจใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่คำนึงถึงว่าจะมีผู้ใดต้องเสียหายหรือไม่

ดังนั้น การใช้สิทธิเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้น ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่กฎหมายไม่รับรองและคุ้มครองให้ ทั้งนี้ การใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าวมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันมิชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจก่อมูลหนี้ทางละเมิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ ประกอบกับความรับผิดทางละเมิดเป็นเรื่องการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้คู่กรณีสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงควรนำมาปรับใช้เพื่อให้คู่กรณีสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการเจรจา โดยการกระทำละเมิดในชั้นของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญานั้น หากฝ่ายที่กระทำละเมิดคือหน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบหรือประกวดราคาแล้วแต่กรณีเป็นผู้ก่อให้เกิดกระทำละเมิด เช่น กรณีการแจ้งหรือปิดประกาศประกวดราคาโดยไม่ชอบ หรือการกำหนดคุณสมบัติในเอกสารประกวดราคาโดยเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง ย่อมถือเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา มารองรับดังเช่นหลักกฎหมายของประเทศเยอรมันและอิตาลี จึงอาจเป็นเรื่องยากที่จะมีการกำหนดให้เป็นความรับผิดเอกเทศทั้งที่ไม่มีกฎหมายมารองรับ ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาการเจรจาก่อนมีการทำคำเสนอเป็นเรื่องของความรับผิดทางละเมิดจึงมีความเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของหลักความรับผิดก่อนสัญญา ถือว่ามีความผิดเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีได้เข้ามาเจรจากัน จึงมีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า การกำหนดให้ความรับผิดที่เกิดจากการออกประกาศประกวดราคาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความรับผิดทางละเมิดนั้น จะอยู่นอกกรอบของหลักความรับผิดก่อนสัญญาหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้หากพิจารณาในแง่มุ่งของหลักกฎหมายปกครอง

จะเห็นได้ว่า การออกประกาศสอบหรือประกวดราคา ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจจึงอาจใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือพวกพ้องก็ได้ เช่น การกระทำที่เป็นการกำหนดคุณสมบัติในเอกสารประกวดราคาโดยเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งที่เรียกว่า “ลือคสเบ็ก” หรือการสมยอมราคากันระหว่างผู้เสนอราคาโดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐคอยให้ข้อมูลภายในที่เรียกว่า “ฮั้วกัน” ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันระหว่างผู้เสนอราคา และเข้าลักษณะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาและเป็นการตัดสิทธิเอกชนผู้ประกอบการรายอื่นในการยื่นเสนอราคา อันเข้าองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้เสียหายโดยตรงในกรณีนี้ได้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ ส่วนผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ได้รู้เห็นด้วยการกระทำความผิดจะถือว่าเป็นผู้เสียหายได้หรือไม่ แม้ผู้ประกอบการที่ยังไม่ได้ยื่นเสนอราคาเข้ามาถือว่าอยู่นอกกรอบของความรับผิดตามหลักความรับผิดก่อนสัญญา แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการออกประกาศเชิญชวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายข้างต้น ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะเข้ายื่นเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐของผู้ประกอบการ จึงควรขยายขอบเขตของหลักความรับผิดก่อนสัญญาให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา สำหรับความรับผิดอันเกิดจากการกระทำอันเป็นความผิดของเจ้าหน้าที่ในลักษณะข้างต้น ต่อเอกชนผู้ประกอบการที่อยู่ใต้อาณัติที่จะสามารถเข้าเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐด้วย

๒.๒ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการทำคำเสนอแต่ยังไม่มีการสนองรับ

ในการสอบราคาหรือการประกวดราคา เมื่อผู้เสนอราคายื่นซองเสนอราคาหรือประกวดราคาต่อคณะกรรมการรับซองประกวดราคา ถือว่าเป็นการทำคำเสนอ และก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะทำคำสนองรับคำเสนอ หากเอกชนผู้เสนอราคาหรือหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดหรือสอบราคาถอนตัวหรือล้มเลิกการประกวดราคาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกโครงการจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ หรือจะต้องรับผิดชอบอย่างไรนั้น จากการศึกษายังไม่พบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้มากนัก ซึ่งส่วนใหญ่จะปรากฏเป็นความเห็นในทางวิชาการ ดังนั้น การศึกษาในหัวข้อนี้ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอความเห็นทางวิชาการมาอธิบายประกอบ โดยอาจแยกพิจารณาตามลักษณะของผู้กระทำได้เป็น ๒ กรณี ดังนี้

๑) กรณีเอกชนผู้เสนอเป็นฝ่ายถอนตัวไป

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการทำคำเสนอตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มาตรา ๓๕๔ และมาตรา ๓๕๕ ได้บัญญัติเรื่องการถอนคำเสนอก่อนสิ้นความผูกพันไว้ โดยกฎหมายไม่ยอมให้ฝ่ายผู้เสนอถอนคำเสนอไปก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนเวลาอันควรคาดหมายว่าจะมีคำบอกกล่าวสนองรับ เว้นแต่ผู้รับคำเสนอจะยินยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอนั้น ส่วนคำเสนอตามมาตรา ๓๕๖ ที่ทำต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและไม่ได้บ่งระยะเวลาไว้ ผู้เสนอทำคำเสนอที่ใดเวลาใด ผู้รับคำเสนอก็ชอบที่จะสนองรับที่นั่นเวลานั้น หากไม่สนองรับโดยพลันคำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปทันทีตามมาตรา ๓๕๗ ซึ่งปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาก็ไม่น่าจะเกิดขึ้นในกรณีนี้ได้ แต่คำเสนอที่จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา คือ คำเสนอที่บ่งระยะเวลาหรือคำเสนอที่ทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางตามมาตรา ๓๕๔ มาตรา ๓๕๕ ที่กฎหมายไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอนั้นไปก่อนระยะเวลาที่บ่งไว้หรือก่อนระยะเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนองรับ หากผู้เสนอถอนคำเสนอหรือเลิกการเจรจาไปโดยผู้รับคำเสนอไม่ยินยอม กฎหมายให้ถือเสมือนหนึ่งว่าผู้เสนอไม่ได้ถอนคำเสนอนั้นไป ผู้รับคำเสนอมีสิทธิทำคำสนองรับให้ถูกต้องตรงกันทุกประการภายในระยะเวลาที่บ่งไว้หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง ซึ่งโดยหลักแล้วหากมีการดำเนินการดังกล่าวก็จะทำให้สัญญาเกิดขึ้น กรณีผู้เสนอไม่ยอมปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา ก็จะตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายสนองยอมมีสิทธิบังคับให้ฝ่ายเสนอปฏิบัติตามสัญญาหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น โดยถือเป็นการรับผิดทางสัญญา ซึ่งผู้เสนอจะอ้างว่าถอนคำเสนอแล้วไม่ได้

ในปัญหาที่ว่า ภายหลังคู่กรณีทำคำเสนอแล้วล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริต หรือไม่มีเหตุอันควรที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้น ในสัญญาประกวดราคา ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนจะมีเงื่อนไขการประกวดราคาอยู่ข้อหนึ่งว่า “เมื่อผู้เสนอราคา ยื่นซองประกวดราคาต่อคณะกรรมการรับซองแล้ว ผู้เสนอราคาไม่อาจถอนใบเสนอราคาไปก่อน ระยะเวลาที่กำหนด หากฝ่าฝืนอาจถูกเรียกเอาเบี้ยปรับได้” ดังนี้ หากผู้เสนอราคาถอนตัวไปก่อน ระยะเวลาที่กำหนดตามเงื่อนไขในการประกวดราคา และคณะกรรมการของหน่วยงานของรัฐไม่ได้สนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาที่ยื่นคำเสนอไป หน่วยงานของรัฐจะเรียกเอาเบี้ยปรับซึ่งตามกฎหมายแล้วถือว่าเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า และค่าเสียหายอื่นๆ ได้หรือไม่

ซึ่งปัญหาข้อนี้ได้มีความเห็นเป็น ๓ แนวทางด้วยกัน ดังนี้

(๑) เรียกปรับค่าเสียหายไม่ได้

โดยเห็นว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่ต้องมีการสนองรับเสมอจึงจะมีผลผูกพันให้ผู้เสนอต้องรับผิดชอบ นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่มีผู้สนองรับย่อมไม่อาจบังคับหรือผูกพันผู้แสดงเจตนาได้ เมื่อผู้รับคำเสนอไม่ยอมสนองรับคำเสนอทั้งๆ ที่กฎหมายให้ถือว่า คำเสนอยังมีอยู่

ความสัมพันธ์ทางหนี้ใดๆ ต่อกันจึงไม่เกิดขึ้น สัญญาที่จะใช้บังคับก็ไม่มี จึงไม่อาจเรียกร้องให้ผู้เสนอรับผิดได้ อีกทั้ง เห็นว่าในขั้นตอนการเจรจา นั้น ไม่ว่าจะมีการทำคำเสนอแล้วหรือไม่ก็เป็นเพียงขั้นเตรียมการจะทำสัญญา หากผู้เสนอบอกถอนคำเสนอไป โดยผู้รับคำเสนอมิได้สนองรับเพื่อให้เกิดสัญญาที่มีผลผูกพันก่อน ผู้รับคำเสนอจะเรียกเอาค่าเสียหายทันทีไม่ได้ แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการเตรียมการ เมื่อผู้รับคำเสนอไม่สนองรับเองก็ต้องรับบาปเคราะห์นั้นไป จะถือว่าเป็นละเมิดก็ไม่ได้^{๕๕} ทั้งยังไม่เห็นด้วยว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวจะก่อให้เกิดหนี้ได้โดยไม่มีผู้สนองรับ เพราะจะกลายเป็นมีลูกหนี้โดยไม่มีเจ้าหนี้^{๕๖}

(๒) เป็นความรับผิดทางสัญญา

ความเห็นที่ว่าในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายเอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปก่อนมีการสนองรับคำเสนอ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกค่าเสียหายได้ในทางสัญญานั้น จากการศึกษาไม่ปรากฏคำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้อง โดยปรากฏเพียงความเห็นในทางตำราของนักวิชาการบางท่าน ซึ่งเห็นว่า คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผูกพันผู้แสดงเจตนาได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้รับการแสดงเจตนาทำคำสนองรับก็สามารถเรียกให้ผู้เสนอรับผิดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยให้เหตุผลว่า นิติกรรมฝ่ายเดียวในรูปคำมั่นผูกพันผู้แสดงเจตนาทางหนี้ได้ กล่าวคือ คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้เสนอโดยไม่จำเป็นต้องให้ฝ่ายผู้รับคำเสนอสนองรับก่อน เนื่องจากนิติกรรมฝ่ายเดียวมีผลทางกฎหมายแล้ว ดังนั้น คำมั่นที่ให้แก่บุคคลบางกลุ่ม แม้จะยังไม่มีผู้ตอบรับก็ผูกพันผู้ให้คำมั่นถ้าคำมั่นนั้นเสนอแก่บุคคลแน่นอน โดยถือว่ามีคำมั่นสองอย่าง คือ คำมั่นที่จะยอมผูกพันตามสัญญา กับคำมั่นว่าจะคงคำเสนอนั้นไว้ และผู้รับคำเสนอได้ตอบรับคำมั่นที่สอ้งไว้แล้วจึงเกิดมีสัญญาก่อนสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์จะให้คำมั่นคงอยู่ชั่วขณะหนึ่ง^{๕๗} นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า คำเสนอเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ผูกพันผู้เสนอให้ต้องชำระหนี้ด้วยการงดเว้นไม่ถอนคำเสนอก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน ซึ่งสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายย่อมเกิดขึ้นเพราะการที่ละเลยไม่ชำระหนี้ เมื่อผู้เสนอฝ่าฝืนด้วยการถอนคำเสนอจึงเป็นการไม่ชำระหนี้^{๕๘} ซึ่งมีลักษณะเดียวกับหนี้อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้และเป็นสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการละเลยไม่ชำระหนี้ อันถือเป็นความรับผิดทางสัญญา

(๓) เป็นความรับผิดทางละเมิด

^{๕๕}ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดิม, หน้า ๔๕๗.

^{๕๖}เรื่องเดียวกัน, หน้า ๘๗.

^{๕๗}โสมณ รัตนากร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๑-๓๓.

^{๕๘}ศักดิ์ สมองชาติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๗๐.

โดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่า หากเกิดกรณีที่มีพฤติการณ์ของผู้เสนอว่า แม้ผู้รับคำเสนอจะได้สนองรับคำเสนอนั้นไป ผู้เสนอก็ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ เช่น ผู้เสนออินเทอร์เน็ตที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไปให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ผู้รับคำเสนอก็ไม่จำเป็นต้องสนองรับคำเสนอนั้นก่อน โดยอาจเรียกเอาค่าเสียหายทางละเมิดได้ ส่วนกรณีที่ผู้รับคำเสนอไม่มีเจตนาจะสนองรับหรืออาจสนองรับได้แต่ไม่ยอมสนองรับนั้นมีผลเท่ากับว่า การถอนคำเสนอนั้นไม่ทำให้ผู้รับคำเสนอได้รับความเสียหายแต่อย่างใด เมื่อสัญญาไม่เกิดก็ไม่เห็นจำเป็นต้องชำระ ผู้เสนอจึงไม่ต้องรับผิด แต่หากผู้รับคำเสนอยังมีเจตนาที่จะสนองรับแต่ไม่สนองรับก็เพราะ ผู้เสนอถอนคำเสนอไปเสียก่อนและมีพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่า แม้จะสนองรับไปผู้เสนอก็ไม่อยู่ในฐานะจะปฏิบัติตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นได้ กรณีเช่นนี้ ผู้เสนอจะต้องรับผิดในความรับผิดในระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งเป็นความรับผิดฐานละเมิด เพราะการถอนคำเสนอมิใช่ความรับผิดทางสัญญา^{๑๙}

สำหรับในเรื่องนี้ ในกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นการก่อนนี้ได้ โดยไม่ต้องมีผู้สนองรับการแสดงเจตนา ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา ๑๔๕ บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดเสนอจะทำสัญญาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง ผู้เสนอจะต้องผูกพันต่อคำเสนอนั้น เว้นแต่ผู้เสนอจะได้แสดงไว้โดยชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามคำเสนอ”^{๒๐} บทบัญญัติดังกล่าวก็มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายไทย คือ ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอไปก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน เว้นแต่จะได้แสดงออกโดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่ต้องการผูกพันตามคำเสนอนั้น นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่มีการแก้ไขปรับปรุงใหม่ในปี ๒๐๐๒ มาตรา ๓๑๑ ยังได้กำหนดเอาไว้ว่า “หนี้ของคู่กรณีสามารถเกิดขึ้นได้จากการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา หรือการเตรียมเข้าดำเนินงานโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป”^{๒๑} ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า แม้สัญญายังไม่

^{๑๙}ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า ๑๗๗-๑๗๘.

^{๒๐}The German Civil Code

§ 145 “If person offers to another the making of a contract, he is bound by the offer, unless he has excluded this obligation.”

^{๒๑}The German Civil Code

§ 311 Obligations created by legal transaction and similar obligations

1) Unless otherwise provided by statute, a contract between the parties is necessary in order to create an obligation by legal transaction or to alter the content of an obligation.

2) An obligation with duties in accordance with § 241 (2) also arises as a result of

(1) entry into contractual negotiations,

เกิดขึ้น แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวก็มีผลเป็นการก่อกำหนดได้โดยไม่ต้องมีผู้สนองรับการแสดงเจตนา^{๒๒} โดยความรับผิดดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความรับผิดอีกประเภทหนึ่งต่างหากจากความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิด จึงถือได้ว่าตามกฎหมายแพ่งเยอรมันความรับผิดก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าว มีลักษณะเป็นความรับผิดเอกเทศ

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ ตามกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสนั้น ถือว่าการถอนคำเสนอไม่มีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาทำคำเสนอ ผู้เสนอจึงอาจถอนคำเสนอเสียเมื่อใดก็ได้ การแสดงเจตนาทำคำเสนอเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่ผูกพันผู้เสนอ แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ผู้เสนอกำหนดเวลาสนองรับไว้ในคำเสนอแล้ว การถอนคำเสนอนั้นไปก่อนระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่นนี้ ผู้เสนอจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนสัญญาเกิด จึงไม่อาจบังคับให้ผู้ถอนรับผิดตามสัญญาได้ ศาลฝรั่งเศสจึงกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา ๑๓๘๒ ที่บัญญัติว่า “การกระทำใดๆ ที่กระทำโดยบุคคลหนึ่ง ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ย่อมผูกพันบังคับผู้กระทำความเสียหายโดยความผิดของเขานั้นให้ทดแทนความเสียหาย”^{๒๓}

จากที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ความรับผิดที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐนั้น หากพิจารณาตามความเห็นที่ว่าไม่สามารถเรียกชดเชยค่าเสียหายกันได้แล้ว การเขียนเงื่อนไขให้เรียกเบี้ยปรับก็เป็นอันไร้ประโยชน์ ส่วนในความเห็นที่สองที่เห็นว่าสามารถเรียกค่าเสียหายกันได้ทางสัญญานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ในบทที่ผ่านมา เห็นได้ว่าส่วนใหญ่ต่างก็ยอมรับว่าเอกสารจัดสอบราคาหรือประกวดราคาเป็นเพียงเอกสารชี้ชวนให้ทำคำเสนอเท่านั้น ดังนั้น ตราบไต่ที่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอย่อมถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้น ผู้ศึกษาจึงไม่เห็นด้วยกับทั้งสองความเห็นที่กล่าวมา ส่วนความเห็นที่สามที่เห็นว่าสามารถเรียกค่าเสียหายกันได้ในทางละเมิดนั้น ผู้ศึกษาค่อนข้างเห็นด้วยกับความเห็นนี้ เนื่องจากหากพิจารณาถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่จะต้องมีความต่อเนื่อง ประกอบกับวัตถุประสงค์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ต้องการที่จะให้รัฐได้คู่สัญญาที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุดและให้มีการจัดซื้อจัดจ้างในราคาต่ำสุดเพื่อประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว จึงทำให้ต้องมีจำนวนผู้เสนอราคาให้หน่วยงานผู้จัดสอบหรือประกวดราคาคัดเลือกให้

(2) preparations undertaken with a view to creating a contractual relationship if one party permits the other party to affect his rights, his legally protected interest or other interests or entrusts them to that party, or

๑๗๑

๑๗๑

^{๒๒} โสภณ รัตนากร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๒.

^{๒๓} งามใจ แววมณีวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า ๗๐-๗๓.

มากที่สุด ทั้งนี้ หากมีการปล่อยให้ผู้เสนอราคาถอนตัวไปโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดแล้ว ก็ย่อมจะเกิดการเอาอย่างและหากการถอนตัวไปดังกล่าวมีความเสียหายก็ย่อมตกแก่รัฐ เช่น ทำให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการจัดประกวดราคาใหม่ หรือต้องทำให้การจัดทำบริการสาธารณะหยุดชะงักซึ่งเป็นการเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวม นอกจากนี้ การถอนคำเสนอไปโดยไม่มีสิทธิถอนนั้นย่อมเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๔ ที่ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอก่อนระยะเวลา การฝ่าฝืนถอนคำเสนอนั้นไป จึงเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย อันเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐

นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดชอบในความเสียหายเกิดขึ้นจากการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ว่าผู้รับคำเสนอจะได้ทำคำสนองรับหรือไม่ เนื่องจากการเจรจานั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ การที่ผู้เสนอถอนตัวไปทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๔ บัญญัติห้ามไว้เมื่อผู้เสนอฝ่าฝืนถอนคำเสนอนั้นไป จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอย่างหนึ่งด้วยและเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ และมาตรา ๔๒๐ โดยการฝ่าฝืนหน้าที่หรือหน้าที่อื่นที่จะต้องงดเว้นด้วยการไม่ถอนคำเสนอที่ให้ไว้ จึงเป็นการกระทำละเมิด ดังนั้น แม้ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอ (ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น) หน่วยงานของรัฐย่อมมีสิทธิเรียกให้เอกชนผู้เสนอราคาที่ถอนตัวไปให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ในทางละเมิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อหน่วยงาน แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานมักจะมีการกำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องยื่นหลักประกันของราคาไว้ด้วยเสมอ ดังนั้น หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจึงอาจเรียกเอาเงินประกันของราคาดังกล่าวโดยถือเป็นเบี้ยปรับซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าตามเอกสารประกวดราคา โดยไม่จำเป็นต้องสนองรับคำเสนอเพื่อให้เกิดสัญญาก่อนแล้วค่อยเรียกค่าเสียหายหรือเรียกผู้เสนอปฏิบัติตามสัญญาในภายหลัง ทั้งนี้ เมื่อหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาสามารถใช้สิทธิเรียกร้องทางละเมิดได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอเพื่อใช้สิทธิบังคับตามสัญญา เพราะยิ่งจะทำให้การดำเนินการตามโครงการที่กำลังจัดสอบหรือประกวดราคา อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะล่าช้าออกไปอีก ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ในกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปแม้ยังไม่มีการสนองรับราคาของผู้เสนอราคารายใดก็ตาม การกระทำดังกล่าวเป็นความรับผิดทางละเมิดตาม มาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๒) กรณีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป

(๑) เป็นความรับผิดทางละเมิด

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายในทางแพ่ง เห็นได้ว่าตามปกติผู้รับคำเสนอหรือหน่วยงานของรัฐย่อมมีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา โดยหากไม่ต้องการทำสัญญากับผู้เสนอรายใด

หน่วยงานของรัฐก็ชอบที่จะบอกปิดหรือไม่สนองรับคำเสนอนั้นได้ และส่งผลให้คำเสนอนั้นเป็นอันตกไป แม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้เสนอบ้างก็เป็นเรื่องธรรมดาของการแสดงเจตนาไม่สนองรับผู้เสนอจึงไม่อาจเรียกให้ผู้รับคำเสนอซึ่งถอนตัวไปนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๗^{๒๔} แต่เนื่องจากในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญา ระหว่างรัฐกับเอกชนมีลักษณะแตกต่างไปจากหลักในทางแพ่ง กล่าวคือ ก่อนที่คู่กรณีฝ่ายเสนอราคา จะทำคำเสนอราคานั้น หน่วยงานของรัฐในฐานะผู้รับคำเสนอจะเป็นฝ่ายริเริ่มประกาศเชิญชวนหรือ เชื้อเชิญให้ผู้เสนอราคาทำคำเสนอประกวดราคาเข้ามา ผู้เสนอย่อมมีความเชื่อตามสมควรว่าคู่กรณี ฝ่ายรัฐจะดำเนินการประกวดราคาโดยสุจริตและมุ่งประสงค์ที่จะทำสัญญาต่อไปตามที่ประกาศเชิญ ชวนไว้ ประกอบกับ ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนั้น คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะเป็นฝ่ายกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับการคัดเลือกคู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยยึดถือเอาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กำหนดไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ นอกจากนี้ ในการซื้อหรือ จ้างดังกล่าวก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะล้มเลิกการสอบหรือประกวดราคาก็จะต้องมี เหตุผลอันสมควรและเป็นการกระทำโดยสุจริตด้วย เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าเสนอราคา จะต้องมีความประสงค์เพื่อให้ได้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้เข้ามารับทำงานที่ว่าจ้าง การที่ประกาศ ประกวดราคามีได้ค่านึงว่าผู้เสนอราคาเคยมีประสบการณ์ในการทำงานในลักษณะเดียวกันกับที่ว่าจ้าง มาก่อนหรือไม่ จึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของประกาศประกวดราคาอย่างชัดแจ้ง ประกอบกับ หากการกำหนดคุณสมบัติตามประกาศประกวดราคาที่มีผลทำให้มีผู้เข้าเสนอราคา เพียง ๒ รายเท่านั้นที่มีคุณสมบัติตรงตามประกาศฯ เป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่ไม่ เปิดกว้างให้มีการแข่งขันการเสนอราคาอย่างกว้างขวางและมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ผู้เสนอ ราคาบางราย การออกประกาศประกวดราคาดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งกรณีเช่นนี้สมควรให้ ยกเลิกประกาศประกวดราคาดังกล่าว และให้ดำเนินการจัดจ้างใหม่ให้ถูกต้อง^{๒๕} โดยการยกเลิก ประกาศประกวดราคาในกรณีเช่นนี้เป็นผลมาจากการออกประกาศเชิญชวนโดยไม่ชอบของหน่วยงาน ของรัฐเอง หน่วยงานของรัฐจึงอาจต้องรับผิดชอบและเมิตจากการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นการ ใช้สิทธิยกเลิกการประกวดราคาโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ออกโดย

^{๒๔}ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๓๕๗ คำเสนอใดเขาบอกปิดไปยังผู้เสนอแล้วก็ดีหรือมิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาใน มาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอนั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป

^{๒๕}คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๔๗/๒๕๔๒.

อาศัยอำนาจตามความใน (๒) ของบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา ๕ และมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดให้ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกันเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐถอนตัวไปโดยการยกเลิกการสอบหรือประกวดราคา ย่อมถือเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง และหากการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกจากการยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอดังกล่าว ย่อมมีสิทธิยื่นฟ้องเป็นคดีละเมิดทางปกครองได้ ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เช่น กรณีที่ผู้มีอำนาจในการสั่งซื้อสิ่งจ้างเห็นสมควรให้ยกเลิกการสอบราคาในขณะที่คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาเห็นควรจ้างผู้เสนอราคารายหนึ่งรายใดนั้น ผู้มีอำนาจดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลเพียงพอที่สามารถชี้แจงได้ว่าความเห็นของคณะกรรมการฯ ไม่ชอบอย่างไร ไม่เช่นนั้นคำสั่งยกเลิกการสอบราคาย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกย่อมสามารถยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยถือเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒^{๒๖}

อีกทั้ง ยังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยวินิจฉัยว่า การยกเลิกการประกวดราคา เนื่องจากไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน ศาลสามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ตามควรแห่งพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด และในคดีละเมิดอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองผู้เสียหายย่อมเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ เฉพาะที่เป็นผลโดยตรงจากผลของคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนค่าเสียหายที่ผู้ได้รับความเสียหายจะพึงได้รับการชดใช้ต้องมีคุณสมบัติใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วอย่างแท้จริง ซึ่งในคดีนี้ ศาลเห็นว่า ค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้จ่ายไปจริงและเกิดขึ้นได้แก่ ค่าธรรมเนียมซื้อแคชเชียร์เช็ค และค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญา ส่วนค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับนั้น เป็นเพียงเรื่องคาดหมายที่ไม่อาจพิสูจน์ค่าเสียหายที่ใกล้เคียงที่ศาลจะกำหนดให้ ทั้งค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าจะได้รับดังกล่าวเป็นความเสียหายอันเป็นผลตอบแทนจากการที่ได้เข้าทำสัญญาแล้ว ซึ่งเป็นผลตอบแทนจากการที่ผู้ฟ้องคดีเองจะต้องปฏิบัติตามสัญญาเป็นการตอบแทนด้วย เมื่อสัญญามีได้เกิดขึ้นผู้ฟ้องคดีไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากได้มีการยกเลิกการประกวดราคาออกไป การอ้างกำไรอันเป็นประโยชน์ค่าตอบแทนโดยไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและคดีนี้เป็นการเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบ ศาลจึงกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับให้ไม่ได้

^{๒๖} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๔๓/๒๕๔๖.

ส่วนความเสียหายอื่นอันอาจเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีก่อนมีการทำสัญญา เมื่อผู้ฟ้องคดีมีได้นำสืบและแสดงพยานหลักฐาน และมีได้มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไว้ล่วงหน้าสำหรับ “ความรับผิดก่อนสัญญา” ในกรณีที่สัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบ จึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ผู้ฟ้องคดีได้^{๒๓} โดยต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการเรียกค่าสินไหมทดแทนเอาไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการเปิดซองสอบราคาได้เสนอผู้มีอำนาจอนุมัติให้สั่งจ้างแล้ว แต่ต่อมาผู้มีอำนาจอนุมัติได้ยกเลิกประกาศสอบราคาดังกล่าว ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกเห็นว่าตนได้รับความเสียหาย จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตน ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า การมีคำสั่งให้ยกเลิกการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างของผู้ฟ้องคดี อันเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าว จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าเอกสารสอบราคาจำนวน ๒,๕๐๐ บาท ค่าจ้างวิศวกรคำนวณราคาจำนวน ๕,๐๐๐ บาท และค่าขาดโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำจำนวน ๓๘,๘๒๙.๔๕ บาท^{๒๔}

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่กล่าวมาทั้งสองคำวินิจฉัยข้างต้น เห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตรงกันว่าคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในกรณีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไปในช่วงเวลาก่อนมีการสนองรับคำเสนอ เป็นคดีละเมิดทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จะแตกต่างกันก็เพียงในส่วนของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่เอกชนผู้เสียหายเท่านั้น

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีการกระทำของหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาในบางกรณี ที่ไม่ใช่การถอนตัวไปโดยการยกเลิกการประกวดราคา แต่เป็นลักษณะของการปฏิเสธคำเสนอซื้อหรือจ้างของเอกชนผู้เสนอราคา ซึ่งการกระทำอันเป็นการปฏิเสธไม่รับคำเสนอซื้อหรือจ้างดังกล่าว หากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบยอมส่งผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับการถอนตัวไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายคือ เอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานดังกล่าวรับผิดในทางละเมิดได้ การปฏิเสธไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งนั้น อาจทำได้ในกรณีดังนี้

(๑) ในการจัดประกวดราคาซึ่งจะต้องมีการพิจารณาของข้อเสนอทางด้านเทคนิคก่อนแล้วค่อยพิจารณาของราคา (การจัดประกวดราคาแบบสองซอง) ในกรณีเช่นนี้ หากมีการปฏิเสธไม่รับข้อเสนอทางด้านเทคนิคของผู้เสนอราคารายใด ก็จะทำให้ผู้เสนอราคารายดังกล่าวหมดสิทธิ์ที่ได้รับการ

^{๒๓} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๔๗.

^{๒๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘.

พิจารณาของราคา ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่รับคำเสนอขายของผู้เสนอราคาดังกล่าว^{๒๙} ซึ่งเอกชนผู้เสนอราคาที่ถูกปฏิเสธไม่รับข้อเสนอดังกล่าวสามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ต่อเมื่อมีการคัดเลือกผู้เสนอราคารายอื่นให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและมีหนังสือเรียกให้เข้าทำสัญญาแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากยังไม่แน่ว่าหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาจะมีการยกเลิกการจัดประกวดราคาไปก่อนที่จะมีการทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาหรือไม่ โดยปรากฏตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการสั่งซื้อสิ่งจ้างสำหรับการประกวดราคาในครั้งนั้น แจ้งการไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ยังไม่ถือว่าการแจ้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี^{๓๐} แต่หากเป็นการแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ กรณีดังกล่าวจึงถือเป็นการแจ้งไม่รับคำเสนอราคาของผู้ฟ้องคดีอันถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแล้ว

(๒) สำหรับกรณีที่คำสั่งอนุมัติซื้อหรือจ้าง ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคารายอื่นนั้น ปรากฏตามคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด โดยวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างที่ให้ผู้เสนอราคารายอื่นชนะการประกวดราคาหรือสั่งจ้างผู้เสนอราคารายอื่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธไม่รับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือกตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒^{๓๑} (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ^{๓๒}

(๓) นอกจากนี้ ถึงแม้คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาจะพิจารณาให้ผู้เสนอราคารายใดเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้วก็ตาม หากต่อมาผู้มีอำนาจสั่งซื้อหรือจ้างได้มีหนังสือแจ้งการตัดสิทธิผู้เสนอราคาดังกล่าวออกจากการจัดซื้อครุภัณฑ์ เนื่องจากผลิตภัณฑ์ของผู้เสนอราคาไม่ตรงตามที่กำหนดในประกาศประกวดราคา กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หนังสือแจ้งดังกล่าวเป็นการสั่งไม่รับคำเสนอขายซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แม้ว่าผู้มีอำนาจอนุมัติจัดซื้อครุภัณฑ์จะยังไม่ได้มีคำสั่งอนุมัติให้จัดซื้อครุภัณฑ์จากผู้เสนอราคารายใดก็ตาม ผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิดังกล่าว

^{๒๙} คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ ๓๙/๒๕๓๘.

^{๓๐} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๒๖/๒๕๔๗.

^{๓๑} กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

ข้อ ๑ การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๓๒} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๒๑/๒๕๔๕.

ก็เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว^{๓๓}

จากที่กล่าวมา เห็นได้ว่า ไม่ว่าจะป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาไม่ผ่านข้อเสนอทางด้านเทคนิค ซึ่งทำให้ผู้เสนอราคาดังกล่าวหมดสิทธิที่จะยื่นข้อเสนอทางด้านราคา กรณีที่มีการคัดเลือกผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่งให้เข้าทำสัญญา และกรณีที่มีการคัดเลือกให้ผู้เสนอราคาบางรายชนะการประกวดราคาแล้ว แต่ต่อมาภายหลังได้มีการประกาศตัดสิทธิผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าว ล้วนเป็นการตัดสิทธิผู้เสนอราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา ซึ่งถือเป็นการออกคำสั่งทางปกครองตามข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และหากผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลสั่งให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาชดเชยค่าเสียหายจากการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ย่อมเป็นคดีละเมิดทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๒) เป็นความรับผิดเอกเทศ

โดยปรากฏตามความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ ซึ่งตุลาการผู้ทำความเห็นแย้งได้มีความเห็นว่า ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดไว้เพียงแต่ให้ผู้เสนอราคาเป็นผู้มีสิทธิที่จะทำคำเสนอรับจ้างเท่านั้น แม้มองว่าสิทธิที่จะเป็นผู้ทำคำเสนอดังกล่าวนี้นี้ คือสิทธิในการเข้าทำสัญญา ก็เพียงแต่ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกการสอบราคาอันมิชอบ ซึ่งจะมีค่าขาดกำไรรวมอยู่ด้วยไม่ได้ ทั้งนี้ แม้มองว่ากำไรที่ควรจะได้รับหากได้เข้าทำงานก่อสร้างเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด แต่กำไรดังกล่าวโดยเนื้อหาแล้วก็เป็นสิ่งที่จะต้องได้รับหากได้เข้าทำงานก่อสร้างครบถ้วนตามสัญญาหลักแล้วเท่านั้น ดังนั้น トラบโดที่ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจะมีการกำหนดให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรไม่ได้ และหากมองว่าการกระทำของหน่วยงานของรัฐเป็นความรับผิดในทางละเมิด ค่าขาดกำไรดังกล่าวก็ไม่ใช่ว่าโดยตรงจากการกระทำละเมิด ดังนั้น จากความเห็นดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า หากเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นในกระบวนการก่อนการทำสัญญาที่มีการยื่นคำเสนอแล้วแต่ยังไม่มีการสนองรับนั้น จะไม่สามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหายได้เลย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการอันเดียวกันกับการกำหนดค่าเสียหายตาม “หลักความรับผิดเอกเทศ” อันเป็นการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลบ คือ ค่าเสียหายในสิ่งที่ผู้เสียหายไม่ควรสูญเสียไปหากไม่ได้เข้ามาทำสัญญาที่ไม่

^{๓๓} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๕๘/๒๕๔๗.

เกิดขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น ค่าซื้อของราคา ค่าจ้างที่ปรึกษา หรือค่าเตรียมการก่อสร้าง เป็นต้น แต่จะไม่รวมไปถึงค่าขาดกำไร ซึ่งตามหลักการนี้ถือว่าค่าขาดกำไรเป็นค่าเสียหายในทางสัญญา โดยจะมีการเรียกค่าเสียหายจากการขาดกำไรได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันแล้วเท่านั้น และหลักความรับผิดดังกล่าวนี้ได้มีการพัฒนาในระบบกฎหมายสัญญาของประเทศอิตาลีและประเทศเยอรมัน โดยได้มีการนำไปบัญญัติเป็นหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งของทั้งสองประเทศ ในขณะที่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้นำเอาหลักการนี้ไปปรับใช้ในระบบกฎหมายของตนเช่นเดียวกัน โดยศาลฝรั่งเศสเห็นว่าการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนการทำสัญญานี้ เป็นการชดใช้ตามกฎหมายสัญญาเสียหายโอกาส (Perte d'une chance) แต่เนื่องจากกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา จึงต้องนำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิด แต่โดยหลักแล้วการกำหนดค่าเสียหายในกฎหมายของฝรั่งเศสยังคงเป็นเรื่องดุลพินิจของศาล ดังนั้น ในการปรับใช้หลักความรับผิดเอกเทศกับกฎหมายละเมิด ศาลฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ชดใช้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพราะเหตุที่เชื่อว่าค่าเสนอจะมีผลต่อไปเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า คดีพิพาทที่เกิดจากกรณีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไปก่อนมีการสนองรับคำเสนอ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด แต่จะมีความแตกต่างกันในเรื่องของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๕๔/๒๕๔๗ ได้วินิจฉัยว่า ค่าเสียหายที่ผู้ได้รับความเสียหายจะพึงได้รับการชดใช้ต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วอย่างแท้จริง ซึ่งได้แก่ค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้จ่ายไปจริง ได้แก่ ค่าธรรมเนียมซื้อแคชเชียร์เช็ค และค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือคำประกันสัญญา สำหรับค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าขาดประโยชน์จากกำไรที่ควรจะได้รับนั้น ศาลไม่สามารถกำหนดให้ได้ ส่วนความเสียหายอื่นอันอาจเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีก่อนมีการทำสัญญา เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้นำสืบและแสดงพยานหลักฐาน และมีได้มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไว้ล่วงหน้าสำหรับ “ความรับผิดก่อนสัญญา” ในกรณีที่สัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบ จึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ผู้ฟ้องคดีได้ จากคำวินิจฉัยนี้ เห็นได้ว่าศาลปกครองยอมรับว่ามีความรับผิดก่อนสัญญา เพียงแต่เป็นเรื่องที่ต้องมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าและผู้เสียหายซึ่งในที่นี้ได้แก่เอกชนผู้เสนอราคา ต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ถึงค่าเสียหายดังกล่าว ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยาก เนื่องจากในการกำหนดเงื่อนไขในเอกสารจัดสอบหรือประกวดราคานั้น เป็นการกำหนดโดยหน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบหรือประกวดราคาเพียงฝ่ายเดียว เอกชนผู้เสนอราคาจึงยากที่จะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดข้อกำหนดในเอกสารประกวดราคาดังกล่าว โดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ล่วงหน้าในกรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร ส่วนค่าขาดประโยชน์

จากกำไรที่ควรจะได้รับนั้น ศาลได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าเอกชนผู้เสนอราคาไม่สามารถเรียกเอาจากหน่วยงานของรัฐได้ อย่างไรก็ตามในคดีต่อมา คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้ค่าเสียหายในส่วน of ค่าขาดกำไรแก่ผู้เสียหายด้วย โดยวินิจฉัยว่า การมีคำสั่งให้ยกเลิกการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างคูระบายน้ำได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้างของผู้ฟ้องคดี อันเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคูระบายน้ำ จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าเอกสารสอบราคา ค่าจ้างวิศวกรคำนวณ และค่าขาดโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคูระบายด้วย ซึ่งในส่วน of ค่าขาดกำไรนี้ ตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษาได้ทำความเข้าใจว่า ค่าขาดกำไรดังกล่าวไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด จึงไม่สมควรกำหนดให้ค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวได้

ผู้ศึกษาเห็นว่า จากกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไป เป็นผลให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้รับผิดชอบได้บนฐานความรับผิดชอบทางละเมิด ดังนั้น ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไป เอกชนผู้เสนอราคาจึงควรมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคารับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบนฐานความรับผิดชอบทางละเมิดได้เช่นเดียวกัน ส่วนในเรื่องที่ว่า จะสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีใดได้บ้างนั้น เมื่อเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ได้มีการพัฒนาเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามที่เคยกล่าวไว้แล้ว ซึ่งเห็นได้ว่าในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนมีการทำสัญญา ปัจจุบันในประเทศอิตาลีและประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบเอกเทศไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศ ซึ่งตามหลักความรับผิดชอบเอกเทศนี้จะไม่สามารถให้ค่าขาดกำไรได้ แม้แต่ในประเทศฝรั่งเศสที่ศาลสูงของฝรั่งเศสได้ปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญากับกฎหมายในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิด ในส่วน of การกำหนดค่าสินไหมทดแทนก็ยังได้รับอิทธิพลจากหลักความรับผิดชอบเอกเทศข้างต้นเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงค่อนข้างเห็นด้วยกับแนวทางที่จะไม่กำหนดให้ค่าขาดกำไรให้กับผู้เสียหาย สำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลา ก่อนมีการสนองรับคำเสนอของเอกชนผู้เสนอราคา โดยค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสุจริตจะเรียกร้องได้นั้น จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการต่างๆ ก่อนเข้าทำสัญญาเท่านั้น ซึ่งเป็นค่าเสียหายตามความเป็นจริง

๒.๓ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังมีการสนองรับคำเสนอแล้ว

ตามหลักการการซื้อขายหรือการจ้างโดยทั่วไปนั้น ส่วนราชการจะผูกพันกับผู้ขายหรือผู้รับจ้าง ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือตามตัวอย่างทำยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือมีการทำข้อตกลงกันเป็นหนังสือ เว้นแต่ในกรณีจำเป็นและเร่งด่วน และมีวงเงินการจัดซื้อหรือจ้างในวงเงินไม่มากนัก จึงเป็นดุลพินิจของส่วนราชการที่จะตกลงกับผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่ว่าจะเป็นการเสนอราคาด้วยการทำหลักฐานเป็นหนังสือโดยการมีหนังสือติดต่อกันโดยใช้ใบเสนอราคาหรือด้วยวาจาก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ส่วนราชการได้อนุญาตให้ผู้เสนอราคาทำงานไปก่อนแล้วจึงทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในภายหลังนั้น การอนุญาตให้ผู้เสนอราคาได้ทำงานไปก่อนถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาโดยปริยาย และมีผลผูกพันต่อกันระหว่างส่วนราชการกับเอกชนผู้เสนอราคาในลักษณะของสัญญาที่มุ่งจัดทำเกิดขึ้นแล้ว^{๓๔} แต่โดยปกติต้องยึดถือหลักเกณฑ์ที่ว่า เมื่อมีการสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นตามหลักการเกิดสัญญาทั่วไป แต่บางครั้งกฎหมายถือว่า สัญญายังไม่เกิด ได้แก่ ๑) กรณีสัญญายังไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อ หรือ ๒) กรณีสัญญาไม่เกิดเพราะยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๖๖^{๓๕}

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการจัดซื้อจัดจ้างระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ จะมีเงื่อนไขการประกวดราคาข้อหนึ่งว่า ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้น แม้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาจะสนองรับใบเสนอราคาของผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่งแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการลงนามในหนังสือสัญญาด้วยกันทั้งสองฝ่าย โดยหลักแล้วก็ต้องถือว่าสัญญาที่มุ่งจัดทำนั้นยังไม่เกิด อย่างไรก็ตามแม้สัญญาที่มุ่งจัดทำในการจัดซื้อจัดจ้างในกรณีดังกล่าวจะยังไม่เกิดขึ้น แต่ก็อาจเกิดสัญญาก่อนสัญญาหรือที่เรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ขึ้นได้ ทั้งนี้ กรณีที่มีการสนองรับคำเสนอแล้วแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปก่อนมีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ถอนตัวไปจะต้องรับผิดชอบคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่อย่างไรนั้น จากการศึกษาคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทพบว่ามีความวินิจฉัยเป็นหลายแนวทางแตกต่างกัน ดังนี้

๑) กรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป

^{๓๔}สำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร (กพพ) ๑๒๐๔/๑๑๕๗๐, ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๓๖ และสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือที่ สร ๑๐๐๑/ว.๑๓, ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๓๕.

^{๓๕}ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๓๖๖ ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงกันหมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่

ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ

(๑) เป็นความรับผิดทางสัญญา

โดยเอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดได้ตาม "สัญญาประกวดราคา" ซึ่งความเห็นในกรณีนี้ ปรากฏตามการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด โดยมีความเห็นว่า กรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบหรือประกวดราคาได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาเข้ามาทำสัญญาแล้ว ย่อมเกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาประกวดราคาขึ้น ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมลงนามโดยไม่มีเหตุสมควร ย่อมถือได้ว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิด "สัญญาประกวดราคา" ดังกล่าวได้ ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายไม่ยอมลงชื่อเพื่อทำสัญญา กรณีเช่นนี้เอกชนผู้ชนะการประกวดราคามีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดได้ โดยถือว่าเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคา เช่น การที่กรมโยธาธิการมีหนังสือแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาทราบว่าการโยธาธิการตกลงจ้างและขอให้ไปทำสัญญาจ้าง ย่อมเกิดนิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาประกวดราคา ซึ่งมีความผูกพันให้กรมโยธาธิการต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคา หากกรมโยธาธิการไม่ยอมลงนามโดยไม่มีเหตุสมควร ย่อมถือได้ว่าเป็นฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งผู้ชนะการประกวดราคามีสิทธิฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการผิดสัญญาประกวดราคาดังกล่าว แต่ไม่สามารถฟ้องบังคับให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างได้เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง^{๓๖}

(๒) เป็นความรับผิดทางละเมิด

โดยเห็นว่าเอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดในทางละเมิด ซึ่งกรณีที่ถือว่าเอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดได้ในทางละเมิดนี้ ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยว่า แม้ได้มีการคัดเลือกจนได้ผู้ชนะการประกวดราคาและหน่วยงานของรัฐได้มีหนังสือตอบตกลงรับราคาของผู้เสนอราคารายใดแล้ว ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาดังกล่าว แต่ต่อมาหากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้ยกเลิกการประกวดราคาโดยยังไม่ได้ลงนามในสัญญา ถือว่ายังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น และการที่ผู้เสนอราคาไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากรยกเลิกประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ จึงไม่ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสนอราคา^{๓๗} ซึ่งหากพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าว เห็นได้ว่า หากผู้เสนอราคาสามารถนำสืบได้ว่า หน่วยงานของรัฐมีเจตนาถ่วงอ้อมเพื่อให้ตนได้รับความเสียหาย หรือการยกเลิกการประกวดราคาไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ ย่อมถือว่าการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสนอราคาตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่งผลให้ผู้เสนอราคาข้างต้นสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคา

^{๓๖} ข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดตามคำวินิจฉัยที่ ๑๒๕/๒๕๓๓.

^{๓๗} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๘๙๘/๒๕๔๔.

รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดแก่ตนได้ เช่น ตามประกาศเชิญชวนประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างของกรมโยธาธิการกำหนดเงื่อนไขให้ในการจ้างต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้น ปรากฏว่าได้ที่กรมโยธาธิการยังไม่มีกลงนามในสัญญา สัญญาจ้างก่อสร้างย่อมไม่เกิด การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. ยื่นใบเสนอราคาและกรมโยธาธิการได้แจ้งให้เข้าทำสัญญาย่อมเป็นการสนองรับคำเสนอ ซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์เบื้องต้นคือสัญญาทางปกครองที่กรมโยธาธิการมีความผูกพันจะต้องทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาต่อไป ดังนั้น หากกรมโยธาธิการไม่กลงนามในสัญญาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันสมควร ย่อมถือได้ว่า กรมโยธาธิการผิด “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. มีสิทธิฟ้องร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในฐานะละเมิดได้ แต่จะฟ้องร้องให้กรมโยธาธิการกลงนามในสัญญาจ้างก่อสร้างไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้^{๓๔}

๒) กรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไป

ในกรณีนี้ เห็นว่า หากผู้ชนะการประกวดราคาและหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาได้มีการลงชื่อในสัญญาแล้ว ถือว่าสัญญาหลักที่มุ่งจัดทำย่อมเกิดขึ้น ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการที่จะเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับผิด ย่อมมีลักษณะเป็นคดีพิพาททางสัญญา^{๓๕} แต่ในช่วงระยะเวลาที่กำลังรอการกลงนามในสัญญาซึ่งถือว่าสัญญาที่มุ่งจัดทำยังไม่เกิดขึ้นนี้ หากเอกชนผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาได้ถอนตัวไปหรือไม่ยอมมาลงชื่อเพื่อทำสัญญา ย่อมทำให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้รับความเสียหาย แต่การจะเรียกร้องให้เอกชนที่ถอนตัวไปรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่หน่วยงานโดยถือเป็นความรับผิดชอบในฐานะความผิดใดนั้น จากการศึกษาคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ พบว่า ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองได้มีการกำหนดให้ข้อพิพาทดังกล่าวมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญา ซึ่งไม่ใช่สัญญาที่มุ่งจัดทำแต่เป็นเพียงความรับผิดที่เกิดจากสัญญาประกวดราคาหรือสอบราคาแล้วแต่กรณี ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองข้อพิพาทในลักษณะเดียวกันนี้ ศาลปกครองเห็นว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ความเห็นตามแนวทางที่ว่า ในกรณีที่มีการสนองรับคำเสนอแล้ว หากเอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไป ถือเป็นความรับผิดตาม “สัญญาประกวดราคา” นี้ ปรากฏตามแนวทางการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดและคำพิพากษาของศาลฎีกา โดยสาระสำคัญที่จะถือว่ามีสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น คือ จะต้องปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้มีการทำหนังสือเรียกให้เอกชนผู้ชนะการประกวดราคาเข้าทำสัญญา ซึ่งถือเป็นการทำคำสนองรับคำเสนอของผู้เสนอราคาและ

^{๓๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๕/๒๕๓๓.

^{๓๕} ข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดตามคำวินิจฉัยที่ ๘๐/๒๕๒๖, ที่ ๗๑/๒๕๒๗, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๐๑๔/๒๕๓๙.

ทำให้ “สัญญาประกวดราคา” เกิดขึ้น^{๕๐} ดังนั้น แม้จะมีการคัดเลือกจนได้ตัวผู้ชนะการประกวดหรือ สอบราคา แต่หน่วยงานเจ้าของโครงการยังไม่มีหนังสือเรียกให้ผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าวเข้ามา ทำสัญญา ก็ยังไม่ถือว่า มีสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น ฉะนั้น ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของ หน่วยงานของรัฐนั้น เมื่อมีการทำคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันทุกประการตามหลักเกณฑ์การทำ สัญญาทั่วไปแล้วย่อมเกิดข้อผูกพันที่ว่า คู่กรณีตกลงจะปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขอย่างใดอย่าง หนึ่งหรือหลายอย่างตามที่ตกลงกันไว้ในเบื้องต้นตามเอกสารจัดสอบหรือประกวดราคา โดยจะมีการ ทำสัญญาให้เสร็จเด็ดขาดอีกครั้งหนึ่งในภายหน้า สัญญาประกวดราคาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “ สัญญาเบื้องต้น” หรือ “สัญญาก่อนสัญญา” จึงทำให้ในการสอบหรือประกวดราคาระหว่างหน่วยงาน ของรัฐกับเอกชนนั้น เมื่อหน่วยงานของรัฐผู้ประกวดราคาสนองรับคำเสนอของผู้ชนะการประกวดราคา แล้ว แม้ยังไม่ได้ทำสัญญากันเป็นหนังสือตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ก็ถือว่ามีสัญญาก่อนสัญญา ที่เรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” เกิดขึ้นแล้ว โดยปรากฏตาม แนวทางการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด เช่น กรณีการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคประกาศประกวด ราคาจัดซื้อพัสดุ ๕ รายการ กำหนดหลักประกันซองเป็นเงิน ๑,๗๔๙,๙๐๐ บาท ผู้เสนอราคาเสนอ ราคาเพียง ๓ รายการ จากนั้นเมื่อได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาและมีหนังสือเรียก ให้มาทำสัญญาแล้ว ผู้เสนอราคาดังกล่าวได้มาทำสัญญากับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเพียง ๒ รายการ ดังนี้ ต้องถือว่าผู้เสนอราคาผิดเงื่อนไขการประกวดราคา การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีสิทธิรับหลักประกัน ซองทั้งหมด^{๕๑} นอกจากนี้ยังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลฎีกา เช่น กรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาว่า หากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีการสนองรับคำเสนอแล้ว ถือว่ามี “สัญญาประกวดราคา เกิดขึ้น” ส่งผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคา ดังกล่าวได้ แต่จะฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาที่จะทำกันต่อไปไม่ได้ เพราะสัญญาดังกล่าวยังไม่ เกิดขึ้นเนื่องจากยังไม่มีการลงทุนในสัญญา^{๕๒} ดังนั้น เมื่อเอกชนผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมทำ สัญญาซื้อขาย หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของตามข้อตกลงระหว่างคู่กรณีอัน เป็นข้อตกลงในการประกวดราคาเท่านั้น แต่ค่าเสียหายกรณีที่หน่วยงานฯ ต้องจ่ายผู้รับจ้างรายใหม่ แพงกว่าเดิมนั้น เป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิด

^{๕๐} ข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดตามคำวินิจฉัยที่ ๑๒๕/๒๕๓๓, และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/ ๒๔๘๐. (โดยอาจใช้คำว่า “สัญญาประกวดราคา” หรือ “สัญญาสอบราคา” แตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับวิธีการจัดซื้อ จัดจ้างว่าเป็นแบบใด)

^{๕๑} คำวินิจฉัยที่ ๑๗๔/๒๕๓๒.

^{๕๒} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๔๘๐.

ข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น หน่วยงานฯ จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวได้^{๔๓}

ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐนั้นตามที่เคยกล่าวไว้แล้วว่า แม้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้แสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้วก็ตาม ถือว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นยังไม่เกิดเพราะต้องทำสัญญาเป็นหนังสืออีกชั้นหนึ่งก่อน แต่เมื่อมีการทำคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันทุกประการตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาทั่วไปแล้วสิ่งที่เกิดขึ้นก็คือสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งส่งผลให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ความเห็นดังกล่าวนี้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองได้มีการยอมรับกันอย่างแพร่หลายโดยปรากฏตามแนวทางการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด และปรากฏเป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ตั้งที่กล่าวมา อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ศาลปกครองกลับมองว่า ข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวถือเป็น “ความรับผิดชอบตามสัญญาทางปกครอง” โดยปรากฏตามคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๒/๒๕๔๘ ที่ว่า กรณีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ประกาศประกวดราคาจ้างก่อสร้างกลุ่มอาคารสังคมศาสตร์ แต่ผู้ชนะการประกวดราคา (ผู้ฟ้องคดี) ไม่ยอมเข้าทำสัญญาจ้าง มหาวิทยาลัยฯ จึงรีบหลักประกันซองและเรียกให้ชำระดอกเบี้ยตามเงื่อนไขการประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคาไม่เห็นด้วยจึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งรับหลักประกันและให้คืนหลักประกันดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบอันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็น “สัญญาทางปกครอง” ตามบทนิยามของมาตรา ๓^{๔๔} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้

^{๔๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๒๕/๒๕๒๒.

^{๔๔} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ฯลฯ

ฯลฯ

ยังปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๐/๒๕๔๘ ซึ่งคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลนคร นครราชสีมาซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีประกาศสอบราคาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. (ถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก) พร้อมวางระบายน้ำและผู้ถูกฟ้องคดี ได้ยื่นใบเสนอราคาตามแบบที่ผู้ฟ้องคดีจัดไว้ โดยในแบบใบเสนอราคาดังกล่าวมีข้อกำหนดในข้อ ๕ และข้อ ๖ ระบุว่า เทศบาลนครฯ ไม่มีความผูกพันที่จะรับคำเสนอหรือใบเสนอราคาใดๆ รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใดๆ อันอาจเกิดขึ้นในการเข้าเสนอราคา ต่อมาเทศบาลนครฯ ได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ชนะการสอบราคาเข้าทำสัญญาจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยอมเข้าทำสัญญา เทศบาลนครฯ จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายพร้อมดอกเบี้ยจากการไม่เข้าทำสัญญาจ้างดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่า ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดจากการที่เทศบาลนครฯ ประกาศสอบราคาจ้างก่อสร้างอันเป็นการเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นใบเสนอราคาอันถือว่าเป็นการทำคำเสนอต่อเทศบาลนครฯ การที่เทศบาลนครฯ พิจารณาแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าทำสัญญาจ้างจึงถือเป็นคำสนองและก่อให้เกิดสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. ประกอบกับข้อ ๕ และข้อ ๖ ตามที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดในใบเสนอราคาดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่เทศบาลนครฯ อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกฟ้องคดี สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. จึงเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองอันได้แก่การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งเข้าลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาก่อนสัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

จากที่นำเสนอมาย่างต้น เห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังมีคำสนองรับคำเสนอแล้วนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปก่อนมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ กรณีนี้ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของความรับผิดที่ไม่ตรงกันระหว่างองค์กรณีวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

๑) กรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป เอกชนผู้เสนอราคาจะเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคารับผิดได้ตามความผิดในลักษณะใดนั้น ตามความเห็นแรกเห็นว่า เอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดตามสัญญาประกวดราคา (ความรับผิดทางสัญญา) ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่า เอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดในทางละเมิด ตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากความเห็นดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า หากถือว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคา ย่อมไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีฝ่ายเอกชน เพราะตามเอกสารสอบหรือ

ประกวดราคาจะกำหนดให้เอกชนผู้เสนอราคาต้องยื่นหลักประกันของไว้ด้วย ฉะนั้น หากเอกชนถอนตัวไปหน่วยงานของรัฐจะมีสิทธิรับหลักประกันของโดยถือเป็นเบี้ยปรับได้ทันที แต่ในทางกลับกันหากคู่กรณีฝ่ายรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป คู่กรณีฝ่ายเอกชนจะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวได้ จะทำได้ก็เพียงนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้เท่านั้น ดังนั้น การถือว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคาจึงถือเป็นภาระกับเอกชนผู้เสนอราคา ส่วนความเห็นที่สอง ที่เห็นว่า เป็นความรับผิดทางละเมิดนั้น หากเปรียบเทียบกับความเห็นแรกแล้ว ผู้ศึกษาค่อนข้างเห็นด้วยกับความเห็นที่สองนี้มากกว่า ซึ่งการกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด ย่อมเกิดประโยชน์แก่เอกชนผู้เสนอราคาเกี่ยวกับการร้องขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหาย โดยหากเป็นความรับผิดทางละเมิดแล้ว ผู้เสนอราคาย่อมมีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ โดยไม่ต้องนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลได้เพียงอย่างเดียว และหากไม่ได้รับการพิจารณาคำขอหรือไม่พอใจจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดให้ก็ยังมีสิทธินำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้อีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๑ และ มาตรา ๑๔^๕ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด ก็มีข้อบกพร่องในส่วนที่หากมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ผู้เสนอราคาต้องพิสูจน์ต่อศาลให้ได้ว่าการที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาถอนตัวไปเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และนอกจากนี้ยังจะต้องนำสืบถึงจำนวนค่าเสียหายที่ตนสมควรได้รับอีกด้วย ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดภาระแก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายมากพอสมควร แต่จะว่าไปแล้วการกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดสำหรับความรับผิดในกรณีเช่นนี้ ก็ปรากฏว่าได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส จะแตกต่างกันก็เพียงศาลของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากปรับใช้หลักความรับผิดเอกเทศ จึงมีการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในระบบกฎหมายละเมิด จนมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเสียหายใช้จ่ายอันเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยที่ศาลไม่ได้กำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการขาดโอกาสให้แก่ผู้เสียหาย

^๕พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๑๑ ในกรณีที่ผู้เสียหายเห็นว่า หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดตามมาตรา ๕ ผู้เสียหายจะยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ตนก็ได้ ในการนี้หน่วยงานของรัฐต้องออกไปรับคำขอให้ไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า เมื่อหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งเช่นใดแล้วหากผู้เสียหายยังไม่พอใจในผลของการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐก็ให้มีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งผลการวินิจฉัย

๗๗

๗๗

มาตรา ๑๔ เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว สิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา ๑๑ ให้ถือว่าเป็นสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ตามทฤษฎีสัญญาเสียโอกาส (Perte d'une chance) ให้แก่ผู้เสียหายด้วย ดังนั้น เมื่อศาลปกครองไทยมีแนวโน้มที่จะกำหนดค่าขาดโอกาสซึ่งในที่นี้ได้แก่ค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าไม่ใช่ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด จึงมีปัญหาว่า การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดจะมีความเหมาะสมหรือไม่ และหากมีการกำหนดให้เป็นความรับผิดในลักษณะอื่นที่สามารถกำหนดให้ค่าขาดกำไรเป็นค่าเสียหายได้ เช่น กำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญา จะมีความเหมาะสมมากกว่าหรือไม่

๒) กรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไป

ความรับผิดของเอกชนผู้เสนอราคาในขั้นตอนที่มีค่าเสนอสนองต้องตรงกันแล้ว และเอกชนผู้เสนอราคาดังกล่าวได้ถอนตัวไปนี้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองได้ปรากฏตามแนวทางการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดและปรากฏตามคำพิพากษาของศาลฎีกา โดยเห็นว่ามีลักษณะเป็นความรับผิดที่เกิดจาก “สัญญาประกวดราคา” แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองและศาลได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวโดยเห็นว่า ความรับผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นความรับผิดที่เกิดจาก “สัญญาทางปกครอง” ซึ่งการที่ศาลปกครองวินิจฉัยเช่นนี้หากพิจารณาอย่างผิวเผินอาจเห็นว่าศาลปกครองได้ยอมรับว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญา อันเป็น “สัญญาหลัก” หรือสัญญาที่มุ่งจัดทำกันต่อไปได้เกิดขึ้นแล้ว แต่เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัย เห็นได้ว่า ในคำวินิจฉัยแรกศาลปกครองใช้ประโยคที่ว่า “ข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีค่าเสนอและค่าสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาก่อสร้างกลุ่มอาคารทางสังคมศาสตร์ที่จะเป็นสัญญาทางปกครองต่อไปแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง” และในคำวินิจฉัยที่สอง ศาลปกครองใช้ประโยคที่ว่า “การที่เทศบาลนครฯ พิจารณาแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าทำสัญญาจ้างจึงถือเป็นคำสนองและก่อให้เกิดสัญญาอย่างหนึ่งซึ่งไม่ใช่สัญญาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. ประกอบกับข้อ ๕ และข้อ ๖ ตามที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดในใบเสนอราคาดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่เทศบาลนครฯ อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ถูกฟ้องคดี สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจ้างก่อสร้างถนน ค.ส.ล. จึงเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐเพื่อใช้ในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองอันได้แก่การบริการสาธารณะบรรลุผลซึ่งเข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง” จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว เห็นได้ว่า ศาลปกครองทราบดีว่าสัญญาก่อนสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่สัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งจัดทำตามวัตถุประสงค์ของการจัดสอบหรือประกวดราคา แต่มีลักษณะเดียวกันกับ “สัญญาประกวดราคา” ตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกา

ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่ศาลปกครองกำหนดให้สัญญาก่อนสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง อาจเนื่องมาจากสาเหตุในเรื่องดังต่อไปนี้

๑) เมื่อเป็นที่ยอมรับกันตามหลักในทางแพ่งว่า หากคำเสนอของถูกต้องตรงกัน สัญญาย่อมเกิดขึ้น^{๒๖} ดังนั้น ในเมื่อศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง จึงต้องกำหนดให้สัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าว (เฉพาะสัญญาประกวดราคาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองต่อไป) เป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔)^{๒๗} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒) หากกำหนดให้ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิดและเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคาตามแนวทางของคำพิพากษาศาลฎีกา ย่อมไม่เป็นประโยชน์ทั้งต่อตัวผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกและต่อหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาตามลำดับ ทั้งนี้ เนื่องจากหากกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป ก็จะทำให้ปัญหาข้อถกเถียงในเรื่องของการเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรว่าผู้เสนอราคาสามารถเรียกจากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้หรือไม่^{๒๘} แต่ในเรื่องนี้หาก

^{๒๖}ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดให้ต้องทำสัญญากันเป็นหนังสือ และเมื่อพิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๓๖๖ วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” จึงเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วสัญญาทางปกครองที่มุ่งจัดทำต่อไปจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันเป็นหนังสือแล้วเท่านั้น ดังนั้น การที่ศาลปกครองถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแม้ยังไม่มีการทำสัญญากันเป็นหนังสือ จึงอาจทำให้มองไปได้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวขัดกับหลักกฎหมายข้างต้น แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลของคำวินิจฉัย จะเห็นได้ว่าศาลไม่ได้หมายความว่าสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นคือสัญญาทางปกครองที่มุ่งจัดทำ แต่เป็นเพียง “สัญญาก่อนสัญญา” หรือ “สัญญาประกวดราคา” ตามแนวทางที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้เท่านั้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้มีได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น การที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเมื่อคำเสนอของต้องตรงกันจึงเกิดสัญญาทางปกครองขึ้น จึงเป็นไปตามหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา และไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา ๓๖๖ ที่กล่าวมาข้างต้นแต่อย่างใด

^{๒๗}พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

๑) ๑) ๑)

๑) ๑) ๑)

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

๑) ๑) ๑)

๑) ๑) ๑)

^{๒๘}คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๕/๒๕๓๓ พิพากษาว่า “หากกรมโยธาธิการไม่ลงนามในสัญญาโดยไม่มีเหตุอันสมควรย่อมถือได้ว่า กรมโยธาธิการผิด “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัด ช. มีสิทธิฟ้องร้องให้รับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนในฐานะละเมิดได้ แต่จะฟ้องร้องให้กรมโยธาธิการลงนามในสัญญาจ้างก่อสร้างไม่ได้ เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้” แต่ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ วินิจฉัยว่า “การมีคำสั่งให้ยกเลิกการสอบราคาจ้างเหมาก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในการเข้าทำสัญญาจ้าง

กำหนดให้เป็นความรับผิดชอบทางสัญญาที่จะไม่เกิดข้อถกเถียงในเรื่องของค่าขาดกำไรดังกล่าว เนื่องจากตามหลักความรับผิดชอบทางสัญญาผู้เสียหายมีสิทธิเรียกเอาค่าขาดกำไรจากการผิดสัญญาได้อยู่แล้ว

๓) เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่มีทั้งบทบัญญัติเฉพาะและบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีและประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน จึงต้องมีการปรับใช้กับหลักกฎหมายที่มีอยู่สำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าว ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากแบบของสัญญาทางปกครองได้ถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๒๕๐ ซึ่งกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือโดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ไว้เสมอ เว้นแต่ในบางกรณีที่อาจทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจาได้^{๔๔} ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคาในขั้นนี้จึงไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง หน่วยงานของรัฐและผู้ประกวดราคาจึงไม่มีความสัมพันธ์กันทางสัญญา แต่ในประเทศไทยได้มีการยอมรับว่าสามารถเกิดสัญญาขึ้นก่อนสัญญาขึ้นได้ ซึ่งหากไม่ถือว่ามีสัญญาก่อนสัญญาแล้ว ตราบไต่ที่ยังไม่มีการลงนามในสัญญาจะต้องถือว่ายังอยู่ในแดนเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งหากมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปย่อมไม่ถือเป็นการผิดสัญญา ส่งผลให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการถอนตัวไปดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีการนำมาปรับใช้กับหลักกฎหมายละเมิดเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดแก่ตน ซึ่งการที่จะต้องพิสูจน์ความรับผิดดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เสียหายพอสมควรดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว ดังนั้น การที่ศาลปกครองวางหลักว่าเมื่อคำเสนอซองต้องตรงกันถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น จึงเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ เพราะคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบตนได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการถอนตัวไปของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ กรณีความรับผิดที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีคำเสนอซองต้องตรงกันนี้ ยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกันระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง โดยกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาจะยื่นฟ้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดเนื่องจากหน่วยงานฯ เป็นฝ่ายถอนตัวไป ศาลยุติธรรมเห็นว่าจะต้องฟ้องเป็น

ของผู้ฟ้องคดี อันเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำดังกล่าว จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นค่าเอกสารสอบราคาจำนวน ๒,๕๐๐ บาท ค่าจ้างวิศวกรคำนวณราคาจำนวน ๕,๐๐๐ บาท และค่าขาดโอกาสที่จะได้รับกำไรหากได้เข้าทำงานก่อสร้างคุระบายน้ำจำนวน ๓๘,๘๒๙.๔๕ บาท”

^{๔๔}ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓), หน้า ๔๗.

คดีละเมิด แต่หากเป็นฝ่ายหน่วยงานของรัฐจะยื่นฟ้องให้เอกชนที่ถอนตัวไปรับผิดชอบ ศาลปกครองกลับเห็นว่าสามารถยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียตามที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้เป็นความรับผิดในลักษณะเดียวกัน คือ “ความรับผิดทางสัญญา” โดยเมื่อมีคำเสนอสนองต้องตรงกันอันก่อให้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะกรณีฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายถอนตัวไปย่อมถือเป็นการผิดสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้เป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคาตามคำวินิจฉัยข้างต้นนั้น การที่เอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปทำให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทันทีโดยการริบหลักประกันของ ส่วนค่าเสียหายอื่นที่เกิดขึ้นนอกจากนี้หน่วยงานฯ จะเรียกร้องได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา เห็นได้ว่าหน่วยงานฯ จะไม่สามารถเรียกค่าเสียหายในส่วนของค่าจ้างที่เพิ่มขึ้นอันเกิดจากการจ้างผู้รับจ้างรายใหม่ได้เลย^{๕๐} โดยศาลเห็นว่าสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญากันแล้วเท่านั้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า แม้ศาลฎีกาจะมองว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นความรับผิดตามสัญญาประกวดราคา แต่การเรียกค่าเสียหายตามสัญญาดังกล่าว ก็ไม่ใช่หลักเกณฑ์อันเดียวกันกับการเรียกค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญา โดยหากเป็นการเรียกค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญาแล้ว กรณีข้างต้นหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาย่อมสามารถเรียกเอาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมดที่เป็นผลมาจากการที่เอกชนถอนตัวไป

๓. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

๓.๑ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของศาล

ประเด็นการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการพัสดุที่อยู่ในขั้นตอนก่อนทำสัญญานั้น ในชั้นตอนนี้โดยหลักแล้วศาลปกครองจะพิจารณาถึงคำสั่งทางปกครอง หรือกฎ หรือการกระทำอันอันเป็นมูลเหตุแห่งข้อพิพาทนั้นๆ ดังนั้น โดยหลักแล้วข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) - (๓) แห่ง

^{๕๐} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๑/๒๕๔๐ พิพากษาว่า “โจทก์จะเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่ต้องจ้างผู้รับเหมาก่อสร้างรายอื่นแพงกว่าที่จ้างจำเลยไม่ได้ เพราะมิใช่ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญาประกวดราคา” และที่ ๑๘๒๕/๒๕๒๒ พิพากษาว่า “ค่าเสียหายกรณีที่โจทก์ต้องจ้างผู้รับจ้างรายใหม่แพงกว่าเดิมนั้น เป็นค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาซื้อขาย มิใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดข้อตกลงในการประกวดราคา เมื่อสัญญาซื้อขายยังไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวได้”

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เว้นแต่ในบางกรณีศาล เห็นว่ามีสัญญา ก่อนสัญญาอันเป็นสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ข้อพิพาทที่ขึ้นสู่การพิจารณา ของศาลปกครองจึงอาจเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้ด้วย

๓.๑.๑ ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิด อย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งการยื่นฟ้องคดีตามนัยของบทบัญญัติข้างต้นนี้ มีปัญหาที่จะต้อง พิจารณาว่า กรณีใดที่ถือว่าเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งอื่นหรือการกระทำอื่นใดของ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งจากการศึกษา พบว่ายังมีความไม่ชัดเจนในเรื่องดังต่อไปนี้

๑) สถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคา

หากพิจารณาประกาศประกวดราคาหรือสอบราคา จะเห็นได้ว่า ประกาศ ดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงประกาศเชิญชวนให้มีการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างเท่านั้น แต่มีการกำหนด คุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคา รวมทั้งกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของที่ต้องการจัดซื้อจัดจ้าง จึงอาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอาชีพในการจำหน่ายสิ่งของหรือรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการ จัดซื้อจัดจ้าง เช่น กรณีที่มีการโต้แย้งว่าส่วนราชการกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากจัด ให้มีการสอบราคาเพื่อจัดซื้อหรือจัดจ้างโดยไม่แจ้งให้ผู้มีอาชีพผลิตและขายสินค้าที่สอบราคาหรือให้ ผู้ที่ประกอบอาชีพในงานที่มีการสอบราคาทราบ และการฟ้องขอให้ยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจาก เจ้าหน้าที่ของเทศบาลเมืองจัดทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการส่งประกาศประกวดราคาไปประชาสัมพันธ์ ยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องและไม่ปิดประกาศประกวดราคา ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการเข้าแข่งขัน ราคา เป็นต้น ทั้งนี้ แม้ประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ใช้บังคับเฉพาะเจาะจง กรณีใดกรณีหนึ่งเท่านั้น จึงไม่เข้าองค์ประกอบเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประกาศประกวดราคามีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบอาชีพ

ในการจำหน่ายสิ่งของหรือรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างตามประกาศประกวดราคานั้น แต่ประกาศประกวดราคาไม่ได้บังคับเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของประกาศประกวดราคาแบ่งออกได้เป็น ๓ แนวทาง ดังนี้^{๕๑}

แนวทางที่ ๑ เห็นว่า ประกาศประกวดราคามีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลซึ่งเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่มีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป มิได้ใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ทำนองเดียวกับคำสั่งห้ามประชาชนเข้าไปในบริเวณอาคารที่เกิดเพลิงไหม้ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งเทียบเคียงได้กับ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ตามหลักกฎหมายเยอรมัน

แนวทางที่ ๒ เห็นว่า ประกาศประกวดราคาไม่เป็นคำสั่งทางปกครองจึงเป็น “คำสั่งอื่น” ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

แนวทางที่ ๓ เห็นว่า ประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับโดยไม่เจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็น “การกระทำทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาถึงการฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เห็นได้ว่าจะต้องเป็นการยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร^{๕๒} ซึ่งมีข้อที่ควรสังเกต คือ คดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดนี้ จะต้องเป็นกรณีการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ซึ่งต้องใช้ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓)^{๕๓} แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยเสมอ เช่น กรณี

^{๕๑} ถอดความจากการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ, ระหว่างวันที่ ๑๖ - ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๔๗, ณ โรงแรมโนโวเทล โคราเลีย ริมเพอ ระยอง จังหวัดระยอง.

^{๕๒} ฤทัย หงส์สิริ, “การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ๓, ๑ (มกราคม - เมษายน, ๒๕๔๖), หน้า ๗๔.

^{๕๓} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๗๒ ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

พนักงานท้องถิ่นให้อำนาจตามกฎหมายหรือถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาต แล้วทำให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นเสียหาย เป็นต้น^{๕๔}

จากการพิจารณาลักษณะกฎหมายข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ความเห็นในแนวทางที่ ๓ นี้ อาจมีปัญหาในการกำหนดค่าบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑)^{๕๕} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เนื่องจากได้มีการออกประกาศประกวดราคาไปแล้ว จึงไม่อาจสั่งห้ามการกระทำดังกล่าวได้ ส่วนในความเห็นแรกที่เห็นว่า ประกาศประกวดราคาเป็น “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ไม่ได้บัญญัติรองรับการออกนิติกรรมทางปกครองอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปดังกล่าว ดังนั้น หากถือเอาตามความเห็นนี้อาจเกิดปัญหาเรื่องการปรับใช้กับคดีได้ ผู้ศึกษาจึงไม่เห็นด้วยกับทั้งสองความเห็นที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากมีการยอมรับว่าประกาศประกวดราคาเข้าลักษณะของการเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปตามหลักกฎหมายเยอรมัน ก็อาจปรับเข้าได้กับมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ โดยถือว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” เป็นคำสั่งประเภทหนึ่งในบรรดา “คำสั่งอื่น” ตามบทบัญญัติดังกล่าว

ผู้ศึกษาจึงเห็นด้วยกับแนวทางที่สองที่เห็นว่าประกาศประกวดราคาเป็น “คำสั่งอื่น” เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ว่าการพิพาทที่เกิดจาก “การกระทำอื่นใด” ตามตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว น่าจะหมายรวมถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็น “การกระทำอื่น” เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานตาม

(๓) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๕๔} ประสาท พงษ์สุวรรณ, กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย, เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ ๗, วันที่ ๑๔ กันยายน ๒๕๔๕, ณ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า ๑๒ - ๑๓.

^{๕๕} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๗๒ ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)

ฯลฯ

ฯลฯ

กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เข้าไปดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบ และ “คำสั่งอื่น” เช่น การกำหนดจุดก่อสร้างสะพานลอยคนเดินข้ามถนน^{๕๖} เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เข้าลักษณะของการออก “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” แต่ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองอื่นๆ ที่ควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และหากกำหนดให้การออกประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็น “คำสั่งอื่น” ซึ่งไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ก็ไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๔^{๕๗} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสอง^{๕๘} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒) ปัญหาเกี่ยวกับ “การรับซองและการพิจารณาของเสนอราคา”

ในขั้นตอนการรับซองและการพิจารณาของเสนอราคาอาจมีปัญหาคือข้อพิพาทได้ ๓ กรณี ดังนี้

(๑) คณะกรรมการรับซองประกวดราคาไม่รับซองเสนอราคาเนื่องจากยื่นซองเมื่อล่วงเลยเวลาที่กำหนดไว้

(๒) คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาไม่พิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคา เนื่องจากผู้เสนอราคามีคุณสมบัติไม่ครบ หรือคุณลักษณะของสิ่งของที่เสนอราคาไม่ตรงตามที่กำหนดในประกาศประกวดราคา (ไม่ผ่านข้อเสนอด้านเทคนิค)

(๓) คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคาแล้วไม่คัดเลือกผู้เสนอราคารายนั้น เนื่องจากไม่ใช่ผู้เสนอราคาที่ดีที่สุด

^{๕๖} คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๙๓/๒๕๔๕, ที่ ๑๐๔/๒๕๔๕, ที่ ๑๔๔/๒๕๔๕, และที่ ๑๑/๒๕๔๗.

^{๕๗} พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๔๔ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๘ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๕๘} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๔๒

ฯลฯ

ฯลฯ

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

ผู้ศึกษาเห็นว่า ทั้ง ๓ กรณีดังกล่าว ถือเป็นคำสั่งทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้าง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ โดยต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคานั้นเป็นแต่เพียงการให้ความเห็นซึ่งต้องรายงานผลการพิจารณาต่อผู้มีอำนาจสั่งอนุมัติการจัดซื้อจัดจ้างอีกชั้นหนึ่ง ดังนั้น ในการยื่นฟ้องคดีที่เกิดขึ้นจากขั้นตอนดังกล่าว จะต้องรอให้มีการสั่งอนุมัติจัดซื้อจัดจ้างก่อนจึงจะถือว่าผู้เสนอราคาที่ถูกตัดสิทธิดังกล่าวเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะไม่แน่ว่าในระหว่างการอนุมัติซื้อหรือจ้างหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาอาจมีการยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าวหรือไม่ก็ได้

๓) ปัญหาเกี่ยวกับ “การยกเลิกการประกวดราคา”

ในขั้นตอนการยกเลิกการประกวดราคาอาจมีปัญหาข้อพิพาทได้ ๒ กรณี ดังนี้

(๑) การยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่ยังไม่มีผลการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา

(๒) การยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว

ผู้ศึกษาเห็นว่า การยกเลิกการประกวดราคาทั้ง ๒ กรณี เป็นเข้าลักษณะของการเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ โดยต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เช่นเดียวกัน

๓.๑.๒ ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

สำหรับปัญหาของการกำหนดให้ข้อพิพาทในบางขั้นตอนในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นั้น ได้ก่อให้เกิดปัญหขึ้นหลายประการ ดังนี้

๑) ปัญหาเกี่ยวกับจุดแบ่งที่ว่า กรณีใดที่ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่า มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาคือ

ประการแรก สัญญาที่มุ่งจัดทำต่อไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลังดำเนินการอยู่นั้น จะต้องเป็น “สัญญาทางปกครอง”

ประการที่สอง จะต้องปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีคำสั่งมอบรับคำสั่งหรือสัญญาหรือเสนอขายของเอกชนผู้เสนอราคาแล้ว โดยถือเอาสาระสำคัญของการทำคำสั่งมอบเป็นหนังสือ คือ หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างได้มี “หนังสือแจ้งให้ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาทำสัญญา” และหนังสือดังกล่าวได้ไปถึงยังผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว และรวมไปถึงการกระทำของหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาในกรณีอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการทำคำสั่งมอบรับคำสั่งหรือสัญญา

๒) ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิยื่นฟ้องคดี โดยผู้ที่จะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยหลักแล้วจะต้องเป็นผู้สัญญา ดังนั้น ผู้ที่จะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ จึงเป็นเรื่องระหว่างผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเท่านั้น

๓) ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง หากถือว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาแล้ว เอกชนผู้เสนอราคาย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายตามสัญญาได้ หากไม่มีการชดใช้ก็จะต้องยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ต่อไป

๓.๒ ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี

๓.๒.๑ ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับการประกาศประกวดราคานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ประกาศประกวดราคาอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย หรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ในหลายกรณี เช่น ในการกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของที่จะจัดซื้อหรือกำหนดเงื่อนไขที่จะจัดจ้าง ซึ่งอาจทำให้ผู้ที่ประกอบอาชีพในการจำหน่ายสิ่งของหรือผู้ประกอบการรับจ้างทำของที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างไม่อาจเข้าเสนอราคาตามประกาศดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเสนอราคา ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขให้ต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์หรือมีผลงานกับทางราชการมาก่อนนั้น ย่อมมีผลเป็นการตัดสิทธิของผู้ประกอบการรายใหม่ในการที่จะเข้าเสนอราคา โดยกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งได้ว่า

เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ขัดต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

ดังนั้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศประกวดราคาจึงควรมีสติฟองคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องไปซื้อของประกวดราคา ยื่นซองประกวดราคาและถูกตัดสิทธิก่อนแล้วจึงมีสิทธิฟ้องคดี แต่บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ที่มีศักยภาพในการที่จะเข้าเสนอราคา โดยรวมถึงผู้ที่เพิ่งเริ่มประกอบกิจการที่ยังไม่เคยเข้าเสนอราคาในการประกวดราคา มาก่อนด้วย ทั้งนี้ ไม่รวมถึงผู้ประกอบการอื่นที่ไม่เข้าลักษณะของงานที่จะทำการซื้อหรือจ้าง

๓.๒.๒ ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดี

สำหรับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดีนั้น หากกรณีใดมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็จะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่หากเป็นการยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งประกาศประกวดราคา เช่น กรณีที่มีข้อโต้แย้งว่าประกาศประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีการกำหนดคุณลักษณะของสิ่งของหรือคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาโดยเอื้อประโยชน์ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่เป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายอื่นนั้น จะต้องพิจารณาไปตามความเห็นซึ่งมีความเห็นดังที่กล่าวมาแล้วว่ามีอยู่ ๓ แนวทาง สำหรับแนวทางที่ ๑ ที่เห็นว่า ประกาศประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้น เห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวด ๒ คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ ๕ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง มาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว เห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้จะต้องมีคู่กรณีเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ประกาศประกวดราคามีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามบทบัญญัติดังกล่าว แนวทางที่ ๒ เห็นว่า ประกาศประกวดราคาไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งอื่นซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ ไม่ได้กำหนดขั้นตอนในการอุทธรณ์ไว้ จึงไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดี และแนวทางที่ ๓ เห็นว่า ประกาศประกวดราคาเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดี ดังนั้น การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศประกวดราคา จึงไม่ต้องยื่นอุทธรณ์อันเป็นการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม หากถือว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความรับผิดทางละเมิดแล้ว ผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกย่อมมีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ ตามมาตรา ๑๑^{๕๙} แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่การยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว ไม่ถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำคัญสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนการยื่นฟ้องคดี^{๖๐}

๔. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย

๑) การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางละเมิด

กรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นความรับผิดนอกสัญญาหรือ “ความรับผิดทางละเมิด” การเรียกชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๓๘ ซึ่งได้บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...” ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นได้ว่า การเรียกชดใช้ค่าเสียหายตามหลักความรับผิดทางละเมิดนั้น การกำหนดค่าเสียหายจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัย โดยจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิด โดยผู้เสียหายจะต้องมีภาระในการพิสูจน์ถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และความเสียหายที่ตนได้รับ

๒) การกำหนดค่าเสียหายบนฐานความรับผิดทางสัญญา

กรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็น “ความรับผิดทางสัญญา” การเรียกชดใช้ค่าเสียหายก็จะคำนวณค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๒๒ ที่บัญญัติว่า “การเรียกชดใช้ค่าเสียหายนั้น ได้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความสะดวกเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ นั้น และวรรคสองบัญญัติว่า เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งความสะดวกอันเกิดแต่พฤติการณ์

^{๕๙} พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

มาตรา ๑๑ ในกรณีที่ผู้เสียหายเห็นว่า หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดตามมาตรา ๕ ผู้เสียหายจะยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาคชชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนก็ได้ ในการนี้หน่วยงานของรัฐต้องออกไปรับคำขอให้ไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคชชดนั้นโดยไม่ชักช้า เมื่อหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งเช่นใดแล้วหากผู้เสียหายยังไม่พอใจในผลของการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐก็ให้มีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการวินิจฉัย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๖๐} ฤทัย หงส์ศิริ, “การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง,” หน้า ๘๗.

พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว” ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า การเรียกกรังค่าเสียหายของคู่กรณีโดยใช้หลักความรับผิดชอบทางสัญญา จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทั้งที่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติ เช่น วัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่จะต้องมีการส่งมอบกันตามสัญญาหรือค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ และรวมไปถึงค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น เช่น ผลกำไรที่จะเกิดขึ้นต่อไปหากได้เข้าทำสัญญา

๓) การกำหนดค่าเสียหายในลักษณะอื่นๆ

กรณีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบในลักษณะอื่นนอกจากความรับผิดชอบทางสัญญาและความรับผิดชอบทางละเมิดนี้ ได้แก่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็น “ความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศ” โดยการเรียกกรังค่าเสียหายจะเป็นการเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) ซึ่งก็คือการที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทำสัญญาซึ่งผลที่สุดสัญญาไม่เกิดขึ้น รวมทั้งไม่ควรต้องเสียค่าใช้จ่ายไปในกรณีดังกล่าว อันถือเป็นประโยชน์เกี่ยวกับทรัพย์สินในการที่ไม่ควรต้องเริ่มต้นกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาหรือในความไม่สำเร็จของสัญญา โดยค่าเสียหายที่ผู้เสียหายสามารถเรียกกรังได้นั้น ไม่ได้หมายถึงค่าเสียหายทุกอย่างก่อนสัญญา แต่จะต้องเป็นค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองเป็นสำคัญ เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเริ่มปฏิบัติตามสัญญาด้วยความเชื่อว่าจะเกิด เป็นต้น

หากพิจารณาจากการกำหนดลักษณะของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า หลักความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศนี้ได้รับการพัฒนาในประเทศอิตาลีและในประเทศเยอรมัน จนถึงขนาดที่นำไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศ อีกทั้ง ในประเทศฝรั่งเศสแม้จะไม่มีให้นำเอาหลักการดังกล่าวนี้ไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายที่ชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติศาลสูงของฝรั่งเศสก็ได้รับรองหลักการดังกล่าวนี้ไปใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยได้นำเอาหลักความรับผิดชอบเอกเทศไปปรับใช้กับกฎหมายในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งสะท้อนออกมาในรูปของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย โดยศาลฝรั่งเศสจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายในกรณีความรับผิดชอบก่อนสัญญาเท่าที่ผู้เสียหายได้ใช้จ่ายไปจริง ซึ่งจะไม่รวมถึงค่าขาดโอกาสที่จะเข้าทำสัญญาด้วย

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายของความรับผิดชอบที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องเป็นความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งก็คือช่วงเวลาตั้งแต่มีการออกประกาศประกวดราคาจนถึงช่วงก่อนที่จะมีการแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาเข้าทำสัญญานั้น ควรคำนึงถึงการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามหลักความรับผิดชอบเอกเทศมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนด้วย โดยค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสุจริตจะ

เรียกร้องได้นั้น จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการต่างๆ ก่อนเข้าทำสัญญาเท่านั้น ซึ่งค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายตามความเป็นจริง ไม่ใช่ค่าเสียหายในกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว

แต่สำหรับกรณีที่ศาลปกครองไทยเห็นว่าควรมีการกำหนดให้ค่าขาดโอกาสที่จะได้เข้าทำสัญญาในลักษณะของค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหาย สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีการสนองรับคำเสนอแล้วนั้น กรณีเช่นนี้ควรกำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้น มีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญา ซึ่งในปัจจุบันในกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไปศาลปกครองได้กำหนดให้เอกชนต้องรับผิดตามสัญญาทางปกครองอยู่แล้ว แต่ที่ยังมีปัญหาอยู่ก็คือหากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปในช่วงเวลาเดียวกันนั้น เดิมศาลฎีกาได้กำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด และในปัจจุบันยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่กำหนดว่าความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิด ปราบปรามเพียงกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ถอนตัวไปก่อนมีการสนองรับคำเสนอในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดทำสัญญาทางปกครองต่อไป (มีการคัดเลือกผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว แต่ยังไม่มีการเรียกให้เข้าทำสัญญา) ซึ่งโดยหลักแล้วต้องถือว่ายังไม่มีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น โดยศาลปกครองได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดในทางละเมิดและได้กำหนดให้ค่าขาดกำไรโดยถือเป็นค่าขาดโอกาสที่จะเข้าทำสัญญาด้วย จึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะให้ค่าขาดกำไรแก่เอกชนผู้เสียหายสำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการเกิดของสัญญา ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า สำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่มีการสนองรับคำเสนอแล้วนั้น (มีการเรียกให้เข้าทำสัญญาแล้ว) ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาหรือหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายถอนตัวไป ควรกำหนดให้เป็น “ความรับผิดทางสัญญา” ด้วยกันทั้งสองกรณี ทั้งนี้ การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญานั้น นอกจากจะมีความสอดคล้องกับหลักทั่วไปของการเกิดสัญญาแล้ว ยังเกิดประโยชน์แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในเรื่องของการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย และยังเป็น การลดปัญหาข้อถกเถียงในเรื่องของการเรียกค่าขาดกำไรได้อีกด้วย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๖

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๑. บทสรุป

ส่วนที่หนึ่ง : สรุปปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

ในกระบวนการจัดหาคู่สัญญาในสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อให้ได้ประโยชน์จากการแข่งขันเข้าเสนอราคาของเอกชนผู้ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญากับทางราชการ ซึ่งจะทำให้ส่วนราชการมีโอกาสคัดเลือกพัสดุที่มีคุณภาพเหมาะสมแก่การใช้งานตามความมุ่งหมายและได้ราคาที่เหมาะสม จึงจำเป็นต้องมีขั้นตอนการดำเนินการที่เข้ามาเกี่ยวพันปลีกย่อยหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นการนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับขั้นตอนการจัดหา และในขณะเดียวกันก็มีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของเอกชนหรืออาจเป็นเพียงการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น ขั้นตอนการจัดกระบวนการขออนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง การแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ การกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือผู้รับจ้าง การเปิดซองประกวดราคา เป็นต้น กระบวนการต่างๆ ดังที่กล่าวมา หากเจ้าหน้าที่ได้กระทำการด้วยความไม่โปร่งใส มีส่วนได้เสีย มีความไม่เป็นกลาง หรือมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่เอกชนผู้เข้าร่วมในการประกวดราคาได้ ในขณะเดียวกัน หากปรากฏว่าผู้เข้าร่วมประกวดราคาไม่ดำเนินการตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา เช่น มีการถอนตัวไปในระหว่างการคัดเลือกหรือไม่ยอมเข้ามาลงชื่อเพื่อทำสัญญา ก็ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบหน่วยงานของรัฐได้เช่นเดียวกัน ซึ่งความรับผิดชอบทั้งหลายที่ได้กล่าวมาข้างต้น ล้วนเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการเกิดขึ้นของสัญญา หรือที่เรียกกันว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” หมายถึง ความผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ อันเป็นผลให้เกิดความรับผิดชอบตามมา

อย่างไรก็ตาม การให้ลักษณะในทางกฎหมายของความรับผิดชอบดังกล่าวมีความมีปัญหาเกี่ยวกับการให้ลักษณะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น ความเห็นที่ว่า จะบังคับให้มีการรับผิดชอบตามสัญญาไม่ได้เพราะสัญญายังไม่เกิด จึงไม่ผูกพันให้ต้องรับผิดชอบตามสัญญา (Contractual liability) หรือเห็นว่าไม่ใช่ความรับผิดชอบในลักษณะละเมิด เพราะความผิดดังกล่าวอาจยังไม่ถึงขั้นที่เป็นการกระทำต่อ

ผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย ซึ่งการให้ลักษณะในทางกฎหมายที่แตกต่างกันย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างหลายประการ เป็นต้นว่า หากกำหนดให้การกระทำไม่เป็นการผิดตามกฎหมาย ย่อมทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย หรือหากกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิด ผู้เสียหายก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายอย่างไรและตนได้รับความเสียหายอย่างไรบ้าง แต่หากกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญา ก็อาจจะไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ ยังรวมไปถึงสิทธิในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลด้วย

ในกรณีที่การตกลงเข้าทำสัญญาได้กระทำขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนกับรัฐนั้น จะอยู่ในกรอบของกฎหมายปกครองที่วางระเบียบบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ด้วยเหตุที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐได้จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารงานของรัฐและมุ่งให้ได้มาซึ่งประโยชน์สุขของประชาชน การดำเนินการต่างๆ ของส่วนราชการจึงต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองประโยชน์สาธารณะ ทำให้ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าทำสัญญา คู่กรณีที่เป็นหน่วยงานของรัฐจึงมีฐานะในทางปกครองที่จะต้องทำหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบหลักเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้ข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทางราชการ ดังนั้น หากมีการใช้สิทธิเสรีภาพของคู่กรณีในช่วงเวลาก่อนการเกิดสัญญา ซึ่งเมื่อมีการใช้สิทธิหรือเสรีภาพแล้วก็เป็นหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องปฏิบัติตาม เพราะฉะนั้นหากมีการใช้เสรีภาพในการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริต หรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นก็จะทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้อีกด้วย

ทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญาแยกเป็น ๓ กรณี คือ ทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา (Contractual liability Theory) ทฤษฎีความรับผิดทางละเมิด (Delictual Liability Theory) และทฤษฎีความรับผิดเอกเทศ (Third Lane Theory) ซึ่งตามทฤษฎีความรับผิดทางสัญญา มีแนวความคิดในเรื่องการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาว่า ควรจะต้องให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดทางสัญญาไม่ใช่อาศัยมูลละเมิด แม้ว่าจะอยู่ในช่วงที่สัญญายังไม่เกิดก็ตาม โดยเห็นว่านิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวอาจเป็นมูลแห่งหนี้หรือบ่อเกิดแห่งหนี้ได้ หากผู้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวบอกถอนการแสดงเจตนาของตนก่อนมีการสนองรับผู้แสดงเจตนาจึงต้องรับผิดและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากมีการตระเตรียมการบางอย่างเพื่อจะแสดงเจตนาสนองรับ ซึ่งตามทฤษฎีนี้มีประเทศที่มีการนำไปใช้ได้แก่ ประเทศอิตาลี โดยมีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญาไปบัญญัติในกฎหมายลักษณะสัญญา มาตรา ๑๓๓๗ มาตรา ๑๓๓๘ และมาตรา ๑๓๒๘ วรรคแรก

สำหรับทฤษฎีความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือความรับผิดชอบทางละเมิดนี้เป็นความรับผิดชอบที่สันนิษฐานถึงความมีอยู่ของหนี้หรือความผูกพันทั่วๆ ไปที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น จึงไม่อาจจัดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากเป็นความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิด ไม่ใช่ความรับผิดชอบสำหรับความผิดเมื่อเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น แม้อาจจะกล่าวได้ถึงหนี้ที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนสัญญาก็ไม่อาจจะกล่าวได้เลยว่าหนี้นั้นมีลักษณะของหนี้ตามสัญญา เพราะช่วงที่ก่อให้เกิดสัญญาเป็นช่วงที่แยกต่างหากซึ่งมีลักษณะเฉพาะของตัวเอง และในท่ามกลางหลักเกณฑ์เหล่านั้นก็มีหลักสุจริตอยู่ด้วย อันการฝ่าฝืนจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบอยู่นอกขอบเขตของสัญญา และเมื่อไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบตามสัญญาได้ กลุ่มที่เหลืออยู่จึงมีเฉพาะกลุ่มความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือในทางละเมิดเท่านั้น โดยประเทศที่เห็นด้วยกับการจัดความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกลุ่มความรับผิดชอบนอกสัญญาหรือละเมิดนี้ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส โดยได้นำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิด

แต่สำหรับทฤษฎีความรับผิดชอบเอกเทศนั้น ทฤษฎีนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาไม่อาจจัดกลุ่มอยู่ในความรับผิดชอบตามสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เกิด และไม่อาจจัดอยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบทางละเมิดด้วยเช่นกัน จึงควรนำมาจัดอยู่ในกลุ่มใหม่ที่ตั้งชื่อว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญา ทั้งนี้ เพราะความรับผิดชอบก่อนสัญญามีรากฐานแตกต่างจากสัญญาหรือในทางละเมิด ที่ว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญามีรากฐานแตกต่างจากความรับผิดชอบตามสัญญา เพราะสัญญายังไม่เกิดขึ้น จึงยังมิได้มีความผูกพันใดๆ ทางสัญญาต่อกัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบทางละเมิด เพราะความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นสามารถที่จะพบและอาจกระทบขอบเขตทางกฎหมายได้ทั้งในเรื่องของสัญญาและเรื่องของละเมิด จึงควรที่จะจัดให้อยู่ในกลุ่มใหม่เป็นกลุ่มความรับผิดชอบที่เป็นเอกเทศ ซึ่งตามทฤษฎีนี้ศาลของประเทศเยอรมันได้นำมาใช้ตัดสินคดี โดยให้ช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาสามารถนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้ทั้งในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปและปรับกับหลักกฎหมายที่มีอยู่ โดยก่อนมีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยตรง แต่มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเรื่องเท่านั้น จึงทำให้ไม่อาจนำกฎหมายที่มีอยู่มาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาได้ทุกกรณี จนต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ จึงได้มีการนำเอาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในหมวดของสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้มีการบัญญัติรองรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในมาตรา ๒๔๑ และมาตรา ๓๑๑ ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาอย่างชัดเจน เพื่อคุ้มครองคู่กรณีแต่ละฝ่ายในช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญาว่า จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีการแสดงเจตนาโดยไม่สุจริตหรือประมาทยอม

มีหนี้เกิดขึ้นได้ และคู่กรณีฝ่ายที่เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของคู่กรณีฝ่ายแรกได้

หากนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญาในแต่ละลักษณะข้างต้นมาปรับใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ในสัญญาทางปกครองของไทยก็จะเกิดผลกระทบต่อคู่กรณีที่เข้าเจรจากันหลายประการ และที่สำคัญคือผลกระทบต่อข้อกำหนดค่าเสียหายในแต่ละกรณีแตกต่างกัน โดยกรณีที่เกี่ยวข้องเป็น “ความรับผิดทางสัญญา” การเรียกร้องค่าเสียหายก็จะกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๒๒ ที่บัญญัติว่า “การเรียกร้องค่าเสียหายนั้น ได้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้” และวรรคสองบัญญัติว่า เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว” ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า การเรียกร้องค่าเสียหายของคู่กรณีโดยใช้หลักความรับผิดทางสัญญา จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทั้งที่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติ และที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษ

แต่ในกรณีที่เกี่ยวข้องเป็นความผิดนอกสัญญาหรือ “ความรับผิดทางละเมิด” การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๓๘ ซึ่งได้บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด...” ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมาย เห็นได้ว่า การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามหลักความรับผิดทางละเมิดนั้น จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัย โดยจะพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำละเมิด

ส่วนในกรณีที่เกี่ยวข้องความรับผิดก่อนสัญญาเป็น “ความรับผิดที่เป็นเอกเทศ” การเรียกร้องค่าเสียหายจะเป็นการเรียกค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) ซึ่งก็คือค่าเสียหายที่ผู้เสียหายไม่สมควรที่จะต้องสูญเสียไปหากไม่ได้เข้าร่วมในการเจรจาหรือเข้าทำสัญญาที่ไม่เกิดขึ้น โดยไม่รวมถึงค่าขาดโอกาสในเรื่องของผลกำไร

จากการศึกษาการปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของต่างประเทศพบว่าในประเทศเยอรมันนั้น เนื่องจากแต่เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยไม่ได้นำมาบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายศาลเยอรมันจึงนำหลักความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นจากกระบวนการก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสินคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖๒ แห่งประมวลกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ ๒๕ พฤษภาคม ๑๙๗๖

เรียกโดยย่อว่า VwVfG) กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับ สัญญาทางปกครองได้ด้วย ด้วยเหตุที่ว่า ตามหลักกฎหมายของเยอรมัน ถือว่าสัญญาทางปกครองเป็น สัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายในเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับ สัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญา และหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมี การแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอสนอง เป็นต้น โดยศาลสูงของเยอรมันมองว่า แม้จะยังไม่มีสัญญาผูกพันกันคู่กรณีที่ได้เข้ามาเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญากัน ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างมี ก็ความสัมพันธ์ทางนี้ต่อกันแล้ว โดยมีหลักว่า การกระทำผิดหน้าที่ก่อนเกิดสัญญามีผลทำให้คู่กรณีที่ เชื่อถือและไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย แม้ไม่มีการทำสัญญา คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการติดต่อก่อน การเกิดสัญญานั้นๆ ซึ่งหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ ก็คือหน้าที่ตาม กฎหมายที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสำหรับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ และค่าเสียหายที่ เรียกเรื่องนี้ เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ที่คู่กรณีต้องใช้ความระมัดระวังและความซื่อสัตย์ ไว้วางใจต่อกันในการเจรจาทำสัญญา ดังนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวจะต้อง ชดใช้ค่าเสียหายเพราะความไว้วางใจ ซึ่งได้แก่ผลประโยชน์ในทางลบ ทั้งนี้ เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการเจรจาต่อรองทำสัญญา ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลไม่ได้มี การวินิจฉัยลงไปว่า การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิด แต่เป็น ทฤษฎีที่แยกออกจากหลักกฎหมายสัญญาหรือละเมิด ซึ่งเป็นหลักความรับผิดประเภทที่สามหรือหลัก ความรับผิดที่เป็นเอกเทศที่ใช้กับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้มีความชัดเจนขึ้น เมื่อได้มีการนำเอาหลักความรับผิดก่อนสัญญาไปบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนในกลุ่มกฎหมายสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น จากการศึกษาพบว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคาไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของกรกระทำทางปกครอง ใน ชั้นนี้หน่วยงานของรัฐและผู้ประกวดราคาจึงไม่มีความสัมพันธ์กันในทางสัญญา ดังนั้น ตามหลัก กฎหมายปกครอง หน่วยงานของรัฐย่อมใช้ดุลพินิจในการพิจารณายกเลิกการประกวดราคาได้ตามที่ เห็นสมควร และหากผู้ประกวดราคาได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าว เช่น ความเสียหายจากการยกเลิกการประกวดราคา ผู้ประกวดราคาย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐชดใช้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเสียหายที่แท้จริงได้ บนฐานความรับผิดทางละเมิด ไม่ใช่ความรับผิดทาง สัญญา แม้ว่าจะมีการประกาศชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว ซึ่งจะ เป็นผู้มิสิทธิเข้าทำสัญญาจัดหาพัสดุกับรัฐแล้วก็ตาม ก็ยังไม่ถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้น สัญญา จัดหาพัสดุจะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้มีอำนาจของหน่วยงานของรัฐได้ลงนามในหนังสือสัญญาในเวลาอัน

สมควรแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากแบบของสัญญาทางปกครองได้ถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๒๕๐ ซึ่งกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ไว้เสมอ เว้นแต่ในบางกรณีที่อาจทำสัญญาทางปกครองด้วยวาจาได้

ส่วนประเทศอิตาลีนั้น ในระบบกฎหมายอิตาลีได้มีการบัญญัติรองรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ซึ่งได้บัญญัติไว้ในลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยได้กำหนดให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดชอบเอกเทศ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กว้าง ซึ่งสามารถที่จะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดีได้มากมาย และหากพิจารณาในเบื้องต้นอาจทำให้เข้าใจว่าระบบกฎหมายอิตาลี เป็นระบบที่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาชัดเจนและครอบคลุมมากกว่าประเทศอื่นๆ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้อย่างชัดเจนก็มีผลเป็นการแก้ไข้ปัญหาไปได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากในทางปฏิบัติยังปรากฏว่ามีปัญหาการตีความเกี่ยวกับลักษณะในทางกฎหมายของความรับผิดชอบข้างต้น ที่ยังมีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้แตกต่างกัน

ในกระบวนการเข้าทำสัญญาทางปกครองของไทยนั้น มีการกำหนดระเบียบปฏิบัติเอาไว้โดยเรียกว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ดังนั้น ข้อพิพาทส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในกระบวนการเข้าทำสัญญาดังกล่าวจึงเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ หรือระเบียบภายในของหน่วยงานของรัฐอื่นๆ ที่ว่าด้วย “การพัสดุ” อันเป็นขั้นตอนของการเข้าไปสู่การเป็นคู่สัญญากับทางราชการ หรือเป็นการคัดเลือกผู้ที่สมควรได้รับการคัดเลือกให้เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ เช่น ขั้นตอนการออกประกาศประกวดราคา ขั้นตอนการเปิดซองราคา การพิจารณาคัดเลือกให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคา เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย ได้เกิดขึ้น ๓ ในลักษณะด้วยกันคือ

๑) เป็นความรับผิดทางละเมิด โดยลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย ในกรณีนี้ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ที่ได้วางแนวคำวินิจฉัยเอาไว้ แต่ภายหลังจากที่ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น ข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวได้กลายเป็นคดีละเมิดทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะเกิดขึ้นใน ๒ ประเภทคดี คือ ประเภทแรกถือว่าเป็นคดีละเมิดที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกรณีใดจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง จะถูกกำหนดไว้ใน

กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เช่น คำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้าง คำสั่งอนุมัติซื้อหรือจ้าง หรือการยกเลิกประกาศสอบราคาหรือประกาศประกวดราคา เป็นต้น และคดีประเภทที่สอง ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในลักษณะอื่นที่อยู่นอกเหนือจากการกำหนดโดยกฎกระทรวงดังกล่าว เช่น การแจ้งการประกวดราคาโดยไม่ชอบ เป็นต้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยคดีประเภทที่สองนี้ ศาลปกครองไม่ได้วินิจฉัยให้เฉพาะลงไปว่าเป็นการกระทำละเมิดที่เกิดจากการออกกฎ คำสั่ง หรือคำสั่งอื่น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามลักษณะของข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

๒) เป็นความรับผิดทางสัญญา โดยในกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดทางสัญญานี้ ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ปรากฏแนวทางจากการตอบข้อหารือของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ โดยคณะกรรมการฯ ได้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่ส่วนราชการได้อนุญาตให้ผู้เสนอราคาทำงานไปก่อน แล้วจึงทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือในภายหลังนั้น ถือว่าเป็นการสนองรับคำเสนอราคาของผู้เสนอราคาโดยปริยาย จึงมีผลผูกพันเกิดขึ้นระหว่างส่วนราชการกับเอกชนผู้เสนอราคาแล้ว นอกจากนี้ยังปรากฏตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและจากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด ซึ่งได้วางแนวคำวินิจฉัยเอาไว้ว่า กรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเรียกร้องให้ผู้เสนอราคาที่ชนะการประกวดราคาและได้รับแจ้งให้เข้าทำสัญญา (คำเสนอสนองต้องตรงกันแล้ว) รับผิดเนื่องจากไม่ยอมเข้ามาลงชื่อเพื่อทำสัญญา มีลักษณะเป็นการเรียกให้รับผิดตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคา โดยถือว่าเป็นการผิด “สัญญาประกวดราคา” นอกจากนี้จากการตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดยังปรากฏว่า เอกชนผู้ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาก็ยังสามารถใช้ข้อเรียกร้องนี้ได้เช่นเดียวกัน ต่อมาภายหลังจากที่ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีคำเสนอสนองต้องตรงกันข้างต้นได้กลายเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลฎีกาจะวินิจฉัยว่า ในกรณีดังกล่าวหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ถือเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาก็ตาม แต่ในการเรียกร้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายรับผิดนั้น คู่กรณีฝ่ายรัฐสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้คู่กรณีฝ่ายเอกชนรับผิดตามข้อตกลงในเอกสารประกวดราคาได้ ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นการรับหลักประกันของและค่าเสียหายอื่นๆ โดยไม่รวมถึงค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรหรือค่าเสียหายในการจัดจ้างผู้รับจ้างรายอื่น

อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการเรียกค่าเสียหายในความรับผิดข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า น่าจะเป็นการเรียกค่าเสียหายที่ใช้กับหลักความรับผิดเอกเทศมากกว่า

๓) กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดเอกเทศ สำหรับลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย กรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดเอกเทศนี้ ได้ปรากฏขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยการรับรองความรับผิดในลักษณะเช่นนี้ได้ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๐/๒๕๔๘ ซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนของความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การกำหนดความรับผิดก่อนสัญญาในลักษณะของความรับผิดเอกเทศนี้ มีปัญหาตรงที่ยังไม่มีการบัญญัติรองรับไว้ในระบบกฎหมายของไทย ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายของประเทศอิตาลีและประเทศเยอรมันที่มีการบัญญัติรองรับหลักความรับผิดดังกล่าวไว้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งของแต่ละประเทศ ดังนั้น การนำเอาหลักความรับผิดข้างต้นมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทยจึงมีปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมตามมา

หลังจากผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองของไทย พบว่าสามารถจัดแบ่งปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลาของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาได้เป็น ๓ ช่วงเวลา คือ

- ๑) ช่วงเวลาของการเจรจาก่อนการทำคำเสนอ
- ๒) ช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการทำคำเสนอแล้วแต่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอ
- ๓) ช่วงเวลาที่มีการสนองรับคำเสนอแล้ว

ในปัญหาประการแรก คือ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงการเจรจาก่อนคู่กรณีแสดงเจตนาทำคำเสนอนี้ ปรากฏความเห็นที่แตกต่างกันเป็น ๒ แนวทาง ทั้งแนวทางที่เห็นว่าไม่เป็นความรับผิดตามกฎหมาย และแนวทางที่เห็นว่าเป็นความรับผิดตามกฎหมาย โดยในส่วนที่เห็นว่าเป็นความรับผิดตามกฎหมายนี้ เห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ในขณะที่เจรจานั้น คู่กรณีแต่ละฝ่ายที่เข้าเจรจากันต้องอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ครอบคลุมมาตรฐานในการเจรจา และการใช้เสรีภาพล้มเลิกการเจรจาเพื่อทำสัญญาให้ต้องกระทำโดยสุจริต มิฉะนั้น คู่กรณีฝ่ายที่ล้มเลิกการเจรจาอาจใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่คำนึงถึงว่าจะมีผู้ใดต้องเสียหายหรือไม่ ดังนั้น หากมีการใช้เสรีภาพในการล้มเลิกการเจรจาถอนตัวไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้น ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่กฎหมายไม่รับรองและคุ้มครองให้ ทั้งนี้ การใช้สิทธิในลักษณะดังกล่าวมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันมิชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจก่อมูลหนี้ทางละเมิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ ประกอบกับความรับผิดทางละเมิดเป็นเรื่องการเยียวยาความ

เสียหายเพื่อให้คู่กรณีสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงควรนำมาปรับใช้เพื่อให้คู่กรณีสามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการเจรจา โดยการกระทำละเมิดในชั้นของการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญานี้ ฝ่ายที่กระทำละเมิดยอมได้แก่ฝ่ายหน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบหรือประกวดราคา เช่น กรณีการแจ้งหรือปิดประกาศประกวดราคาโดยไม่ชอบ หรือการกำหนดคุณสมบัติในเอกสารประกวดราคาโดยเอื้อประโยชน์ต่อผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง ย่อมถือเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย อันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นการขยายขอบเขตของหลักความรับผิดก่อนสัญญาให้ครอบคลุมถึงความรับผิดของหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา สำหรับการกระทำอันเป็นความผิดของเจ้าหน้าที่ในลักษณะข้างต้น ต่อเอกชนผู้ประกอบการที่อยู่ในขอบข่ายที่สามารถเข้าเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐด้วย

ปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังจากการที่มีการทำคำเสนอแล้วแต่ยังไม่มีการสนองรับคำเสนอ ซึ่งในส่วนของเอกชนผู้เสนอเป็นฝ่ายถอนตัวไปนั้น ได้มีความเห็นที่แตกต่างกันเป็น ๓ แนวทาง คือ เห็นว่าไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ เห็นว่าเป็นความรับผิดทางสัญญา และเห็นว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งผู้ศึกษาค่อนข้างเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่าสามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดได้บนฐานความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากหากพิจารณาถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่จะต้องมีความต่อเนื่อง ประกอบกับวัตถุประสงค์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ต้องการให้รัฐได้ตัวคู่สัญญาที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุดและให้มีการจัดซื้อจัดจ้างในราคาที่ถูกมากที่สุดแล้ว จึงทำให้ต้องมีจำนวนผู้เสนอราคาให้มากที่สุด เพื่อที่หน่วยงานผู้จัดสอบหรือประกวดราคาจะได้มีโอกาสเลือกให้มากที่สุด ทั้งนี้ หากมีการปล่อยให้ผู้เสนอราคาถอนตัวไปโดยไม่ถือว่ามีความผิดแล้ว ก็อาจจะเกิดการเอาอย่าง และหากการถอนตัวไปได้ก่อให้เกิดความเสียหาย ความเสียหายดังกล่าวก็ย่อมตกแก่รัฐเพียงฝ่ายเดียว เช่น ทำให้หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการจัดประกวดราคาใหม่ หรือทำให้การจัดทำบริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก ซึ่งถือเป็นความเสียหายต่อส่วนรวม นอกจากนี้ การที่เอกชนผู้เสนอราคาได้ถอนคำเสนอไปโดยไม่มีสิทธิถอนนั้น ยังเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๔ ที่ไม่ยอมให้ผู้เสนอถอนคำเสนอก่อนระยะเวลา การฝ่าฝืนถอนคำเสนอจึงเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย อันเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้เสนอต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการล้มเลิกการเจรจาไปโดยไม่สุจริตหรือไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ว่าหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจะได้ทำคำสนองรับหรือไม่ เนื่องจาก การเจรจานั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ การที่เอกชนผู้เสนอราคาถอนตัวไปทั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๔ บัญญัติห้าม

ไว้ จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๑ และมาตรา ๔๒๐ โดยถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่หรือหนี้ในอันที่จะต้องงดเว้นด้วยการไม่ถอนคำเสนอที่ให้ไว้ ดังนั้น จึงส่งผลให้แม้ยังไม่มี การสนองรับคำเสนอ (ยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้น) หน่วยงานของรัฐย่อมมีสิทธิเรียกให้เอกชนผู้เสนอราคาที่ถอนตัวไปให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ในทางละเมิด แต่ในทางปฏิบัติจะมีการกำหนดให้ผู้เสนอราคาต้องยื่นหลักประกันของราคาไว้ด้วยเสมอ หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาจึงอาจริบเงินประกันของราคาดังกล่าวโดยถือเป็นการปรับอันเป็นค่าเสียหายที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าตามเอกสารประกวดราคาก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องสนองรับคำเสนอ เพื่อให้เกิดสัญญาก่อนแล้วจึงค่อยเรียกค่าเสียหายหรือเรียกให้ผู้เสนอปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากหน่วยงานผู้จัดประกวดราคาสามารถใช้สิทธิเรียกร้องในทางละเมิดได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอเพื่อใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาอีก เพราะยิ่งจะทำให้การดำเนินการตามโครงการที่กำลังจัดสอบหรือประกวดราคา อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะล่าช้าออกไป

ส่วนกรณีหน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไปนั้น มีทั้งความเห็นที่เห็นว่าสามารถเรียกร้องให้เอกชนผู้เสนอราคารับผิดได้บนฐานความรับผิดทางละเมิด และเห็นว่าต้องรับผิดบนฐานความรับผิดเอกเทศ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ในเมื่อกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไป เป็นผลให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาสามารถเรียกร้องให้เอกชนรับผิดได้บนฐานความรับผิดทางละเมิดตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ดังนั้น ในกรณีที่หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไป เอกชนผู้เสนอราคาก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดบนฐานความรับผิดทางละเมิดได้ด้วยเช่นเดียวกัน

สำหรับปัญหาประการที่สองนี้ นอกจากการกระทำอันถือว่าเป็นความผิดที่กล่าวมาข้างต้น ยังรวมถึงการกระทำในกรณีที่ถือว่าหน่วยงานของรัฐปฏิเสธไม่รับคำเสนอของผู้เสนอราคา ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเห็นว่าไม่ผ่านข้อเสนอด้านเทคนิค ซึ่งทำให้ผู้เสนอราคาดังกล่าวหมดสิทธิที่จะยื่นข้อเสนอทางด้านราคา กรณีที่มีการคัดเลือกผู้เสนอราคา รายใดรายหนึ่งให้เข้าทำสัญญา และกรณีที่มีการคัดเลือกผู้เสนอราคาบางรายให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว แต่ต่อมาภายหลังได้มีการประกาศตัดสิทธิผู้ชนะการประกวดราคาดังกล่าว ล้วนเป็นการตัดสิทธิผู้เสนอราคาที่ไม่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา หรือกรณีอื่นๆ นอกจากที่กล่าวมาซึ่งถือเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอตามมาตรา ๓๕๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเข้าลักษณะของการเป็นคำสั่งทางปกครองตามข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หากผู้เสนอราคาที่ได้รับ ความเสียหายยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลสั่งให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาชดใช้ค่าเสียหายจากการออก คำสั่งดังกล่าว ย่อมถือเป็นคดีละเมิดทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๙

วรรคหนึ่ง (ก) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังมีการสนองรับคำเสนอแล้ว ซึ่งในการศึกษาถึงความรับผิดในช่วงระยะเวลาภายหลังจากมีการสนองรับคำเสนอแล้วนี้ เป็นการศึกษากรณีศึกษาในเรื่องความรับผิดระหว่างหน่วยงานทางปกครองเจ้าของโครงการกับผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญา ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปก่อนมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนี้

จากการศึกษาคำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยข้อพิพาทพบว่ามีคำวินิจฉัยเป็นหลายแนวทางแตกต่างกัน คือ

(๑) กรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป ในกรณีนี้ได้มีความเห็นเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางแรกเห็นว่า เอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดได้ตามสัญญาประกวดราคา (ความรับผิดทางสัญญา) ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่าเอกชนผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดได้ในทางละเมิด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดมีทั้งข้อดีและข้อเสียด้วยกัน กล่าวคือ หากเป็นความรับผิดทางละเมิดย่อมเกิดประโยชน์แก่เอกชนผู้เสนอราคาเกี่ยวกับการร้องขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหาย โดย ผลในทางกฎหมายกรณีหากเป็นความรับผิดทางละเมิดคือ ผู้เสนอราคามีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ โดยไม่ต้องนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเพียงอย่างเดียว และหากไม่ได้รับการพิจารณาคำขอหรือไม่พอใจจำนวนค่าเสียหายที่หน่วยงานของรัฐกำหนดให้ ก็ยังมีสิทธินำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้อีก ทั้งนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ อีกทั้ง การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดสำหรับความรับผิดในกรณีเช่นนี้ ก็ปรากฏว่าได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส จะแตกต่างกันก็เพียงศาลของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากหลักความรับผิดเอกเทศ จึงมีการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในระบบกฎหมายละเมิด และมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้ค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเสียค่าใช้จ่ายอันเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง โดยที่ศาลไม่ได้กำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการขาดโอกาสตามทฤษฎีสัญญเสียโอกาส (Perte d'une chance) ให้แก่ผู้เสียหายด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อดีอันเกิดจากผลทางกฎหมายข้างต้นกลับกลายเป็นข้อเสียในทางปฏิบัติ กล่าวคือ หากเอกชนผู้เสนอราคาได้มีการยื่นคำขอให้หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิด ในทางปฏิบัติหน่วยงานของรัฐมักจะปฏิเสธคำร้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของเอกชนผู้ถูกระทำละเมิดโดยอ้างเหตุผลต่างๆ นานา จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่เอกชนผู้เสียหายจะต้องนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลอีกครั้งหนึ่ง

นอกจากนี้ ในความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกันนี้ หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลฎีกา จะเห็นได้ว่ากรณีเอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายยื่นฟ้องหน่วยงานผู้จัดประกวดราคา จะมีลักษณะเป็นคดีความรับผิดทางละเมิด แต่หากเป็นกรณีที่หน่วยงานผู้จัดประกวดราคาเป็นฝ่ายยื่นฟ้องเอกชนผู้เสนอราคาที่ถอนตัวไป กลับมีลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญา จึงเกิดเป็นปัญหาความลักลั่นกันของการกำหนดประเภทคดี ประกอบกับศาลปกครองไทยมีแนวโน้มที่จะกำหนดค่าขาดโอกาสซึ่งในที่นี้ได้แก่ค่าขาดกำไรให้แก่ผู้เสียหายสำหรับกรณีความรับผิดข้างต้น จึงมักจะเกิดข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดจะมีความเหมาะสมหรือไม่ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า หากมีการกำหนดให้เป็นความรับผิดในลักษณะอื่นที่สามารถกำหนดให้ค่าขาดกำไรเป็นค่าเสียหายได้ อันได้แก่การกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญา ซึ่งน่าจะมีความสอดคล้องกันในเรื่องของฐานความผิดกับการกำหนดค่าเสียหายมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดเช่นนี้จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของความรับผิดในกรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไป ประกอบกันด้วย

(๒) กรณีที่เอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไป ในกรณีนี้ได้มีความเห็นเป็นแนวทางเดียวกันว่า สามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดได้โดยถือเป็นการรับผิดทางสัญญา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยกับการกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญา เนื่องจากเหตุผล คือ

ประการแรก เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่า ในสัญญาทางปกครองสามารถมีสัญญาก่อนสัญญาเกิดขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทที่เกิดจากสัญญาทางปกครอง จึงต้องกำหนดให้สัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะส่งผลให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ประการที่สอง หากมีการกำหนดให้ความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นความรับผิดทางละเมิด ย่อมไม่เป็นประโยชน์ทั้งต่อตัวผู้เสนอราคาที่ได้รับ ความเสียหาย และต่อหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาตามลำดับ ทั้งนี้ เนื่องจากการกำหนดให้เป็นความรับผิดทางละเมิดนั้น หากเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นฝ่ายถอนตัวไป ก็เกิดปัญหาข้อถกเถียงในเรื่องของการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในส่วนของค่าขาดกำไรว่าผู้เสนอราคาสามารถเรียกร้องเอาจากหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้หรือไม่ แต่ในทางกลับกันหากกำหนดให้เป็นความรับผิดทางสัญญาก็จะเป็นการลดข้อถกเถียงในเรื่องของค่าขาดกำไรดังกล่าวลงได้ ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าผู้เสียหายสามารถเรียกเอาค่าขาดกำไรจากการผิดสัญญาได้ตามหลักความรับผิดทางสัญญา

ประการที่สาม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังไม่มีทั้งบทบัญญัติเฉพาะและบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญาดังเช่นในประมวลกฎหมาย

แห่งของอิตาลีและประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น เนื่องจากแบบของสัญญาทางปกครองได้ถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๒๕๐ ซึ่งกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีบันทึกเงื่อนไขทางปกครองต่อท้ายสัญญา (cahier des charges) ไว้เสมอ ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศสนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับผู้เสนอราคาในชั้นนี้จึงไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน แต่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง หน่วยงานของรัฐและผู้ประกวดราคาจึงไม่มีความสัมพันธ์กันในทางสัญญา แต่ในประเทศไทยได้มีการยอมรับว่า สามารถเกิดสัญญาก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งหากไม่ถือว่ามีสัญญาก่อนสัญญาแล้ว การที่กรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปย่อมไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา และส่งผลให้คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การถอนตัวไปดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดแก่ตน ซึ่งการที่จะต้องพิสูจน์ได้ในเรื่องดังกล่าวนี้ เป็นการก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เสียหายมากพอสมควร ดังนั้น การยอมรับว่าเมื่อมีคำเสนอสนองต้องตรงกันย่อมเกิดสัญญาทางปกครองขึ้น จึงถือเป็นการแก้ไขปัญหาดังที่กล่าวมา และยังสอดคล้องกับหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา นอกจากนี้ ยังเป็นผลดีต่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายที่สามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำละเมิดของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีคำเสนอสนองต้องตรงกันนี้ ไม่ว่าจะกรณีใดหน่วยงานทางปกครองหรือเอกชนเป็นฝ่ายถอนตัวไปก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จึงควรกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบในลักษณะเดียวกันคือเป็น “ความรับผิดชอบทางสัญญา” โดยเมื่อมีคำเสนอสนองต้องตรงกันอันก่อให้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะคู่กรณีฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายถอนตัวไปย่อมถือเป็นการผิดสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกัน

ส่วนที่สอง : สรุปปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครองของไทย

๑) ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาของศาล

(๑) ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

สำหรับปัญหาในเรื่องสถานะของประกาศประกวดราคานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็น “คำสั่งอื่น” เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และเมื่อมีลักษณะเป็นคำสั่งอื่นซึ่งไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง จึงไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๔

แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ส่วนกรณีปัญหาเกี่ยวกับ “การรับซองและการพิจารณาของเสนอราคา” ในขั้นตอนการรับซองและการพิจารณาของเสนอราคา ซึ่งอาจมีปัญหาข้อพิพาทได้ ๓ กรณี คือ (๑) คณะกรรมการรับซองประกวดราคาไม่รับซองเสนอราคาเนื่องจากยื่นซองเมื่อล่วงเลยเวลาที่กำหนดไว้ (๒) คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาไม่พิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคา เนื่องจากผู้เสนอราคามีคุณสมบัติไม่ครบ หรือคุณลักษณะของสิ่งของที่เสนอราคาไม่ตรงตามที่กำหนดในประกาศประกวดราคา (๓) คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคาแล้ว ไม่คัดเลือกผู้เสนอราคารายนั้น เนื่องจากไม่ใช่ผู้เสนอราคาที่ดีที่สุด ผู้ศึกษาเห็นว่า การกระทำทั้ง ๓ กรณีดังกล่าว ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองเพราะมีลักษณะเป็นการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้าง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ หากได้ดำเนินการอุทธรณ์ก่อน ตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว

สำหรับกรณีปัญหาเกี่ยวกับ “การยกเลิกการประกวดราคา” ซึ่งมีปัญหาเกิดขึ้นในกรณี (๑) การยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่ยังไม่มีผลการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา (๒) การยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า การยกเลิกการประกวดราคาทั้ง ๒ กรณี เข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน โดยจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๒) ปัญหาการกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ผู้ศึกษาเห็นว่า จุดแบ่งของกรณีที่อยู่ว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาคือ ประการแรก สัญญาที่มุ่งจัดทำต่อไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลังดำเนินการอยู่นั้นจะต้องเป็นสัญญาทางปกครอง ประการที่สอง จะต้องปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาได้มีคำสั่งของรับคำเสนอรับจ้างหรือเสนอขายของเอกชนผู้เสนอราคาแล้ว โดยถือเอาสาระสำคัญในการทำคำสั่ง คือ หากมีการทำคำสั่งเป็นหนังสือ จะต้องปรากฏว่าหน่วยงาน

ของรัฐผู้จัดซื้อจัดจ้างได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาทำสัญญา และหนังสือดังกล่าวได้ไปถึงยังผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ส่วนการทำค้ำประกันในลักษณะอื่นนั้น จะต้องพิจารณาตามพฤติการณ์ว่าเข้าลักษณะเป็นการทำค้ำประกันรับค้ำเสนอหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ส่วนปัญหาว่าจะถือว่าผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองดังกล่าวนี้ ผู้ที่จะมีสิทธิยื่นฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างนี้ ควรเป็นเรื่องระหว่างผู้เสนอราคาที่ได้รับการแจ้งให้เข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐผู้จัดประกวดราคาเท่านั้น

นอกจากนี้ ในปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองนั้น เมื่อถือว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความรับผิดทางสัญญาแล้ว เอกชนผู้เสนอราคาย่อมมีสิทธิตามกฎหมายในการเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้โดยการทวงถาม และโดยการยื่นฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่อศาลปกครอง

๒) ปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี

(๑) ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศประกวดราคาที่ควรมีสิทธิฟ้องคดีได้นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ไปซื้อของประกวดราคาและได้ยื่นซองประกวดราคาและถูกตัดสิทธิก่อนแล้วจึงจะถือว่ามิสิทธิฟ้องคดี แต่ควรขยายขอบเขตของหลักความรับผิดก่อนสัญญาให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่เพียงแต่เป็นผู้ที่มีศักยภาพในการที่จะเข้าเสนอราคา โดยรวมถึงผู้ที่เพิ่งเริ่มประกอบกิจการที่ยังไม่เคยเข้าเสนอราคาในการประกวดราคามาก่อนด้วย แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการอื่นที่ไม่เข้าลักษณะของงานที่จะทำการซื้อหรือจ้าง

(๒) ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดี ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หากกรณีใดมีลักษณะเป็นการยื่นฟ้องคดีละเมิดทางปกครองอันเกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็จะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๓) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายของความรับผิดที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของไทย ในส่วนแรกๆ ถือว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ซึ่งก็คือช่วงตั้งแต่มีการออกประกาศประกวดราคาจนถึงช่วงก่อนที่จะมีการแจ้งให้ผู้ชนะการประกวดราคาเข้าทำสัญญา ควรคำนึงถึงหลักการ

เรียกร่องค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) ซึ่งก็คือค่าเสียหายที่ผู้เสียหายไม่สมควรที่จะต้องสูญเสียไปหากไม่ได้เข้ามาร่วมในการเจรจาหรือเข้าทำสัญญาที่ไม่เกิดขึ้น อันเป็นหลักการกำหนดค่าเสียหายที่ใช้กับหลักความรับผิดชอบเฉพาะมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กำหนดค่าสินไหมทดแทนด้วย

สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีการสนองรับคำเสนอซึ่งถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้วนั้น การกำหนดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการกำหนดค่าเสียหายของศาลปกครองไทยซึ่งมีแนวโน้มที่จะมีการกำหนดให้ค่าขาดโอกาสในลักษณะของค่าขาดกำไรแก่ผู้เสียหายสำหรับความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาข้างต้น

๒. ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยของเรานั้นในอดีตเมื่อยังไม่มี การจัดตั้งศาลปกครอง การพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา ได้มีการใช้หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลัก แต่ในปัจจุบันหลักกฎหมายมหาชนได้มีการพัฒนาไปอย่างมาก จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งรวมไปถึงอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองที่เดิมอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมด้วย และโดยที่สัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่มุ่งหมายเพื่อผลกำไรของคู่สัญญา ดังนั้น การพิจารณาถึงความรับผิดของคู่สัญญาซึ่งรวมไปถึงความรับผิดของคู่กรณีที่เข้ามาเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญาทางปกครอง จึงต้องมีการพิจารณาที่แตกต่างออกไปจากการพิจารณาถึงความรับผิดอันเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่ง

สืบเนื่องมาจากเมื่อมีการกำหนดให้สัญญาบางประเภทเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน การจัดประกวดราคาของหน่วยงานของรัฐเพื่อจัดหาคู่สัญญาจึงมีมูลค่าของงานจ้างตามสัญญาที่สูงมาก และมีความสลับซับซ้อนในด้านของขั้นตอนในการประกวดราคาและการเข้าทำสัญญาระหว่างคู่กรณี ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นก็จะมีมูลค่าของความเสียหายที่สูงตามมา หากไม่มีกฎหมายที่จะมาใช้บังคับกับความรับผิดดังกล่าวหรือกฎหมายที่ใช้อยู่ไม่มีความเหมาะสม ก็อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมและอาจส่งผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการพัฒนาทางด้านหลักกฎหมายมหาชนเพื่ออุดช่องว่าง

ดังกล่าว ทั้งนี้ แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะมีได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยตรงดังเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีและเยอรมัน

ในปัจจุบันเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น และมีการพัฒนาทางด้านหลักกฎหมายมหาชนมากขึ้น จึงทำให้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาต่างก็มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากบทบาทของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง จึงเริ่มมีปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น เพื่อการสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีที่จะเข้ามาเจรจาทำสัญญา และการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์มหาชน หากเกิดกรณีที่มีข้อเท็จจริงใดในคดีเป็นเรื่องที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ หรือบัญญัติไว้แต่มีความไม่ชัดเจน อันเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน ๒ แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การใช้และการตีความกฎหมาย

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเอาไว้โดยตรง และกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเข้ามามีบทบาทในการกำหนดสถานะทางกฎหมายของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ยังมีความไม่ชัดเจนครอบคลุมทุกลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จึงควรนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้กับหลักกฎหมายที่มีอยู่โดยอาศัยการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งหากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงของการตกลงเจรจาก่อนมีการสนองรับคำเสนอ ควรปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญากับหลักกฎหมายละเมิดที่มีอยู่ แต่หากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการสนองรับคำเสนอแล้ว ควรปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญากับหลักกฎหมายสัญญา ดังต่อไปนี้

๑. การใช้และการตีความกฎหมายในการกำหนดลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการทำสัญญาทางปกครอง เห็นควรให้มีการกำหนดลักษณะของข้อพิพาท ดังนี้

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาของการเจรจาก่อนการทำคำเสนอและผู้ประกอบการได้มีการขอให้หน่วยงานผู้ออกประกาศเชิญชวนซื้อสินค้าใหม่ทดแทน ควรมีลักษณะเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำสั่งอื่น) ซึ่งเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และช่วงเวลาภายหลังจากที่มีการทำคำเสนอแล้วแต่ยังไม่มี การสนองรับคำเสนอ ควรถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการกระทำละเมิดอันเกิดจากการออก “คำสั่งทางปกครอง” โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เช่นเดียวกัน โดยให้รวมถึงกรณีอื่นๆ ที่ถือว่าเป็นการ “ปฏิเสธไม่รับคำ

เสนอของผู้เสนอราคา” อันอยู่นอกเหนือไปจากบทนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามข้อ ๑ (๑) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ด้วย

แต่สำหรับช่วงเวลาที่มีการสนองรับคำเสนอแล้วนั้น กรณีที่มีการสนองรับคำเสนอแล้วแต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถอนตัวไปก่อนมีการทำสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเอกชนผู้เสนอราคาเป็นฝ่ายถอนตัวไปก็ตาม ซึ่งจากเดิมที่หากเป็นกรณีหน่วยงานผู้จัดประกวดราคายื่นฟ้องเอกชนผู้เสนอราคาให้รับผิด ถือเป็นความรับผิดทางสัญญา แต่กรณีที่เอกชนยื่นฟ้องให้หน่วยงานรับผิดกลับถือเป็นความรับผิดทางละเมิดนั้น ควรกำหนดให้เป็นความรับผิดในลักษณะเดียวกัน คือ ควรเป็นความรับผิดทาง “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒. การใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาในสัญญาทางปกครอง ควรยึดถือหลักเกณฑ์ ดังนี้

๑) การกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๑) ควรกำหนดให้ประกาศประกวดราคามีลักษณะเป็น “คำสั่งอื่น” ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๒) กรณีคณะกรรมการรับซองประกวดราคาไม่รับซองเสนอราคาเนื่องจากเห็นว่ามีกรงขึ้นของเมื่อล่วงเลยเวลาที่กำหนดไว้ กรณีคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาไม่พิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคาเนื่องจากผู้เสนอราคามีคุณสมบัติไม่ครบหรือคุณลักษณะของสิ่งของที่เสนอราคาไม่ตรงตามที่กำหนดในประกาศประกวดราคา กรณีคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาพิจารณาเนื้อหาในการเสนอราคาแล้วไม่คัดเลือกผู้เสนอราคาบางราย หรือกรณีอื่นๆ ที่เข้าลักษณะเป็นคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้าง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ควรถือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งหากผู้เสียหายจะยื่นฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนการยื่นฟ้องคดีตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

นอกจากนี้ การเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังกล่าว ควรรวมไปถึงการกระทำในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่เข้าลักษณะของการเป็นคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือรับจ้างข้างต้นด้วย เช่น กรณีการ

ยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่มีการยื่นซองเสนอราคาเข้ามาแล้ว แต่ยังไม่มีการพิจารณาของ คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา และกรณีการยกเลิกการประกวดราคาในกรณีที่มีผู้ได้รับ คัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากทั้ง ๒ กรณีที่กล่าวมา แม้จะไม่เข้าลักษณะการเป็นคำสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขายหรือ รับจ้าง อันถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒ (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่ก็มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งยกเลิกการประกวดราคา ซึ่งเข้าลักษณะของการเป็นคำสั่ง ทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หากการ ใช้อำนาจดังกล่าวมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ควรที่จะให้มีการโต้แย้งคัดค้านได้

๒) การกำหนดประเภทคดีตามมาตรา ๙ ววรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

กรณีที่มีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการ พิจารณา คือ ประการแรก สัญญาที่มุ่งจัดทำต่อไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างที่กำลัง ดำเนินการอยู่นั้น จะต้องเป็นสัญญาทางปกครอง ประการที่สอง จะต้องปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐ ผู้จัดประกวดราคาได้มีคำสนองรับคำเสนอรับจ้างหรือเสนอขายของเอกชนผู้เสนอราคาแล้ว โดยหากมี การทำคำสนองเป็นหนังสือ ควรถือเอาสาระสำคัญในการทำคำสนอง คือ หน่วยงานของรัฐผู้จัดซื้อ จัดจ้างได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาทำสัญญา และหนังสือดังกล่าวได้ไป ถึงยังผู้เสนอราคาที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว

๓. การใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ควรยึดถือหลักเกณฑ์ ดังนี้

๑) การที่ผู้ใดจะเข้าลักษณะการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจ จะเดือดร้อนหรือเสียหายจากกรณีการออกประกาศประกวดราคาที่ดีควรเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้นั้น ไม่จำเป็นต้องไปซื้อซองประกวดราคาก่อน หรือยื่นซองประกวดราคาเข้ามาและถูกตัดสิทธิก่อนแล้วจึง มีสิทธิฟ้องคดี แต่ควรขยายขอบเขตของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่เพียงแต่ เป็นผู้มีศักยภาพในการที่จะเข้าเสนอราคา โดยรวมถึงผู้ที่เพิ่งเริ่มประกอบกิจการที่ยังไม่เคยเข้าเสนอ ราคาในการประกวดราคามาก่อนด้วย แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการอื่นที่ไม่เข้าลักษณะของงานที่จะทำ การซื้อหรือจ้าง แต่หากเป็นการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือก ตามประกาศประกวดราคา ควรจำกัดเฉพาะบุคคลที่เข้าร่วมยื่นซองเสนอราคาเข้ามาแล้วเท่านั้น

๒) การดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดี หากการยื่นฟ้อง คดีกรณีใดมีลักษณะเป็นคดีละเมิดอันเกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๒

(พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็จะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ประกอบกับมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่หากเป็นการยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งประกาศประกวดราคา ไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนการยื่นฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องที่ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนการฟ้องคดีดังกล่าวนี้ ผู้ศึกษามีความเห็นแตกต่างกับหลักเกณฑ์ข้างต้น โดยผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่จะกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก่อนการยื่นฟ้องคดีนั้น ควรจะใช้กับกรณีที่เอกชนผู้เสนอราคา มีความประสงค์ที่จะยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากหากถือว่ามีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดแล้ว ผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวกย่อมมีสิทธิร้องขอให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ ตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และการยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำคัญสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้เสียหายจึงสามารถนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนการยื่นฟ้องคดี ดังนั้น การกำหนดให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนการฟ้องคดีละเมิดที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็ได้ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ ถือเป็นประเด็นปัญหาที่ควรจะมีการศึกษากันต่อไป

๔. การใช้และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหาย

ควรนำหลักการเรียกชดเชยค่าเสียหายจากผลประโยชน์ในทางเสียไปหรือทางลบ (negative interest) มาใช้กับการกำหนดค่าเสียหายสำหรับความรับผิดที่เกิดจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างในส่วนที่ถือว่าเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากความรับผิดทางละเมิด โดยค่าเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่แสดงเจตนาโดยสุจริตจะเรียกชดเชยได้นั้น จะต้องเป็นค่าใช้จ่ายในการเตรียมการต่างๆ ก่อนเข้าทำสัญญาเท่านั้น ซึ่งค่าเสียหายในกรณีนี้เป็นค่าเสียหายตามความเป็นจริง ไม่ใช่ค่าเสียหายในกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่หน่วยงานของรัฐผู้จัดสอบหรือประกวดราคาได้มีการสนองรับคำเสนอซื้อหรือจ้างของเอกชนผู้เสนอราคารายใดรายหนึ่ง ซึ่งถือว่ามีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้วนั้น ควรมีการกำหนดค่าเสียหายไปตามหลักความรับผิดทางสัญญา

แนวทางที่สอง การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย

แม้ว่าพัฒนาการของระบบกฎหมายมหาชนในประเทศไทยได้มีการพัฒนามาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว แต่ก็ถือว่าการพัฒนาดังกล่าวได้ดำเนินการอย่างเต็มที่ภายหลังจากการเปิดทำการของศาลปกครองเมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ การที่ศาลปกครองเพิ่งเปิดทำการได้ไม่นาน ประกอบกับแนวความคิดในเรื่องสัญญาทางปกครอง ยังเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่สำหรับนักกฎหมายไทย จึงอาจมี ปัญหาเรื่องความเชี่ยวชาญของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้และการตีความกฎหมายที่เกี่ยวกับกรณีความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการตกลงเจรจาเพื่อทำสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งหากการใช้และการตีความกฎหมายไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ก็อาจจะเกิดปัญหาการลักลั่นกันของการกำหนดลักษณะทางกฎหมายของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวดังเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

๑. เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ ควรบัญญัติเรื่องหลักความรับผิดก่อนสัญญาให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรครอบคลุมความรับผิดที่เกิดขึ้นในช่วงของการตกลงเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา และควรบัญญัติให้มีเนื้อหาในลักษณะที่ใกล้เคียงกับมาตรา ๒๔๑ (๒) และมาตรา ๓๑๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้ “หนี้” สามารถเกิดขึ้นได้จากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายหรือประโยชน์อื่นๆ ของคู่กรณีที่ได้รับควบคุมครองโดยกฎหมาย และสิทธิหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา และการเตรียมการเพื่อเข้าทำสัญญาโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไปหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

๒. เนื่องจากในปัจจุบันได้มีแนวความคิดในเรื่องของการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยการบัญญัติเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติข้างต้น ดังนั้น ในการบัญญัติเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการคัดเลือกคู่สัญญา อันเป็นความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครองไว้ด้วย และเพื่อให้กฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นี้ครอบคลุมความรับผิดทั้งหมด จึงควรเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายให้ครอบคลุมถึงความรับผิดที่เกิดจากการออกประกาศเชิญชวนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ด้วย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กองทุนเพื่อการวิจัยและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครอง. สรุปสำหรับผู้บริหารเรื่อง “คดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แอล. ที. เพรส, ๒๕๔๗.
- กิตตินัย ธรรมรัช. คำบรรยาย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับการการพัสดุและสัญญาทางปกครอง. ๑๔ สิงหาคม ๒๕๔๕ ณ ห้องประชุมสำนักงานศาลปกครอง.
- กิตตินัย ธรรมรัช. แนวความคิดและหลักสัญญาทางปกครองในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๗/๓ (ธันวาคม ๒๕๔๑) : ๓๙-๕๓.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. ผลของคำเสนอ – สอนองในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ. วารสารนิติศาสตร์ (มปท.) : ๖๖-๖๗.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. สัญญาสัมปทาน. วารสารอัยการ ๑๓ (สิงหาคม ๒๕๓๓) : ๑๙๐-๑๙๓.
- งามใจ แววมณีวรรณ. ความรับผิดก่อนสัญญา : ศึกษาในเชิงทฤษฎี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๒.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลชัย. ความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับคอมมอนลอว์ : มาตรา ๘๒๓ BGB. วารสารนิติศาสตร์ ๒๕ (๑ มีนาคม ๒๕๓๘) : ๙๒-๙๖.
- จิตติ ดิงศภัทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ มาตรา ๓๕๔ ถึงมาตรา ๔๕๒ ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, ๒๕๒๒.
- จิต เศรษฐบุตร. คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้. เล่ม ๑. กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๒.
- เจียมจิต สุวรรณน้อย. สัญญาทางแพ่งระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดก่อนสัญญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๖.
- จำปี ไสตติพันธุ์. หลักความรับผิดก่อนสัญญา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๔๔.
- จำปี ไสตติพันธุ์. หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๓๙.
- จำปี หยกอุบล. หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา. วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๑ (๒๕๓๔) : ๑๑๙.

- จำปี ไสตติพันธ์. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาตามกฎหมายอิตาลี. เอกสารบรรยายวิชากฎหมาย
 แห่งเปรียบเทียบ หน้า ๔๐๗ ชุดที่ ๓ ประจำปีภาคฤดูร้อน/๒๕๔๑ คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (อัดสำเนา)
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง.
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๑.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ.
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร :
 สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๙.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. เอกสารประกอบการอภิปราย เรื่อง เครื่องมือทางกฎหมายในการบริหารราชการ
 ภาครัฐ ๒ : สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง, หลักสูตร “การบริหารงานภาครัฐและ
 กฎหมายมหาชน” รุ่นที่หนึ่ง จัดโดยสถาบันพระปกเกล้า. (อัดสำเนา)
- เชิดชัย มีคำ. คู่มือปฏิบัติงานพัสดุ : ฉบับปรับปรุงใหม่ วิธีประมูลโดย E – auction. ห้องสมุดสำนักงาน
 ศาลปกครอง. (อัดสำเนา)
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
 ๒๕๓๕.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. สัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, ๒๕๔๖.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ ๓.
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๖.
- บุบผา อัครพิมาน. ปัญหาเขตอำนาจศาล : สัญญาทางปกครอง. รวมบทความทางวิชาการเล่ม ๒
 (กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ), จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง. (มปท.)
- บุบผา อัครพิมาน. สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย.
 สำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ปรเมศวร์ สังข์เอี่ยม. ปัญหาการควบคุมการแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐตามระเบียบสำนัก
 นายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, ภาควิชา
 นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๒.
- ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๓.

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย. เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ ๗ วันที่ ๑๔ กันยายน ๒๕๔๕ ณ สำนักงานศาลปกครอง. (อัดสำเนา)

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย. ใน รวมบทความทางวิชาการเล่ม ๒ (กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ), จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง. (มปท.)

ปราณี หล่อรัตนโชติ. การประกวดราคาจัดหาพัสดุของส่วนราชการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๓๔.

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค ครั้งที่ ๒/๒๕๔๗ เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ. สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๗. (อัดสำเนา)

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. รวมบทความทางวิชาการเล่ม ๑ (กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ), จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลปกครอง. (มปท.)

ไพจิต บุญญพันธ์. ความรับผิดชอบก่อนสัญญาและความรับผิดชอบ วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ๑๔/๒ (ธันวาคม ๒๕๔๕) : ๑๕-๒๒.

Philippe Turguet de beauregard. รายงานการบรรยายพิเศษเรื่องสัญญาทางปกครองและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๘/๑ (เมษายน ๒๕๔๒) : ๕-๘.

โกคิน พลกุล. สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. รวมบทความทางกฎหมายจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม ๓, กรุงเทพมหานคร : พีเพรส, ๒๕๔๗.

โกคิน พลกุล. สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. เอกสารประกอบการสัมมนาในการพิจารณาเรื่องสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด วันที่ ๑๘ กันยายน ๒๕๔๔. (อัดสำเนา)

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. สำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, ๒๕๔๕.

วงศ์ วีระพงศ์. ละเมิดและสัญญาต่างกันอย่างไร. ตุลพาห ๑๐ (มกราคม ๒๕๐๖) : ๗๙๔.

วรพันธ์ เย็นทรัพย์. คำอธิบายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บริษัท เฮีย, ๒๕๔๘.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน วารสารนิติศาสตร์ ๒๙ (มิถุนายน ๒๕๔๒) : ๒๖๖.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการวิจัย เรื่อง ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน. เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พฤษภาคม ๒๕๔๗.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๒๖.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ความรู้กฎหมายทั่วไป : ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ ๓ ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร : ธรรมสาร, ๒๕๓๘.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (ภาค ๑ - ๒) พ.ศ. ๒๔๗๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๐๕. เล่ม ๒. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, ๒๕๒๐.
- สุภวรรณ แย้มอุบล. มาตรการทางกฎหมายในการตรวจสอบการจัดหาพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๗.
- สุรพล ทิพย์เสนา. การประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีนิติสัมพันธ์ในกฎหมายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๔.
- สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือที่ สร ๑๐๐๑/ว.๑๓, ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๓๕.
- สำนักงานศาลปกครอง. เอกสารสัมมนาตุลาการศาลปกครองภูมิภาค เรื่อง สัญญาทางปกครองและการพัสดุ, ๑๖ - ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๔๗ ณ โรงแรมโนโวเทล โคราเลีย ริมเพระยอง จังหวัดระยอง.
- สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง. ร่างสรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง. (เอกสารอัดสำเนา)
- สำนักนายกรัฐมนตรี, หนังสือเลขที่ นร (กวพ) ๑๒๐๔/๑๑๕๗๐, ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๕๓๖.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. แนวทางปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีในการจัดซื้อจัดจ้าง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ๒๕๔๕.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ ๖. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๔๕.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๗.

หยุด แสงอุทัย. ช่องว่างแห่งกฎหมาย. วารสารทนายความ ๒๒ (สิงหาคม – กุมภาพันธ์ ๒๕๒๕) : ๑๕-๑๖.

อมร จันทสมบูรณ์. นิติกรรมทางแพ่ง นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง. บันทึกของ
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบคำวินิจฉัยที่ ๒๖/๒๕๒๙. สำนักเลขาธิการกรม
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (อัดสำเนา)

อุทัย หงส์สิริ. การนำแนวความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองมาใช้บังคับแก่สัญญาสัมปทาน
บริการสาธารณะในประเทศไทย. วารสารกฎหมายปกครอง ๑๘ / ๑ (เมษายน ๒๕๔๒).

อุทัย หงส์สิริ. การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง. วารสารวิชาการศาลปกครอง ๓,๑ (มกราคม –
เมษายน ๒๕๔๖) : ๗๔-๗๘.

อุทัย หงส์สิริ. ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพัสดุ. วารสารตรวจเงินแผ่นดิน ๔/๔ (มิถุนายน –
สิงหาคม ๒๕๔๒).

ภาษาต่างประเทศ

Anthony T. Kroman. Justice and Contract : Contract Law and distributive Justice.

Philosophy of Law 6 nd ed. United State : Wadsworth, 2000.

Berger – Levrault. Code des marchés publics annoté. 7e édition, À jour au 30 avril, 2004.

Friedrich Kessler & Edith Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and
Freedom of contract : a comparative study, 77. Harvard Law Review. 401, 1964.

Nigel G. Foster, BA, LL.M. GERMAN LAW and LEGAL SYSTEM. London : Blackstone Pless
Limited, 1993.

[http : // www. Pub – law. Net / article / admincourt, con 212, html.](http://www.Pub-law.Net/article/admincourt,con212.html)

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายยุทธนา ทิณรัตน์ เกิดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๒๑ ณ จังหวัดร้อยเอ็ด จบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง โดยสำเร็จการศึกษาในปี พ.ศ. ๒๕๔๓ เคยได้รับทุนพระศรีศาสดาครุณานักเทพขณะศึกษาในระดับปริญญาตรี และได้รับทุนสนับสนุนการศึกษาในระดับปริญญาโทจากสำนักงานศาลปกครอง ปัจจุบันรับราชการตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง ระดับ ๔ ณ สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย