

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การจัดหาวัสดุอุปกรณ์ของส่วนราชการ บางครั้งส่วนราชการจำเป็นต้องจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ เพื่อนำมาใช้ในส่วนราชการเอง หรือเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ นั้น ส่วนราชการจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกระบวนการ ขั้นตอน และหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ทั้งนี้ เนื่องจากจำนวนเงินที่ใช้สำหรับการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ของส่วนราชการเป็นเงินงบประมาณของแผ่นดิน หรือเป็นเงินภาษีอากรของประชาชน ดังนั้นส่วนราชการจึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบที่กำหนดไว้ โดยจะต้องให้เกิดความโปร่งใส เกิดความเป็นธรรม และเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกผู้สนใจเข้าแข่งขันเสนอราคาเพื่อทำสัญญากับทางราชการต่อไป

เมื่อส่วนราชการได้คัดเลือกผู้ที่จะเข้าทำสัญญากับทางราชการได้แล้ว การลงนามในสัญญาระหว่างส่วนราชการกับบุคคลผู้ได้รับคัดเลือกจะเป็นไปตามแบบสัญญามาตรฐานที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด เพื่อความสะดวกและให้ส่วนราชการปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เมื่อทั้งสองฝ่ายได้ลงนามสัญญาเป็นหนังสือแล้ว สัญญานั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เว้นแต่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะไม่ทำให้ส่วนราชการเสียประโยชน์ นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ส่วนราชการกำหนดได้ หรือเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาได้ ส่วนราชการอาจบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้อีกด้วย

ในอดีตในประเทศไทยยังไม่มี การแบ่งแยกสัญญาทางแพ่งออกจากสัญญาทางปกครอง และยังไม่มีการฟ้องคดีปกครอง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างส่วนราชการด้วยกัน หรือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างส่วนราชการฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งจึงเป็นสัญญาทางแพ่งทั้งหมด หลักกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญาคือหลักกฎหมายเอกชน เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาอาจนำข้อพิพาทดังกล่าวฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้

ต่อมา เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับ การพิจารณาแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง หรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนับว่ามีความสำคัญยิ่งขึ้นเป็นลำดับ เนื่องจาก มีแนวความคิดแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ซึ่งแนวความคิดและหลักกฎหมายที่บังคับใช้

กับสัญญาทั้งสองประเภทดังกล่าวมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีที่พิจารณาได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง ระบบกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเขตอำนาจศาลที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ศาลปกครอง แต่ถ้าหากพิจารณาได้ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งหรือเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง ระบบกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเขตอำนาจศาลที่ใช้บังคับกับสัญญาแพ่งหรือสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คือ ศาลยุติธรรม แต่เนื่องจาก บทบัญญัติตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นบทบัญญัติเพียงมาตราเดียวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งจะต้องอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 3 บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” และเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า คำว่า “ความรวมถึง” นั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองเป็นผู้วางแนวทางและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง ในระยะแรกของการบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการส่วนใหญ่ ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางแพ่งและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ เนื่องจากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการไม่มีลักษณะของสัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลปกครองจึงจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ซึ่งต่อมา ศาลปกครองโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2544 โดยมีมติว่า สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานของรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญา

ทางแพ่ง นับตั้งแต่นั้นมา สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางสัญญาได้รับการวินิจฉัยจากศาลปกครองสูงสุดว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางสัญญามีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองมากขึ้น

การพิจารณาวินิจฉัยเพียงบทนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 เกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครอง ไม่เพียงพอต่อการพิจารณาคดีซึ่งถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ประกอบกับคดีที่มีจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวความคิดและหลักกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะแนวความคิด หลักกฎหมายและแนวทางการพิจารณาถึงความ เป็นสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายปกครองมาเป็นระยะเวลานานด้วย

จากการศึกษาพบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ อันถือเป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะจะเข้าไปสอดแทรกอยู่ในทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนต่างๆ และเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครอง ในที่นี้รวมถึงทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครองด้วย บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่นิติบุคคลมหาชนจัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งบริการสาธารณะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ บริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะทางปกครอง เป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ ซึ่งโดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองเอง ฝ่ายปกครองไม่อาจมอบให้บริการสาธารณะประเภทนี้ให้เอกชนดำเนินการแทนได้ เช่น การรักษาความปลอดภัย การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น สำหรับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะคล้ายกับการดำเนินงานของวิสาหกิจเอกชน นอกจากบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะประเภทอื่นๆ อีกด้วย ได้แก่ บริการสาธารณะทางสังคม บริการสาธารณะทางสุขภาพ บริการสาธารณะทางวัฒนธรรม และบริการสาธารณะทางด้านกีฬา เป็นต้น ซึ่งบริการสาธารณะเหล่านี้ ฝ่ายปกครองอาจมอบหมายให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนรัฐได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองหรือเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการแทนรัฐจะต้องยึดหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ได้แก่ หลักว่าด้วย

ความเสมอภาคของประชาชนผู้ให้บริการสาธารณะ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะอยู่เสมอ

การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองหรือเอกชนผู้ที่ได้รับมอบหมาย ให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐบางครั้งจำเป็นต้องอาศัยเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ และเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองหรือเอกชนผู้ที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการ สาธารณะแทนรัฐ ได้แก่ สัญญา ซึ่งสัญญาที่ทำขึ้นบางครั้งจำเป็นต้องสงวนไว้ซึ่งสิทธิพิเศษ เพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล อย่างไรก็ดี แม้โดยหลักการแล้ว รัฐมีอำนาจ หรือสิทธิเหนือกว่าปัจเจกบุคคล แต่การใช้อำนาจดังกล่าว รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิของปัจเจกบุคคล และการปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐต้องยึดหลักกฎหมายพื้นฐาน หลักความเสมอภาค และหลักปัจเจกบุคคลด้วย

สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล มหาชนหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ทำการแทนเข้าทำข้อตกลงกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งโดยมี วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อบริการสาธารณะ ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงมีความแตกต่าง กับสัญญาทางแพ่ง เนื่องจาก สัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา เป็นสำคัญ

ประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีวิวัฒนาการทางกฎหมายปกครองมายาวนาน ได้พยายามสร้าง หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครอง ปราบฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยศาล จะพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากคู่สัญญา ซึ่งสัญญาทางปกครองคู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นนิติบุคคลมหาชน และวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการดำเนินการ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ โดยให้สิทธิพิเศษ แก่ฝ่ายปกครองมาก สัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน ในกรณีที่คู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วยกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง นิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง แต่ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน ด้วยกัน โดยหลักสัญญาดังกล่าวจะไม่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาที่ทำขึ้นจะเป็นสัญญา ทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน การพิจารณา ถึงความเป็นสัญญาทางปกครองดังกล่าวมีข้อยกเว้นในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นสัญญา ประเภทหนึ่งประเภทใดเป็นสัญญาทางปกครอง จึงไม่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณา ความเป็นสัญญาทางปกครองแต่อย่างใด

สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุนั้น ในประเทศฝรั่งเศสมีระบบกฎหมายเฉพาะสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาจัดซื้อ จัดจ้างหรือสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุเป็น สัญญาทางปกครอง ดังนั้น กรณีเป็นสัญญา จัดซื้อจัดจ้างแล้วจะต้องดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ

แต่แนวความคิดของประเทศเยอรมันกลับมองว่า การจัดทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายปกครองกับเอกชน เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองยอมลดฐานะของตนลงเทียบเท่ากับเอกชน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ทำขึ้นกับเอกชนจึงเป็นสัญญาทางแพ่งมิใช่สัญญาทางปกครอง และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนเสริมในการดำเนินงานหรือกิจกรรมของฝ่ายปกครองเท่านั้น

เมื่อพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทยพบว่า ศาลปกครองพยายามวางหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการโดยแยกพิจารณา 2 ด้าน ได้แก่ ด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา

(1) ด้านคู่สัญญา

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนิยามความหมายมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือนุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ส่วนราชการซึ่งจะต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างโดยปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากรม สำนักงานหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ราชการส่วนภูมิภาค อันได้แก่ จังหวัดและอำเภอ และราชการในต่างประเทศ ทั้งนี้ แม้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุจะไม่ใช้บังคับกับการพัสดุของรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาลหรือหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา เป็นต้น ก็ตาม แต่โดยเนื้อหาแล้วมีความคล้ายคลึงกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการซึ่งทำขึ้นระหว่างส่วนราชการฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษา หรือสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน จะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการเสมอ ซึ่งส่วนราชการถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐและให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

(2) ด้านลักษณะของสัญญา

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการนอกจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองแล้ว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจะต้องมีลักษณะเป็นสัญญา

สัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญา แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากการศึกษาพบว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ในสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษา และสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน เนื่องจาก สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชน เข้าดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเงินลงทุน ของเอกชน และโดยความเสี่ยงของเอกชนเอง ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินที่เก็บ จากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น แต่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาที่ส่วนราชการ เข้าทำสัญญาผูกพันกับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ของส่วนราชการ หรือนำมาใช้ใน ส่วนราชการเอง งบประมาณ และความเสี่ยง เป็นของส่วนราชการ ยกเว้น ในสัญญาจ้างซึ่งแม้เอกชนจะมีความเสี่ยงในการดำเนินการอยู่บ้าง แต่เอกชนก็มีความเสี่ยงน้อยกว่าในสัญญาสัมปทาน ดังนั้น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

นอกจากนี้ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการก็ไม่มีลักษณะ เป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติด้วย เนื่องจาก สัญญาแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนแสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ อันถือเป็นสมบัติของชาติได้ เช่น แร่ ถ่านหิน ปิโตรเลียม เป็นต้น โดยเอกชนจะต้องจ่ายค่าตอบแทน หรือผลประโยชน์อื่นใดตอบแทนการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ให้กับรัฐ สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็น สัญญาแสวงประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติได้

อย่างไรก็ดี สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการอาจมีลักษณะ ของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หากพิจารณาได้ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการที่ทำขึ้นกับเอกชนมีความเชื่อมโยง กับบริการสาธารณะอันจะทำให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการนั้นมีลักษณะเป็นสัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จากการศึกษพบว่า สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษา และสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ จึงทำให้ สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่พิจารณาได้ว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ เป็นสัญญาที่ส่วนราชการจัดให้มีทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุที่มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถ เข้าใช้ประโยชน์ได้ร่วมกันโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่ส่วนราชการจัดให้มีทรัพย์สินที่หน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือ โดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต ซึ่งจากการศึกษาพบว่า

สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษา และสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง นอกจากการพิจารณาด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ศาลปกครองยังได้วางแนวทางการพิจารณาด้านสัญญา ด้วยการพิจารณาข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ อันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการคู่สัญญา มากกว่าเอกชนอื่นจะทำให้สัญญาที่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษนั้น เป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่ต้องพิจารณาลักษณะของสัญญาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาตัวอย่างของสัญญาหรือแบบของสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้วพบว่า ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ ในแบบของสัญญาในสัญญาซื้อขาย สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้าง สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา และสัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงาน ซึ่งข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการ มากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้แก่ ข้อกำหนดให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการ ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่ง ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขยายเวลาส่งมอบหรือปฏิบัติตามสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้าง ข้อกำหนดเกี่ยวกับงานพิเศษและการแก้ไขงาน

6.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจาก คำวินิจฉัยของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการปรากฏแล้วว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง แต่บางสัญญาไม่เป็นสัญญาทางปกครอง อันจะทำให้กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา และเขตอำนาจศาล ซึ่งมีอำนาจบังคับตามสัญญามีความแตกต่างกัน และผลของสัญญาก็มีความแตกต่างกันด้วย

การศึกษาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นสัญญาทางปกครอง ของต่างประเทศโดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสพบว่า กฎหมายกำหนดให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างทุกสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง อันอยู่ภายใต้การพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง แต่สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองในด้านคู่สัญญา และลักษณะของสัญญา ตามที่ปรากฏในนิยามความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ดี การพิจารณาความแตกต่างของสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการด้านลักษณะของสัญญาเป็นไปค่อนข้างยาก และยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจาก สัญญาทางปกครองเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย และลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการมีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาที่ส่วนราชการจัดทำขึ้นเพื่อการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ หรือว่าจ้างเอกชนให้ดำเนินการต่างๆ เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยที่ฝ่ายปกครองมิได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนหรือให้เอกชนเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง ดังนั้น เพื่อความชัดเจนในการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางดังนี้

(1) จากปัญหาของการวินิจฉัยสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ โดยศาลปกครองว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ศาลปกครองน่าจะวินิจฉัยลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าสัญญาจัดซื้อ หรือสัญญาจัดจ้างของส่วนราชการประเภทใดเป็นสัญญาที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ทั้งนี้ เพื่อจะได้้นำคำวินิจฉัยดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทางและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการและสัญญาของรัฐประเภทอื่นๆ ต่อไป

(2) ในการพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ศาลปกครองน่าจะพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากเนื้อหาสาระของสัญญาตามแนวทางการพิจารณาสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะแนวทางการพิจารณาสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญานั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ อันจะทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ดังนั้น การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองอาจพิจารณาวัตถุประสงค์ของการเข้าทำสัญญาเป็นสำคัญและเป็นอันดับแรกแห่งการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองมากกว่าการพิจารณาสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองแต่เพียงอย่างเดียว

(3) นอกจาก การพิจารณาสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการจากเนื้อหาสาระของสัญญาซึ่งเกี่ยวกับการบริการสาธารณะแล้ว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการบางสัญญามีความจำเป็นที่ส่วนราชการจะต้องมีสิทธิพิเศษ หรือเอกสิทธิ์มากกว่าเอกชนในการดำเนินการหรือเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการให้บรรลุผล ส่วนราชการ

จะกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษดังกล่าวไว้ในสัญญาจัดซื้อหรือสัญญาจัดจ้าง หากพิจารณาข้อสัญญาตามแบบสัญญาต่างๆ ที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว จะพบว่าแบบของสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดที่ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครองมาก เช่น ข้อกำหนดให้เอกชนปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการ ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่ง ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขยายเวลาส่งมอบหรือปฏิบัติตามสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้าง หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับงานพิเศษและการแก้ไขงาน เป็นต้น ดังนั้น ศาลปกครองจึงน่าจะพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ เพราะหากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างสัญญาใดมิได้มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือมิได้มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค แต่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการมีข้อกำหนดข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญามากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แม้เพียงข้อสัญญาเดียว สัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง โดยไม่ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือลักษณะของสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งการวินิจฉัยว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการใดเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับสัญญา และเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาด้วย เนื่องจาก ระบบกฎหมาย และเขตอำนาจศาลของสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งมีความแตกต่างกัน

(4) จากปัญหาในการพิจารณาลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการว่า สัญญาจัดซื้อหรือสัญญาจัดจ้างของส่วนราชการใดเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และปัญหาในการพิจารณาว่า สัญญาจัดซื้อหรือสัญญาจัดจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาที่ส่วนราชการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอันจะทำให้สัญญาจัดซื้อหรือสัญญาจัดจ้างของส่วนราชการดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐน่าจะดำเนินการให้มีการแก้ไขนิยามความหมายของสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียงมาตราเดียวที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากเดิมที่บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะสัญญาเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ควรให้มีการแก้ไขเป็น “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญา

เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ด้วยเหตุผล ดังนี้

(4.1) เนื่องจาก คำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ตามความหมายที่ปรากฏ ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายความว่า บริการสาธารณะที่จัดทำ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต ตัวอย่างเช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินทางรถประจำทาง โทรศัพท์ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า การจัดทำมีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นการจัดทำมีบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญา เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย จึงควรแก้ไขนิยามความหมายจากเดิมที่บัญญัติว่า “...สัญญา ที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค...” เป็น “...สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำ บริการสาธารณะ...” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการพิจารณาลักษณะของสัญญาและเกิดความชัดเจน มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ การแก้ไขนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว ไม่มีผลกระทบต่อ การพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองด้วย

(4.2) สัญญาจัดซื้อ หรือจัดจ้างของส่วนราชการส่วนมากเป็นสัญญา ที่ส่วนราชการดำเนินการเพื่อให้ ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อดำเนินการ เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ส่วนราชการมิได้มอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยตรง ดังนั้น นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองจากความหมายเดิมที่บัญญัติว่า “...สัญญาที่ให้ จัดทำบริการสาธารณะ...” จึงสมควรแก้ไขนิยามความหมายของสัญญาทางปกครองเป็น “...สัญญา เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ...” เพื่อให้การพิจารณาลักษณะของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ของส่วนราชการเกิดความชัดเจน และสอดคล้องกับการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง มากยิ่งขึ้น