

การล่อกล่อกสเปก และการกีดกันผู้เสนองานในการจัดซื้อจัดจ้างของสถานศึกษาของรัฐ

COERCION OF DEMAND AND EXCLUSION OF COMPETITORS
IN PUBLIC PROCUREMENT OF EDUCATIONAL ORGANIZATION

พิชามณญ์ กาลอง¹ และ นิตศัน บุนญี^{2*}

¹สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้ มหาวิทยาลัยมหิดล ตำบลศาลายา อำเภอพุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม 73170

²นักวิชาการอิสระ

Pichamon Kalong¹ and Nithat Boonmee^{2*}

¹Institute for Innovative Learning, Mahidol University, Salaya, Putthamonthon, Nakhon Pathom 73170 Thailand

²Independent Scholar

*E-mail: nithat.bunmee@gmail.com

Received: 2021-07-14

Revised: 2021-08-28

Accepted: 2021-08-28

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึง 1) การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2) การกีดกันผู้เสนองาน และ 3) แนวทางปฏิบัติการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงาน องค์ความรู้จากบทความนี้จะประโยชน์แก่นักวิชาการพัสดุ ผู้บริหารสถานศึกษาภาครัฐ ตลอดจนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการปฏิบัติงานด้านพัสดุในสถานศึกษาภาครัฐ ซึ่งสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงานต่อไป

คำสำคัญ : การล่อกล่อกสเปก การกีดกันผู้เสนองาน การจัดซื้อจัดจ้าง สถานศึกษา

ABSTRACT

This article presents 1) the coercion of demand of public procurement, 2) the exclusion of competitors of public procurement, and 3) guidelines for writing a report in TOR (Terms of Reference). The knowledge of this article will be useful to Procurement administrators and the author has proposed that educational administrators should be used guidelines for writing a TOR report.

Keywords: Coercion of Demand, Exclusion of Competitors, Public Procurement, Educational Organization

บทนำ

แม้สังคมโลกจะก้าวสู่ความทันสมัยแต่ปัญหาความโปร่งใสก็ยังคงเป็นอุปสรรคในการบริหารงานองค์กร โดยเฉพาะองค์กรประเภทสถานศึกษาที่เปรียบเสมือนสถาบันในการขับเคลื่อนเยาวชนของชาติให้เติบโตเป็นปัญญาชนที่พร้อมไปสร้างชาติในอนาคต ปัญหาการขาดความโปร่งใสในการบริหารสถานศึกษาเกิดขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีการทุจริตคอร์รัปชันตั้งแต่ระดับโรงเรียนขนาดเล็กถึงระดับมหาวิทยาลัย ในสถานศึกษาประเภทโรงเรียนมักจะพบปัญหาการทุจริตอาหารกลางวัน ทุจริตนมโรงเรียน ทุจริตจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์การเรียน ทุจริตจัดซื้อเครื่องแบบนักเรียน ทุจริตจัดจ้างโครงการบัตรสมาร์ตการ์ด โรงเรียนขนาดใหญ่จะพบการทุจริตโครงการก่อสร้างต่อเติมอาคารเรียน สร้างรั้วโรงเรียน สร้างสวนหย่อม ฮั้วประมูลครุภัณฑ์ มีข้อมูลผลการศึกษาถึงปัญหาความเสี่ยงในสถานศึกษาจำนวน 67 แห่งสังกัดเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษาเขต 1 ที่พบว่าปัญหาการทุจริตเป็นความเสี่ยงอันดับที่ 1 (Ngamroj & Onsamant, 2019) และจากการศึกษาเอกสารในคดีความที่ได้ตัดสินแล้วโดยศาลปกครองสูงสุด พบว่ามีคดีความเกี่ยวกับปัญหาความโปร่งใสในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของสถานศึกษาภาครัฐจำนวนหลายคดี (Office of the Administrative Court, 2018)

โครงการจัดซื้อจัดจ้างของสถานศึกษาภาครัฐจะเริ่มต้นจากการจัดทำร่างขอบเขตงาน (Terms of Reference: TOR) ซึ่งบางครั้งมีความจำเป็นต้องจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนองานไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าและบริการที่มีคุณภาพตรงตามวัตถุประสงค์การใช้งาน การใช้ดุลยพินิจในการจำกัดคุณสมบัติดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีความเป็นธรรมในการแข่งขัน แต่หากการกำหนดรายละเอียด คุณสมบัติ หรือลักษณะเฉพาะที่สถานศึกษาภาครัฐต้องการในลักษณะที่เป็นการเจาะจงจนเกินความจำเป็น หรือผิดไปจากมาตรฐาน อันเป็นผลให้เกิดการเสียโอกาสในการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมแล้ว อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขาดความโปร่งใส มีแนวโน้มก่อให้เกิดการทุจริตขึ้นได้ ในอดีตที่ผ่านมามีการวิจัยและรายงานที่เปิดเผยถึงรูปแบบปัญหาคอร์รัปชันที่สะท้อนความจริงในระบบราชการของไทยออกมา (Poapongsakorn, Nikomborirak & Tulyawasilpong, 2001; Thoetham, 2002) แต่ยังไม่พบว่ามีงานวิจัยหรือบทความอะไรที่เกี่ยวข้องกับการถือสเปก และการกีดกันผู้เสนองานในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของไทย บทความวิชาการนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ลักษณะของการกีดกันผู้เสนองาน และแนวทางปฏิบัติการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงาน ซึ่งองค์ความรู้จากบทความนี้จะประโยชน์แก่นักวิชาการพัสดุ ผู้บริหารสถานศึกษาภาครัฐ ตลอดจนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการปฏิบัติงานด้านพัสดุในสถานศึกษาภาครัฐซึ่งสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงานต่อไป

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในการปฏิบัติงานกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐให้ประพฤติปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 ตามมาตรา 8 บัญญัติว่า “การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของหน่วยงานของรัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐสอดคล้องกับหลักดังต่อไปนี้ (1) ความคุ้มค่า (2) โปร่งใส (3) มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล (4) ตรวจสอบได้”

และมาตรา 9 บัญญัติว่า “การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างให้หน่วยงานของรัฐคำนึงถึง คุณภาพ เทคนิค และวัตถุประสงค์ของการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุนั้น และห้ามมิให้กำหนดคุณลักษณะ

เฉพาะของพัสดุให้ใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง หรือของผู้ขายรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเว้นแต่พัสดุที่จะทำการจัดซื้อจัดจ้างตามวัตถุประสงค์นั้นมียี่ห้อเดียวหรือจะต้องใช้ชื่อแหล่งของยี่ห้อใด ก็ให้ระบุยี่ห้อนั้นได้” (Government Gazette Government, 2017)

ในการให้ความเป็นธรรมและตรวจสอบได้แก่ประชาชนทั่วไปเมื่อมีเหตุอันเกิดจากการกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐในความรับผิดชอบทางละเมิด สามารถพิจารณาจากหลักกฎหมายว่าด้วยการละเมิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเฉพาะมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ “1. กระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย คือ ต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้การกระทำนั้นรวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย 2. กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ”

ทั้งนี้ความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ประชาชนสามารถฟ้องร้องเอาผิดได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ได้กำหนดลักษณะของข้อพิพาทเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้มีองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

1. เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด

2. ความรับผิดชอบทางละเมิดต้องมีเหตุมาจากการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่ง หรือการกระทำอื่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดที่มีเหตุมาจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

หน่วยงานรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลการพิจารณาการจัดซื้อจัดจ้างให้ประชาชนตรวจสอบได้ตามมาตรา 9(8) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 โดยให้หน่วยงานของรัฐจัดทำสรุปผลการดำเนินงานจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐเป็นรายเดือนทุก ๆ เดือน ให้มีรายละเอียดเกี่ยวกับงานที่จัดซื้อจัดจ้าง วงเงินที่จะซื้อจ้าง ราคากลาง วิธีซื้อหรือจ้าง รายชื่อผู้เสนอราคาและราคาที่เสนอ ผู้ได้รับคัดเลือกและราคาที่ตกลงซื้อหรือจ้าง เหตุผลที่คัดเลือกโดยสรุป และเลขที่และวันที่ของสัญญาหรือข้อตกลงในการซื้อหรือการจ้าง เพื่อให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้

กรณีเดือนใดไม่มีการซื้อหรือการจ้าง หรือมีการยกเลิกโครงการหรือสัญญาหรือข้อตกลงในการซื้อจ้าง ให้รายงานไว้ด้วย

การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

บรรทัดฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ดี ได้ถูกกำหนดไว้ว่าทุกขั้นตอนต้องดำเนินการอย่างเปิดเผย โปร่งใส ตรวจสอบได้ รวมถึงต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ห้ามไม่ให้มีการล็อกสเปก คำว่า “ล็อกสเปก” หมายความว่า การกำหนดคุณลักษณะสิ่งของให้มีความเฉพาะเจาะจงใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง หรือการกำหนดคุณสมบัติผู้เสนองานที่เจาะจงให้มีผลกีดกันไม่ให้ผู้เสนองานรายอื่นสามารถเข้าแข่งขันได้ (Internal audit of government agencies of the Comptroller General’s Department, 2003)

การกำหนดรายละเอียด คุณสมบัติ หรือลักษณะเฉพาะที่หน่วยงานภาครัฐต้องการในลักษณะเจาะจงนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้เสนองานบางราย ซึ่งจุดมุ่งหมายของกฎหมายคือการห้ามไม่ให้มีการกำหนดที่เป็นการตัดสิทธิ์ผู้จะเข้าเสนองานไว้ล่วงหน้านั่นเอง

กรณีศึกษา

การจะพิจารณาว่ากรณีใดที่ถือว่าเป็นการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะพัสดุไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องอาศัยผลการพิจารณาจากข้อเท็จจริงโดยศาลปกครองสูงสุดในการวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป ผู้เขียนจะเปรียบเทียบโดยยกตัวอย่างกรณีศึกษาของหน่วยงานภาครัฐ 2 แห่งดังนี้

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.334/2556 กรณีคดีผู้ถูกฟ้องร้องเป็นหน่วยงานรัฐแห่งหนึ่ง ได้ออกประกาศจัดซื้อรถบรรทุกน้ำ มีการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของเครื่องสูบน้ำว่าต้องเป็นชนิดแรงเหวี่ยงหนีศูนย์กลางมีคุณภาพในระดับสากลตามมาตรฐาน ISO 9001-2000 และมีตัวแทนจำหน่ายในประเทศไทย พร้อมบริการหลังการขายและอะไหล่สำรอง ต้องผ่านการรับรองมาตรฐาน DIN, NEPA, EN, BS หรือ UL อย่างไรก็ตามหนึ่งเหตุการณ์นี้ผู้ฟ้องเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นการถือสเปก มีเจตนาเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางราย **คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า** รายละเอียดและคุณลักษณะเฉพาะของผู้ถูกฟ้องกำหนดนั้นมีเพียงบริษัทเดียวที่ตรงตามเงื่อนไขเท่านั้น จึงเป็นการไม่เปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับข้อร้องเรียนเรื่องการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าในขอบเขตงาน (TOR) ว่ามีเจตนาเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่ามีผู้ประกอบการที่สามารถเข้ายื่นข้อเสนอกับหน่วยงานรัฐได้มากกว่า 1 รายแล้ว แสดงว่าการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าในขอบเขตงาน (TOR) ของหน่วยงานรัฐนั้น ๆ ไม่ใช่การถือสเปกหรือกีดกันการเสนอราคา

- ตัวอย่างต่อมาเป็นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.233/2552 กรณีคดีผู้ถูกฟ้องร้องเป็นหัวหน้าส่วนราชการ เรื่องการสอบราคาซื้อวัสดุทางการแพทย์ ผู้ฟ้องร้องกล่าวหาว่ามีการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะ “ข้อที่ 5 ให้ผู้เสนอราคาจะต้องเป็นผู้ที่เคยมีผลงานขายพันธุ์ปลาและอาหารสัตว์น้ำให้กับหน่วยงานราชการในวงเงินไม่ต่ำกว่า 150,000 บาท และผลงานดังกล่าวต้องเป็นสัญญาเดียว และมีอายุไม่เกิน 1 ปีหลังจากส่งมอบงาน” โดยการยื่นเสนอราคาดังกล่าวมีผู้เข้าร่วมเสนอราคาจำนวน 4 ราย เหตุการณ์นี้ผู้ฟ้องร้องเห็นว่าตนเองนั้นไม่ได้รับการเปิดซองคัดเลือกเพราะผู้ฟ้องขาดคุณสมบัติโดยมีผลงานเกิน 1 ปี ผู้ฟ้องเห็นว่าการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะดังกล่าวนั้นเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายไม่ชอบด้วยกฎหมาย **คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า** การจัดซื้อของส่วนราชการมีความจำเป็นต้องจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ประสบการณ์ และผลงานที่ผ่านมา ส่วนราชการที่ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาได้ ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุที่มีคุณภาพ และตรงตามความต้องการ อย่างไรก็ตามแม้ว่าการจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนอราคา จะเป็นดุลพินิจของส่วนงานราชการแต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะต้องดำเนินการตามหลักสุจริตเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรม... ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องได้มีการกำหนดให้ผู้เสนอราคาจะต้องเป็นผู้ที่เคยมีผลงานขายพันธุ์ปลาและอาหารสัตว์น้ำให้กับหน่วยงานราชการในวงเงินไม่ต่ำกว่า 150,000 บาท และผลงานดังกล่าวต้องเป็นสัญญาเดียว และมีอายุไม่เกิน 1 ปีหลังจากส่งมอบงานพิจารณาได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่นอกเหนือความจำเป็นต้องจำกัดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาไว้เป็นการเฉพาะ อันเป็นผลทำให้ผู้ฟ้องและผู้ประกอบการรายอื่น ๆ สูญเสียโอกาสในการแข่งขันราคากันอย่างเป็นธรรมจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาให้เพิกถอนการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะข้อที่ 5 ของประกาศ

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของผู้เสนองานในขอบเขตงาน (TOR) ว่ามีเจตนาเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานรัฐนั้นกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะของผู้เสนองานอยู่นอกเหนือความจำเป็นของผู้ประกอบการที่สูญเสียโอกาสจำนวนหลายราย แสดงว่าการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในขอบเขตงาน (TOR) ของหน่วยงานรัฐนั้น ๆ เป็นการล่อลวงหรือกีดกันการเสนอราคานั้นเอง

การกีดกันผู้เสนองานในการจัดซื้อจัดจ้างของสถานศึกษาของรัฐ

การกีดกันผู้เสนองานเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับความผิดปกติในขั้นตอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งความผิดปกตินั้นสามารถสังเกตได้ดังต่อไปนี้ (Order of the Public Procurement and Supplies Management Policy Committee, 2020)

- การไม่มีการเผยแพร่ข่าวสารโครงการ หรือมีการเผยแพร่ในวงจำกัด เผยแพร่ในระยะเวลาอันสั้นเกินไป ทำให้ผู้สนใจไม่มีเวลาเพียงพอในการเตรียมข้อเสนอ
- การไม่ให้ข้อมูลในการติดต่อสอบถามเพิ่มเติม
- ในกรณีที่มีการใช้วิธีการคัดเลือกผู้เสนอราคาที่มีคุณภาพแต่มีการกำหนดเงื่อนไขบางอย่างที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่น ให้ผู้เสนองานต้องเตรียมเอกสารเป็นจำนวนมากหลายชุด หากขาดเอกสารอย่างใดอย่างหนึ่งจะถูกตัดสิทธิ์
- การกำหนดให้ผู้เสนองานต้องขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานรัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการซื้อจ้าง
- การกำหนดเงื่อนไขประสบการณ์ที่สูงเกินไปโดยไม่มีความจำเป็นทำให้ผู้เสนองานจำนวนน้อยราย
- การใช้หลักเกณฑ์คุณภาพที่ต้องใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการให้คะแนน
- ไม่มีข้อมูลหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะระบุไว้ในเอกสารเสนอราคา
- ผู้เข้าร่วมเสนองานถูกขัดขวางการยื่นข้อเสนอ
- การเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่มีเหตุจำเป็น

กรณีศึกษา

มีกรณีศึกษาที่เป็นคดีความฟ้องร้องในหน่วยงานสถานศึกษาและได้ถูกศาลปกครองสูงสุดพิจารณาตัดสินแล้วจำนวนมากผู้เขียนจะขอนำกรณีต่างๆมายกตัวอย่างดังนี้

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.179/2555 เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคือมหาวิทยาลัยราชภัฏแห่งหนึ่งประกาศประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์คอมพิวเตอร์ด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ มีข้อกำหนดว่า “ผู้มีสิทธิเสนอราคาต้องเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น และในส่วนขอบเขตการดำเนินโครงการกำหนดให้คณะกรรมการประกวดราคาอาจจะขอไปดูผลงานที่บริษัท” ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกีดกันผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีหมดโอกาสที่จะได้รับการพิจารณาครั้งนี้ จึงฟ้องร้องขอให้มีการเพิกถอนข้อกำหนดของขอบเขตงานโครงการข้างต้น **คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัย** ว่ากรณีนี้เป็นกรณีคดีพิพาทคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 4 แนวทาง (คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง) ได้แก่

- ก) ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นเพียงการชี้ชวนโดยมีการกำหนดคุณลักษณะ ฯ

- ข) ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีสถานะเป็นคำสั่งทั่วไปของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่ง ฯ
- ค) ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นการกระทำทางการปกครอง ฯ
- ง) ประกาศจัดซื้อจัดจ้างมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภททั่วไป ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลผู้อยู่ใน

บังคับของประกาศดังกล่าวฯ (วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน)

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องมีการกำหนดเงื่อนไขประสบการณ์ไว้สูงเกินไปโดยไม่มีเหตุจำเป็นนั้น มีเจตนาเป็นการกีดกันและเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าคดีนี้เป็นเพียงขั้นตอนการประกาศจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ฟ้องร้องยังไม่ใช้ผู้มีสิทธิเข้าร่วมเสนอราคาแต่อย่างใด

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.891/2550 เป็นคดีเกี่ยวกับยื่นขอประกวดราคาจัดซื้อครุภัณฑ์ ผู้ถูกฟ้องเป็นมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลแห่งหนึ่ง ผู้ฟ้องเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด แต่ได้รับหนังสือแจ้งว่าผู้ฟ้องไม่ได้รับการพิจารณาข้อเสนอราคาโดยให้เหตุผลว่าเพราะข้อเสนอของผู้ฟ้องไม่มีหนังสือรับรองจากบริษัทผู้ผลิตสินค้า ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวไม่ได้ถูกระบุไว้ในประกาศประกวดราคา คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า คำสั่งไม่รับการพิจารณาข้อเสนอราคามีลักษณะเป็นการตัดสิทธิของผู้ฟ้องร้อง คำสั่งดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องร้อง จึงเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องการกำหนดเงื่อนไขบางอย่างที่ไม่เกี่ยวข้องโดยไม่มีเหตุจำเป็นอันมีเจตนาเป็นการกีดกันผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานรัฐนั้นได้พิจารณากำหนดเงื่อนไขบางอย่างที่ไม่เกี่ยวข้องโดยไม่มีเหตุจำเป็นแสดงว่าหน่วยงานรัฐนั้นปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.218/2554 เป็นคดีเกี่ยวกับหัวหน้าส่วนราชการสถานศึกษาแห่งหนึ่งได้รับการจัดสรรงบประมาณประจำปีเพิ่มเติมซึ่งใกล้จะสิ้นปีงบประมาณ และได้อนุมัติโครงการก่อสร้างต่อเติมอาคารเรียน ได้ใช้ดุลอำนาจอย่างไม่ระมัดระวัง มีการเปลี่ยนคำสั่งกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างตามอำเภอใจ โดยการเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดหาจากเดิมวิธีประกวดราคาในวันที่ 4 กันยายน 2551 เป็นวิธีการพิเศษในวันที่ 29 กันยายน 2551 และคัดเลือกผู้เสนอราคาและอนุมัติจ้างแล้วเสร็จภายในวันเดียวคือในวันที่ 30 กันยายน 2551 จึงมีผู้ร้องเรียนในความไม่โปร่งใสของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ถูกฟ้องอ้างว่าการยกเลิกการประกวดราคาและอนุมัติให้จ้างโดยวิธีพิเศษเป็นคำสั่งที่ตนนั้นทำไปตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีจำนวน 9 คน คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การได้รับงบประมาณเมื่อใกล้สิ้นปีงบประมาณเป็นกรณีที่คาดหมายว่าอาจใช้เงินไม่ทันสิ้นปีงบประมาณนั้น สามารถจะให้กระทรวงเจ้าสังกัดขอทำความเข้าใจเพื่อขอเงินงบประมาณไว้เบิกเหลือปีตามระเบียบการเบิกจ่ายเงินจากคลัง ซึ่งหากมีการขอเงินดังกล่าวแล้ว แม้ว่าการประกวดราคาครั้งแรกจะถูกยกเลิกไปก็ยังสามารถจัดให้มีการประกวดราคาครั้งต่อไปได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องจ้างโดยวิธีพิเศษแต่อย่างใด การจ้างโดยวิธีพิเศษดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังได้ และการจ้างเพื่อก่อสร้างอาคารเรียนก็ไม่มีลักษณะหรือความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการจ้างโดยวิธีพิเศษ และการยกเลิกการประกวดราคาและอนุมัติให้จ้างโดยวิธีพิเศษจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้ทางราชการได้รับความเสียหาย

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องการเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่มีเหตุจำเป็นนั้น มีเจตนาเป็นการกีดกันและเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานรัฐนั้นได้พิจารณาเปลี่ยนแปลงวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่มีเหตุจำเป็น แสดงว่าหน่วยงานรัฐนั้นเลือกปฏิบัติอันการกีดกันผู้เสนองานรายอื่น

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.93/2554 ผู้ถูกฟ้องเป็นผู้อำนวยการสถานศึกษาแห่งหนึ่งได้ประกาศสอบราคาซื้อครุภัณฑ์โฆษณาและเผยแพร่ชุดรับสัญญาณดาวเทียมระบบเคยู-แบนด์ เพื่อใช้เป็นอุปกรณ์รับสัญญาณรายการโทรทัศน์เพื่อการศึกษาทางไกลผ่านดาวเทียมไทยคมของกระทรวงศึกษาธิการ ผลการเปิดซองเสนอราคาปรากฏว่าผู้ฟ้องนั้นเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดแต่กลับไม่ได้เป็นผู้ชนะ ในขณะที่บริษัทผู้ชนะนั้นชนะด้วยคุณสมบัติที่มากกว่า ซึ่งเป็นคุณสมบัติอื่น ๆ นอกเหนือจากคุณสมบัติหลัก **คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า** ผู้ถูกฟ้องไม่ได้พิจารณาจากวงเงินต่ำที่สุดแต่ได้พิจารณาถึงคุณสมบัติทางด้านคุณภาพและคุณสมบัติที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีโอนมิตส์ซึ่งซื้อกับอีกบริษัทจึงกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนเรื่องการใช้หลักเกณฑ์คุณภาพที่ต้องใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการให้คะแนน ว่ามีเจตนา กีดกันและเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานรัฐนั้นได้พิจารณาถึงคุณสมบัติทางด้านคุณภาพและคุณสมบัติที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ แสดงว่าหน่วยงานรัฐนั้นปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย

- ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.203/2553 ผู้ถูกฟ้องเป็นหัวหน้าหน่วยงานที่ดูแลกำกับสถานศึกษาแห่งหนึ่ง ได้มีประกาศประกวดราคาจ้างเหมาดำเนินการสอนคอมพิวเตอร์เพื่อการศึกษาและวัสดุอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้อง มีผู้ซื้อเอกสารประกวดราคา 3 รายซึ่งรวมผู้ฟ้องคดีด้วย ต่อมาหัวหน้าหน่วยงานได้ชะลอโครงการเพื่อปรับลดเนื้อหาโครงการใหม่และเรียกผู้ซื้อเอกสารประกวดราคามาหาหรือเพื่อหาแนวทางในการประมูลใหม่ โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้เข้าร่วมประชุมด้วย ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นของเสนอราคาตามวันเวลาที่กำหนดเพียงรายเดียว คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขและเสนอราคาต่ำกว่าวงเงินงบประมาณและราคากลางที่ตั้งไว้มีเหตุอันควรให้ดำเนินการต่อโดยไม่ต้องยกเลิกการประมูลราคา จึงเสนอผู้ถูกฟ้องเพื่อพิจารณาสั่งการ แต่ผู้ถูกฟ้องได้ประกาศยกเลิกโครงการดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่ามีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว ผู้ฟ้องเห็นว่าการประกาศยกเลิกดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย **คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า** การที่ผู้ถูกฟ้องเรียกผู้ซื้อเอกสารประกวดราคามาประชุมชี้แจงถึงการยกเลิกประกวดราคาโดยไม่ได้จัดทำประกาศยกเลิกการประกวดราคาและไม่ได้แจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ฟ้องทราบ จึงถือไม่ได้ว่ามีการยกเลิกประกวดราคา การยื่นซองของผู้ฟ้องจึงถูกต้องตามระเบียบกฎหมายแม้ต่อมาผู้ถูกฟ้องจะได้มีประกาศยกเลิกการประกวดราคาโดยอ้างว่ามีผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว แต่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาให้ความเห็นว่าควรดำเนินการต่อไปจึงเป็นการล่วงพันเหตุที่จะยกเลิกเรื่องผู้เสนอราคาเพียงรายเดียว แต่การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์แก่ราชการจึงเป็นเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานผู้ถูกฟ้องจึงมีอำนาจประกาศยกเลิก จึงพิพากษาให้ผู้ฟ้องกลับคืนสู่สถานะเดิม คืนเงินที่ลงทุนไปในการเข้าเสนอราคาทั้งหมด ได้แก่ ค่าซื้อเอกสารประกวดราคา ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และค่าจัดเตรียมหลักสูตรเพื่อนำเสนอ ส่วนกำไรที่ควรได้เมื่อยังไม่มีกรดำเนินการงานจึงยังไม่มีค่าเสียหายส่วนนี้เกิดขึ้น ส่วนค่าเสียหายทางจิตใจและศักดิ์ศรีไม่อาจคำนวณราคาให้ได้

จากกรณีศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้ สามารถสรุปถึงแนวทางพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อร้องเรียนว่าเข้าข่ายผู้เข้าร่วมเสนองานถูกขัดขวางการยื่นข้อเสนอ มีเจตนากีดกันและเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการบางรายหรือไม่ โดยหากข้อเท็จจริงปรากฏและแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานรัฐนั้นกระทำเพื่อประโยชน์แก่ราชการ แสดงว่าหน่วยงานรัฐนั้นปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย

แนวทางปฏิบัติการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงาน

หลักการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะนั้นจะต้องเป็นกลาง ไม่กีดกันผู้เสนอราคาขายใดรายหนึ่ง จะต้องจัดให้มีผู้เสนองานสามารถเข้ามาแข่งขันได้มากที่สุด ต้องไม่ระบุใกล้เคียงหรือเจาะจงยี่ห้อ กรณีที่มีการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะที่เข้าข่ายความผิดปกติ เช่น มีการกำหนดคุณสมบัติผู้เสนอราคาว่าต้องมีบุคลากรมีเครื่องมือเครื่องจักร มีการผ่านมาตรฐานเฉพาะ การกำหนดเงื่อนไขว่าหากไม่ไปดูสถานที่ก่อสร้างตามเวลาที่กำหนด จะไม่มีสิทธิ์เข้าร่วมเสนองาน การกำหนดมูลค่าผลงานก่อสร้างมากกว่าร้อยละ 50 ของวงเงินที่จะจ้าง เหล่านี้เป็นต้น ดังนั้นแล้วหลักการปฏิบัติที่เหมาะสม ผู้เขียนได้เสนอแนวทางปฏิบัติไว้ดังนี้

1. กรณีจ้างก่อสร้าง ห้ามกำหนดคุณสมบัติผู้เสนองาน อันได้แก่ ห้ามกำหนดทุนจดทะเบียน ห้ามกำหนดว่าต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีผลกำไร ห้ามกำหนดว่าต้องมีเครื่องจักรอยู่ก่อนหรือขณะเข้าเสนอรราคา ห้ามกำหนดว่าต้องมีหนังสือรับรองจากสถาบันการเงิน
2. กรณีเช่า การเช่าเครื่องคอมพิวเตอร์และรถเช่า ห้ามกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะใกล้เคียงกับยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง หรือของผู้ขายรายใดรายหนึ่ง
3. กรณีซื้อสินค้า กรณีเป็นสินค้าที่มีประกาศกำหนดมาตรฐานคุณภาพอุตสาหกรรมแล้ว ให้กำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะตามมาตรฐานคุณภาพอุตสาหกรรม ส่วนสินค้าที่ยังไม่มีประกาศกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรมแต่มีผู้ได้รับการจดทะเบียนผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมแล้ว จะต้องกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะตามที่ระบุไว้ในคู่มือผู้ซื้อที่กระทรวงอุตสาหกรรมจัดทำขึ้นเท่านั้น

ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายในประเทศไทย กิจกรรมที่เป็นของคนไทยสามารถแข่งขันกับทางหน่วยงานภาครัฐได้อย่างเป็นธรรม กรณีมีความจำเป็นต้องซื้อสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศ ต้องเข้าเงื่อนไขต่อไปนี้

1. สินค้าที่ต้องการไม่มีการผลิตขึ้นในประเทศไทย
2. สินค้าที่ต้องการมีการผลิตขึ้นในประเทศไทยแล้วแต่ไม่เพียงพอต่อความต้องการหรือมีจำนวนผู้ผลิตน้อยราย จึงมีความจำเป็นต้องจัดหาจากต่างประเทศ

ข้อเสนอแนะ

สถานศึกษาของรัฐที่จัดทำโครงการจัดซื้อจัดจ้าง และต้องดำเนินการจัดทำร่างขอบเขตงานของโครงการซื้อจ้างโดยสามารถนำเอาแนวทางปฏิบัติในการกำหนดรายละเอียดหรือคุณลักษณะเฉพาะในร่างขอบเขตงานของบทความนี้ไปประกอบการพิจารณาในการจัดทำร่างขอบเขตงานของโครงการซื้อจ้าง ทั้งนี้ในกระบวนการประกาศร่างขอบเขตของงานซื้อหรือจ้างนั้น ต้องมีระยะเวลาที่เหมาะสม และเพียงพอต่อการยื่นข้อเสนอ เพื่อให้มีการเปิดโอกาสให้ผู้เสนองานได้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม อันนำมาซึ่งพัสดุที่มีคุณภาพ และตรงตามความต้องการ

ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรมีตัวแทนจากภายนอก (ภาคประชาสังคม) ซึ่งต้องไม่เป็นบุคลากรจากหน่วยงานรัฐที่เป็นผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง โดยต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญในเรื่องที่จะ

ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการกำหนดร่างขอบเขตของงาน TOR คณะกรรมการกำหนดราคากลาง คณะกรรมการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ ในการตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อให้เกิดความโปร่งใส และตรวจสอบได้

เอกสารอ้างอิง

- Order of the Public Procurement and Supplies Management Policy Committee, CGD. (2020). **Guidelines for qualification, performance determination, feature specification, and consideration of contractor criteria**. Retrieved from http://www.dla.go.th/upload/document/type2/2020/5/23614_1_1590392235485.pdf [29 May 2021].
- Thoetham, T (2002). **Corruption, patterns, problems, strategies for solving (Reflecting the truth in the bureaucratic system and Thai society)**. Bangkok: Mekkao publisher.
- Poapongsakorn, N. & Nikomborirak, D. & Tulyawasilpong, S. (2001). **Corruption in the Thai Public Sector: Case Study and Anti-Corruption Strategy from an Economic Perspective**. Bangkok: OCSC.
- Internal audit of government agencies of the Comptroller General's Department. (2003). **Internal Audit Practice Guidelines: Risk Assessment for Audit Planning**. Bangkok: Comptroller General's Department.
- Ngamroj, P. & Onsampant, S. (2019). Approach to Risk Management in Schools under the Secondary Educational Service Area Office 1. **Journal of Educational Administration, Silpakorn University**, 10(1), p. 715-728.
- Government Gazette Government. (2017). **Procurement and Supplies Management 2017**. Issue 134 Section 24. p. 13-54.
- Chiangkul, W. (2006). **Effective anti-corruption approach: comparing Thailand with other countries**. Bangkok: Sai Than Publishing.
- Center for the Study of Administrative Cases. (2013). **Guidelines for the rulings of the Supreme Administrative Court in the case of procurement disputes**. Bangkok: Office of Research and Academic Affairs Office of the Administrative Court.
- Office of the Administrative Court. (2018). **Articles of administrative cases on cases related to supplies**. Bangkok: Office of Research and Academic Affairs Office of the Administrative Court.