

ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของความตกลง ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

Problems about the Legal Status of The Administrative Pre-Contract

พัลภา นุ่มน้อย¹

Panlapa Numnoi

บทคัดย่อ

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาสถานะทางกฎหมายของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างฉบับนี้ ผู้เขียนพยายามให้เกิดการยอมรับเกี่ยวกับความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองว่าเป็นไปตามหลักของสัญญา ซึ่งการยอมรับสถานะความเป็นสัญญาของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองสามารถที่จะลดความยุ่งยากและสับสนในการดำเนินข้อพิพาทเกี่ยวกับความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องการพิจารณาส่วนของค่าเสียหายนั้นหากพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวไปตามหลักสัญญาย่อมสามารถพิจารณาค่าเสียหายตามหลักของเบี้ยปรับซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายตามความเป็นจริงโดยละเอียด และนอกจากนี้การที่สามารถระบุได้ว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองย่อมสามารถช่วยให้เกิดความเป็นเอกภาพในการพิจารณาคดีข้อพิพาทหลักและข้อพิพาทรองไปพร้อมกันได้ดียิ่งขึ้น

คำสำคัญ : ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง, สัญญาก่อนสัญญา, สัญญาทางปกครอง, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535, กระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

¹ เจ้าหน้าที่ศาลปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง



Abstract

According to the research about the legal status of the administrative pre-contract in the governmental procurement cases the author attempts to support the concept that the administrative pre-contract is a kind of contract to be accepted. In case where the legal status of administrative precontractual agreement is identified as an innominate contract (unnamed contract), it produces clear advantages in terms of dispute adjudication.

This means the disputes arising from the legal status of administrative pre-contractual agreement will be reduced since such status will depend on a principal contract. Moreover, the proof of damages will be easier since liquidated damages will be determined in case where there is a breach of contract. This is obviously different from the proof of actual damages in torts. And when we could separate the administrative pre-contract which is an administrative contract from the civil contract, we could make the unity proceeding to be occurred.

Keywords : The Administrative Pre-contract, Pre-contractual Agreement, The Administrative Contract, Regulations of the Office of the Prime Minister on Procurement B.E.2535 (1992), the Procurement process

1. บทนำ

ในการดำเนินการกิจของรัฐหรือส่วนราชการทั้งหลายเพื่อให้ภารกิจของหน่วยงานนั้นๆ บรรลุผลจากอาศัยกระทำได้ในหลายลักษณะ อาทิเช่น คำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง สัญญาของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นต้น โดยทั่วไปการกระทำของรัฐมักมีขั้นตอนกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าในภาคเอกชน เพื่อให้เกิดความรัดกุมในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐทั้งหลาย

กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการนั้น ปรากฏเสมอว่าก่อนที่จะหน่วยงานของรัฐ จะทำให้มีการกระทำของรัฐที่เป็นการกระทำอันเป็นผลสุดท้ายเกิดขึ้นมักมีการกระทำ (Act) ย่อยๆ เกิดขึ้นก่อน เช่น การตกลงเจรจาเบื้องต้น การประชุมหารือของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น โดยที่การกระทำย่อยๆ เหล่านั้นมีทั้งที่มีสถานะที่สมบูรณ์ในตัวเองและที่เป็นเพียงการกระทำ อันนำไปสู่การกระทำอันเป็นผลสุดท้ายเท่านั้น โดยในการจัดซื้อจัดจ้างจะมีเงื่อนไขและขั้นตอน ที่กำหนดให้ผู้เข้าประกวดราคาปฏิบัติซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งคำเสนอและคำสนองอันเป็นกระบวนการ นำไปสู่การทำสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นสัญญาหลักหรือสัญญาอันเป็นผลสุดท้ายในขั้นตอน การจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนว่ามีสถานะอย่างไร ขั้นตอนและผู้เขียน ขอยกขึ้นมาศึกษานั้นเป็นส่วนของ “ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง” หรือที่ นักกฎหมายหลายท่านเรียกด้วยถ้อยคำที่แตกต่างกันไปว่า “สัญญาก่อนสัญญาทางปกครอง” บ้าง หรือ “สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง” อย่างไรก็ตามในขั้นตอนการซื้อและการจ้างจะมีความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองที่ไม่ชัดเจนว่าความตกลงเช่นนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใด ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรและหากเรา จัดว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาประเภทหนึ่งความตกลงดังกล่าว จะมีสถานะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากมิได้มีการทำสัญญาสองฝ่าย อย่างชัดเจน และข้อพิพาทดังกล่าวมีหลายลักษณะ ทั้งยังมีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่งระหว่าง การเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง และหากเราสามารถจำแนกได้ว่าความตกลง ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองแล้วก็จะทำให้เกิด ความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยด้วย

2. ความหมายและลักษณะของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

สำหรับประเทศไทยกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองมีวิธีการในการจัดซื้อจัดจ้าง อยู่ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วิธีสอบราคา วิธีประกวดราคา วิธีพิเศษ² วิธีกรณีพิเศษ³ และ วิธีการประกวดราคาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนจะต้องใช้วิธีการใดนั้นต้องเป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549

ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง เป็นขั้นตอนหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งหากพิจารณาโดยผิวเผินอาจมองว่าเป็นการกระทำ (Act) อย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับการกระทำอื่นๆ เช่น การตกลงเจรจาเบื้องต้น การประชุมหารือของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้นมีลักษณะพฤติการณ์แห่งการแสดงความเสนอและสนองระหว่างเอกชนที่เข้ารับการคัดเลือกคู่สัญญาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างและฝ่ายรัฐซึ่งเป็นส่วนราชการฝ่ายปกครอง ส่งผลให้ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองมีสถานะที่สมบูรณ์ในตัวเองแยกจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มุ่งหมายให้เกิดขึ้นในอนาคตอันเป็นสัญญาหลัก

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดในอดีตที่ผ่านมาปรากฏการกล่าวถึงตัวอย่างของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองหลายประเภท อาทิเช่น สัญญาประกวดราคา สัญญาสอบราคาและสัญญาหลักประกันของ เป็นต้น เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วผู้เขียนพอสรุปได้ว่า ลักษณะสำคัญของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการที่สัญญาข้อสัญญาตามหลักการกระทำผสมตามแนวคิด

² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 23 และข้อ 24 ประกอบ ข้อ 25

“การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีพิเศษ” ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่ง ซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท และกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขกรณีหนึ่งกรณีใด ตามระเบียบข้อ 23 (สำหรับการซื้อ) และข้อ 24 (สำหรับการจ้าง รวมทั้งการซื้อหรือการจ้างสำหรับส่วนราชการในต่างประเทศ หรือมีกิจกรรมที่ต้องปฏิบัติตามต่างประเทศ)

³ ระเบียบฯ พัดฯ ข้อ 26

“การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีกรณีพิเศษ” ได้แก่ การซื้อหรือการจ้าง จากหน่วยงานของทางราชการตามระเบียบข้อ 23 ซึ่งเป็นผู้ผลิตพัสดุหรือทำงานจ้างนั่นเองและสำนักนายกรัฐมนตรีอนุมัติให้ซื้อหรือจ้าง ซึ่งกรณีนี้ให้รวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย

ของ Normativism⁴ ประเภทหนึ่ง ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ ทั้งนี้ในรายละเอียดเกี่ยวกับสถานะของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองผู้เขียนจะวิเคราะห์และนำเสนอในลำดับต่อไป

3. สถานะทางกฎหมายของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

“สัญญา” นั้นได้แก่ นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลหลายฝ่าย หรือตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และที่ว่าตั้งแต่สองฝ่ายนั้นก็เพราะนิติกรรมได้ก่อขึ้นระหว่างฝ่ายต่างๆ ต่อกัน ดังนี้ในการแสดงเจตนาทุกฝ่ายจึงต้องแสดงเจตนายินยอมต่อกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอขึ้นมา แล้วอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองรับ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น⁵

สำหรับ “ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง” เป็นพฤติการณ์ที่เกิดในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการโดยมีลักษณะเป็นการเข้าผูกพันกันระหว่างส่วนราชการซึ่งประสงค์จะให้มีการจัดซื้อจัดจ้างประการหนึ่งประการใดขึ้น กับเอกชนซึ่งประกอบกิจการหรือรับจ้างที่ตรงตามความต้องการของส่วนราชการ แนวคิดของนักกฎหมายไทยที่เสนอแนวความเห็นเกี่ยวกับการเป็นสัญญาของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองแยกเป็น 2 แนวความเห็น คือ ฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเป็นเพียงการกระทำความย่อการกระทำหนึ่งซึ่งไม่มีองค์ประกอบของความเป็นสัญญาครบถ้วนแต่อย่างใด แต่อาจเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงเห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองไม่มีสถานะเป็นสัญญา แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองมีองค์ประกอบความเป็นสัญญาครบถ้วน มีลักษณะการแสดงเจตนาเสนอและสนอง

⁴ “Normativism” หรือ the normative theory of legal science หรือทฤษฎีเชิงปทัสฐานทางกฎหมาย อธิบายถึงความพยายามในการอธิบายให้เหตุผลแก่การปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงและคำนึงถึงความยุติธรรมในปัจจุบันขณะ ซึ่งนักกฎหมายจำนวนหนึ่งกล่าวไว้ว่าโดยทางนิติวิธี ‘บ่อเกิดของกฎหมาย’ (กฎหมายลายลักษณ์อักษร, กฎหมายจารีตประเพณี, หลักกฎหมาย, บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง) มิใช่อื่นใดมากไปกว่าการอธิบายสิ่งที่ปทัสธรรม และนามธรรมโดยตัวมันเองมีความหมายเกี่ยวกับ ‘ข้อมูลข้อเท็จจริง’ ซึ่งมาก่อนการให้ความหมายในสิ่งนั้น (นามธรรมมาก่อนการให้ความหมายหรือนิยามของตัวมัน ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าพฤติการณ์ที่ปรากฏขึ้นจริงมาก่อนการให้ความหมายถึงกิจกรรมนั้นๆ โดยตรง) อีกด้านหนึ่ง ทางความเป็นจริงนักกฎหมายโดยทั่วไปจะอธิบายขยายความเป็นอรรถาธิบายถึงนามธรรมในภาษาที่เข้าใจยากหรือลึกซึ้งเพื่อจะสื่อถึงนามธรรมที่เกิดขึ้นนั้น ทฤษฎีเชิงปทัสฐานทางกฎหมาย ได้รับการเสนอให้ทำนามธรรมให้เข้าใจได้โดยตรง อ่านเพิ่มเติมจาก Stanley L. Paulson, (1999), Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford: Oxford Scholarship.

⁵ จิต เศรษฐบุตร, (2524), **หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**, พิมพ์ครั้งที่ 3, ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ตึงศกัทธิ, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 248.

ขัดแย้งพอที่จะเป็นสัญญาประเภทที่เรียกว่า “สัญญาเบื้องต้น” หรือ “สัญญาก่อนสัญญา” โดยปรากฏความเห็นสองทาง ดังนี้

3.1 แนวความเห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองไม่มีสถานะเป็นสัญญา

กรณีความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญานั้นมีนักกฎหมายจำนวนไม่น้อยที่เห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองไม่มีสถานะเป็นสัญญา เนื่องจากไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลีหรือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ไม่มีกระบวนสถานะที่ชัดเจนของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองให้เป็นสัญญา มีเพียงการกล่าวถึงกรณีสัญญาเบื้องต้นไว้กว้างๆ เท่านั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองก็จะมีการวินิจฉัยไปตามหลักสุจริตทั่วไปอันครอบคลุมถึงเรื่องสัญญา แต่ไม่ได้พิจารณาไปตามลักษณะแห่งนิติกรรมสัญญาโดยตรง ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันและอิตาลี ต่างก็วินิจฉัยข้อพิพาทลักษณะดังกล่าวไปตามหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Culpa in Contahendo) กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดได้รับความเสียหายจากการที่อีกฝ่ายทำให้การเข้าทำสัญญามีอันต้องผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างก็ต้องพิสูจน์ความเสียหายกันในการทำงานเกี่ยวกับละเมิด เช่นเดียวกับกรมบัญชีกลางซึ่งเห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเป็นคำสั่งทางปกครองที่รัฐมีอำนาจกระทำได้นั้น ดังนั้นจึงมีนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยที่มีความเห็นแตกต่างจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญามีสถานะเป็นสัญญาตัวหนึ่งนั่นเอง

3.2 แนวความเห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองมีสถานะเป็นสัญญา

ตามแนวความเห็นนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่ง เห็นว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองมีสถานะเป็นสัญญา นอกจากการพิจารณาสถานะความเป็น “สัญญา” จากองค์ประกอบของสัญญาแล้ว การที่ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “สัญญาประกวดราคา” ซึ่งมีเรื่องของกรับหรือคืนหลักประกันของนั้น อาจเทียบเคียงได้กับกรณีเบี่ยงปรับในกฎหมายแพ่ง โดยทางแพ่งปรากฏแนวคำพิพากษาซึ่งวางหลักเกี่ยวกับเบี่ยงปรับไว้ว่า “เบี่ยงปรับ หมายถึง ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ หรือเมื่อมีการชำระหนี้แต่ไม่ถูกต้องสมควร หรือเมื่อมีการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนมูลหนี้สำหรับหนึ่งดเว้นกระทำการ” ในความเป็นจริงแล้ว “เบี่ยงปรับ” ก็คือสิ่งที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญา หรือเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งที่ระบุให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ต้องรับภาระในการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายทันทีตามจำนวนที่กำหนดไว้ โดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายว่ามากน้อยเพียงใด ซึ่งต่างจากกรณีค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิดซึ่งต้องมีการพิสูจน์ความเสียหาย ตามมาตรา 438 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะใช้โดยสถานใด

เพียงได้นั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” เมื่อกรณีของสัญญาประกวดราคามีการวางหลักประกันของการประกันการเข้าลงนามในสัญญาล่วงหน้าว่าหากผู้ยื่นซองได้รับคัดเลือกเป็นผู้ชนะการประกวดราคา ผู้ชนะการประกวดราคานั้นมีความผูกพันที่จะต้องเข้ามาลงนามในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างอันเป็นสัญญาหลัก ซึ่งหลักประกันของดังกล่าวผู้จัดการประกวดราคาจะกำหนดจำนวนไว้แน่นอน และจะริบหลักประกันนั้นต่อเมื่อได้ตกลงในสัญญาไว้ล่วงหน้าเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ หรือเมื่อมีการชำระหนี้แต่ไม่ถูกต้องสมควร หรือเมื่อมีการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนมูลหนี้สำหรับหนึ่งดเว้นกระทำการนั้นเอง

การที่ปรากฏแนวความเห็นที่หนึ่งได้เสนอว่าการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างในขั้นก่อนทำสัญญาว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งค่อนข้างเป็นการมองกระบวนการก่อนที่จะทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง โดยพิจารณาการแสดงเจตนาอย่างแยกส่วน มิได้มองต่อเนื่องเป็นกระบวนการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากเรามองเป็นกระบวนการในชั้นเจรจาตกลงเพื่อคัดเลือกเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญากับรัฐในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อเนื่องตลอดสายแล้วคงไม่สามารถระบุได้ว่าการกระทำ (Act) ที่เป็นการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นเพียง “คำสั่งทางปกครอง” ไปได้ เนื่องจากในกระบวนการก่อนทำสัญญาอันเป็นขั้นตอนการสรรหาคู่สัญญานี้มีลักษณะของสัญญาและองค์ประกอบแห่งสัญญาครบถ้วนทุกประการ จากการที่คู่สัญญาได้มีการบอกกล่าวคำสนองรับคำเสนอยอมเกิดเป็นสัญญาขึ้นตามมาตรา 361 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นสัญญาที่ตกลงกันขึ้นเพื่อจะนำไปสู่การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างระหว่างคู่สัญญาทั้งสองต่อไป ซึ่งหลักดังกล่าวศาลปกครองได้เคยวางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นสัญญาในคำวินิจฉัยหลายๆ คดี ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2550, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 เป็นต้น

4. การเริ่มต้นแห่งสถานะความเป็นสัญญาของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

ประเด็นว่าสถานะความเป็นสัญญาของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเริ่มก่อตัวขึ้นเมื่อใดต้องพิจารณาตามแบบสัญญาทางแพ่งทั่วไปคือ สัญญาเกิดเมื่อเสนอและสนองต้องตรงกันโดยไม่จำเป็นต้องปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป “คำเสนอ” นั้นเป็นคำขอให้ทำสัญญา⁶ คำขอให้ทำสัญญานี้อาจเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

⁶ คำนิยามของ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช อ้างใน จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภิทัย, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 445.

โดยเฉพาะเจาะจง หรือจะเสนอต่อสาธารณชน คือ บุคคลทั่วไปโดยมิได้เจาะจงว่าเป็นใครดังนั้นก็ไม่ได้สำคัญอยู่ว่า คำเสนอนั้นต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนขนาดพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ ซึ่งความจริงความชัดเจนที่ว่า ไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกล่าวเป็นคำพูด แต่อาจเป็นการแสดงเจตนาอื่นๆ อันง่าย ๆ ก็ได้⁷ ซึ่งคำเสนอนั้น มิได้ทั้ง “คำเสนอโดยชัดแจ้ง” อันเป็นการแสดงเจตนาเสนอที่ชัดเจนแน่นอนว่าประสงค์จะทำสัญญาอะไร หรืออย่างไร และ “คำเสนอโดยปริยาย” เป็นการแสดงเจตนาโดยแสดงการกระทำอันใดอันหนึ่งอันแปลได้ว่า เป็นคำเสนอได้ ส่วน “คำสนอง” เป็นคำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ⁸ เมื่อคำเสนอและคำสนอง ต้องตรงกันสัญญาหรือความตกลงย่อมเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตามการจะระบุสัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ก็ต้องดูธรรมชาติของการแสดงเจตนา ในสัญญาประเภทนั้นๆ ด้วยว่าพึงเป็นการแสดงเจตนาแบบเสร็จเด็ดขาด หรือโดยมีเงื่อนไข หรือ โดยที่จะมีการทำสัญญาอีกอันหนึ่งต่อไป

5. หลักเกณฑ์บ่งชี้ความเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครองของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง

ด้วยเหตุที่สัญญาทางแพ่งเป็นสัญญาทั่วไปซึ่งโดยหลักหากสัญญานั้นมิใช่สัญญาทางปกครองหรือสัญญาในลักษณะเฉพาะอื่นใดสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง ดังนั้นการที่จะจำแนกระหว่างสัญญาทางแพ่งกับสัญญาทางปกครองออกจากกันพึงคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครองที่ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งได้รับการระบุแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป

ในระบบกฎหมายไทยมีการให้ความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เมื่อพิจารณาจากหลักการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสประกอบกับแนวความเห็นนักกฎหมายมหาชนของไทย ผู้เขียนพอจะสรุปได้ว่าสัญญาทางปกครองตามแนวเยอรมันพิจารณาจากตัวเนื้อหาของสัญญาเป็นหลักว่าเป็นการนำไปสู่การก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไป ซึ่งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายปกครองหรือไม่ ขณะที่ตามแนว

⁷ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, 249.

⁸ เรื่องเดียวกัน, 643.

ฝรั่งเศสพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาว่าเป็นสัญญาเพื่อบริการสาธารณะ นอกจากนี้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสค่านึงว่าข้อสัญญามีลักษณะที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองที่เป็นคู่สัญญาหรือไม่ หากฝ่ายปกครองที่เข้าเป็นคู่สัญญามีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ว่าเป็นการจัดหาคู่สัญญา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญา และการยกเลิกสัญญา สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อมีการนำคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองซึ่งมีทั้งนักกฎหมายที่เห็นพ้องด้วยกับแนวกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศสจึงได้ร่วมกันประมวลออกมาเป็นหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองของไทยที่ปรากฏในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 นั้น ได้จำแนกสัญญาทางปกครองเป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ได้แก่ สัญญาทางปกครองโดยกฎหมายกำหนด กับสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และเนื่องจากสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้มีเพียง 4 ประเภท คือ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น จึงยังมีสัญญาทางปกครองอีกมากมายที่ยังไม่ได้รับการกำหนดไว้ชัดเจนโดยกฎหมาย

โดยสรุป จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายมีแนวทางพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองผ่านหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้

1) พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองจากวัตถุประสงค์สุดท้ายที่ต้องการของคู่สัญญา เช่น การเจรจาตกลงกันและกระบวนการทั้งหมดที่ทำขึ้นก็เพื่อการออกคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งมิใช่การทำสัญญาทางปกครองระหว่างกัน ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลสุดท้ายย่อมเป็น “คำสั่งทางปกครอง” มิใช่ “สัญญาทางปกครอง” เป็นต้น นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับหลักนี้

2) ไม่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์สุดท้ายที่จะกระทำแต่พิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งการกระทำว่าเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะหรือมุ่งหมายให้การจัดทำบริการสาธารณะประการหนึ่งประการใดบรรลุผลสำเร็จหรือไม่

3) พิจารณาโดยอาศัยความเกี่ยวเนื่องระหว่างการทำหลักและการกระทำรองในลักษณะของสัญญาหลักและสัญญาอุปกรณ์ เช่น เมื่อสัญญาที่จะทำกันในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครองแน่นอนแล้วการกระทำย่อยที่เกิดขึ้นและมีลักษณะเป็นความตกลงหรือสัญญาทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกันย่อมเป็น “สัญญาทางปกครอง” เช่นกัน

เมื่อพิจารณาทั้งจากกรอบแนวคิด บทนิยามความเป็นสัญญาทางปกครองและหลักเกณฑ์สามประการที่ได้ยกมากล่าวเบื้องต้นแล้ว น่าจะพอเป็นแนวทางในการพิจารณาได้ว่าความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองใดบ้างเป็นสัญญา และความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองนั้นเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่

6. บทสรุป

ตามความเห็นในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดซึ่งถือว่าเมื่อเอกชนผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการซื้อหรือการจ้างครั้งนั้นยื่นใบเสนอราคาต่อส่วนราชการ ถือเป็นการทำคำเสนอต่อส่วนราชการผู้ประกาศจัดซื้อ จัดจ้าง และเมื่อส่วนราชการมีคำสั่งรับคำเสนอของเอกชนผู้เสนอราคาดังกล่าวโดยการอนุมัติให้เป็นผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งมีหนังสือแจ้งให้เข้ามาทำสัญญาภายในเวลาที่ส่วนราชการกำหนด ถือเป็นการทำคำสนองรับคำเสนอ เกิดสัญญาขึ้นนับแต่เอกชนผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างได้รับแจ้งคำสั่งอนุมัติและเรียกให้เข้ามาทำสัญญาข้างต้น⁹ ดังนั้น หากต่อมาปรากฏว่าเอกชนผู้ชนะการจัดซื้อจัดจ้างไม่มาทำสัญญากับส่วนราชการ จึงเป็นการผิดสัญญา แม้ว่าจะยังไม่มีการทำสัญญากันเป็นหนังสือก็ตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จึงเป็นข้อพิพาทตามสัญญา¹⁰ สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาที่ศาลปกครองของไทยได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด อาทิเช่น สัญญาสอบราคา สัญญาประกวดราคา สัญญาประกวดราคาทางอิเล็กทรอนิกส์ (E-Auction) สัญญาหลักประกันของ เป็นต้น

โดยที่ความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองหากมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งมีเอกสิทธิ์ในการเลือกคู่สัญญา ควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา แก้ไขสัญญา และเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว อันเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งสัญญาดังกล่าวจึงแสดงถึงลักษณะพิเศษในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หากไม่มีลักษณะของสัญญาทางปกครองก็ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งนั่นเอง

นอกจากนี้ศาลปกครองยังวางหลักการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจากการพิจารณาถึงสัญญาหลักที่เกิดขึ้นตามมาจากสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นๆ ว่าสัญญาหลักเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง โดยให้ยึดตามสัญญาหลักและหลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นนี้ปรากฏชัดในกรณีของสัญญาหลักประกันของ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวความเห็นของศาลปกครองสูงสุดที่ให้ยึดเขตอำนาจศาลของสัญญาเบื้องต้นตามสัญญาหลัก เพื่อที่จะให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกันนั้นได้รับการพิจารณาพร้อมกันทั้งสัญญาเบื้องต้นและสัญญาหลักในลักษณะทำนองเดียวกันกับในสัญญาทางแพ่งที่มีเรื่องของสัญญาหลักกับสัญญาอุปกรณ์ เช่น สัญญาค่าประกัน จำนอง และจำนำ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในกระบวนการพิจารณา

⁹ ศึกษาเพิ่มเติมได้จาก คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548

¹⁰ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. “การฟ้องและสัญญาทางปกครอง: การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการไม่เข้าทำสัญญาและการยึดหรือรับหลักประกันของในกระบวนการฟ้องคดี.” เอกสาร ประเด็นเด็ด เกร็ดคดี ฉบับที่ 13 ประจำวันที่ 11 ตุลาคม 2554, 19-20.

และย่อมนำไปสู่ความเป็นเอกภาพในคำพิพากษาที่จะตามมาอีกด้วย อันเป็นผลดีต่อระบบกฎหมายดังกล่าว

สุดท้ายนี้ บทความฉบับนี้เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองเรื่องนี้เป็นการศึกษามุ่งให้เกิดการยอมรับหลักเกี่ยวกับความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อประเภทหนึ่งที่มีได้ในระบบกฎหมาย และผู้เขียนมุ่งหวังอย่างยิ่งที่จะทำให้มีการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำข้ออนุกรรมการกระทำหรือสัญญาข้อสัญญาในลักษณะเดียวกับความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครองอันเป็นพัฒนาการองค์ความรู้ทางกฎหมายประการหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนคาดหวังให้หลักเรื่องนี้ได้รับการศึกษาค้นคว้าและพัฒนาในระบบกฎหมายไทยมากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

- จิต เศรษฐบุตร. (2524). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 3, ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ตังศรีทิพย์. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาวิจัยและห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จำปี โสติพันธุ์. (2544). **หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา**. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- _____. (2539). **หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ชวลิต เสวตสุต. (2547). “สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ : ศึกษากรณีระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2545). **กฎหมายปกครอง แนวคิดและหลักกฎหมายที่ควรรู้**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- นิรันดร์ สุขวงศ์. (ม.ป.ป.). **ข้อสังเกตบางประการต่อกรณีที่ผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่มาตามวันเวลาและสถานที่ที่กำหนดตามระเบียบ**. สืบค้นเมื่อ 20 พฤศจิกายน 2556, จาก <http://www.pub-law.net>
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (ธันวาคม 2547) **การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ: เอกสารประกอบการบรรยายวิชา กฎหมายปกครอง หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2548). **กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทย รวมบทความทางวิชาการ : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ**. เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ยุทธนา ทิณรัตน์. (2549). “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในสัญญาทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทสาขานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรพันธ์ เย็นทรัพย์. (ธันวาคม 2547) “คำสั่งทางปกครองกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ.” **วารสารศาลยุติธรรม**. 2, (16), 66-80.
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2554). **หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.



สุรพล ทิพย์เสนา. (2544). “การประกวดราคาในหน่วยงานของรัฐ ศึกษาเฉพาะกรณีนิติสัมพันธ์ในกฎหมายปกครองกับสัญญาทางแพ่ง.” วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต. ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เสนีย์ ปราโมช. (2505). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้**. เล่ม 1 (ภาค 1-2). กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

Charles Tiefer and William A. Shook. (1999). **Government Contract Law**. The United State of America: Carolina Academic Press.

John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker. (1998). **Principle of French Law**. England: Oxford University Press .

Stanley L. Paulson. (1999). **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. England: Oxford University Press.