

## ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ\*

### Legal Problems Concerning Bid Bond in Government Procurement

เชาวลิต จันมณี\*\*

Chaowalit Chanmanee

วันที่รับบทความ 11 มิถุนายน 2563; วันแก้ไขบทความ 15 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 30 กันยายน 2563

#### บทคัดย่อ

การศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษารายละเอียดของปัญหา ดังนี้ 1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอ 2) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน 3) ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา 4) ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา

จากการศึกษาพบว่า ประกวดราคาเป็นคำเสนอ เมื่อผู้ประกอบการยื่นของประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกันได้มีการวางเงินหลักประกันของหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ อันก่อให้เกิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน การวางหลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา และในกรณีผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมเข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคามีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคา อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา เมื่อมีการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาที่พ้นข้อผูกพันภายในกำหนด ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และจากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใดนั้นจะต้องถือตามสัญญาหลัก กล่าวโดยสรุป ได้ดังนี้ 1) หากนำหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่าสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา 2) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีก 3) หากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอ

\* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

\*\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail : chaowalit.chanmanee@gmail.com

หรือผู้ค้าประกันการเสนอราคาภายในกำหนดเวลา และตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

4) คำสั่งรับเงินหลักประกันการเสนอราคา เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

**คำสำคัญ :** หลักประกันการเสนอราคา, จัดซื้อจัดจ้าง, พสดุ, ประกวดราคา, สัญญา

## ABSTRACT

In this study of legal problems concerning bid bond in government procurement agency, the objective is to study in detail 1) problems of the legal status of the bid bond, 2) problems of bringing a lawsuit over posting a bid bond, 3) problems of kinds of contract in the bidding contest and problems of types of contract winning the bid, 4) problems of creating a contract.

This study has shown that by posting the contest to present a bid, this is in essence an invitation to interested contractors to present a bid. The contest to bid is, therefore, an offer. When a contractor presents a bid or enters into the process of electronic bidding, including depositing a sum to guarantee the bid or to guarantee an electronic bid, that is acceptance of the offer creating a contract, a bidding contract, or a contract to enter into a bidding process. Posting a bid bond, therefore, has the legal status of a contract. In the case that the winner of the bid fails to create a contract, the government agency that posts the bidding can rightfully confiscate the bond guaranteeing the bid, which is an exercise of its right in a bidding contract, The litigation that arises in revocation of the bond for the procurement bid, therefore, is a litigation over an administrative contract. In the case that a government agency does not return the guarantee of the bidding to a contestant or a guarantor of a bid whose obligations have elapsed within a given period of time, this is deemed dereliction of a duty prescribed by law, which is a dispute over a tort on the part of an administrative body or a government agent Through studying the decisions of administrative courts and of the committees determining final jurisdiction of the courts, That a bidding contract accords with the principal contract. The following suggestions: 1) Applying the legal contract to this situation, it is evident that the legal status of posting a guarantee of a bid is a contract by status, 2) If the winner of the bid this breaches the contract to bid or to guarantee the bid, The government agent may rightly confiscate the bid bond from the bidder or the guarantor. Additionally, the government can demand other damages. 3) If the government agency does not return the guarantee of the bidding to a contestant or a guarantor of a bid whose obligations have elapsed within a given period of time the rules of the Ministry of Finance on procurement and processing of goods. If a government agency fails to comply with these rules, it is deemed a dereliction of duty prescribed by law. 4) The order to confiscate the bid bond is deemed an exercise of legal right in contract, and can be litigated in a lawsuit without an appeal.

**Keyword:** bid bond, procurement, goods, tender, contract

## 1. บทนำ (Introduction)

การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ได้กำหนดขั้นตอนไว้ โดยเริ่มตั้งแต่การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดร่างขอบเขตของงาน หรือรายละเอียด คุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ แต่งตั้งคณะกรรมการซื้อหรือจ้างรายงานขออนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำประกาศ การประชาสัมพันธ์หรือเผยแพร่ประกาศ การยื่นเสนอราคาการพิจารณาคัดเลือก การประกาศผลการพิจารณา คัดเลือกผู้ชนะ การลงนามสัญญา และการบริหารสัญญา

ศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาฎีกา<sup>1</sup> วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า ประกาศประกวดราคาเป็นคำเชิญ การยื่นซองประกวดราคาหรือการมีหนังสือเสนอราคาเป็นการทำคำเสนอ และเมื่อได้มีการวางเงินมัดจำ ของประกวดราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคา เมื่อผู้จัดการประกวดราคารับคำเสนอสัญญาประกวดราคา ก็เกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา ผู้จัดการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด<sup>2</sup> ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อเอกชนผู้มีสิทธิ เสนอราคากล่าวอ้างว่า หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของได้ จึงเป็นกรณี ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาโต้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กัน ตามสัญญาและกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ชักข้อความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่า คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืน หลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองไว้ในคำสั่ง ศาลปกครองสูงสุด<sup>3</sup> ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชน ผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิ ตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอทำได้ ากับหน่วยงานทางปกครอง และผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ที่ควรศึกษาในเรื่องของปัญหาสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันเสนอราคาคืน ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิด ขึ้นของสัญญาประกวดราคา

<sup>1</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522, คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2252/2535)

<sup>2</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550

<sup>3</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551

โดยมีขอบเขตของการศึกษา ดังนี้

1) ศึกษาระบบกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา สัญญาของรัฐ กฎหมายว่าด้วยการพัสดุ หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

2) ศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดในการวางหลักเกณฑ์กรณีข้อพิพาทในกระบวนการหรือขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และคดีพิพาทที่เกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาและหลักประกันการเสนอราคาของสัญญาทางปกครอง

3) ศึกษาวิเคราะห์ตัวบทกฎหมายแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ทั้งนี้ เพื่อหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาในเรื่องสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคา และการบังคับชำระหนี้หรือวิธีบังคับเอาหลักประกันการเสนอราคา และหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง รวมถึงเงื่อนไขขั้นตอน หรือกระบวนการในการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกัน และการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา

## 2. เนื้อหา: ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาและสัญญาทางปกครอง

### 2.1 หลักประกันการเสนอราคา (Bid Bond)

หลักประกันการเสนอราคา ได้มีการกำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้มีขึ้นเพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีผู้ยื่นข้อเสนอผู้เสนอราคา หรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการซื้อหรือจ้าง<sup>4</sup> ซึ่ง “หลักประกันการเสนอราคา” ก็คือ “หลักประกันของ” ตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานภาครัฐฉบับเดิม<sup>5</sup>

ประเภทของหลักประกันการเสนอราคาเป็นไปตามวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง และต้องกำหนดไว้ในประกาศและเงื่อนไขการเสนอราคาในแต่ละครั้งด้วย โดยให้ใช้หลักประกันอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้<sup>6</sup> 1) เงินสด เช็ค หรือตราพดที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายซึ่งเป็นเช็คหรือตราพดที่ลงวันที่ที่ใช้เช็คหรือตราพดนั้นชำระต่อเจ้าหน้าที่หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ 2) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด 3) พันธบัตรรัฐบาลไทย 4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกัน

ในกรณีเป็นการยื่นข้อเสนอจากต่างประเทศ สำหรับการประกวดราคานานาชาติต้องใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารในต่างประเทศที่มีหลักฐานดี และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเชื่อถือเป็นประกันการเสนอราคาได้อีกประเภทหนึ่งด้วย<sup>7</sup>

<sup>4</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคแรก

<sup>5</sup> ก่อนที่พระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ ส่วนราชการหรือภาครัฐได้ใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องการพัสดุ พ.ศ. 2538 หรือกฎระเบียบว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการหรือหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการ รวมถึงเงื่อนไขในการวางหลักประกันของไว้

<sup>6</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคสอง และวรรคสาม

<sup>7</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคสี่

ร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) ได้กำหนดนิยามคำว่า “หลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง” (Tender Securities) ไว้ใน มาตรา 2 (u)<sup>8</sup> ไว้หมายความว่า หลักประกันที่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างเรียกจากผู้ประกอบการ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง (f) ของกฎหมายฉบับนี้ และหมายความรวมถึงหลักประกันดังต่อไปนี้ด้วย 1) การค้ำประกันของธนาคาร 2) พันธบัตรที่เป็นหลักประกัน 3) หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Standby L/C) 4) เช็ค 5) เงินสด 6) ตัวสัญญาใช้เงิน 7) ตัวแลกเงิน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักประกันการเสนอราคาหรือหลักประกันซอง มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่หน่วยงานภาครัฐว่าผู้เสนอราคาจะปฏิบัติตามกระบวนการเสนอราคา โดยไม่กระทำการผิดเงื่อนไขไปจนกระทั่งมีการคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาและมีการทำสัญญากัน<sup>9</sup>

## 2.2 สัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยวางหลักกฎหมายที่สำคัญของสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยมีทั้งกรณีศาลปกครองได้อนุโลมนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ และอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง<sup>10</sup>

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐนั้น หากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนา ซึ่งฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์ใด ๆ เหนือสัญญา และการกระทำต่าง ๆ จึงอยู่ภายใต้ความสมัครใจของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือภาครัฐซื้อวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในสำนักงาน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง อยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชน แต่หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐมีลักษณะองค์ประกอบเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ คู่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

<sup>8</sup> Article 2 Definitions for the purposes of this law: ...

(u) “Tender Securities” means a security required from suppliers or contractors by the procuring entity and provided to the procuring entity to secure the fulfillment of any obligation referred to in paragraph 1 (f) of article 17 of this law and includes such arrangements as bank guarantees, surety bonds, standby letters of credit, cheques for which a bank is primarily liable, cash deposits, promissory notes and bills or exchange. For the avoidance of doubt, the term excludes any security for the performance of the contract.

<sup>9</sup> สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ (สำนักงานศาลปกครอง 2549) 357.

<sup>10</sup> สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง 2554) 1-2.

ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล<sup>11</sup> เช่น สัญญาที่เทศบาลว่าจ้างเอกชนวางท่อขยายเขตประปา หรือสัญญาที่กรมทางหลวงว่าจ้างเอกชนสร้างถนน ทางหลวงหรือสร้างสะพาน ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว

ก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามกฎหมาย เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ ตามกฎหมายโดยเฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องเสนอคดี ต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจ ต่อมาเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ในระยะเริ่มแรกยังมีความสับสนว่า จะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ในระยะหลังศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัย โดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญา ประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณา จากตัวสัญญาหลัก หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำกันในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์ จะทำกันในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวควรต้อง เป็นสัญญาทางแพ่ง

หลักประกันการเสนอราคาเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองได้ ในกรณีผู้ยื่นข้อเสนอ ได้วางหลักประกันการเสนอราคาไว้แล้วต่อมาก่อเหตุผิดเงื่อนไขการเสนอราคา หรือผู้ที่ได้รับประกาศคัดเลือก ให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาแต่ไม่ไปทำสัญญาทางปกครองภายในเวลาที่หน่วยงานภาครัฐกำหนด จะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา และหากผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาเห็นว่าการริบหลักประกัน การเสนอราคาดังกล่าว เป็นไปโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้อง สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ หน่วยงาน ของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญา หรือข้อตกลง หรือได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว<sup>12</sup> หากฝ่าฝืนอาจถูกผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาฟ้องศาล ให้คืนหลักประกันการเสนอราคา

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัย<sup>13</sup>ว่า ประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจาก จะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอ ให้ผู้ที่เข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลงานจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงาน ทางปกครอง จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานทางปกครอง และก่อให้เกิด สัญญาประเภทหนึ่งขึ้น ซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” การยึดหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา หลักประกันของ และเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองใช้หลักในเรื่องของคำเสนอคำสนอง ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายว่านิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาปรับใช้

<sup>11</sup> สรุปรายงานมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544

<sup>12</sup> ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตามข้อ 170 วรรคแรก (1).

<sup>13</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

การวินิจฉัยของศาลปกครองไทยดังกล่าว คล้ายกับศาลของประเทศเยอรมันที่ได้วินิจฉัยคดี โดยการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976 หรือ VwvFG) กำหนดให้นำบทบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย และตามหลักกฎหมาย ของเยอรมันถือว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่ง จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น การแสดงเจตนาในการทำสัญญาและหลัก เรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอ<sup>14</sup> และคำวินิจฉัยของศาลสูง เยอรมันมีการพัฒนาทางนิติวิธีหรือการใช้การตีความกฎหมาย เพื่อที่จะคุ้มครองคู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจา ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง จะเห็นได้ว่า ศาลมองว่า แม้จะยังไม่มีความผูกพันกัน คู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจา เพื่อเข้าทำสัญญากันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็มีความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ต่อกันแล้ว เห็นได้ว่าศาลสูง ของเยอรมันนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการ ก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสินคดี

### 3. บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

#### 3.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด<sup>15</sup> ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของผู้มีสิทธิเสนอราคา เป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้มีสิทธิเสนอราคากล่าวอ้างว่า หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุไม่มีอำนาจที่จะยึด หลักประกันของ อันเป็นกรณีที่ได้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง และกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือชักข้อ มูลความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>16</sup> ว่าคำสั่งในการยึดหลักประกันของ ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ในบางคดีศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัย<sup>17</sup>ว่าหนังสือ ที่หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไข

<sup>14</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (สำนักงานศาลปกครอง 2545) 1, 4.

<sup>15</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550

<sup>16</sup> หนังสือกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ที่ กค (กพ.อ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ชักข้อ มูลความเข้าใจ ในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่างๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่าคำสั่งในการยึด หลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วย การพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้นกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว

<sup>17</sup> ศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551

การซื้อขายและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ดังนั้น เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองและองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคาแตกต่างกันออกไป โดยแนวทางแรกวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อีกแนวทางหนึ่งวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า การประกาศประกวดราคาซื้อจ้าง หน่วยงานภาครัฐต้องแนบขอบเขตของงานหรือคุณลักษณะหรือรายละเอียดของงาน เพื่อเผยแพร่ตามข้อ 48 และข้อ 49 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ผู้ประกอบการที่สนใจได้รับทราบการประกาศประกวดราคา โดยเนื้อหาของประกาศมีลักษณะเป็นการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้ามาประกวดราคา การประกาศประกวดราคาจึงเป็นคำเสนอ ตามมาตรา 169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน อันเป็นสัญญา ก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น และในขณะเดียวกันก็เป็นคำเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคาไปถึงผู้ประกาศประกวดราคา ย่อมถือว่ามิผลเป็นคำเสนอตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว

เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคา ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา ความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง<sup>18</sup> ซึ่งศาลวินิจฉัยสรุปได้ว่า เมื่อสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อจ้างจึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ดังนั้น หลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา

### 3.2. ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน

ตามระเบียบกฎหมายว่าด้วยการพัสดุดั้งเดิม และเอกสารประกวดราคาแบบเดิมกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการประกวดราคาว่า เมื่อถึงเวลากำหนดนัดหมายผู้แทนของผู้ยื่นซองประกวดราคาต้องไปให้ตรงตามเวลาที่แจ้งนัดหมายหรือจะต้องเข้าสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเข้าเสนอราคา มิฉะนั้น จะถือว่ากระทำผิดเงื่อนไขของการเสนอราคาจะต้องถูกริบหลักประกัน

<sup>18</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480, คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522, คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523, คำพิพากษาฎีกาที่ 2252/2535, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

ปัจจุบันตามข้อ 54 ประกอบข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เมื่อถึงกำหนดวันเสนอราคาผู้ประกอบการหรือผู้ยื่นข้อเสนอราคาจะต้องเข้าระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) แล้วเสนอราคา ในส่วนของหลักประกันการเสนอราคา กรณีเป็นหนังสือค้ำประกันอิเล็กทรอนิกส์สามารถนำส่งในระบบอิเล็กทรอนิกส์ล่วงหน้า หากเป็นหลักประกันประเภทอื่น เช่น เช็ครถหรือพันธบัตรรัฐบาล จะต้องส่งหลักประกันการเสนอดังกล่าวในรูปแบบ PDF File ในวันเสนอราคา เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอราคาตามหลักเกณฑ์ ในขั้นตอนนี้เห็นได้ว่าสัญญาประกวดราคาได้เกิดขึ้นแล้ว หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประมูลไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในกำหนดจะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา หรือหน่วยงานของรัฐอาจมีหนังสือเรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันการเสนอราคาตามข้อตกลงในประกาศและเอกสารเชิญชวนหรือสัญญาประกวดราคา ซึ่งมีใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง และกรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบ อันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา กล่าวคือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคา และของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เมื่อมีกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบตามสัญญา อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด<sup>19</sup> ในส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาที่พ้นข้อผูกพันภายในกำหนด ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัย<sup>20</sup>ว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีผู้เสนอราคาได้ยื่นของประกวดราคาจ้างพร้อมวางหลักประกันของ หรือกรณีการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอราคาพร้อมกับวางหลักประกันการเสนอราคาแล้วตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือเมื่อผู้ยื่นข้อเสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว หากมีกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากหากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคา ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>19</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548

<sup>20</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 173/2552

### 3.3 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา

เดิมก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามกฎหมาย เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจ ต่อมาเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ในระยะเริ่มแรกยังมีความสับสนว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยมี 3 แนวทางความคิด ดังต่อไปนี้ 1) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>21</sup> 2) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง<sup>22</sup> และ 3) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใด จะต้องถือตามสัญญาหลัก<sup>23</sup> ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าว หรือสัญญาก่อนสัญญาหลักนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ควรต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวควรต้องเป็นสัญญาทางแพ่งด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกของตัวความหรือคู่ความในการต่อสู้คดีรวมถึงการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยโดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักเช่นเดียวกัน

### 3.4 ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา

การประกาศประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่า หน่วยงานของรัฐมีความประสงค์จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด ตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะหรือข้อกำหนดหรือขอบเขตงานที่ได้แนบท้ายเอกสารประกวดราคา และประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวยังได้กำหนดคุณสมบัติของมีสิทธิเสนอราคา และวันเวลาที่จะเสนอราคา เนื้อหาโดยรวมของประกาศประกวดราคาเป็นการเชิญชวนผู้มีอาชีพเข้ามาเสนอราคา เมื่อผู้มีอาชีพได้รับทราบประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ย่อมถือว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีผลเป็นคำเสนอ ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว และผูกพันหน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคา จนกว่าจะล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 หรือเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองจากผู้มีอาชีพ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 แล้วแต่กรณี และหากไม่มีการสนองรับจากผู้มีอาชีพจนล่วงเลยเวลาดังกล่าว คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปโดยปริยายหรือสิ้นความผูกพันไปเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357

<sup>21</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2556

<sup>22</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 17/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 251/2553

<sup>23</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2552 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 7/2555

เมื่อผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา ในกรณีนี้จึงถือว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้แสดงเจตนาสนองรับคำสั่งเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง เมื่อคำสั่งเสนอต้องตรงกันสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานอันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้นสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด<sup>24</sup> ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า ประกาศประกวดราคาหรือประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำสั่งซื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพทำคำสั่งเสนอแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำสั่งเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย และเมื่อผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้มีอาชีพได้แสดงเจตนาสนองรับคำสั่งเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ก่อให้เกิดสัญญาหลักประกันของหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน ในขณะเดียวกันก็เป็นคำสั่งเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อซองประกวดราคาหรือใบเสนอราคาไปถึงหน่วยงานของรัฐ ผู้ประกาศประกวดราคาย่อมถือว่า มีผลเป็นคำสั่งเสนอตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว

ในกรณีที่ผู้เสนอราคาได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาไม่มาทำสัญญาซื้อจ้างกับหน่วยงานของรัฐตามที่ได้แจ้งกำหนดเวลาไว้ หรือมิได้มอบหลักประกันสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ถึงแม้ก่อนที่จะมีการทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุเป็นหนังสือ ยังไม่มีสัญญาซื้อจ้างดังกล่าว คู่กรณียังไม่มีผูกพันหรือจะเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบตามสัญญาหลักกันยังมิได้ แต่หน่วยงานของรัฐสามารถเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งถือเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักได้ และคู่สัญญาสัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นหน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคาไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายผู้เสนอราคาให้มาทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุ แต่มีสิทธิบังคับเอาหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาโดยการยึดหรือริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอื่น ๆ นอกเหนือจากหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาได้อีกด้วย ตามที่กำหนดไว้ในใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ซึ่งถือว่าส่วนหนึ่งของสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ

แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าว จะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด จึงพิจารณาได้ว่าคำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครองผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอ หรือผู้เสนอราคา หรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา

<sup>24</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

#### 4. ข้อเสนอแนะ

1) ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา หากนำหลักการในเรื่องของคำเสนอสนอง ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่า หลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา

2) การซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาหรือด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดไม่ยอมเข้าทำสัญญาภายในกำหนด หรือมิได้มอบหลักประกันสัญญา ถือได้ว่ากระทำผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) และเอกสารประกาศเชิญชวนได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ มีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้าประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีกด้วย

3) หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หากฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

4) แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันการเสนอราคาจะมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน