

กิจการร่วมค้าเข้าร่วมเสนอราคา ... หลักเกณฑ์ที่ต้องรับทราบล่วงหน้า

จัดทำโดย นางสาวชिरาภรณ์ คงศิลป์ พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ
กลุ่มเผยแพร่ข้อมูลทางวิชาการและวารสาร
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

เมื่อหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นใดประสงค์จะจัดซื้อจัดจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องดำเนินการประกาศคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกให้เสนอราคาซึ่งเป็นเกณฑ์ความต้องการขั้นต่ำ เช่น ประสบการณ์และผลงานที่ผ่านมา สมรรถภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ เครื่องมือและโรงงาน ฐานะการเงิน และหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่จะมีสิทธิเข้าเสนอราคาไว้ในประกาศเชิญชวนหรือประกาศประกวดราคาหรือเอกสารประกวดราคาให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้มีสิทธิเสนอราคาได้ทราบและปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่หน่วยงานต้องการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๓๕ นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เสนอราคาเป็นกิจการร่วมค้า (joint venture) ที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลใหม่ นิติบุคคลแต่ละรายที่เข้าร่วมค้าต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาด้วย เว้นแต่ในกรณีที่กิจการร่วมค้ามีข้อตกลงระหว่างกันให้ผู้ร่วมค้ารายใดเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการเข้าเสนอราคากับทางราชการสามารถใช้ผลงานของผู้ร่วมค้าหลักรายนั้นเป็นผลงานของกิจการร่วมค้าที่ยื่นเสนอราคาได้ ทั้งนี้ ตามหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๓๑๓.๔/ว ๓๐๕๔ ลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ และหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร (กwp) ๑๓๐๕/ว ๒๔๕๗ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๓

การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดแห่งหนึ่งออกประกาศประมูลการจ้างก่อสร้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) โดยไม่ได้ประกาศหลักเกณฑ์กรณีผู้เสนอราคาเป็นกิจการร่วมค้าตามหนังสือสองฉบับข้างต้น เนื่องจากเห็นว่าหนังสือทั้งสองฉบับดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎ ผู้เสนอราคาทุกรายจึงต้องทราบและเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาในส่วนราชการต้องถือปฏิบัติและสามารถบังคับกับเอกชนได้โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในประกาศประกวดราคา องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาตัดสินผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้ามิให้เข้าเสนอราคาได้หรือไม่

กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่ อ. ๕๓๐/๒๕๕๔ วินิจฉัยไว้โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า กรณีกลุ่มบริษัทร่วมค้า ศุพลสินธุ์ โดยบริษัท ด. จำกัด (ผู้ฟ้องคดี) ได้ยื่นเอกสารประมูลจ้างตามประกาศประมูลจ้างเหมาก่อสร้างสำนักงานแห่งใหม่ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) ของผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนจังหวัด) แต่คณะกรรมการดำเนินการประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร (กwp) ๑๓๐๕/ว ๒๔๕๗ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๓ ประกอบหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๓๑๓.๔/ว ๓๐๕๔ ลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้จดทะเบียนนิติบุคคลใหม่ และไม่ได้แสดงคุณสมบัติด้านผลงานของนิติบุคคลที่เข้าร่วมค้าทุกราย ซึ่งแต่ละรายต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ทั้งในบันทึกข้อตกลงระหว่างผู้เข้าร่วมค้าก็ได้กำหนดให้ผู้เข้าร่วมค้ารายใดรายหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการเข้าเสนอราคา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีไม่ผ่านการคัดเลือกให้เข้าเสนอราคา ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวและผู้ฟ้องคดีต่อศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสินให้ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา แต่เพียงว่าผู้เสนอราคาต้องเป็นนิติบุคคลมีอาชีพรับจ้างงานที่ประมูลจ้างโดยมีผลงานประเภทเดียวกับงาน

ที่ประมูลจ้าง หากผู้เสนอราคาเป็นผู้ร่วมค้าให้ยื่นสำเนาสัญญาร่วมค้า และหากเป็นนิติบุคคลให้ยื่นสำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลปัจจุบัน โดยมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าตามหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๓๑๓.๔/ว ๓๐๕๔ ลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ และหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร (กwp) ๑๓๐๕/ว ๒๔๕๗ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๓ ไว้ในประกาศเชิญชวนหรือประกาศประกวดราคาหรือเอกสารประกวดราคาให้ผู้เข้าเสนอราคาทราบเป็นการล่วงหน้าว่าเป็นสาระสำคัญที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีสิทธิเสนอราคาด้วย เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๓๕ ข้อ ๒๓ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง (๓) และ (๔) ข้อ ๒๔ วรรคสอง (๒) (๓) และ (๕) และข้อ ๓๗ วรรคสาม (๒) ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามหนังสือทั้งสองฉบับมาบังคับใช้กับผู้ฟ้องคดีได้โดยตรง

เมื่อหนังสือกระทรวงมหาดไทยและหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีรูปแบบและเนื้อหาให้หน่วยงานของรัฐทราบและถือปฏิบัติตามแนวทางในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าให้เป็นไปตามแนวทางเดียวกันโดยมิได้มีเนื้อความในทางบังคับบุคคลภายนอกให้ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว และไม่ปรากฏว่าหนังสือทั้งสองฉบับข้างต้นได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ และผู้ฟ้องคดีมิได้รู้ถึงหลักเกณฑ์ตามหนังสือทั้งสองฉบับนั้นมาก่อน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดีได้ตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน หนังสือทั้งสองฉบับจึงมีความมุ่งหมายเพียงให้เป็นแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าเท่านั้น มิได้มีความมุ่งหมายที่จะให้มีผลบังคับไปถึงบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด จึงเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าตามที่กำหนดในหนังสือทั้งสองฉบับข้างต้นมาใช้ในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีแล้วมีคำสั่งว่าผู้ฟ้องคดีไม่ผ่านการคัดเลือกเป็นผู้มีสิทธิเสนอราคาประมูลจ้างก่อสร้างสำนักงานแห่งใหม่ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาข้างต้น ศาลปกครองได้วางหลักการสำคัญในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าไว้ ๒ ประการ ดังต่อไปนี้

๑. หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๓๑๓.๔/ว ๓๐๕๔ ลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๓ และหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร (กwp) ๑๓๐๕/ว ๒๔๕๗ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๔๓ ที่แจ้งหรือเวียนให้ส่วนราชการทราบและถือปฏิบัติตามแนวทางในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าที่เสนอราคากับส่วนราชการ ถ้าหน่วยงานทางปกครองมิได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกคุณสมบัติของผู้เสนอราคาไว้ในประกาศประกวดราคา เพื่อให้ประชาชนทราบล่วงหน้าว่าเป็นสาระสำคัญที่จะใช้ในการพิจารณาคัดเลือกผู้มีสิทธิเข้าเสนอราคา ถือเป็นกรณีที่หน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคาไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๓๕ จึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามหนังสือดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้เสนอราคาได้โดยตรง

๒. หนังสือแจ้งหรือเวียนให้ส่วนราชการทราบและถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน มิได้มีเนื้อความในทางที่บังคับกับบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไปให้ต้องปฏิบัติตามเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีลักษณะเป็น “กฎ” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่ถือเป็นข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานทางปกครองต้องพิมพ์เผยแพร่ใน

ราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ หากมิได้
จัดให้มีการพิมพ์เผยแพร่หน่วยงานทางปกครองย่อมไม่อาจนำหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกดังกล่าว
มาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้เสนอราคาที่เป็นกิจการร่วมค้าได้ เว้นแต่ผู้เสนอราคาจะได้ทราบถึง
หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกเช่นนั้นมาก่อนแล้วตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน
