

“เหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง” : การใช้ดุลพินิจกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา

นางสาวสุนันทา ศรีเพ็ง พนักงานคดีปกครองชำนาญการ

กลุ่มเผยแพร่ข้อมูลทางวิชาการและวารสาร

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเปิดโอกาสหรืออนุญาตให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยหรือเลือกตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการหรือเลือกใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดในบรรดาหลาย ๆ มาตรการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งเรียกว่า “**อำนาจดุลพินิจ**” นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้ดุลพินิจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองจะต้องตระหนักว่า การที่กฎหมายเปิดโอกาสหรืออนุญาตให้ใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจนั้นได้อย่างกว้างขวางตามความพอใจหรือโดยอำเภอใจของตน แต่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตของกฎหมาย พอสมควรแก่เหตุ ไม่บิดเบือน หรือไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ดังเช่นกรณีการคัดเลือกเอกชนให้เข้ามาเป็นคู่สัญญาของภาครัฐนั้น กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างหรือจัดหาพัสดุไว้เป็นการทั่วไป โดยข้อ 5 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ประกอบข้อ 15 ทวิ วรรคหนึ่ง ข้อ 33 ทวิ วรรคหนึ่ง และข้อ 44 วรรคสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างหรือการจัดหาพัสดุของหน่วยงานของรัฐในแต่ละครั้งจะต้องดำเนินการโดยเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เสนอราคา หรือผู้เสนองาน และพิจารณาถึงความสามารถในการรับงานของผู้ขายหรือผู้รับจ้างด้วย แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาไว้อย่างใด

จากหลักการของกฎหมายดังกล่าว จึงถือเป็นดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐหรือผู้มีอำนาจที่จะต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความโปร่งใส การเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ตลอดจนความสามารถในการรับงานของผู้ขายหรือผู้รับจ้าง และไม่เลือกปฏิบัติ หรือมีผลเป็นการกีดกัน และเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดเป็นการเฉพาะ

คดีปกครองที่จะนำมาเสนอในฉบับนี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายใหม่ ไม่สามารถเข้าร่วมเสนอราคากับหน่วยงานของรัฐได้ เนื่องจากไม่มีผลงานตามที่หน่วยงานของรัฐกำหนดไว้เป็นคุณสมบัติในเอกสารประกวดราคา

โดยคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดี (มหาวิทยาลัยราชภัฏวชิรสุรินทร์) ได้ออกประกาศประกวดราคาเพื่อซื้อครุภัณฑ์ระบบบริหารจัดการและวางแผนทรัพยากรองค์กร ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดให้ผู้สนใจเข้าร่วมเสนอราคา ขอซื้อเอกสารประกวดราคาในราคาชุดละ 8,500 บาท และ**กำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมเสนอราคาไว้ในข้อกำหนดทั่วไปของรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (TOR) ข้อ 1 ว่าต้องเคยมีผลงานการติดตั้งระบบซอฟต์แวร์พร้อมฮาร์ดแวร์แบบ System Integrate มีมูลค่าผลงานในสัญญาเดียวกันไม่น้อยกว่า 4,000,000 บาท และข้อ 2 ว่าต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 5,000,000 บาท**

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ ประสงค์ที่จะเข้าประกวดราคา แต่ไม่สามารถเข้าร่วมเสนอราคาได้ เนื่องจากเห็นว่าข้อกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้น เป็นการกีดกันผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบการที่ยังไม่มีผลงานไม่ให้มีโอกาสเข้าร่วมการประกวดราคา และเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ค้ากลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อันเป็น

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนข้อกำหนดคุณสมบัติของผู้เข้าร่วมเสนอราคาและให้ผู้ถูกฟ้องคดีประกาศประกวดราคาใหม่

ประเด็นปัญหา คือ การใช้ดุลพินิจกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาไว้ใน TOR ข้อ 1 และข้อ 2 ดังกล่าว มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือมีผลเป็นการกีดกันผู้ที่ประสงค์จะเสนอราคาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ที่ยังไม่มีผลงานหรือไม่ ? อย่างไร ?

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า แม้ TOR ตามประกาศประกวดราคาได้แบ่งบุคคลผู้ประกอบการเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก ได้แก่ ผู้ประกอบการเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่เคยมีผลงานการติดตั้งระบบซอฟต์แวร์พร้อมฮาร์ดแวร์แบบ System Integrate เป็นผลงานในสัญญาเดียวกันที่มีมูลค่าผลงานไม่น้อยกว่า 4,000,000 บาท และมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 5,000,000 บาท กับประเภทที่สอง ได้แก่ ผู้ประกอบการเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์อื่น และปฏิบัติต่อผู้ประกอบการแต่ละประเภทดังกล่าวแตกต่างกัน โดยผู้ประกอบการประเภทแรกมีสิทธิเสนอราคา ส่วนผู้ประกอบการประเภทที่สองไม่มีสิทธิเสนอราคา

อย่างไรก็ตาม การแบ่งผู้ประกอบการออกเป็นสองประเภทดังกล่าวข้างต้น แล้วปฏิบัติต่อผู้ประกอบการแตกต่างกันเช่นว่านี้ จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณารายละเอียดคุณลักษณะของครุภัณฑ์ อันเป็นพัสดุที่ผู้ถูกฟ้องคดีจัดหาแล้ว เห็นได้ว่า เป็นพัสดุที่มีความสลับซับซ้อนและมีวงเงินงบประมาณในการจัดซื้อสูง ฉะนั้นเพื่อบริษัทจะได้พัสดุที่มีคุณภาพ สามารถใช้งานได้สมวัตถุประสงค์ คำนึงถึงเงินงบประมาณที่ต้องใช้ไปในการจัดหา และภายในเวลาอันสมควร วิทยุชนเช่นผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบที่จะพิจารณาจัดซื้อพัสดุที่ต้องการจากผู้ประกอบการเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่มีประสบการณ์และความชำนาญสูงพอสมควร การจัดซื้อพัสดุดังกล่าวจากผู้ประกอบการที่ไม่มีประสบการณ์และความชำนาญเพียงพอ ย่อมมีเสี่ยงต่อการได้มาซึ่งพัสดุที่ไม่มีคุณภาพ ไม่สามารถใช้งานได้สมวัตถุประสงค์ หรือได้พัสดุที่ล่าช้ากว่าเวลาอันสมควร การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาไว้ใน TOR ข้อ 1 จึงเป็นข้อบ่งชี้เบื้องต้นว่า ผู้เสนอรายรายนั้นมีประสบการณ์และความชำนาญเพียงพอที่จะขายครุภัณฑ์ระบบบริหารจัดการและวางแผนทรัพยากรองค์กรจำนวน 1 ระบบ พร้อมการติดตั้งที่มีคุณภาพ สามารถใช้งานได้สมวัตถุประสงค์ คำนึงถึงเงินงบประมาณที่ต้องใช้ไปในการจัดหาพัสดุดังกล่าว และภายในเวลาอันสมควร จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หากแต่มีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนั้น แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะเรียกให้ผู้ขายจัดให้มีหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา และผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายโดยบังคับจากหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาได้ก็ตาม แต่ก็อาจจะไม่ครอบคลุมความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับจากการที่ผู้ขายประพฤติผิดสัญญา จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายเพิ่มขึ้น ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาไว้ใน TOR ข้อ 2 จึงเห็นได้ชัดว่าเป็นไปเพื่อให้อย่างมั่นใจถึงการที่จะต้องใช้เวลาสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่ได้รับจากผู้ขายประพฤติผิดสัญญาเพิ่มเติมจากค่าเสียหายที่ได้บังคับเอาจากหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ผู้ขายยังมีทรัพย์สินให้บังคับชำระหนี้ค่าเสียหายได้ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาตามอำเภอใจ หากแต่มีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟังเป็นอย่างยิ่งเช่นกัน

เมื่อการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาไม่ได้เป็นไปตามอำเภอใจ หากแต่มีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง จึงไม่อาจถือได้ว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นเหตุให้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1016/2559)

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายถึงหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ คือ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันว่า บุคคลย่อมมีโอกาสอย่างเสมอกันหรือเท่าเทียมกัน ในการเข้าร่วมการแข่งขันราคากับหน่วยงานของรัฐ การแบ่งบุคคลออกเป็นประเภท แล้วปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภท ให้แตกต่างกันออกไปจากบุคคลประเภทอื่น หรือการกระทำใด ๆ ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการแบ่งประเภทและการกระทำดังกล่าว เป็นไปตามอำเภอใจ ปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง แต่หากการกำหนดคุณสมบัติที่แตกต่างกันนั้น สามารถอธิบายเหตุผลให้เป็นที่รับฟังได้และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของทางราชการ ย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ ยังได้วางแนวทางการปฏิบัติราชการที่ดีในการใช้อำนาจตามกฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ความรับผิดชอบ เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งจะมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2560) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันหรือขณะที่เกิดข้อพิพาท ต่างก็เป็นกฎหมาย ที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการในแต่ละขั้นตอนของการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของภาครัฐ เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล การดำเนินการเป็นไปอย่างเปิดเผย โปร่งใส และเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกัน อย่างเป็นธรรม รวมทั้งคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ และแม้ว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคา เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบจะมีอำนาจดุลพินิจในการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาได้ตามที่เห็นสมควร แต่การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ยกมาเป็นอุทาหรณ์ดังกล่าวข้างต้น