

**มาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับผู้รับจ้างในหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติ
การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลัง
ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560¹**

ร.ท. อิทธิพัทธ์ วัริยะเกียรติ²

จากการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับผู้รับจ้างในหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมาย ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับผู้รับจ้างตามกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย นั้น พบว่าการที่กฎหมายกำหนดมาตรการเพื่อบังคับใช้กับผู้รับจ้างในงานจ้างก่อสร้างของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่สามารถควบคุม กำกับ ดูแลงานจ้างก่อสร้างหรือบริหารงานพัสดุให้เกิดความคุ้มค่า โปร่งใส ตรวจสอบได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากยังมีบางมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างในการพิจารณาลงโทษผู้รับจ้าง หรือกำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งผู้รับจ้าง รวมถึงให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับจ้างเกินสมควร เปิดโอกาสให้มีการทุจริตระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้รับจ้าง และมีการเอื้อประโยชน์ต่อกัน ทำให้ได้ผู้รับจ้างที่ไม่มีความพร้อมในการปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างให้กับหน่วยงานของรัฐ ส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะล่าช้า หรือไม่บรรลุผล ขัดกับแนวคิดเกี่ยวกับหลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ รวมถึงไม่สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลในการบริหารภาครัฐ ขัดกับทฤษฎีบริการสาธารณะ และขัดกับหลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐ

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ทำการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับผู้รับจ้างในหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว พบว่ายังคงมีปัญหาย่อยหลายประการ สรุปได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในขั้นตอนการจัดจ้าง ซึ่งตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น กำหนดไว้ว่า

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้กับผู้รับจ้างในหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์เรืองยศ แสนภักดี และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยาและ รองศาสตราจารย์จุพร วงศ์ทองสรรค์

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต (บางนา) คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

“ในการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในงานนั้น
ในกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการตามวรรคหนึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่น
ข้อเสนอหรือคู่สัญญาในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดของการจัดซื้อจัดจ้างหรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการ
จัดซื้อจัดจ้างแต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญการจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมไม่เสียไป”³ นั้น

โดยเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น แม้
ตามวรรคหนึ่งจะกำหนดให้ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญา
ก็ตาม แต่ในวรรคสอง กลับกำหนดว่าหากกรณีตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งนั้น ได้ปรากฏขึ้นในภายหลัง
แต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญแล้ว การจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวย่อมไม่เสียไป เช่นนี้ จึงเป็น
กรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นการชัดเจน เด็ดขาด ว่าผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย
กับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญา ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความของคำว่า “ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้าง อย่างมี
นัยสำคัญ” ขึ้น ซึ่งไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดเป็นคำนิยาม หรือกำหนดความหมาย หรือกำหนดขอบเขต
ของการตีความคำนี้ไว้ เป็นผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการวินิจฉัยว่า
อย่างไรจึงจะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ที่จะมีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ อันจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างนั้น
เสียไป และหากการกระทำนั้นส่งผลต่อกระบวนการจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญแล้ว และจะมีมาตรการต่อผู้
รับจ้างอย่างไร เช่น การกำหนดแนวทางให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตาม หรือบทลงโทษกรณีผู้รับจ้างฝ่าฝืน
ระเบียบหรือคำสั่งที่ทางราชการกำหนดไว้ ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติขึ้นไว้เป็น
ความหมายอย่างกว้าง เป็นช่องว่างของกฎหมาย เป็นการเปิดโอกาสและเอื้อประโยชน์ให้ผู้รับจ้างจงใจให้
เจ้าหน้าที่ของรัฐเพิกเฉยหรือไม่สนใจที่จะตรวจสอบความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของผู้รับจ้าง ขาดความโปร่งใส
ในการบริหารงานภาครัฐอันเป็นขัดต่อหลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐ ส่งผลกระทบต่อการพัฒนา
ประเทศ ประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบริหารงานแผ่นดิน ไม่สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลในการ
บริหารภาครัฐ

ประการที่สอง ปัญหาการพิจารณาในการคัดเลือกผู้รับจ้าง ซึ่งตามมาตรา 64 และมาตรา 65 แห่ง
พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น กำหนดไว้ว่า

“มาตรา 64 ...ให้หน่วยงานของรัฐกำหนดเป็นเงื่อนไขประกาศและเอกสารเชิญชวนว่าผู้ที่จะเข้ายื่น
ข้อเสนอต้องแสดงหลักฐานถึงขีดความสามารถและความพร้อมที่ตนมีอยู่ในวันยื่นข้อเสนอนั้นด้วย”⁴

“มาตรา 65 ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีตามมาตรา 55 (1) หรือ (2) ให้หน่วยงานของรัฐ
ดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญโดย
ให้คำนึงถึงเกณฑ์ราคาและพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วยดังต่อไปนี้

³ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁴ มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

...6) ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นในกรณีที่กำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อนตามวรรคหก...”⁵

จากบทบัญญัติดังกล่าว ปัญหาการพิจารณาในการคัดเลือกผู้รับจ้างตามพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว ยังมีได้กำหนดรายละเอียดของคุณสมบัติของผู้รับจ้างที่ชัดเจนเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นในขั้นตอนการคัดเลือกผู้เสนอราคาว่าอย่างไรที่จะพิจารณาได้ว่าผู้เสนอราคานั้นมีขีดความสามารถทางเทคนิคและมีความพร้อมที่ตรงกับความต้องการของทางราชการมากกว่าผู้แข่งขันการเสนอราคารายอื่นๆ หรือไม่ และเมื่อพิจารณามาตรา 64 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ผู้ที่เข้ายื่นข้อเสนอต้องแสดงให้เห็นถึงขีดความสามารถและความพร้อมที่ตนมีอยู่ในวันยื่นข้อเสนอด้วย ประกอบกับมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดว่า “ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีประกาศเชิญชวน หรือวิธีการคัดเลือกให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการ โดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ และวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญ โดยคำนึงถึง เกณฑ์ราคาและพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วย ดังต่อไปนี้ 6) ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น ซึ่งเมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้น ประกอบกันแล้วนั้นพบว่าข้อความที่กำหนดไว้ตามมาตรา 65 กล่าวคือ “ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น” ถือเป็นเรื่องขีดความสามารถและความพร้อมของผู้เสนอราคาตามมาตรา 64 วรรคสอง ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ คำว่า “ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น” ตามมาตรา 65 เป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคุณสมบัติผู้รับจ้างที่กว้างเกินไป และให้ดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาได้อย่างกว้าง ไม่มีขอบเขต ทำให้หน่วยงานของรัฐอาศัยข้อกฎหมายดังกล่าว และใช้ดุลยพินิจคัดเลือกผู้รับจ้างที่ไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมเพียงพอกับงานจ้างก่อสร้างภาครัฐ ส่งผลให้งานบริการสาธารณะต้องล่าช้าออกไปหรือไม่บรรลุผลในที่สุด ซึ่งต่อมาได้มีปัญหามาสู่ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้รับจ้าง ต้องคำนึงถึงระยะทางรวมถึง ระยะเวลาเดินทางจากสถานที่ตั้งกับสถานที่ปฏิบัติงาน, ค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพื่อไปปฏิบัติงาน รวมถึงการขาดแคลนแรงงานที่จะปฏิบัติงานให้กับผู้ว่าจ้าง ล้วนเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในการคัดเลือกผู้เสนอราคาทั้งสิ้น⁶

ประการที่สาม ปัญหาการยื่นคำขออันเป็นเท็จของผู้รับจ้าง ซึ่งตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกอบกับระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 161 ข้อ 165 และข้อ 182 นั้น กำหนดไว้ว่า

“มาตรา 97 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลยพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณานุมัติให้แก้ไขได้

⁵ มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.144/2551, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.392/2564 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.149/2565

- (1) เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า
- (2) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงหากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์
- (3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์

สาธารณะ

- (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง...⁷

“ข้อ 161 การลงนามในสัญญาและการแก้ไขสัญญาตามระเบียบนี้เป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ...”⁸

“ข้อ 165 งานแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 97 ต้องอยู่ภายในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาหรือข้อตกลงนั้นโดยหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาเปรียบเทียบคุณภาพของพัสดุหรือรายละเอียดของงานรวมทั้งราคาของพัสดุหรืองานตามสัญญาหรือข้อตกลงกับพัสดุที่จะทำการแก้ไขนั้นก่อนแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วย...”⁹

“ข้อ 182 การงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญาหรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 102 ในกรณีที่มีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือเหตุสุดวิสัยหรือเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือเหตุอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถส่งมอบสิ่งของหรืองานตามเงื่อนไขและกำหนดเวลาแห่งสัญญาได้ให้หน่วยงานของรัฐระงับไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงกำหนดให้คู่สัญญาต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐทราบภายใน 15 วันนับถัดจากวันที่เหตุอันได้สิ้นสุดลงหรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหากไม่ได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด คู่สัญญาจะยกมากล่าวอ้างเพื่อของดหรือลดค่าปรับหรือขอขยายเวลาในภายหลังไม่ได้เว้นแต่กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหลักฐานชัดเจนหรือหน่วยงานของรัฐทราบอยู่แล้วตั้งแต่ต้น”¹⁰

จากบทบัญญัติดังกล่าว ปัญหาการยื่นคำขออันเป็นเท็จของผู้รับจ้างตามพระราชบัญญัติ ฯ และระเบียบ ฯ ดังกล่าว ยังมีได้กำหนดมาตรการป้องกัน ตรวจสอบ และลงโทษผู้รับจ้าง กรณีผู้รับจ้างยื่นคำร้องขอใช้สิทธิอันเป็นเท็จ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. กรณีผู้รับจ้างขอใช้สิทธิแก้ไขสัญญาอันเป็นเท็จตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ประกอบกับระเบียบ ฯ ข้อ 161 และข้อ 165 บัญญัติหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญา จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ อยู่ในข่ายวัตถุประสงค์เดิมของ

⁷ มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁸ ข้อ 161 แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

⁹ ข้อ 165 แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁰ ข้อ 182 แห่งระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

สัญญาหรือข้อตกลง ซึ่งการแก้ไขสัญญานั้นเป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ในสัญญาจ้างก่อสร้าง ผู้รับจ้างอาจอ้างเหตุต่างๆ เพื่อขอแก้ไขสัญญาจ้างเพื่อนำมาเป็นเหตุในการขอขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาต่อไป เพราะรู้ว่าตนเองอาจทำงานจ้างก่อสร้างให้หน่วยงานของรัฐได้ไม่ทันตามกำหนดของสัญญา เนื่องจากผู้รับจ้างได้รับจ้างก่อสร้างกับผู้ว่าจ้างเป็นจำนวนมากและมีหลายพื้นที่ โดยการอ้างเหตุที่ทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถดำเนินการงานก่อสร้างต่อไปได้ หรืออาจรู้เห็นไปใจกับเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ควบคุมงานก่อสร้าง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ให้เหตุผลสนับสนุนการพิจารณาอนุมัติแก้ไขสัญญา

2. การยื่นคำร้องขอใช้สิทธิขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาอันเป็นเท็จ ตามระเบียบ ฯ ข้อ 182 ผู้รับจ้างอ้างเหตุขัดข้องหรือเป็นอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถส่งมอบงานได้ทันตามกำหนดของสัญญาจึงต้องอ้างเหตุต่างๆ เพื่อเพิ่มเวลาการดำเนินการงานก่อสร้างให้มากขึ้น

3. การยื่นคำร้องขอใช้สิทธิขอลดหรือลดค่าปรับอันเป็นเท็จ ซึ่งมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว กำหนดให้ “คู่สัญญาต้องแสดงข้อกล่าวอ้างของตนให้เป็นที่ประจักษ์ว่ามีเหตุอุปสรรคเกิดขึ้นจริง ทำให้ไม่สามารถส่งมอบงานได้ตามกำหนดของสัญญา” และระเบียบ ฯ ข้อ 182 ได้กำหนดมาตรการ “ให้ผู้รับจ้างต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐทราบภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่เหตุอันได้สิ้นสุดลง หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หากมิได้แจ้งภายในเวลาที่กำหนด ผู้รับจ้างจะยกมากล่าวอ้างเพื่อขอลดหรือลดค่าปรับหรือขอขยายเวลาในภายหลังมิได้” จะเห็นได้ว่าผู้รับจ้างมุ่งใช้สิทธิตามหลักเกณฑ์นี้เพราะตนไม่สามารถส่งมอบงานได้ทันตามกำหนดของสัญญาและต้องถูปรับเป็นรายวัน เป็นจำนวนเงินมหาศาล ผู้รับจ้าง คู่สัญญา ต้องหาหนทางที่จะทำให้ตนเองได้กำไรมากที่สุด และไม่ให้เกิดการของตนเสียชื่อเสียงทางการค้า จึงต้องอ้างเหตุอุปสรรคต่างๆ เพื่อขอใช้สิทธิ แม้ว่าเหตุนั้นจะไม่เป็นความจริงก็ตาม

จากปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติ ฯ และระเบียบ ฯ ข้างต้น มิได้กำหนดสภาพบังคับเพื่อควบคุม ตรวจสอบ และลงโทษผู้รับจ้าง รวมถึงป้องกันมิให้ผู้รับจ้างยื่นคำร้องขอใช้สิทธิอันเป็นเท็จต่อหน่วยงานรัฐ กรณีทำเอกสารปลอมหรือกล่าวอ้างเท็จแต่อย่างใด เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบและพิจารณาคำขอใช้สิทธิของผู้รับจ้างไม่อาจที่จะตรวจสอบข้อกล่าวอ้างได้ทั้งหมด เนื่องจากไม่ใช่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่ก่อสร้างที่จะสามารถเห็นข้อขัดข้องหรืออุปสรรคที่ทำให้ผู้รับจ้างไม่อาจส่งมอบงานให้แก่รัฐผู้ว่าจ้างได้ทันตามกำหนดของสัญญา ดังเช่น ผู้ควบคุมงาน หรือ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ หรือเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างและเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจสมรู้ เอื้อประโยชน์ต่อกัน จนกระทั่งเจ้าหน้าที่ได้ตรวจสอบและพิจารณาคำขอและเสนอหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเพื่อพิจารณาอนุมัติคำขอใช้สิทธิตามที่กล่าวมาข้างต้นของผู้รับจ้างแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นงานจ้างก่อสร้างย่อมต้องใช้เวลาในการดำเนินงานที่ยาวนาน กรณีดังกล่าวอาจส่งผลให้วัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะต้องถูกเลื่อนให้ล่าช้าออกไป ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจมหาชนและทฤษฎีบริการสาธารณะ ส่งผลเสียต่อประโยชน์ของรัฐ ไม่เป็นไปตามหลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ตามมาตรา 8 และ มาตรา 65 ของพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว ที่กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่หน่วยงานของรัฐ สอดคล้องกับหลักความคุ้มค่า ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐและมีแผนการ

บริหารพัสดุที่เหมาะสม อีกทั้งการดำเนินงานจัดจ้างภาครัฐไม่เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลในการบริหาร ภาครัฐ สะท้อนถึงความไม่โปร่งใส ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริต คอร์รัปชันในการจัดจ้าง ภาครัฐได้ตามหลักการป้องกันการทุจริตในภาครัฐ

ประการสุดท้าย ปัญหาการผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญา ซึ่งตามข้อ 183 แห่งระเบียบ กระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น กำหนดไว้ว่า “นอกจาก การบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 103 หากปรากฏว่าคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือ ข้อตกลงได้และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นหากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละ 10 ของ วงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้างให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่ คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยไม่มีเงื่อนไขใดใดทั้งสิ้นให้หัวหน้าหน่วยงาน ของรัฐพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น”

โดยเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแล้ว แม้ว่ามาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว จะได้กำหนดว่า “ในกรณีผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานให้ทันตามกำหนดของสัญญาได้ และ จะต้องถูกปรับเป็นรายวันตามเงื่อนไขในสัญญาหรือข้อตกลง หากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของ วงเงินค่าจ้าง หน่วยงานรัฐต้องพิจารณาบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงต่อไป” อย่างไรก็ตาม ระเบียบ ฯ ข้อ 183 ได้ให้สิทธิผู้รับจ้างที่จะใช้สิทธิขอผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาต่อหน่วยงานของรัฐได้เท่าที่จำเป็น หากผู้ รับจ้างยินยอมชำระค่าปรับโดยไม่มีเงื่อนไข โดยคำว่า “เท่าที่จำเป็น” ยังไม่มีการกำหนดคำนิยามหรืออธิบาย ความหมาย รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กรณีใดจะถือว่ามีความจำเป็นต่อหน่วยงานของรัฐที่ สามารถผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้ จึงเกิดปัญหาในการตีความและเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจ เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้าง ที่จะอนุญาตให้ผู้รับจ้างเข้าดำเนินการตามสัญญาต่อไป หรือไม่ได้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดกรอบในการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก่อให้เกิดโอกาสในการ ทุจริตระหว่างผู้รับจ้างและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับจ้างจึงไม่ใส่ใจที่จะดำเนินการงานจ้างจนล่วงเลย กำหนดเวลาของสัญญาหรือข้อตกลงมาเป็นระยะเวลานาน เพราะกฎหมายก็ยังให้โอกาสผู้รับจ้างที่จะทำงาน ต่อไป หากผู้รับจ้างยินยอมชำระค่าปรับให้กับรัฐอย่างไม่มีเงื่อนไข แม้ว่าการชำระค่าปรับนี้จะถือเป็นเบี้ย ปรับและเป็นการเยียวยาความเสียหายให้กับรัฐประการหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อเทียบกับผลกระทบต่อการ ดำเนินการให้บริการสาธารณะที่ล่าช้าหรือไม่อาจบรรลุผลได้แล้วนั้น จึงไม่ก่อให้เกิดความคุ้มค่าและไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องจัดจ้างอีกต่อไป เนื่องจากงานจ้างก่อสร้างบางประเภทต้องอาศัยความเร่งด่วนเพื่อแก้ไข ปัญหาให้ทันต่อสถานการณ์ ยกตัวอย่างเช่น การสร้างอาคารพักอาศัยให้กับผู้ที่ประสบภัยพิบัติหรือการสร้าง อาคารให้กับผู้ป่วยโรคระบาด โควิด – 19 เป็นต้น ดังนั้น การผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาแก่ผู้รับจ้าง ตาม ระเบียบ ฯ ข้อ 183 จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดเกี่ยวกับหลักความคุ้มค่าในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ที่ กำหนดให้มีการบริหารจัดการงบประมาณและทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ ส่วนรวม จึงขัดกับทฤษฎีอำนาจมหาชนที่กำหนดให้รัฐใช้อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการ บริการสาธารณะให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม อีกทั้งยังขัด

กับทฤษฎีบริการสาธารณะที่กำหนดให้การกระทำใดๆ ของรัฐจะต้องคำนึงและเคารพต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนและกฎหมายอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ระเบียบกระทรวงการคลังฯ ข้อ 162 ที่กำหนดให้ “...การจ้างซึ่งต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกัน ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันเป็นจำนวนเงินตายตัวในอัตราร้อยละ 0.01-0.10 ของราคางานจ้างนั้น...” ประกอบกับระเบียบกระทรวงการคลังฯ ข้อ 183 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาบอกเลิกสัญญากับผู้รับจ้างได้ หากจำนวนค่าปรับจะเกินร้อยละสิบ จึงถือได้ว่ากฎหมายได้ให้โอกาสแก่ผู้รับจ้างเพื่อทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควรแล้ว ดังนั้นการกำหนดให้ผู้รับจ้างสามารถขอผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้อีก แม้ว่าผู้รับจ้างจะถูกปรับเกินร้อยละสิบแล้วก็ตาม จึงเสมือนกับเป็นการให้โอกาสแก่ผู้รับจ้างอีกครั้งโดยการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่ผู้รับจ้างออกไปอีกโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้รับจ้างจึงไม่ใส่ใจหรือละเลยที่จะปฏิบัติงานตามสัญญา ทำให้การจัดให้มีการบริการสาธารณะล่าช้าหรือไม่บรรลุผลได้ตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา

ดังนั้น แล้วเพื่อให้การใช้มาตรการทางกฎหมายกับผู้รับจ้างในหน่วยงานของรัฐมีประสิทธิภาพเหมาะสมตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในขั้นตอนการจัดจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว คำว่า “ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ” ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลยพินิจเอื้อประโยชน์แก่ผู้รับจ้างในการจงใจเจ้าหน้าที่ของรัฐวินิจฉัยถึงการมีส่วนได้เสียของผู้รับจ้างโดยไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่เสียไป ไม่สามารถยกเลิกการจัดจ้างเพราะเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสียในขั้นตอนการจัดจ้างได้อย่างแท้จริง อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ ฯ และระเบียบฯ ที่ต้องการให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเกิดความคุ้มค่า โปร่งใส ตรวจสอบได้ เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

เดิม มาตรา 13 กำหนดว่า “ในการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในงานนั้น

ในกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการตามวรรคหนึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดของการจะซื้อจะจ้างหรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการจะซื้อจะจ้างแต่ไม่มีผลต่อการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญการจัดซื้อจัดจ้างนั้นย่อมไม่เสียไป”

ขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 13 วรรคแรก “ในการจัดซื้อจัดจ้าง ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผู้ยื่นข้อเสนอหรือคู่สัญญาในงานนั้น”

2. ปัญหาการพิจารณาในการคัดเลือกผู้รับจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรา 64 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติ ฯ ดังกล่าว ยังมีได้กำหนดรายละเอียดของคุณสมบัติของผู้รับจ้างที่ชัดเจนเพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นในขั้นตอนการคัดเลือกผู้เสนอราคาว่าอย่างไรที่จะพิจารณาได้ว่าผู้เสนอราคานั้นมีขีด

ความสามารถทางเทคนิคและมีความพร้อมที่ตรงกับความต้องการของทางราชการมากกว่าผู้แข่งขันการเสนอราคาอื่นๆ หรือไม่ อีกทั้งเป็นหลักเกณฑ์การคัดเลือกคุณสมบัติผู้รับจ้างที่กว้างเกินไป และให้ดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาได้อย่างกว้าง ไม่มีขอบเขต ทำให้หน่วยงานของรัฐอาศัยข้อกฎหมายดังกล่าว และใช้ดุลยพินิจคัดเลือกผู้รับจ้างที่ไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมเพียงพอกับงานจ้างก่อสร้างภาครัฐ ส่งผลให้งานบริการสาธารณะต้องล่าช้าออกไปหรือไม่บรรลุผลในที่สุด จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

เดิม มาตรา 65 กำหนดว่า “ในการพิจารณาคัดเลือกข้อเสนอโดยวิธีตามมาตรา 55 (1) หรือ (2) ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการโดยพิจารณาถึงประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสำคัญโดยให้คำนึงถึงเกณฑ์ราคาและพิจารณาเกณฑ์อื่นประกอบด้วยดังต่อไปนี้

...6) ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นในกรณีที่กำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่นก่อนตามวรรคหก...”

ขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 65 “...6) ข้อเสนอด้านเทคนิคหรือข้อเสนออื่น สำหรับงานก่อสร้าง ให้พิจารณาถึงระยะทางระหว่างที่ทำการของผู้รับจ้างกับสถานที่ก่อสร้าง, จำนวนของบุคคลกรที่เกี่ยวข้องกับงานก่อสร้าง ได้แก่ กรรมกร ช่าง วิศวกร ผู้ควบคุมงาน และความสามารถในการขนส่งบุคลากร และวัสดุอุปกรณ์การก่อสร้าง รวมถึงคุณลักษณะอื่นๆ ที่จำเป็นสำหรับการก่อสร้าง ประกอบกัน...”

3. ปัญหาการยื่นคำขออันเป็นเท็จของผู้รับจ้าง ผู้ศึกษาเห็นว่า พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว ยังมีได้กำหนดมาตรการป้องกัน ตรวจสอบ และลงโทษผู้รับจ้าง กรณีผู้รับจ้างยื่นคำร้องขอใช้สิทธิอันเป็นเท็จในการขออนุมัติแก้ไขสัญญา การขออนุมัติขยายระยะเวลาตามสัญญา หรือการขออนุมัติลดหรือลดค่าปรับตามสัญญา เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจสอบและพิจารณาคำขอใช้สิทธิของผู้รับจ้างไม่อาจที่จะตรวจสอบข้อกล่าวอ้างได้ทั้งหมด เนื่องจากไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่ก่อสร้างที่จะสามารถเห็นข้อขัดข้องหรืออุปสรรคที่ทำให้ผู้รับจ้างไม่อาจส่งมอบงานให้แก่รัฐผู้ว่าจ้างได้ทันตามกำหนดของสัญญา อาจส่งผลให้วัตถุประสงค์ในการให้บริการสาธารณะต้องถูกเลื่อนให้ล่าช้าออกไป

จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

เดิม มาตรา 97 วรรคห้า กำหนดว่า “ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงินให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง”

ขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมวรรคใหม่ เป็น มาตรา 97 วรรคหก “...ในกรณีที่คู่สัญญาของรัฐยื่นคำขอให้แก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองโดยไม่สุจริต ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณายกเลิกสัญญาและดำเนินการตัดสิทธิในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนด”

เดิม มาตรา 102 วรรคท้าย กำหนดว่า “...หลักเกณฑ์และวิธีการของลดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา หรือการขยายเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด”

ขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 102 วรรคท้าย “...และในกรณีที่คู่สัญญายื่นคำขอใช้สิทธิงดหรือลดค่าปรับหรือการขยายระยะเวลาทำการตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นโดยไม่สุจริต ให้หน่วยงานของ

รัฐพิจารณายกเลิกสัญญาและดำเนินการตัดสิทธิในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนด”

4. ปัญหาการผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญา ผู้ศึกษาเห็นว่า ระเบียบฯ ข้อ 183 โดยเฉพาะคำว่า “เท่าที่จำเป็น” ยังคงมีปัญหาในการตีความและเป็นกรณีที่ถูกหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้าง ที่จะอนุญาตให้ผู้รับจ้างเข้าดำเนินการตามสัญญาต่อไปหรือไม่ก็ได้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดกรอบในการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก่อให้เกิดโอกาสในการทุจริตระหว่างผู้รับจ้างและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับจ้างจึงไม่ใส่ใจที่จะดำเนินการงานจ้างจนล่วงเลยกำหนดเวลาของสัญญาหรือข้อตกลงมาเป็นระยะเวลานาน เพราะกฎหมายก็ยังให้โอกาสผู้รับจ้างที่จะทำงานต่อไป หากผู้รับจ้างยินยอมชำระค่าปรับให้กับรัฐอย่างไม่มีเงื่อนไข แม้ว่าการชำระค่าปรับนี้จะถือเป็นเบี้ยปรับและเป็นการเยียวยาความเสียหายให้กับรัฐประการหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อเทียบกับผลกระทบต่อการดำเนินการให้บริการสาธารณะที่ล่าช้า หรือไม่อาจบรรลุผลได้แล้วนั้น จึงไม่ก่อให้เกิดความคุ้มค่าและไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจัดจ้างอีกต่อไป เนื่องจากงานจ้างก่อสร้างบางประเภทต้องอาศัยความเร่งด่วนเพื่อแก้ไขปัญหาให้ทันต่อสถานการณ์ จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

เดิม ข้อ 183 กำหนดว่า “นอกจากการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 103 หากปรากฏว่าคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นหากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละ 10 ของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้างให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ยินยอมเสียค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆทั้งสิ้นให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐพิจารณาผ่อนปรนการบอกเลิกสัญญาได้เท่าที่จำเป็น”

ขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็น ข้อ 183 “นอกจากการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงตามมาตรา 103 หากปรากฏว่าคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นหากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละ 10 ของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้างให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง”

เอกสารอ้างอิง

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.144/2551

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.392/2564

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.149/2565