

บทที่ 5

วิเคราะห์แบบสัญญามาตรฐานในฐานะที่เป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด

เนื่องจาก ส่วนราชการจำเป็นต้องจัดหาวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ มาใช้ในการจัดทำบริการ สาธารณะหรือใช้ภายในส่วนราชการ การดำเนินการของส่วนราชการในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ ดังกล่าว จึงมีความสำคัญต่อส่วนราชการเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะดี ส่วนราชการจะต้องดำเนินการ จัดหาวัสดุอุปกรณ์ด้วยการปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอน กระบวนการ และหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เมื่อส่วนราชการ ได้ดำเนินการเกี่ยวกับวิธีการจัดหาพัสดุ และคัดเลือกผู้ที่จะมาทำสัญญากับทางราชการแล้ว หัวหน้าส่วนราชการจะต้องดำเนินการลงนามในสัญญาจัดหาพัสดุ โดยสัญญาที่ส่วนราชการ จะลงนามนั้น ส่วนราชการจะต้องทำสัญญาเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษตามแบบมาตรฐาน ที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด¹ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ส่วนราชการเสียเปรียบ และเพื่อให้ ส่วนราชการปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เมื่อคู่สัญญาได้ลงนามในสัญญาแล้ว โดยปกติ คู่สัญญาจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาไม่ได้ เว้นแต่ การแก้ไขนั้นจะเป็นไปด้วยความจำเป็น และไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ การแก้ไขสัญญาดังกล่าวอยู่ในดุลพินิจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติ²

สำหรับตัวอย่างสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด มีจำนวนทั้งสิ้น 26 ตัวอย่าง ประกอบด้วย ตัวอย่างของสัญญาต่างๆ หนังสือค้ำประกัน เอกสารประกวดราคา ชื่อ-จ้าง ตัวอย่างบัญชีวัสดุ และตัวอย่างทะเบียนครุภัณฑ์ ซึ่งตัวอย่างสัญญาที่คณะกรรมการ ว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดในการจัดหาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ

¹ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ข้อ 132 การลงนามในสัญญาในการจัดหาตามระเบียบนี้ เป็นอำนาจของหัวหน้าส่วน ราชการและให้ทำเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษตามตัวอย่างที่ กวพ. กำหนด

² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ข้อ 136 สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่ การแก้ไขนั้นจะเป็นความจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไข เพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือ ขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วย

พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีจำนวน 13 ตัวอย่าง ได้แก่ (1) สัญญาซื้อขาย (2) Contract Form of the Supply and Delivery (3) สัญญาจ้าง (4) Form of Contract (5) สัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ (6) สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ (7) สัญญาซื้อขายและอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (8) สัญญาจ้างบริการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแก้ไขคอมพิวเตอร์ (9) สัญญาเช่าคอมพิวเตอร์ (10) สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา (11) สัญญาจ้างที่ปรึกษา (Agreement of Engagement of Consultant) (12) สัญญาจ้างที่ปรึกษา ออกแบบและควบคุมงาน และ (13) สัญญาแลกเปลี่ยน ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนขอแนะนำเฉพาะแบบสัญญาของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) จำนวน 5 แบบ อันได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ สัญญาจ้าง สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษาและสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานมาเป็นแนวทางการวิเคราะห์สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ ในประเภทสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้าง สัญญาจ้างที่ปรึกษาและสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานต่อไป

5.1 สัญญาซื้อขาย

การซื้อ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่า การซื้อวัสดุทุกชนิดทั้งที่มีการติดตั้ง ทดลอง และบริการที่เกี่ยวข้องอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงการจัดหาพัสดุในลักษณะการจ้าง

พัสดุ ได้แก่ บรรดาเครื่องใช้ไม้สอย วัสดุ ครุภัณฑ์และอุปกรณ์ต่างๆ ที่อำนวยความสะดวกในการทำงาน อันเป็นสิ่งจำเป็นที่หน่วยงานจะต้องใช้เพื่อประโยชน์ในการผลิต การบริหาร และการจัดการของหน่วยงาน โดยทั่วไปพัสดุในทางราชการแบ่งออกเป็นสามประเภท ได้แก่ (1) วัสดุ เป็นสิ่งของสิ้นเปลืองที่มีลักษณะคงทนถาวร แต่มีอายุการใช้งานจำกัด (2) ครุภัณฑ์ เป็นสิ่งที่มีลักษณะคงทนถาวร มีทั้งมีกำหนดอายุการใช้งานและไม่มีกำหนดอายุการใช้งาน (3) ที่ดินและสิ่งก่อสร้าง ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายของส่วนราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ศาลปกครองแยกพิจารณาเป็น 2 ด้าน ได้แก่ ด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา

³ ชาญชัย แสงวงศ์, สารະນຳຮູ້ເຖິງກ່ຽວກັບຮະບົບສຳນັກນາຍກຳຮູ້ມນຕຣີວ່າດ້ວຍການພັດສຸ พ.ศ. 2535. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 138-139.

5.1.1 ด้านคู่สัญญา

คู่สัญญาในการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับส่วนราชการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการ ซึ่ง “ส่วนราชการ” ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม สำนักงาน หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐ ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือในต่างประเทศ แต่ไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่น ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหาร ส่วนท้องถิ่น สัญญาซื้อขายของส่วนราชการส่วนใหญ่ ส่วนราชการจะเข้าทำสัญญาซื้อขายกับเอกชน และสัญญาซื้อขายระหว่างส่วนราชการกับเอกชนที่ศาลปกครองรับวินิจฉัย เนื่องจาก คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เป็นส่วนราชการอันถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ ระหว่าง บริษัท เมดิทอป จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ผู้ถูกฟ้องคดี⁴ สัญญาซื้อขาย ตู้ปราคจากเชื้อลามีนานาโพลี ระหว่าง บริษัท ยูนิเวอร์แซล ชิสเท็มส์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ ผู้ถูกฟ้องคดี⁵ สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์ ประมวลผลพร้อมติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ ระหว่าง บริษัท ยิบอินซอย จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ถูกฟ้องคดี⁶ และสัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า ระหว่าง บริษัท เอกรัฐ เจเนอเรเตอร์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ จังหวัดพัทลุง ผู้ถูกฟ้องคดี⁷

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายระหว่าง ส่วนราชการฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการ ซึ่งส่วนราชการถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น สัญญาซื้อขายของส่วนราชการจึงมีคู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเสมอ

⁴ คำสั่งศาลปกครองกลาง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 790/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 673/2544

⁵ คำสั่งศาลปกครองกลาง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 2333/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 250/2544

⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่ง ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 58/2544 คำสั่งที่ 132/2544

⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่ง ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 109/2544 คำสั่งที่ 94/2545

5.1.2 ด้านลักษณะของสัญญา

ศาลปกครองพิจารณาลักษณะของสัญญาซื้อของส่วนราชการ ซึ่งดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พิจารณาลักษณะของสัญญาซื้อขายจากลักษณะของสัญญาตามนิยามความหมายมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า สัญญาซื้อขายของส่วนราชการฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหรือไม่ ซึ่งสัญญาซื้อขายของส่วนราชการที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองส่วนมาก ส่วนราชการจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เพื่อนำมาใช้ในส่วนราชการเอง การวินิจฉัยคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการในระยะแรกของการบังคับใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พิจารณาว่า สาระสำคัญของสัญญาซื้อขายของส่วนราชการเป็นสัญญาซื้อขายตามที่บัญญัติอยู่ในบรรพ 3 ลักษณะ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นสัญญาทางแพ่ง แม้ว่าส่วนราชการคู่สัญญาจะเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม เนื่องจาก สัญญาซื้อขายของส่วนราชการไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และถ้าข้อสัญญาซื้อขายไม่ได้กำหนดให้ข้อสัญญาเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกสิทธิ์ของรัฐแล้ว สัญญาซื้อขายของส่วนราชการดังกล่าวก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5.1.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยเงินทุนของเอกชน และโดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น แต่สัญญาซื้อขายของส่วนราชการ เป็นสัญญาของรัฐในฐานะที่เป็นส่วนราชการฝ่ายหนึ่งเข้าผูกพันทำสัญญากับเอกชนโดยตรง ส่วนราชการมิได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ เงินลงทุนหรืองบประมาณในการซื้อขายเป็นของส่วนราชการ ความเสี่ยงภัยจึงมิได้ตกอยู่กับเอกชนเหมือนสัญญาสัมปทาน สัญญาซื้อขายของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

5.1.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

“บริการสาธารณะ” ถือเป็นหัวใจสำคัญของสัญญาทางปกครอง สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ สัญญานั้นจะต้องมีความใกล้ชิดหรือเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะมี 3 ประการ ได้แก่

(1) บริการสาธารณะจะต้องจัดทำขึ้นเพื่อประชาชนทุกคน

(2) บริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก

(3) บริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

จากการศึกษาพบว่า สัญญาซื้อขายที่ส่วนราชการทำขึ้นกับเอกชนมี 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) สัญญาซื้อขายเพื่อนำมาใช้ภายในส่วนราชการเอง เช่น สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ที่ใช้ภายในสำนักงาน สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ไฟฟ้าและวิทยุ สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์งานบ้านงานครัว สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์โฆษณาและเผยแพร่ สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่ง เป็นต้น ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1.1) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ที่ใช้ในสำนักงาน เช่น กระดาษ ดินสอ ปากกา ไม้บรรทัด แฟ้ม ลวดเย็บกระดาษ โตะ เก้าอี้ ตู้ เป็นต้น

(1.2) สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น แผ่นบันทึกข้อมูล เป็นพิมพ์ เม้าส์ เครื่องพิมพ์ สแกนเนอร์ เป็นต้น

(1.3) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ไฟฟ้าและวิทยุ เช่น สายไฟฟ้า สวิตซ์ไฟฟ้า หลอดไฟฟ้า ปลั๊กไฟฟ้า หม้อแปลงไฟฟ้า เครื่องบันทึกเสียง เครื่องกำเนิดไฟฟ้า เป็นต้น

(1.4) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์งานบ้านงานครัว เช่น เตาไรด์ เตาไฟฟ้า เครื่องบดอาหาร เครื่องกรองน้ำ เครื่องซักผ้า เครื่องทำน้ำเย็น เป็นต้น

(1.5) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์โฆษณาและเผยแพร่ เช่น ขาดังกล้อง ขาดังเขียนภาพ กล้องถ่ายรูป กล้องถ่ายวิดีโอ เครื่องฉายสไลด์ เครื่องตัดต่อภาพ เป็นต้น

(1.6) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่ง เช่น ยาง สัญญาณไฟฉุกเฉิน เครื่องยนต์ รถจักรยานยนต์ เป็นต้น

(2) สัญญาซื้อขายเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์การศึกษา สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์วิทยาศาสตร์และการแพทย์ สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์กีฬา สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ก่อสร้าง เป็นต้น ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.1) สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์การศึกษา ของส่วนราชการที่จัดให้มีบริการสาธารณะทางการศึกษา เช่น จักรทำลวดลาย จักรอุตสาหกรรม เครื่องเขียนตัวอักษร เป็นต้น

(2.2) สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์วิทยาศาสตร์ และการแพทย์ของส่วนราชการที่จัดให้มีบริการสาธารณะทางการสาธารณสุข เช่น เครื่องมือวิทยาศาสตร์ และการแพทย์ เตียงตรวจโรค รถเข็น เครื่องดูดเสมหะ เครื่องเจาะกระดูก เครื่องเอกซเรย์ เครื่องช่วยหายใจ เครื่องตรวจเม็ดเลือด เป็นต้น

(2.3) สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์กีฬา ของส่วนราชการที่จัดให้มีบริการสาธารณะทางกีฬา เช่น บาร์ต่างระดับ ม้าหู จักรยานออกกำลังกาย เป็นต้น

(2.4) สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ก่อสร้าง ของส่วนราชการที่จัดให้มีบริการสาธารณะทางโยธาสาธารณะ เช่น เครื่องเจาะเหล็ก รถบด เป็นต้น

สำหรับคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายของส่วนราชการที่ผ่านมาพบว่า ยังไม่มีสัญญาซื้อขายของส่วนราชการฉบับใด มีลักษณะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะอันจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาซื้อขายระหว่างส่วนราชการกับเอกชนซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางแพ่ง ได้แก่ สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อลามินาโพลี สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ประมวลผล และสัญญาซื้อขายเครื่องกำเนิดไฟฟ้า เนื่องจาก ศาลปกครองเห็นว่า สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาที่ให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาของส่วนราชการบางสัญญา ส่วนราชการเข้าทำสัญญากับเอกชน เพื่อจัดซื้อจัดหาวัสดุอุปกรณ์มาใช้ภายในส่วนราชการเอง แต่สัญญาซื้อขายของส่วนราชการบางสัญญา ส่วนราชการนำวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งสัญญาซื้อขายของส่วนราชการที่ส่วนราชการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายของส่วนราชการนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจไม่เป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก เป็นสัญญาซื้อขายอุปกรณ์ทางการแพทย์ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจเป็นสัญญาซื้อขายอุปกรณ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นสัญญาซื้อขายของส่วนราชการ

ประเภทสัญญาซื้อขายครุภัณฑ์วิทยาศาสตร์และการแพทย์ โดยมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาซื้อขาย เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ เพื่อนำไปใช้ในมหาวิทยาลัย ซึ่งเป็นสถานศึกษามีหน้าที่ ในการดำเนินบริการสาธารณะทางด้านการศึกษา แม้สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ จะไม่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เนื่องจาก เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจมิใช่ถาวรวัตถุที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันและมีใช้ เครื่องมือโดยตรงที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็น ต่อการดำเนินชีวิต เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจจึงไม่ใช่สิ่งสาธารณูปโภคตามแนวทางการ พิจารณาลักษณะของสัญญาของศาลปกครอง เมื่อเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจไม่ใช่ สิ่งสาธารณูปโภค สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจจึงไม่ใช่สัญญาจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภคด้วย แต่สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจนำไปใช้เพื่อดำเนินการ บริการสาธารณะทางด้านการศึกษา สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจจึงเป็นสัญญา ทางปกครอง เนื่องจาก ลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า สัญญาซื้อขาย เครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ มีลักษณะของสัญญาลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อ ลามิน่าโพลี ซึ่งกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์เป็นผู้จัดซื้อ โดยศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขาย ตู้ปราศจากเชื้อลามิน่าโพลีไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ สัญญาซื้อขาย ตู้ปราศจากเชื้อลามิน่าโพลีไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่จากคำวินิจฉัย ของศาลปกครองพบว่า การเข้าทำสัญญาของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ เพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ ทางการแพทย์ เพื่อใช้ในการดำเนินการของส่วนราชการ อันเป็นไปเพื่อใช้ในการดำเนินการบริการ สาธารณะ สัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาเกี่ยวกับการดำเนิน การจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายตู้ปราศจากเชื้อลามิน่าโพลีของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

สัญญาซื้อขายของส่วนราชการบางสัญญา ส่วนราชการเข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในสำนักงานเอง ส่วนราชการ มิได้เข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขาย ระหว่างส่วนราชการกับเอกชนดังกล่าว จึงไม่เป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขาย วัสดุครุภัณฑ์ที่ใช้ในสำนักงาน สัญญาซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ไฟฟ้า และวิทยุ สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์งานบ้านงานครัว สัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์โฆษณา และเผยแพร่ และสัญญาซื้อขายวัสดุครุภัณฑ์ยานพาหนะและขนส่งเป็นต้น แม้สัญญาดังกล่าว ข้างต้นจะไม่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่ง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่หากพิจารณาแบบของสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้วพบว่า ข้อกำหนดในสัญญาซื้อขายและตัวอย่างของสัญญามีข้อกำหนดในสัญญาอันเป็นการให้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการด้วย ซึ่งข้อกำหนดในสัญญาที่ให้สิทธิพิเศษหรือให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการดังกล่าวจะทำให้สัญญาซื้อขายที่ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติความหมายไว้เป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน สำหรับข้อสัญญาที่เป็นการให้สิทธิพิเศษหรือให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการผู้เขียนขอกล่าวในตอนท้ายของการพิจารณาลักษณะของสัญญาซื้อขายของส่วนราชการทั้งหมดแล้ว

5.1.2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

คำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่ผ่านมาศาลปกครองวางหลักการพิจารณาสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค โดยพิจารณาจากความหมายที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถานประกอบกับความหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโคบัญญัตินิยามของคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ไว้เป็นการเฉพาะ และจากความหมายที่ปรากฏดังกล่าว ศาลปกครอง จึงวางแนวทางการพิจารณา “สิ่งสาธารณูปโภค” ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

(1) ทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชน โดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ทำเทียบเรือสาธารณะ ที่พักรถโดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า และสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน เครื่องกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้น

จากการวางแนวทางการพิจารณาสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้นจะเห็นได้ว่า สิ่งสาธารณูปโภคเป็นบริการที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

สัญญาซื้อขายของส่วนราชการส่วนมาก ส่วนราชการ
เข้าทำสัญญากับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์มาใช้ภายในสำนักงานเองหรือเพื่อใช้
ในการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายของส่วนราชการจะเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะ
เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคได้เฉพาะในกรณีที่สัญญาซื้อขายนั้นเป็นสัญญาซื้อขาย
เพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอื่นเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น จากการศึกษาพบว่า
สัญญาซื้อขายที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคส่วนมากอยู่ในการดำเนินการ
ของหน่วยงานทางปกครองมิใช่ส่วนราชการ ตัวอย่างสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มี
สิ่งสาธารณูปโภคของหน่วยงานทางปกครอง เช่น สัญญาซื้อขายท่อประปาของการประปา
นครหลวง สัญญาซื้อขายรถประจำทางของบริษัท ขนส่งมวลชน จำกัด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากสัญญาซื้อขายของส่วนราชการ
ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคตามนิยามความหมายของคำว่า “สัญญา
ทางปกครอง” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่สัญญาซื้อขายนั้นๆ มีข้อกำหนดในสัญญาข้อหนึ่งข้อใดแม้เพียง
ข้อสัญญาเดียวเป็นการให้สิทธิพิเศษหรือให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมาก สัญญาซื้อขายนั้นจะมีลักษณะ
เป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นเดียวกัน โดยมีต้องพิจารณาเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา
ซื้อขายนั้นแต่อย่างใด

5.1.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
เป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติ
ของชาติได้โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐนั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐเป็นภาษี
หรือผลประโยชน์อย่างอื่น สัญญาซื้อขายของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญา
แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

แม้ว่าลักษณะสัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์ของส่วนราชการ
จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผ่านมา ศาลปกครองวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายของส่วนราชการ
ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่หากพิจารณาข้อกำหนดในสัญญาตามแบบสัญญา
ซื้อขายที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพว.) กำหนดแล้ว ข้อกำหนดในสัญญาบางข้อมีลักษณะ
พิเศษหรือให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการ แม้มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษหรือให้เอกสิทธิ์

แก่ส่วนราชการเพียงข้อหนึ่งข้อใดแม้เพียงข้อเดียวก็ทำให้สัญญาซื้อขายระหว่างส่วนราชการกับเอกชนนั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ข้อกำหนดในสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการ ได้แก่

(1) ข้อกำหนดให้ผู้ขายต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ซื้อ

ข้อกำหนดให้ผู้ขายต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ซื้อดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการในการใช้ดุลพินิจที่จะเลือกให้เอกชนปฏิบัติตามเอกสารแนบท้ายสัญญาฉบับหนึ่งฉบับใด ซึ่งเอกสารแนบท้ายสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือให้เอกชนปฏิบัติให้เป็นประการใดๆ ตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการซึ่งในการทำสัญญาทางแพ่ง หากข้อความในสัญญาขัดแย้งกันคู่สัญญาอาจตกลงกัน และสามารถแก้ไขข้อสัญญาที่ขัดแย้งกันได้ตลอดเวลา ข้อกำหนดที่ให้ผู้ขายต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ซื้อถูกกำหนดไว้ในข้อ 2 ซึ่งกำหนดว่า

“ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง ผู้ขายจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ซื้อ”

(2) ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่ง

ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่ง เป็นข้อกำหนดของส่วนราชการผู้ซื้อต่อเอกชนผู้ขาย ซึ่งสิ่งของที่ซื้อขายอยู่ต่างประเทศโดยผู้ขายต้องส่งหรือนำเข้าสิ่งของมาจากต่างประเทศ ส่วนราชการกำหนดให้เอกชนต้องขนส่งสิ่งของดังกล่าวโดยทางเรือและต้องเป็นเรือไทย ซึ่งในสัญญาทางแพ่งมิได้กำหนดให้คู่สัญญาขนส่งสิ่งของที่ซื้อขายด้วยวิธีหนึ่งวิธีใด คู่สัญญาจะตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขนส่งสิ่งของที่ซื้อขายด้วยวิธีใดก็ได้ เพียงแต่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับมอบสิ่งของที่ซื้อขายนั้น ซึ่งข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่งถูกกำหนดไว้ในข้อ 4 ในแบบสัญญาซื้อขายว่า

“ถ้าสิ่งของที่จะต้องส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อตามสัญญานี้ เป็นสิ่งของที่ผู้ขายจะต้องส่งหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ และสิ่งของนั้นต้องนำเข้ามาโดยทางเรือในเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่ และสามารถให้บริการรับขนได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศกำหนด ผู้ขายต้องจัดการให้สิ่งของดังกล่าวบรรทุกโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยจากต่างประเทศมายังประเทศไทย เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมพาณิชย์นาวีก่อนบรรทุกของนั้นลงเรืออื่นที่มีธงเรือไทยหรือเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศยกเว้นให้บรรทุกโดยเรืออื่นได้ ทั้งนี้

ไม่ว่าการส่งหรือสั่งซื้อสิ่งของดังกล่าวจากต่างประเทศจะเป็นแบบเอฟโอบี , ซีเอฟอาร์ , ซีไอเอฟ หรือแบบอื่นใด

ในการส่งมอบสิ่งของตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ถ้าสิ่งของตามวรรคหนึ่ง ผู้ขายจะต้องส่งมอบใบตราส่ง (Bill of Lading) หรือสำเนาใบตราส่งสำหรับของนั้น ซึ่งแสดงว่า ได้รับบรรทุกมาโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยให้แก่ผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบสิ่งของด้วย

ในกรณีที่สิ่งของดังกล่าวไม่ได้บรรทุกจากต่างประเทศมายังประเทศไทยโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย ผู้ขายต้องส่งมอบหลักฐานซึ่งแสดงว่าได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีให้บรรทุกของโดยเรืออื่นได้ หรือหลักฐานซึ่งแสดงว่าได้ชำระค่าธรรมเนียมพิเศษเนื่องจากการไม่บรรทุกของโดยเรือตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีแล้วอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ซื้อด้วย

ในกรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวในสองวรรคข้างต้นให้แก่ผู้ซื้อ แต่จะขอส่งมอบสิ่งของดังกล่าวให้ผู้ซื้อก่อน โดยยังไม่รับชำระเงินค่าสิ่งของ ผู้ซื้อที่มีสิทธิรับสิ่งของดังกล่าวไว้ก่อนและชำระเงินค่าสิ่งของเมื่อผู้ขายได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนดังกล่าวแล้วได้”

นอกจากนี้ ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่งยังถูกกำหนดไว้ในข้อ 5 ตามสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ ซึ่งกำหนดข้อความไว้ในทำนองเดียวกันว่า

“ถ้าผู้ขายจะต้องส่งหรือนำเข้าคอมพิวเตอร์มาจากต่างประเทศและต้องนำเข้ามาโดยเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่ และสามารถให้บริการรับขนได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศกำหนด ผู้ขายต้องจัดการให้คอมพิวเตอร์บรรทุกโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยจากต่างประเทศมายังประเทศไทย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีก่อนบรรทุกคอมพิวเตอร์ลงเรืออื่นที่มีเรือไทย หรือเป็นของที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศยกเว้นให้บรรทุกเรืออื่นได้ ทั้งนี้ไม่ว่าการซื้อคอมพิวเตอร์จากต่างประเทศเป็นแบบ เอฟโอบี , ซีเอฟอาร์ , ซีไอเอฟ หรือแบบอื่นใด

ในการส่งมอบคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ซื้อ ถ้าเป็นกรณีตามวรรคหนึ่ง ผู้ขายจะต้องส่งมอบใบตราส่ง (Bill of Lading) หรือสำเนาใบตราส่งสำหรับคอมพิวเตอร์นั้น ซึ่งแสดงว่าได้รับบรรทุกมาโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทยให้แก่ผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบคอมพิวเตอร์ด้วย

ในกรณีที่คอมพิวเตอร์ไม่ได้บรรทุกจากต่างประเทศ มายังประเทศไทยโดยเรือไทย หรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย ผู้ขายต้องส่งมอบหลักฐาน ซึ่งแสดงว่าได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีแล้วอย่างใด อย่างหนึ่งแก่ผู้ซื้อด้วย

ในกรณีที่ผู้ขายไม่ส่งมอบหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังกล่าวในสองวรรคข้างต้น ให้แก่ผู้ซื้อ แต่จะขอส่งมอบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวให้ผู้ซื้อก่อน โดยยังไม่รับชำระเงินค่าคอมพิวเตอร์ ผู้ซื้อที่มีสิทธิรับคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไว้ก่อนและชำระเงิน ค่าคอมพิวเตอร์เมื่อผู้ขายได้ปฏิบัติถูกต้องครบถ้วนดังกล่าวแล้วได้”

(3) ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา

ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาเป็นข้อกำหนดให้สิทธิ แก่ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวในการบอกเลิกสัญญา โดยมีได้กำหนดให้สิทธิเอกชน บอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด ในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาได้ แต่การบอกเลิกสัญญาดังกล่าวจะต้องแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิพิเศษในการเลิกสัญญา มักกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิพิเศษประเภทนี้เพื่อเสรีภาพในการดำเนินการของฝ่ายรัฐ สิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาของรัฐฝ่ายเดียวมักพบในสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุในประเทศ ต่างๆ ด้วย ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาถูกกำหนดไว้ในข้อ 9 ว่า

“เมื่อครบกำหนดส่งมอบสิ่งของตามสัญญานี้แล้ว ถ้าผู้ขายไม่ส่งมอบสิ่งของที่ตกลงขายให้แก่ผู้ซื้อ หรือส่งมอบ ไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบจำนวน ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนได้

ในกรณีที่ผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อที่มีสิทธิ ธิหลักประกันหรือเรียกร้องจากธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันตามสัญญา (ข้อ 6 และ) ข้อ 8 เป็นจำนวนเงินเต็มจำนวน หรือเฉพาะจำนวนที่ขาดส่ง แล้วแต่กรณี ภายใน กำหนด.....เดือน นับแต่วันบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจะต้องชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้น จากราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย”

ในสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์กำหนดให้ส่วนราชการ มีสิทธินำคอมพิวเตอร์ออกขายทอดตลาด ข้อกำหนดให้สิทธิแก่ส่วนราชการดังกล่าวเป็นข้อกำหนด ที่ให้ส่วนราชการสามารถบังคับคดีได้เอง โดยเลี่ยงการบังคับคดีในทางศาล อันถือเป็นข้อกำหนด ที่ไม่ปรากฏในสัญญาทางแพ่ง ข้อกำหนดดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในข้อ 14 ว่า

“เมื่อครบกำหนดติดตั้งและส่งมอบคอมพิวเตอร์ ตามสัญญาข้อ 4 แล้ว ถ้าผู้ขายไม่ติดตั้งและส่งมอบคอมพิวเตอร์บางรายการหรือทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อ ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว หรือส่งมอบคอมพิวเตอร์ไม่ตรงตามสัญญาข้อ 1 หรือมีคุณสมบัติ

ไม่ถูกต้องตามสัญญาข้อ ๒ หรือคิดตั้งแล้วเสร็จและส่งมอบภายในกำหนดแต่ใช้งานไม่ได้ครบถ้วน ตามสัญญาข้อ 4 ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนได้

ในกรณีที่ผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อที่มีสิทธิ ธิบหลักประกันหรือเรียกร้องจากธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันตามสัญญา (ข้อ 7 และ) ข้อ 9 เป็นจำนวนเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ แล้วแต่ผู้ซื้อจะเห็นสมควร และถ้าผู้ซื้อจัดซื้อสิ่งของ จากบุคคลอื่นเต็มจำนวนหรือเฉพาะจำนวนที่ขาดส่ง แล้วแต่กรณี ภายในกำหนด.....เดือน นับแต่วันบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจะต้องชดใช้ราคาที่เพิ่มขึ้นจากราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ด้วย

ในกรณีที่ผู้ขายได้ส่งมอบคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา ผู้ขายจะต้องนำคอมพิวเตอร์กลับคืนไป ภายใน.....วัน นับแต่วันที่ ผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา โดยผู้ขายเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายเองทั้งสิ้น

ถ้าผู้ขายไม่นำคอมพิวเตอร์กลับคืนไปภายในกำหนด เวลาดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง ผู้ซื้อจะกำหนดเวลาให้ผู้ขายนำคอมพิวเตอร์กลับคืนไปอีกครั้งหนึ่ง หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้ขายยังไม่นำคอมพิวเตอร์กลับคืนไปอีก ผู้ซื้อที่มีสิทธิ นำคอมพิวเตอร์ออกขายทอดตลาด เงินที่ได้จากการขายทอดตลาด ผู้ขายยอมให้ผู้ซื้อหักเป็นค่าปรับ และหักเป็นค่าใช้จ่ายและเรียกค่าเสียหายที่เกิดแก่ผู้ซื้อ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ผู้ซื้อได้เสียไป ในการดำเนินการขายทอดตลาดคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ค่าใช้จ่ายในการทำสถานที่ที่เรือถอน คอมพิวเตอร์ออกไปให้มีสภาพดังที่มีอยู่เดิมก่อนทำสัญญานี้ เงินที่เหลือจากการหักค่าเสียหายแล้ว ผู้ซื้อจะคืนให้แก่ผู้ขาย ในระหว่างคอมพิวเตอร์อยู่ในความครอบครองของผู้ซื้อนับแต่วันผู้ซื้อ บอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ทั้งสิ้นอันเกิดแก่คอมพิวเตอร์อันมิใช่ ความผิดของผู้ซื้อ”

(4) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขอขยายเวลาส่งมอบ

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขอขยายเวลาส่งมอบ เป็นข้อกำหนดที่ให้ดุลพินิจแก่ส่วนราชการในการพิจารณาการขอขยายเวลาดำเนินการตามสัญญา หรือของคหรือลดค่าปรับของเอกชนผู้ขาย ซึ่งอำนาจให้ดุลพินิจของส่วนราชการเกี่ยวกับ ข้อกำหนดการขยายเวลาส่งมอบถือเป็นข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการเช่นกัน ข้อกำหนด ดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขาย ข้อ 12 วรรคสาม และกำหนดไว้ในสัญญาซื้อขาย คอมพิวเตอร์ ข้อ 17 วรรคสาม ในทำนองเดียวกันว่า

“การขยายเวลาทำการตามสัญญา หรือของคหรือลด ค่าปรับตามวรรคหนึ่ง อยู่ในดุลพินิจของผู้ซื้อที่จะพิจารณา”



5.1.3 บทวิเคราะห์

สัญญาซื้อขายของส่วนราชการบางสัญญาเป็นสัญญาทางปกครอง บางสัญญาไม่เป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาซื้อขายของส่วนราชการจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเป็นสัญญาซื้อขายที่ส่วนราชการซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองฝ่ายหนึ่งทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาเพื่อนำวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นการดำเนินการกิจของส่วนราชการ สัญญาซื้อขายของส่วนราชการดังกล่าวได้แก่ สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์การศึกษา สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์วิทยาศาสตร์และการแพทย์ สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์กีฬา สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ก่อสร้าง หรือส่วนราชการทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน ได้แก่ สัญญาซื้อขายเสาไฟฟ้า สัญญาซื้อขายท่อน้ำประปา หรือสัญญาซื้อขายรถประจำทาง เป็นต้น

สัญญาซื้อขายระหว่างส่วนราชการกับเอกชน ส่วนมากส่วนราชการดำเนินการจัดซื้อเพื่อนำวัสดุอุปกรณ์มาใช้ประโยชน์ในส่วนราชการเอง ส่วนราชการมิได้จัดซื้อวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาซื้อขายของส่วนราชการดังกล่าว จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงมิใช่สัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแบบสัญญาซื้อขายมาตรฐานตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว ข้อกำหนดในสัญญาซื้อขายบางข้อเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของส่วนราชการเหนือเอกชนคู่สัญญา เมื่อส่วนราชการทำสัญญาซื้อขายกับเอกชนตามแบบสัญญาซื้อขายมาตรฐานที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว สัญญาซื้อขายระหว่างส่วนราชการกับเอกชนดังกล่าว จึงเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ เพราะข้อกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่ส่วนราชการเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ได้แก่ ข้อกำหนดให้ผู้ขายต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ซื้อ ข้อกำหนดให้ใช้บริการเรือไทยในการขนส่ง ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา และข้อกำหนดเกี่ยวกับการขอขยายเวลาส่งมอบ

5.2 สัญญาจ้าง

การจ้าง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้หมายความรวมถึง การจ้างทำของ และการรับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการจ้างเหมาบริการ แต่ไม่รวมถึงการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการตามระเบียบ

ของกระทรวงการคลัง การรับขนในการเดินทางไปราชการตามกฎหมายว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการจ้างตามสัญญาจ้างของส่วนราชการที่ส่วนราชการดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ศาลปกครองแยกพิจารณา 2 ด้าน ได้แก่ ด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา

5.2.1 ด้านคู่สัญญา

ศาลปกครองพิจารณาสัญญาจ้างของส่วนราชการด้านคู่สัญญาตามแนวทางเดียวกันกับการพิจารณาด้านคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายของส่วนราชการ โดยสัญญาจ้างระหว่างส่วนราชการกับเอกชนที่ศาลปกครองวินิจฉัยได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนบ้านหนองแห้ว ระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด บุรณทองก่อสร้าง ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 1 และสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอภูผาม่าน ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี⁸ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนระหว่าง บริษัท สงวนศักดิ์ก่อสร้าง จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมสามัญศึกษา ที่ 1 ผู้อำนวยการโรงเรียนเชิงทะเลวิทยาคม จุติ-ก้องอนุสรณ์ ที่ 2 และผู้อำนวยการโรงเรียนตะกั่วทุ่งงานทวิวิทยาคม ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี⁹ สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ โรงพยาบาล ระหว่าง บริษัท เจ-สันคอนสตรัคชั่น (ประเทศไทย) จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดี¹⁰ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน ระหว่าง บริษัท ส. สห ไซคบริการ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ จังหวัดปทุมธานี ที่ 1 รองผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี ที่ 2 กับพวกอีก 5 คน

⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 296/2545 คำสั่งที่ 255/2546

⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องบางข้อหา และผู้ถูกฟ้องคดีบางรายไว้พิจารณา คำร้องที่ 9/2546 คำสั่งที่ 380/2546

¹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 80/2544 คำสั่งที่ 104/2544

ผู้ฟ้องคดี¹¹ และสัญญาจ้างเหมาปรับปรุงบ้านพักข้าราชการ ระหว่าง บริษัท คาปิกู๊ป จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ มหาวิทยาลัยแม่โจ้ ผู้ถูกฟ้องคดี¹²

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับคู่สัญญาในสัญญาจ้างระหว่างส่วนราชการกับเอกชน ศาลปกครองรับวินิจฉัย เนื่องจาก สัญญาจ้างระหว่างส่วนราชการกับเอกชนดังกล่าว มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการ ซึ่งส่วนราชการถือเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น สัญญาจ้างของส่วนราชการจึงมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเสมอ

5.2.2 ด้านลักษณะของสัญญา

ศาลปกครองพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างของส่วนราชการซึ่งดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติว่าเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ แยกพิจารณาได้ ดังนี้

5.2.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยเงินทุนของเอกชนและโดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง เอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น แต่สัญญาจ้างของส่วนราชการ เป็นสัญญาของรัฐในฐานะที่เป็นส่วนราชการฝ่ายหนึ่งเข้าผูกพันทำสัญญากับเอกชนโดยตรง ส่วนราชการมิได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ เงินลงทุนหรืองบประมาณส่วนหนึ่งเป็นของส่วนราชการ ความเสี่ยงภัยมีน้อยกว่าสัญญาสัมปทาน สัญญาจ้างของส่วนราชการ จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

¹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา คำร้องที่ 67/2546 คำสั่งที่ 376/2546

¹² คำสั่งศาลปกครองกลางไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คดีหมายเลขดำที่ 893/2544 คดีหมายเลขแดงที่ 434/2544

5.2.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างของส่วนราชการจะเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้ สัญญาจ้างของส่วนราชการนั้นจะต้องมีความใกล้ชิดหรือเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองเท่าที่ปรากฏพบว่าการพิจารณาลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ยังไม่มีความชัดเจนว่า สัญญาจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การจัดให้มีอาคารเรียนเพื่อให้เป็นสถานศึกษาให้กับเด็กและเยาวชนในท้องถิ่นเป็นบริการสาธารณะที่ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนดังกล่าว เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิจารณาหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญญาทางปกครอง สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนถือเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาคารเรียนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของส่วนราชการในการจัดทำบริการสาธารณะทางการศึกษา สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนจึงเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะที่เป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนแตกต่างจากสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารสำนักงาน เนื่องจาก อาคารสำนักงานเป็นถาวรวัตถุที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง ถือเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามแนวทางของคำวินิจฉัยศาลปกครอง นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคมีความใกล้ชิดกันมาก กล่าวคือ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคถือเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะอย่างหนึ่งเช่นกัน แต่หากพิจารณาด้านภาระหน้าที่ตามกฎหมายของส่วนราชการในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นคู่สัญญาและวัตถุประสงค์ของการเข้าทำสัญญาจ้างของส่วนราชการว่าเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นว่า อาจแยกประเภทของสัญญาได้ง่ายมากยิ่งขึ้น เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเรียนของโรงเรียนในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการเป็นสัญญาทางปกครองในลักษณะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ แต่ในขณะเดียวกันสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารของสำนักงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคได้ ซึ่งกรณีการแยกพิจารณาลักษณะของสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคออกจากกันดังกล่าว ยังคงเป็นปัญหาสำคัญในการพิจารณาสัญญาทางปกครองของศาลปกครองด้วย

การพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างของส่วนราชการจากเนื้อหาสาระของสัญญาหรือวัตถุประสงค์ในการทำสัญญา ซึ่งส่วนมากเป็นสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารวัตถุแล้ว สัญญาจ้างของส่วนราชการที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะจะเป็นสัญญาทางปกครองตามความหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจาก หลักการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองโดยการพิจารณาลักษณะของสัญญาจะทำให้สัญญาจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญาทางปกครองแล้ว การพิจารณาข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมากกว่าเอกชนคู่สัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาจ้างของส่วนราชการจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้โดยมิต้องพิจารณาลักษณะของสัญญาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างของส่วนราชการนั้นว่ามีลักษณะเป็นสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจ้างมีวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ซึ่งข้อกำหนดที่ให้สิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมากนั้น ผู้เขียนขอกล่าวภายหลังจากพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างทั้งหมดแล้ว

5.2.2.3 สัญญาจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มี

สิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารศูนย์ส่งเสริมอาชีพและธุรกิจชุมชน¹³ สัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

หากพิจารณาคำว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ตามคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองวางไว้ว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” ตามความหมายที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2525 มีความหมายว่า “บริการที่จัดทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินทางรถประจำทาง โทรศัพท์” นอกจากนี้ ยังมีความหมายตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค (1) การรถไฟ (2) การรถราง (3) การขุดคลอง (4) การเดินอากาศ (5) การประปา (6) การชลประทาน (7) การไฟฟ้า (8) การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ (9) บรรดากิจการอื่นอันกระทบกระเทือน

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณา คำร้องที่ 67/2546 คำสั่งที่ 376/2546

ถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชน ตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา” และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 บัญญัติว่า “สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาวะจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร” จากความหมายทั่วไปและความหมายในกฎหมายฉบับต่างๆ ดังกล่าว ศาลปกครองเห็นว่า “สิ่งสาธารณูปโภค” แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ใหญ่ๆ คือ (1) ทรัพย์สินโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพาน สะพานคนเดินข้ามถนน สวนสาธารณะ ทางเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ทำเทียมเรือสาธารณะ ที่พักผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น (2) ทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้า และสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อนผลิตกระแสไฟฟ้า เขื่อนชลประทาน เครื่องกรองน้ำ โรงเรียน โรงพยาบาล โรงงานกำจัดขยะ สถานีดับเพลิง เป็นต้นนั้น ดังนั้น อาคารต่างๆ ถือเป็นทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อประชาชนสามารถเข้าใช้ได้ร่วมกัน อาคารต่างๆ จึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภคตามความหมายที่ศาลปกครองวินิจฉัย ทำให้สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคด้วย

นอกจาก สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารต่างๆ แล้ว สัญญาจ้างที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เป็นสัญญาที่มีลักษณะทางสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค ได้แก่ สัญญาจ้างก่อสร้างกำแพง ค.ศ.ล.¹⁴ สัญญาจ้างก่อสร้างโครงการฝายน้ำล้นคอนกรีต¹⁵ สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงขยายการประปา¹⁶ และสัญญาจ้างปรับปรุงถนน¹⁷ สัญญาจ้างดังกล่าวเหล่านี้ มิใช่สัญญาจ้างของส่วนราชการ เนื่องจาก คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมิใช่ส่วนราชการอันจะอยู่ในบังคับแห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่สัญญาจ้างดังกล่าว มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้เขียนจึงขอหยิบยกสัญญาจ้างต่างๆ ดังกล่าวมาเพื่อพิจารณาลักษณะของสัญญา ซึ่งจากการศึกษาพบว่า สัญญาจ้าง

¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากรบบความ คำร้องที่ 392/2544 คำสั่งที่ 239/2546

¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2545 คำสั่งที่ 416/2545

¹⁶ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 1604/2545 คดีหมายเลขแดงที่ 376/2546

¹⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ คำร้องที่ 147/2546 คำสั่งที่ 425/2546

ดังกล่าว มีลักษณะของสัญญาสอดคล้องกับความหมายของสิ่งสาธารณูปโภคตามที่ศาลปกครอง ได้วางแนวทางการพิจารณาไว้ กล่าวคือ เป็นสัญญาจ้างจัดให้มีทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้

สัญญาจ้างของส่วนราชการบางสัญญา อาจไม่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันจะทำให้สัญญาจ้างของส่วนราชการเป็นสัญญา ทางปกครอง หากสัญญาจ้างนั้นไม่มีลักษณะของสัญญาเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ดี หากสัญญาจ้างฉบับใดมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากกว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญานั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองและจะอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และจากการศึกษาพบว่า สัญญาจ้างของส่วนราชการตามแบบสัญญาจ้าง ที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหรือให้เอกสิทธิ์ แก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวไว้ภายหลังจากที่พิจารณาลักษณะ ของสัญญาจ้างทั้งหมดแล้ว

5.2.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติ ของชาติได้โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐนั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐเป็นภาษี หรือผลประโยชน์อย่างอื่น สัญญาจ้างของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญา แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เมื่อพิจารณาข้อกำหนดตามแบบสัญญาจ้างที่คณะกรรมการ ว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว เห็นว่า ข้อกำหนดตามแบบสัญญาจ้างบางข้อ มีลักษณะพิเศษ ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน สัญญาจ้างของส่วนราชการที่ทำตามแบบ ของสัญญามาตรฐานที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง ได้แก่

(1) ข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง

ข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง เป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการในการใช้ดุลพินิจที่จะเลือก

ให้เอกชนผู้รับจ้างปฏิบัติตามเอกสารแนบท้ายสัญญาฉบับหนึ่งฉบับใดซึ่งเอกสารแนบท้ายสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติประการใดๆ ตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการซึ่งในสัญญาทางแพ่ง คู่สัญญาอาจตกลงกันเพื่อแก้ไขสัญญาได้ตลอดเวลาบนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างถูกกำหนดไว้ใน ข้อ 2 ของแบบสัญญาจ้างว่า

“ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับข้อความในสัญญานี้ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง ผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง”

(2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของส่วนราชการ แม้เอกชนจะมีได้ผิดสัญญามักจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อเสรีภาพในการดำเนินการของรัฐ

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาเป็นข้อกำหนดให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวในการใช้ดุลพินิจบอกเลิกสัญญากับเอกชนหรือไม่ก็ได้ เมื่อส่วนราชการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว ส่วนราชการยังมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานของผู้รับจ้างรายเดิมต่อไปอันเป็นมาตรการลงโทษคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาส่วนราชการมีสิทธิโอนการปฏิบัติงานของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปให้บุคคลอื่นปฏิบัติงานแทน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงรับภาระค่าใช้จ่ายอื่นด้วยซึ่งในสัญญาจ้างทำของในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดเฉพาะกรณีการทำงานของผู้รับจ้างบกพร่องหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผู้ว่าจ้างจะต้องบอกกล่าวให้ผู้รับจ้างทำการแก้ไขสิ่งที่บกพร่องนั้น หรือปฏิบัติตามสัญญา โดยกำหนดเวลาพอสมควร ในคำบอกกล่าวหากเกินกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้ว่าจ้างอาจเอางานที่จ้างให้บุคคลอื่นซ่อมแซมหรือทำต่อไปได้ และกำหนดให้ผู้ว่าจ้างอาจเลิกสัญญาจ้างได้ในกรณีที่ผู้รับจ้างส่งมอบงานจ้างไม่ทันเวลาตามสัญญาเฉพาะกรณีที่สาระสำคัญของสัญญาจ้างอยู่ที่ระยะเวลา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการดังกล่าวตามแบบสัญญาจ้าง ถือเป็นข้อกำหนดให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวเป็นอย่างมากในการใช้ดุลพินิจ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาถูกกำหนดไว้ในข้อ 7 ก. และข้อ 7 ข. โดยกำหนดว่า

“ข้อ 7 ก. กำหนดเวลาแล้วเสร็จและสิทธิของผู้ว่าจ้างในการบอกเลิกสัญญา

ภายใน กำหนดวัน นับ ถัดจากวันลงนามในสัญญา ผู้รับจ้างจะต้องเสนอแผนงานให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ว่าจ้าง โดยแสดงถึงขั้นตอนของการทำงานและกำหนดเวลาที่ต้องใช้ในการทำงานหลักต่างๆ ให้แล้วเสร็จ

ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายใน
กำหนด.....วัน นับถัดจากวันได้รับหนังสือแจ้งให้เริ่มงาน และจะต้องทำงาน
ให้แล้วเสร็จภายในกำหนด.....วัน นับถัดจากวันที่ได้รับหนังสือแจ้งดังกล่าว

ถ้ามิได้เสนอแผนงาน หรือไม่สามารถทำงาน
ให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิดสัญญา
ข้อใดข้อหนึ่ง หรือตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ
ตรวจการจ้าง หรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้าง
มีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้ลุล่วง
ไปได้ด้วย

การที่ผู้ว่าจ้างไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าว
ข้างต้นนั้น ไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างพ้นจากความผิดตามสัญญา

ข้อ 7 ข. กำหนดเวลาแล้วเสร็จ และสิทธิของผู้ว่าจ้าง
ในการบอกเลิกสัญญา

ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่.....
เดือน.....พ.ศ.....และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จบริบูรณ์ภายในวันที่.....
เดือน.....พ.ศ.....ถ้าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลาหรือไม่
สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้เชื่อว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงาน
ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างทำผิด
สัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรือตกเป็นผู้ล้มละลาย หรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ
ตรวจการจ้างหรือผู้ควบคุมงานหรือบริษัทที่ปรึกษา ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิ
ที่จะบอกเลิกสัญญาได้ และมีสิทธิจ้างผู้รับจ้างรายใหม่เข้าทำงานของผู้รับจ้างให้ลุล่วงไปได้ด้วย

การที่ผู้ว่าจ้างไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าว
ข้างต้น ไม่เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างพ้นจากความรับผิดตามสัญญา”

(3) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้ลูกจ้าง

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้าง
เป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจส่วนราชการในการเข้าแทรกแซงขั้นตอนการดำเนินงานของผู้รับจ้าง
ในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง ส่วนราชการผู้ว่าจ้างมีสิทธินำเงินค่าจ้าง
ที่ต้องจ่ายให้ผู้รับจ้าง จ่ายให้แก่ลูกจ้างของผู้รับจ้างแทน โดยถือว่าเงินที่จ่ายจำนวนนั้นเป็นเงินค่าจ้าง
ที่จ่ายให้แก่ผู้รับจ้างตามสัญญาแล้ว นอกจากนี้ ผู้รับจ้างจะต้องจัดให้มีประกันภัยสำหรับลูกจ้าง
ทุกคนด้วย ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าแทรกแซงขั้นตอนการดำเนินงานของผู้รับจ้าง
ของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ถือเป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการมาอย่างหนึ่งเช่นกัน
ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้แก่ลูกจ้างดังกล่าว ถูกกำหนดไว้ในข้อ 12 ซึ่งกำหนดว่า

“ผู้รับจ้างจะต้องจ่ายเงินแก่ลูกจ้างที่ผู้รับจ้างได้จ้างมา ในอัตราและตามกำหนดเวลาที่ผู้รับจ้างได้ตกลงหรือทำสัญญาไว้ต่อลูกจ้างดังกล่าว

ถ้าผู้รับจ้างไม่จ่ายเงินค่าจ้างหรือค่าทดแทนอื่นใด แก่ลูกจ้างดังกล่าวในวรรคแรก ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะเอาเงินค่าจ้างที่จะต้องจ่ายแก่ผู้รับจ้างมาจ่าย ให้แก่ลูกจ้างของผู้รับจ้างดังกล่าว และให้ถือว่าผู้ว่าจ้างได้จ่ายเงินจำนวนนั้นเป็นค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ตามสัญญาแล้ว

ผู้รับจ้างจะต้องจัดให้มีการประกันภัยสำหรับลูกจ้าง ทุกคนที่จ้างมาทำงาน โดยให้ครอบคลุมถึงความรับผิดชอบทั้งปวงของผู้รับจ้างรวมทั้งผู้รับจ้างช่วง อันหากจะพึงมีในกรณีความเสียหายที่คิดค่าสินไหมทดแทนได้ตามกฎหมายซึ่งเกิดจาก อุบัติเหตุหรือภัยอันตรายใดๆ ต่อลูกจ้างหรือบุคคลอื่นที่ผู้รับจ้างหรือผู้รับจ้างช่วงจ้างมาทำงาน ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยดังกล่าว พร้อมทั้งหลักฐานการชำระเบี้ยประกัน ให้แก่ผู้ว่าจ้างเมื่อผู้ว่าจ้างเรียกร้อง”

(4) ข้อกำหนดเกี่ยวกับงานพิเศษและการแก้ไขงาน

ข้อกำหนดเกี่ยวกับงานพิเศษและการแก้ไขงาน เป็นข้อกำหนดที่ให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างใช้อำนาจในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษอื่นๆ ในขอบข่ายวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือเปลี่ยนแปลง แก้ไขแบบข้อกำหนดในสัญญาโดยไม่ทำให้ สัญญาเป็น โหมะ ข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นข้อกำหนดที่หลีกเลี่ยงการบังคับตามกฎหมาย รวมทั้งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของส่วนราชการในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาด้วย ข้อกำหนด เกี่ยวกับงานพิเศษและการแก้ไขงานถูกกำหนดไว้ในข้อ 16 ซึ่งกำหนดว่า

“ผู้ว่าจ้างมีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้ หรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ในขอบข่ายทั่วไป แห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วย โดยไม่ทำให้สัญญาเป็น โหมะแต่อย่างใด

อัตราค่าจ้างหรือราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ ให้กำหนดใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มเติมขึ้น หรือตัดทอนลงทั้งปวงตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ถึงอัตราค่าจ้าง หรือราคาใดๆ ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษ หรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างจะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้ง การขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่ เพื่อความเหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ ผู้ว่าจ้างจะกำหนด อัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติตาม คำสั่งของผู้ว่าจ้าง แต่อาจสงวนสิทธิที่จะดำเนินการตามข้อ 21 ต่อไปได้”

(5) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขยายเวลาปฏิบัติตามสัญญา

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขยายเวลาปฏิบัติตามสัญญา เป็นข้อกำหนดที่ให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างใช้ดุลพินิจในการขยายกำหนดระยะเวลางานของผู้รับจ้าง หรือไม่ก็ได้ ข้อกำหนดที่ให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างใช้ดุลพินิจถือเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ข้อกำหนดเกี่ยวกับการขยายเวลาปฏิบัติตามสัญญา ถูกกำหนดไว้ในข้อ 22 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง หรือเหตุการณ์อันหนึ่งอันใดที่ผู้รับจ้าง ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายทำให้ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จตามเงื่อนไข และกำหนดเวลาแห่งสัญญานี้ได้ ผู้รับจ้างจะต้องแจ้งเหตุหรือเหตุการณ์ดังกล่าวพร้อมทั้งหลักฐาน เป็นหนังสือให้ผู้ว่าจ้างทราบ เพื่อขอขยายเวลาทำงานออกไปภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่เหตุนั้น สิ้นสุดลง

ถ้าผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามความในวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้รับจ้างได้สละสิทธิ์เรียกร้องในการที่จะขอขยายเวลาทำงานออกไปไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น เว้นแต่ กรณีเหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีหลักฐานชัดเจน หรือผู้ว่าจ้างทราบคืออยู่แล้วตั้งแต่ต้น

การขยายกำหนดเวลาทำงานตามวรรคหนึ่ง อยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าจ้างที่จะพิจารณาตามที่เห็นสมควร”

(6) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้เรือไทย

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้เรือไทยเป็นข้อกำหนดที่จำกัดให้ผู้รับจ้างใช้บริการเรือไทยในการขนส่งสิ่งของ อุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ผู้รับจ้างนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อนำมาปฏิบัติงานตามสัญญา อันเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเช่นเดียวกับข้อกำหนดในสัญญาซื้อขายซึ่งข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้เรือไทยถูกกำหนดไว้ในแบบสัญญาจ้าง ข้อ 23 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ในการปฏิบัติตามสัญญานี้ หากผู้รับจ้าง จะต้องสั่งหรือนำของเข้ามาจากต่างประเทศ รวมทั้งเครื่องมือและอุปกรณ์ที่ต้องนำเข้ามา เพื่อปฏิบัติงานตามสัญญา ไม่ว่าผู้รับจ้างจะเป็นผู้นำของเข้ามาเองหรือนำเข้ามาโดยผ่านตัวแทน หรือนุคคลอื่นใด ถ้าสิ่งของนั้นต้องนำเข้ามาโดยทางเรือในเส้นทางเดินเรือที่มีเรือไทยเดินอยู่ และสามารถให้บริการรับขนได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศกำหนด ผู้รับจ้าง ต้องจัดการให้สิ่งของดังกล่าวบรรทุก โดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย จากต่างประเทศมายังประเทศไทย เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริม การพาณิชย์ก่อนบรรทุกของนั้นลงเรืออื่นที่มีใช้เรือไทย หรือเป็นของที่รัฐมนตรี

ว่าการกระทรวงคมนาคมประกาศยกเว้นให้บรรทุกโดยเรืออื่นได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการส่งหรือส่งซื้อ
สิ่งของดังกล่าว จากต่างประเทศจะเป็นแบบ เอฟโอบี , ซีเอฟอาร์ , ซีไอเอฟ หรือแบบอื่นใด

ในการส่งมอบงานตามสัญญาให้แก่ผู้ว่าจ้าง ถ้างานนั้น
มีสิ่งของตามวรรคแรก ผู้รับจ้างจะต้องส่งมอบใบตราส่ง (Bill of Lading) หรือสำเนาใบตราส่ง
สำหรับของนั้น ซึ่งแสดงว่าได้บรรทุกมาโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย
ให้แก่ผู้ว่าจ้างพร้อมกับการส่งมอบงานด้วย

ในกรณีที่สิ่งของดังกล่าวไม่ได้บรรทุกจากต่างประเทศ
มายังประเทศไทยโดยเรือไทยหรือเรือที่มีสิทธิเช่นเดียวกับเรือไทย ผู้รับจ้างต้องส่งมอบหลักฐาน
ซึ่งแสดงว่าได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีให้บรรทุกของ
โดยเรืออื่นได้ หรือหลักฐานซึ่งแสดงว่าได้ชำระค่าธรรมเนียมพิเศษ เนื่องจาก การไม่บรรทุกของ
โดยเรือไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการพาณิชย์นาวีแล้วอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ว่าจ้างด้วย

ในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่ส่งมอบหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่ง
ดังกล่าว ในสองวรรคข้างต้น ให้แก่ผู้ว่าจ้าง แต่จะขอส่งมอบงานดังกล่าวให้ผู้ว่าจ้างก่อน
โดยยังไม่รับชำระเงินค่าจ้าง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิรับงานดังกล่าวไว้ก่อนและชำระเงินค่าจ้างเมื่อผู้รับจ้าง
ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวแล้วได้”

5.2.3 บทวิเคราะห์

สัญญาจ้างระหว่างส่วนราชการกับเอกชนส่วนมากเป็นสัญญาจ้าง
ก่อสร้างอาคารต่างๆ อันเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือถาวรวัตถุอื่นใด ซึ่งหากพิจารณาหลักเกณฑ์
การพิจารณาสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสแล้ว สัญญาจ้างก่อสร้างอาคารต่างๆ
หรือถาวรวัตถุต่างๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ สัญญาจ้างก่อสร้าง อาคารต่างๆ ดังกล่าว
จึงถือเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างหรือทำนุบำรุง
อสังหาริมทรัพย์ เพื่อสาธารณประโยชน์ จึงเป็นสัญญาทางปกครองเช่นเดียวกับสัญญาจ้างก่อสร้าง
กำแพง ค.ส.ล. สัญญาจ้างก่อสร้างฝายน้ำล้นคอนกรีต สัญญาปรับปรุงขยายประปา และสัญญา
จ้างปรับปรุงถนน ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจาก
ลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค กรณีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็น
ว่าการเข้าทำสัญญาของส่วนราชการเพื่อจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคเป็นการดำเนินการดำเนินการ
บริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ซึ่งการแยกลักษณะสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะกับสัญญาจัดให้มี
สิ่งสาธารณูปโภคออกจากกันยังคงมีปัญหาในการพิจารณา ความเป็นสัญญาทางปกครองในสัญญา
จ้างของส่วนราชการ เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการพิจารณาวินิจฉัยความเป็นสัญญาทางปกครอง
จึงควรให้มีการแก้ไข
นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองเพื่อศาลปกครองจะได้วินิจฉัยความเป็นสัญญาทาง
ปกครองให้เกิดความชัดเจนได้มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ดี ในกรณีที่สัญญาจ้างก่อสร้างบางประเภทมิได้มี

วัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคก็ตาม แต่หากสัญญาจ้างเหล่านั้นมีข้อกำหนดของสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ หรือเป็นข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์ แก่คู่สัญญาส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาเอกชน สัญญาจ้างนั้นเป็นสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแบบสัญญาจ้างตามที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) กำหนดแล้ว ข้อสัญญา ตามแบบสัญญาจ้างบางข้อได้กำหนดให้สิทธิแก่ส่วนราชการมาก ข้อกำหนดดังกล่าว ได้แก่ ข้อกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินให้ลูกจ้าง ข้อกำหนดเกี่ยวกับงานพิเศษและ การแก้ไขงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับขยเวลาปฏิบัติตามสัญญา และข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้เรือไทย

5.3 สัญญาจ้างที่ปรึกษา

การจ้างที่ปรึกษา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่า การจ้างบริการจากที่ปรึกษาแต่ไม่รวมถึงการจ้าง ออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ

ที่ปรึกษา หมายความว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจ หรือสามารถให้บริการเป็นที่ปรึกษาทางวิศวกรรม สถาปัตยกรรม เศรษฐศาสตร์ หรือสาขาอื่น รวมทั้งให้บริการด้านศึกษา สํารวจ ออกแบบและควบคุม แต่ไม่รวมถึงการให้บริการออกแบบ และควบคุมงานก่อสร้างอาคารด้วยเงินงบประมาณ

ที่ปรึกษาไทย หมายความว่า ที่ปรึกษาที่มีสัญชาติไทยและได้จดทะเบียน ไว้กับศูนย์ข้อมูลที่ปรึกษาของกระทรวงการคลัง

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 74 ถึงข้อ 76 กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการจ้างที่ปรึกษาไทยซึ่งได้จดทะเบียนไว้ กับศูนย์ข้อมูลที่ปรึกษากระทรวงการคลังเป็นหลัก ยกเว้นกรณีเป็นการจ้างที่ปรึกษาซึ่งแหล่งเงินกู้ หรือเงินช่วยเหลือหรือได้รับการยืนยันเป็นหนังสือจากศูนย์ข้อมูลที่ปรึกษากระทรวง การคลังว่าไม่มีที่ปรึกษาไทย หรือกรณีมีที่ปรึกษาไทยแต่จำเป็นจะไม่จ้างที่ปรึกษาไทยก็ให้ ขออนุญาตต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) ก่อน และการจ้างที่ปรึกษาต่างประเทศ จะต้องมีบุคลากรไทยร่วมด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนคน-เดือน (Man-Months) ของที่ปรึกษาทั้งหมด เว้นแต่ สาขาบริการหรืองานที่ไม่อาจจะจ้างบุคลากรไทยได้ให้ขออนุมัติ ต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพ.) ซึ่งการพิจารณาสัญญาจ้างที่ปรึกษาแยกพิจารณา 2 ด้าน ได้แก่ ด้านคู่สัญญาและด้านลักษณะของสัญญา

5.3.1 ด้านคู่สัญญา

การพิจารณาสัญญาจ้างที่ปรึกษาโดยการพิจารณาด้านคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการเป็นไปตามแนวทางการพิจารณาด้านคู่สัญญาในสัญญาจัดหาพัสดุอื่นๆ คือ สัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างของส่วนราชการ สัญญาจ้างที่ปรึกษาจึงมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เสมอ

5.3.2 ด้านลักษณะของสัญญา

การพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ ซึ่งดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพิจารณาลักษณะของสัญญาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ แยกพิจารณาได้ดังนี้

5.3.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐโดยเงินทุนของเอกชน และโดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น แต่สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการเป็นสัญญาที่รัฐในฐานะที่เป็นส่วนราชการฝ่ายหนึ่งเข้าผูกพันทำสัญญากับเอกชน เพื่อให้เอกชนดำเนินการศึกษาสำรวจ หรือออกแบบและควบคุมโครงการต่างๆ ของส่วนราชการ โดยเอกชนได้รับค่าตอบแทนจากรัฐในการดำเนินการ เอกชนไม่มีความเสี่ยงภัยและไม่มีการลงทุนในการดำเนินการ สัญญาจ้างที่ปรึกษาจึงแตกต่างกับสัญญาสัมปทาน สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

5.3.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ เพื่อดำเนินการศึกษา สำรวจ หรือออกแบบและควบคุมโครงการใดจะเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่เชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะมี 3 ประการ ได้แก่ (1) บริการสาธารณะจะต้องจัดทำขึ้นเพื่อประชาชน (2) บริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก (3) บริการสาธารณะ

จะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ การจัดการศึกษา การสาธารณสุข การคลัง การจัดให้มีการโดยสารรถประจำทาง เป็นต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการมักเกิดขึ้นในโครงการใหญ่ๆ ของส่วนราชการ เพื่อให้ที่ปรึกษาผู้ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านที่ส่วนราชการจัดทำโครงการศึกษา สำรวจ หรือออกแบบและควบคุมโครงการในด้านความเป็นไปได้ของการดำเนินการตามโครงการ ขั้นตอนการดำเนินการ โครงการ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับโครงการ ซึ่งการจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวบางครั้งอาจมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ หากโครงการของส่วนราชการเกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจ้างที่ปรึกษาจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เช่นกัน

5.3.2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

หากพิจารณาสัญญาจ้างที่ปรึกษาตามลักษณะการพิจารณาสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคที่ศาลปกครองวางแนวทางการพิจารณาไว้ สัญญาจ้างที่ปรึกษาสารวจ วิจัย ออกแบบและควบคุมโครงการของส่วนราชการอาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ หากเป็นการจ้างที่ปรึกษาในการดำเนินโครงการของส่วนราชการมีลักษณะดังนี้

(1) สัญญาจ้างที่ปรึกษาดำเนินการศึกษาสำรวจ วิจัย ออกแบบและควบคุมโครงการเกี่ยวกับถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง

(2) สัญญาจ้างที่ปรึกษาดำเนินการศึกษาสำรวจ วิจัย ออกแบบและควบคุมโครงการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต

5.3.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติของชาติได้โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐนั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐเป็นภาษีหรือผลประโยชน์อย่างอื่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการเพื่อดำเนินการศึกษา สำรวจ หรือออกแบบและควบคุมโครงการของส่วนราชการ จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาข้อกำหนดตามแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาตามสัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว เห็นว่า ข้อกำหนดตามแบบสัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษาบางข้อมีลักษณะพิเศษที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการ ได้แก่

(1) ข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง

ข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการในการใช้ดุลพินิจที่จะเลือกให้ที่ปรึกษาปฏิบัติตามเอกสารแนบท้ายสัญญาฉบับหนึ่งฉบับใด ซึ่งเอกสารแนบท้ายสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือให้ที่ปรึกษาปฏิบัติให้เป็นประการใดๆ ตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการ ข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างดังกล่าว กำหนดไว้ว่า

“เอกสารแนบท้ายสัญญาดังกล่าวข้างต้นให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานี้ ในกรณีที่มีความขัดแย้งกันระหว่างข้อความในเงื่อนไขของสัญญากับข้อความในภาคผนวก ให้ถือข้อความในเงื่อนไขของสัญญาบังคับและในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเอง ที่ปรึกษาจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง”

(2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการผู้ว่าจ้างเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิพิเศษแก่ส่วนราชการในการบอกเลิกสัญญาแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้กระทำความผิดสัญญาแต่อย่างใด ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการดังกล่าวมักพบในสัญญาเกี่ยวกับการพัสดุในต่างประเทศเช่นกัน เนื่องจาก เป็นข้อกำหนดที่ให้เสรีภาพในการดำเนินการต่างๆ ของส่วนราชการ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการในสัญญาจ้างที่ปรึกษาถูกกำหนดไว้ในเงื่อนไขของสัญญา ข้อ 2.6.1 (ก) ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ได้ ถ้าผู้ว่าจ้างเห็นว่าที่ปรึกษามีได้ปฏิบัติงานด้วยความชำนาญหรือด้วยความเอาใจใส่ในวิชาชีพของที่ปรึกษาเท่าที่พึงคาดหมายได้จากที่ปรึกษาในระดับเดียวกัน หรือมิได้ปฏิบัติตามข้อสัญญาและเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญานี้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้ที่ปรึกษาทราบถึงเหตุผลที่จะบอกเลิกสัญญา ถ้าที่ปรึกษามีได้ดำเนินการแก้ไขให้ผู้ว่าจ้างพอใจภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำบอกกล่าว ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยการส่งคำบอกกล่าวแก่ที่ปรึกษา เมื่อที่ปรึกษา

ได้รับหนังสือบอกกล่าวนั้นแล้ว ที่ปรึกษาต้องหยุดปฏิบัติงานทันที และดำเนินการทุกวิถีทาง เพื่อลดค่าใช้จ่ายใดๆ ที่อาจมีในระหว่างการหยุดปฏิบัติงานนั้นให้น้อยที่สุด”

(3) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานเพิ่มเติม

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่มีการกำหนดไว้ในสัญญา หรือการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือแก้ไขงานตามที่ส่วนราชการ ผู้ว่าจ้างประสงค์โดยไม่ทำให้สัญญาเป็น โหมะหรือเสียไป ข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นข้อกำหนด ที่เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ส่วนราชการฝ่ายเดียวในการดำเนินการเสนอให้มีการเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือแก้ไขต่างๆ ในสัญญามากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวถูกกำหนดไว้ ในเงื่อนไขของสัญญา ข้อ 6.2 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ในกรณีที่ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติงานอย่างใดอย่างหนึ่ง เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ระบุในภาคผนวก ก เนื่องจากมีเหตุใดๆ นอกเหนือจากการควบคุม ของที่ปรึกษาเกิดขึ้น และซึ่งที่ปรึกษาไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ หรือเนื่องจากคู่สัญญา ได้ตกลงเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขงานอันสืบเนื่องมาจากการเรียกร้องของฝ่ายผู้ว่าจ้าง ที่ปรึกษา จะได้รับค่าจ้างรวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เบิกคืนได้ (ถ้ามี) เพิ่มเติมโดยคำนวณตามอัตราเดียวกับอัตรา ที่ระบุในภาคผนวก ค”

5.3.3 บทวิเคราะห์

สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับเอกชน อีกฝ่ายหนึ่งในการดำเนินการศึกษา วิจัย ออกแบบและควบคุมงาน ไม่มีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทาน หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพย์สินสาธารณะ แต่สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ อาจมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในอำนาจการพิจารณา และพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้ หากพิจารณาได้ว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษา ของส่วนราชการในการปฏิบัติงานของที่ปรึกษาตามโครงการเกี่ยวข้องกับการดำเนินบริการ สาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการนั้น สัญญาจ้างที่ปรึกษาดังกล่าวมีลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครอง หรือหากเป็น โครงการจ้างที่ปรึกษาดำเนินการศึกษา วิจัย ออกแบบ และควบคุมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ ในถาวรวัตถุ นั้นได้โดยตรง หรือเป็นทรัพย์สินที่ส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ใช้เป็นเครื่องมือ ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาจ้างที่ปรึกษาจะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งสัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการส่วนใหญ่ล้วนเป็นการจ้างเพื่อการศึกษา วิจัย และควบคุมงาน

ในการดำเนินการอีกอันเป็นภาระหน้าที่ของส่วนราชการ สัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ จึงเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะทั้งสิ้น นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะพิเศษซึ่งถูกกำหนดไว้ในข้อข้อกำหนดของสัญญาตามสัญญาจ้าง ผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา ประกอบเอกสารแนบท้ายสัญญาที่คณะกรรมการ ว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว พบว่า สัญญาจ้างผู้เชี่ยวชาญรายบุคคลหรือจ้างบริษัทที่ปรึกษา และเอกสารแนบท้ายสัญญา มีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ อันเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้ สิทธิแก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวที่ทำตามแบบสัญญาที่ คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดเป็นสัญญาทางปกครองด้วย ได้แก่ ข้อกำหนด ให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิก สัญญาของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานเพิ่มเติม

5.4 สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน

การจ้างออกแบบและควบคุมงาน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่า การจ้างบริการจากนิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดาที่ประกอบธุรกิจบริการด้านงานออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคาร ด้วยเงินงบประมาณ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงาน ศาลปกครองแยกพิจารณา 2 ด้าน ได้แก่ ด้านคู่สัญญา และด้านลักษณะของสัญญา

5.4.1 ด้านคู่สัญญา

ศาลปกครองพิจารณา ลักษณะของสัญญาจ้างออกแบบ และควบคุมงานของส่วนราชการด้านคู่สัญญาตามแนวทางเดียวกันกับการพิจารณาด้านคู่สัญญา ในสัญญาจัดหาพัสดุอื่นๆ คือ สัญญาซื้อขายของส่วนราชการ สัญญาจ้างของส่วนราชการ และสัญญาจ้างที่ปรึกษาของส่วนราชการ โดยสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานที่ศาลปกครอง วินิจฉัยได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบ และควบคุมงานอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอนุเคราะห์) และสัญญาจ้างที่ปรึกษา เพื่อควบคุมงาน โครงการปรับปรุงก่อสร้างสนามกีฬา ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมพลศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดี¹⁸

¹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 100/2544 คำสั่งที่ 5/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 224/2544 คำสั่งที่ 87/2545

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานระหว่างส่วนราชการกับเอกชนดังกล่าว เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนราชการซึ่งถือเป็นหน่วยงานทางปกครองเสมอ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการจึงมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง

5.4.2 ด้านลักษณะของสัญญา

ศาลปกครองพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการ ซึ่งดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพิจารณาลักษณะของสัญญาว่ามีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ แยกพิจารณาได้ดังนี้

5.4.2.1 สัญญาสัมปทาน

สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเข้าดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ โดยเงินทุนของเอกชนและโดยความเสี่ยงภัยของเอกชนเอง ซึ่งเอกชนจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น แต่สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการเป็นสัญญาของรัฐในฐานะที่เป็นส่วนราชการฝ่ายหนึ่งเข้าผูกพันทำสัญญากับเอกชน ส่วนราชการมิได้มอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ ความเสี่ยงภัยจึงมิได้อยู่กับเอกชนเหมือนสัญญาสัมปทาน สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการ จึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน

5.4.2.2 สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการใด หากสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการนั้นมีความเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะ สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ มี 3 ประการ ได้แก่ (1) บริการสาธารณะจะต้องจัดทำขึ้นเพื่อประชาชน (2) บริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก (3) บริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การรักษา

ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ การจัดการศึกษา การสาธารณสุข การคลัง การจัดให้มีการ โดยสาธารณูปโภค เป็นต้น

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) และสัญญาจ้างที่ปรึกษาเพื่อควบคุมงาน โครงการปรับปรุงก่อสร้างสนามกีฬา ระหว่าง บริษัท พรอพเพอร์ตี้ แพลนนิ่ง แอนด์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ผู้ฟ้องคดี กับ กรมพลศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดี¹⁹ ศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาทั้งสองฉบับ แม้ว่าจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่สัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีแสดงเจตนาด้วยใจสมัครในฐานะเท่าเทียมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองตกลงมอบหมาย ให้ผู้ฟ้องคดีใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองแทนรัฐแต่อย่างใด ทั้งสัญญา ดังกล่าว ก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มี สิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้อง อุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งถึงที่สุดยื่น ตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ในกรณีนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นว่า²⁰ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) เป็นไปเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีทำการตรวจและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน และอาคารประกอบ (อาคารอเนกประสงค์) ให้เป็นไปตามสัญญาก่อสร้างและถูกต้องตามหลักวิชา โดยผู้ควบคุมงานที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมแทนผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อให้ได้งานก่อสร้างที่บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการ ให้บริการการศึกษาด้านการศึกษา ทั้งนี้ การศึกษาเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารเรียนและอาคารประกอบ (อาคาร อเนกประสงค์) เป็นเครื่องมือสำคัญในการส่งเสริมและประสานงานการศึกษาเพื่อการศึกษาของรัฐ ให้บรรลุผล สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารดังกล่าว จึงมีลักษณะ เป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 100/2544 คำสั่งที่ 5/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องอุทธรณ์ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา คำร้องที่ 224/2544 คำสั่งที่ 87/2545

²⁰ คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 47/2547

สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานที่จะเป็นสัญญาทางปกครองอันมีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะได้นั้น จะต้องพิจารณาอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการคู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองฝ่ายหนึ่งว่าการดำเนินการจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการที่ทำสัญญากับเอกชนนั้นเกี่ยวข้องกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของส่วนราชการหรือไม่ หากการทำสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการเป็นไปเพื่อการดำเนินการบริการสาธารณะแล้ว สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียนของโรงเรียนต่างๆ ในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างถนนของกระทรวงคมนาคม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการหากไม่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะแล้ว สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการอาจเป็นสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะของสัญญาเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคได้ หากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการมีลักษณะเป็นไปตามที่ศาลปกครองวางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอันจะกล่าวถึงต่อไป

5.4.2.3 สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

หากพิจารณาสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่จัดให้มีบริการสาธารณะแล้ว สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานในสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคอาจมีได้ หากสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเกี่ยวกับถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างถนน สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างสวนสาธารณะ สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างทางเท้าสาธารณะ เป็นต้น

(2) เป็นสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานเกี่ยวกับทรัพย์สินที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างเขื่อนชลประทาน สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างโรงพยาบาล เป็นต้น

5.4.2.4 สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

เป็นสัญญาที่รัฐอนุญาตให้เอกชนสามารถแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติของชาติได้โดยเอกชนผู้ได้รับอนุญาตจากรัฐนั้นจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐเป็นภาษีหรือผลประโยชน์อย่างอื่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจึงไม่มีลักษณะเป็นสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

แม้สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานจะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาข้อกำหนดตามสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนดแล้ว เห็นว่าข้อกำหนดตามตัวอย่างสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานบางข้อมีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งจะทำให้สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ข้อกำหนดดังกล่าวได้แก่

(1) ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญา

ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการฝ่ายเดียวแม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่ได้ทำผิดข้อสัญญา ข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาของส่วนราชการเป็นสิทธิพิเศษของส่วนราชการมากกว่าเอกชน ซึ่งข้อกำหนดในการบอกเลิกสัญญาถูกกำหนดไว้ในข้อ 17 วรรคสอง ของตัวอย่างสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงาน โดยกำหนดว่า

“ถ้าที่ปรึกษาหลีกเลี่ยงหรือกระทำการใดๆ ขัดต่อข้อกำหนดประการใดประการหนึ่งดังกล่าวข้างต้น หรือที่ปรึกษาปฏิบัติผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญานี้ได้ทันที และมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากที่ปรึกษา พร้อมทั้งริบหรือบังคับจากหลักประกันที่ที่ปรึกษามอบไว้แก่ผู้ว่าจ้างตามสัญญานี้ได้”

(2) ข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้าง

ข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างดังกล่าว เป็นข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการในการใช้ดุลพินิจเพื่อเลือกให้เอกชนปฏิบัติตามเอกสารแนบท้ายสัญญาฉบับหนึ่งฉบับใด ซึ่งเอกสารแนบท้ายสัญญา

ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือให้เอกชนปฏิบัติให้เป็นประการหนึ่งประการใดแล้วแต่คำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างตามสัญญา ซึ่งข้อกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของส่วนราชการผู้ว่าจ้างถูกกำหนดไว้ในข้อ 21 วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า

“ความใดในเอกสารแนบท้ายสัญญาที่ขัดแย้งกับความในสัญญานี้ ให้ใช้ข้อความในสัญญานี้บังคับ และในกรณีที่เอกสารแนบท้ายสัญญาขัดแย้งกันเองที่ปรึกษาจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง”

5.4.3 บทวิเคราะห์

สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการอาจมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันจะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และอยู่ในอำนาจการพิจารณาและพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้ หากพิจารณาได้ว่า สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการเกี่ยวข้องกับการดำเนินการดำเนินการให้บริการสาธารณะอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ ซึ่งการดำเนินการทำสัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานของส่วนราชการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการนั้น สัญญาจ้างออกแบบ และควบคุมงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างอาคารเรียน หรือหากเป็นการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นถาวรวัตถุ ซึ่งประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ในถาวรวัตถุนั้นได้โดยตรง หรือเป็นทรัพย์สินที่ส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สัญญาจ้างออกแบบและควบคุมงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค อันเป็นสัญญาทางปกครอง ตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างถนน สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างเขื่อนชลประทาน สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานก่อสร้างโรงพยาบาล เป็นต้น นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะพิเศษซึ่งถูกกำหนดไว้ในข้อสัญญาตามแบบสัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพพ.) กำหนดแล้วพบว่า สัญญาจ้างที่ปรึกษาออกแบบและควบคุมงานมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิแก่ส่วนราชการมากกว่าคู่สัญญาเอกชน ซึ่งจะทำให้สัญญาดังกล่าวซึ่งทำตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพพ.) กำหนดเป็นสัญญาทางปกครองโดยไม่ต้องพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาแต่อย่างใด ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษ

หรือให้เอกสิทธิ์แก่ส่วนราชการมากกว่าเอกชนคู่สัญญา เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญา และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ว่าจ้าง