

ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการเอื้อประโยชน์ในสถาบันอุดมศึกษาที่  
ได้รับงบประมาณจากภาครัฐ : การวิเคราะห์ภายใต้กฎหมายปกครอง  
และแนวคำพิพากษาศาลปกครอง

Problems Of Procurement And Undue Advantage In Publicly  
Funded Higher Education Institutions: An Analysis Under  
Administrative Law And The Jurisprudence Of The  
Administrative Courts

ธนนท์พัชร อัสวเสมาชัย<sup>1</sup>

Tanapach Asavasemachai

1061 ซอยอิสรภาพ 15 ถนนอิสรภาพ แขวงหิรัญรูจี เขตธนบุรี กรุงเทพฯ

1061 Soi Itsaraphap 15, Itsaraphap Road, Hiranruchi Subdistrict, Thon Buri District, Bangkok

\* Corresponding author E-mail : tanapach.as@bsru.ac.th

| วันที่รับบทความ    | วันที่ได้รับบทความฉบับแก้ไข | วันที่ตอบรับบทความ |
|--------------------|-----------------------------|--------------------|
| (Received)         | (Revised)                   | (Accepted)         |
| 12 กุมภาพันธ์ 2569 | 2 เมษายน 2569               | 17 เมษายน 2569     |

### บทคัดย่อ

บทความนี้วิเคราะห์การใช้อำนาจทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างของ  
สถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ภายใต้กรอบกฎหมายปกครองไทยและแนวคำพิพากษาศาล

---

<sup>1</sup> รองศาสตราจารย์ ดร. สาขาวิชาการสื่อสารการตลาดและธุรกิจบันเทิง คณะวิทยาการจัดการ  
มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา

ปกครอง โดยมุ่งศึกษาการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยเฉพาะ ปัญหาการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (TOR) ที่อาจจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม (“ล็อกสเปก”) การศึกษานี้ใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพแบบวิจัยเอกสาร วิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมาย แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และงานวิชาการที่เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาพบว่า การกำหนด TOR และการเลือกหรือเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นพื้นที่ของดุลพินิจเชิงเทคนิคที่มีความเสี่ยงต่อการจำกัดการแข่งขัน แม้กฎหมายจะกำหนดหลักความโปร่งใสและการแข่งขันอย่างเป็นธรรม แต่การบังคับใช้ยังมีข้อจำกัดด้านการควบคุมดุลพินิจ ขณะที่ศาลปกครองได้พัฒนาบรรทัดฐานโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน ความเสมอภาค และหน้าที่ในการให้เหตุผล บทความเสนอให้ยกระดับการควบคุมดุลพินิจ โดยกำหนดการแข่งขันเป็นบรรทัดฐานตั้งต้น ตีความข้อยกเว้นอย่างเคร่งครัด เสริมสร้างหน้าที่ให้เหตุผล พัฒนากลไกตรวจสอบภายในที่เป็นอิสระ และกำหนดมาตรการความรับผิดชอบและบทลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการใช้อำนาจโดยมิชอบ ควบคู่กับการเปิดเผยข้อมูลเชิงรุก เพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้าง

**คำสำคัญ :** การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ; อำนาจดุลพินิจทางปกครอง ; หลักความโปร่งใสและการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ; การควบคุมโดยศาลปกครอง ; ธรรมาภิบาลในสถาบันอุดมศึกษา

## Abstract

This article analyzes the exercise of administrative power in public procurement within state-funded higher education institutions under Thai administrative law and Administrative Court jurisprudence. It focuses on the determination of conditions, qualifications, and procurement methods, particularly the formulation of technical specifications (Terms of Reference: TOR) that may unfairly restrict competition (“specification locking”). The study adopts a qualitative documentary research approach, examining relevant legal provisions, Supreme Administrative Court decisions, and academic literature.

The findings reveal that TOR formulation and the selection or alteration of procurement methods involve technical discretion with risks of restricting competition. Although the law establishes principles of transparency and fair competition, its implementation is constrained by limitations in controlling administrative discretion. The Administrative Court has developed standards based on proportionality, equality, and the duty to give reasons. The article proposes strengthening discretion control by treating competition as the default rule, strictly interpreting exceptions, reinforcing the duty to give reasons, establishing independent internal oversight, and introducing appropriate accountability and sanctions for unlawful exercise of administrative power, alongside proactive transparency measures to enhance procurement governance.

**Keywords:** Public procurement ; Administrative discretion ; Transparency and fair competition ; Judicial review by the Administrative Court ; Governance in higher education institutions

## บทนำ

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกลไกสำคัญของรัฐสมัยใหม่ในการบริหารทรัพยากรสาธารณะ เนื่องจากเกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินและการจัดหาสินค้าบริการ หรือโครงการที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างกว้างขวาง ดังนั้น ระบบการจัดซื้อจัดจ้างจึงมิได้เป็นเพียงกระบวนการเชิงเทคนิค หากแต่เป็นพื้นที่เชิงโครงสร้างที่สะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐ หลักนิติธรรม และธรรมาภิบาลสาธารณะ โดยเฉพาะในบริบทของสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งมีลักษณะเฉพาะด้านอิสระทางวิชาการและโครงสร้างการบริหารทั้งอิสระ (De Boer et al., 2017)

ภายใต้กฎหมายไทย การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งวางหลักความโปร่งใส การแข่งขันอย่างเป็นธรรม และความคุ้มค่าไว้เป็นแก่นของระบบ (Royal Gazette, 2017) ขณะเดียวกัน การดำเนินการดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (Royal Gazette, 1999) จึงทำให้การจัดซื้อจัดจ้างมิใช่เพียงการบริหารเชิงเทคนิค หากแต่เป็นการใช้อำนาจที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายมหาชนอย่างเคร่งครัด

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครอง การกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค และหน้าที่ในการให้เหตุผล (duty to give reasons) อันเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจ (Harlow & Rawlings, 2014; Mashaw, 2012) กล่าวคือ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมิใช่อำนาจเสรี หากแต่เป็นอำนาจที่ต้องสามารถอธิบายได้ว่ามีความจำเป็นและสัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ แนวคำพิพากษาศาลปกครองไทยสะท้อนให้เห็นถึงความพยายามในการพัฒนาบรรทัดฐานควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง โดยวางหลักว่าการกำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติต้องมีความจำเป็นและสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของงาน และไม่อาจนำเงื่อนไขที่มีได้ระบุไว้ในเอกสารประกวดราคามาใช้ตัดสินภายหลังได้ เนื่องจากขัดต่อหลักความโปร่งใสและความคาดหวังได้ของเอกชน (Supreme Administrative Court, 2007) อีกทั้งการเลือกหรือเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะการใช้วิธีเฉพาะเจาะจง ต้องมีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายรองรับอย่างเคร่งครัด (Supreme Administrative Court, 2018)

ในมิติระหว่างประเทศหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและความโปร่งใสได้รับการยอมรับเป็นบรรทัดฐานสากลของระบบจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยแบบกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมการการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) เน้นว่าการจัดซื้อจัดจ้างต้องออกแบบกระบวนการให้เปิดเผย ตรวจสอบได้ และลดการใช้ดุลพินิจโดยพลการ (UNCITRAL, 2011) ขณะเดียวกัน ในทางทฤษฎีกฎหมายยุโรป การจำกัด

การแข่งขันผ่านเงื่อนไขที่เกินความจำเป็นหรือการใช้ช้อยกเว้นอย่างกว้างขวางถูกมองว่าเป็นการบั่นทอนหลักนิติธรรมในระบบจัดซื้อจัดจ้าง (Bovis, 2012; Sanchez-Graells, 2018)

อย่างไรก็ตาม แม้กรอบกฎหมายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศจะกำหนดหลักการไว้ชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติยังปรากฏปัญหาการ “ลื้อกสเปก” และการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยขาดเหตุผลที่ตรวจสอบได้ ซึ่งอาจสะท้อนการใช้อำนาจดุลพินิจที่เบี่ยงเบนจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Arrowsmith, 2014) ปรากฏการณ์ดังกล่าวมีความละเอียดอ่อนยิ่งในบริบทของสถาบันอุดมศึกษา เนื่องจากอิสระทางวิชาการและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านอาจถูกใช้เป็นเหตุผลรองรับการกำหนดเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขัน หากขาดกลไกกำกับที่เข้มแข็ง (De Boer et al., 2017)

ดังนั้น จึงเกิด “ช่องว่างเชิงองค์ความรู้” ในการอธิบายและวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวภายใต้กรอบกฎหมายปกครองอย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะการเชื่อมโยงระหว่างหลักดุลพินิจการควบคุมโดยศาล และธรรมาภิบาลในบริบทสถาบันอุดมศึกษา การศึกษานี้จึงมุ่งวิเคราะห์ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการเอื้อประโยชน์ในสถาบันอุดมศึกษาภายใต้กรอบกฎหมายปกครองและแนวคำพิพากษาศาลปกครอง เพื่อกำหนดขอบเขตดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และเสนอแนวทางในการเสริมสร้างความชอบธรรมของการใช้อำนาจในระบบอุดมศึกษาไทย

## วัตถุประสงค์

1. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการใช้อำนาจทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาในบริบทกฎหมายปกครองไทย
2. เพื่อศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ (TOR) ในลักษณะที่อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม
4. เพื่อเสนอแนวคิดเชิงกฎหมายและเชิงนโยบายเพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา

## การทบทวนวรรณกรรม

การศึกษาว่าดุลพินิจทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น จำเป็นต้องตั้งอยู่บนฐานการทบทวนวรรณกรรมอย่างเป็นระบบ งานศึกษาทางกฎหมายมหาชนได้อธิบายพัฒนาการของการควบคุมดุลพินิจโดยศาล จากการตรวจสอบเชิงรูปแบบสู่การตรวจสอบเชิงเนื้อหา โดยเน้นความสมเหตุสมผล ความได้สัดส่วน และการไม่เบียดเบียนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Craig, 2021; Elliott & Thomas, 2020) ขณะที่วรรณกรรมด้านจัดซื้อจัดจ้างเน้นหลักความเสมอภาค การแข่งขัน และการออกแบบเงื่อนไขที่ไม่เกินจำเป็น (Arrowsmith, 2014; Sánchez-Graells, 2010) ส่วนแนวคิดความโปร่งใสและหน้าที่ในการให้เหตุผลได้รับการพัฒนาในกรอบความชอบธรรมของการบริหารราชการ (UNCITRAL, 2011; Mashaw, 2012) อย่างไรก็ตาม จากการสืบค้นเอกสารพบว่าส่วนใหญ่วิเคราะห์หลักการเหล่านี้แยกส่วน ยังขาดการบูรณาการเป็นกรอบเดียวในบริบทการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาที่มีโครงสร้างกึ่งอิสระ อันเป็น “ช่องว่างของความรู้” ที่ยังไม่ถูกพิจารณาอย่างเป็นระบบ

การศึกษานี้จึงมุ่งเชื่อมโยงหลักการทั้งสี่ ได้แก่ ดุลพินิจและการควบคุมโดยศาล ความได้สัดส่วนและความเสมอภาค ความโปร่งใสและหน้าที่ให้เหตุผล และธรรมาภิบาลกับกลไกควบคุมภายใน เพื่อเสนอกรอบวิเคราะห์แบบบูรณาการในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในบริบทสถาบันอุดมศึกษาไทย

### แนวคิดเรื่องอำนาจดุลพินิจทางปกครองและการควบคุมโดยศาล

อำนาจดุลพินิจทางปกครอง (administrative discretion) เป็นกลไกที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกวิธีการที่เหมาะสมที่สุดภายใต้กรอบกฎหมายเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ดุลพินิจมิใช่อำนาจเสรี หากต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมและสามารถถูกตรวจสอบได้ Craig (2021) อธิบายว่า ศาลมิได้เข้าไปแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นอยู่ภายใต้กรอบความสมเหตุสมผล ความได้สัดส่วน และไม่เบียดเบียนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย Elliott & Thomas (2020) ชี้ว่าการควบคุมดุลพินิจในกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ได้พัฒนาจากการตรวจสอบเชิงรูปแบบไปสู่การตรวจสอบ

เชิงเนื้อหา (substantive review) โดยเฉพาะในกรณีที่ใช้อำนาจมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนหรือการแข่งขันในตลาด

สรุปได้ว่า ศาลพินิจทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหา โดยศาลมีบทบาทสำคัญในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น

### **หลักความได้สัดส่วนและความเสมอภาคในการจัดซื้อจัดจ้าง**

หลักความได้สัดส่วน (proportionality) เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองยุโรปและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายเปรียบเทียบ โดยกำหนดให้มาตรการของรัฐต้องเหมาะสม จำเป็น และไม่เกินสมควรแก่เหตุ (Craig, 2021) ในบริบทการจัดซื้อจัดจ้าง Arrowsmith (2014) อธิบายว่า การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะหรือคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของโครงการ มิฉะนั้นจะกลายเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันโดยไม่จำเป็น Sánchez-Graells (2010) เสริมว่าระบบจัดซื้อจัดจ้างสมัยใหม่ไม่ได้มุ่งเพียงความประหยัดงบประมาณ แต่มีเป้าหมายเชิงโครงสร้างในการคุ้มครองการแข่งขันและความเสมอภาคในตลาด

สรุปได้ว่า การกำหนด TOR หรือเงื่อนไขที่เกินความจำเป็นอาจขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค และอาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

### **หลักความโปร่งใสและหน้าที่ในการให้เหตุผล**

หลักความโปร่งใสเป็นแก่นสำคัญของระบบจัดซื้อจัดจ้างสมัยใหม่ UNCITRAL (2011) กำหนดว่า กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างต้องเปิดเผย ตรวจสอบได้ และต้องหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจโดยพลการ Mashaw (2012) เสนอว่าความชอบธรรมของการบริหารราชการขึ้นอยู่กับ “การให้เหตุผลที่ตรวจสอบได้” (reasoned administration) ซึ่งทำให้การใช้อำนาจสามารถถูกตรวจสอบและประเมินได้ในทางกฎหมาย Craig (2021) อธิบายว่า หน้าที่ในการให้เหตุผล (duty to give reasons) เป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นธรรมเชิงกระบวนการ และเป็นเครื่องมือควบคุมดุลพินิจโดยทางอ้อม

สรุปได้ว่า การเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างหรือการกำหนดเงื่อนไขโดยไม่ให้เหตุผลที่ชัดเจนและตรวจสอบได้ อาจกระทบต่อหลักความโปร่งใสและความคาดหวังโดยชอบของผู้เข้าร่วมแข่งขัน

### ธรรมาภิบาลและการออกแบบกลไกควบคุมภายใน

แนวคิดธรรมาภิบาล (governance) ในภาครัฐเน้นความรับผิดชอบ ความโปร่งใส และกลไกตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ Arrowsmith (2014) เห็นว่า การควบคุมภายในที่เข้มแข็งมีความสำคัญไม่แพ้การตรวจสอบโดยศาล De Boer et al. (2017) วิเคราะห์การปฏิรูปอุดมศึกษาในยุโรปว่า การเพิ่มอำนาจบริหารภายในมหาวิทยาลัยต้องควบคู่กับกลไกตรวจสอบที่เป็นอิสระ มิฉะนั้นอาจเพิ่มความเสี่ยงด้านผลประโยชน์ทับซ้อน

สรุปได้ว่า ในบริบทสถาบันอุดมศึกษา การออกแบบกลไกตรวจสอบภายในที่มีความเป็นอิสระเชิงหน้าที่เป็นปัจจัยสำคัญในการป้องกันการเอื้อประโยชน์และเสริมสร้างความชอบธรรมของการใช้อำนาจ

### วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยการศึกษาในเชิงเอกสาร (Documentary Study) ทำการศึกษาและรวบรวมข้อมูล จากเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากกรอบแนวคิดกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองด้านการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา รวมถึงการวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลปกครองที่มีนัยสำคัญต่อการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง เอกสารแสดงความสัมพันธ์ที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการเอื้อประโยชน์ในสถาบันอุดมศึกษา: การวิเคราะห์ภายใต้กฎหมายปกครองและแนวคำพิพากษาศาลปกครองดังนี้

1) กฎหมายและเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและอำนาจศาลปกครอง

2) แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่สะท้อนหลักการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และ

3) งานวิชาการด้านกฎหมายปกครอง กฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และ ธรรมาภิบาล ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

การวิเคราะห์ข้อมูลใช้วิธีการวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (content analysis) โดยมุ่งสังเคราะห์หลักกฎหมายและบรรทัดฐานจากคำพิพากษาศาลปกครอง เปรียบเทียบกับแนวคิดเชิงทฤษฎีด้านดุลพินิจ การให้เหตุผล และธรรมาภิบาล เพื่ออธิบายปัญหาการล่อกลบและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในบริบทของสถาบันอุดมศึกษาอย่างเป็นระบบ

## ผลการวิจัย

วัตถุประสงค์ที่ 1. ผลการศึกษาพบว่า การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่มีลักษณะดุลพินิจเชิงเทคนิคสูง โดยเฉพาะในการกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (TOR) และการเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง แม้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะกำหนดหลักความโปร่งใส ความคุ้มค่า และการแข่งขันอย่างเป็นธรรมไว้ชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติยังพบความเสี่ยงเชิงโครงสร้างจากการกำหนดเงื่อนไขที่เกินความจำเป็น และการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงโดยขาดเหตุผลที่ตรวจสอบได้ การใช้อำนาจดังกล่าว หากไม่ยึดโยงกับหลักความได้สัดส่วน ความเสมอภาค และหน้าที่ในการให้เหตุผล อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ และเสี่ยงต่อการเอื้อประโยชน์แก่เอกชนบางราย อันกระทบต่อหลักนิติธรรมและความชอบธรรมของระบบอุดมศึกษา

## ตอนที่ 1 การใช้อำนาจทางปกครองในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาในบริบทกฎหมายปกครองไทย

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมิได้เป็นเพียงกลไกทางการคลัง หากแต่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนโดยตรง ทั้งในมิติของสิทธิในการแข่งขันอย่างเสมอภาค และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ภายใต้กฎหมายไทย การดำเนินการดังกล่าวอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดหลักความโปร่งใส ความคุ้มค่า การแข่งขันอย่างเป็นธรรม และการ

ตรวจสอบได้เป็นหลักการพื้นฐานของระบบ (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8) การใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในเชิงโครงสร้างทางกฎหมาย การกำหนดคุณสมบัติผู้ยื่นข้อเสนอ การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (specifications) และการเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (administrative discretion) อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ดุลพินิจดังกล่าวมิใช่อำนาจเสรี หากต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (principle of equality) อันเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ (Craig, 2016; Elliott & Thomas, 2020)

### 1. หลักความได้สัดส่วนกับการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ

หลักความได้สัดส่วนกำหนดให้มาตรการของฝ่ายปกครองต้อง 1) มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย 2) มีความเหมาะสม (suitability) 3) มีความจำเป็น (necessity) และ 4) ไม่เกินสมควรแก่เหตุ (proportionality stricto sensu) การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะที่เกินความจำเป็นหรือจำกัดการแข่งขันเกินควร อาจเข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เช่น การกำหนด TOR ที่ระบุคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุในลักษณะที่มีผู้ผลิตหรือผู้แทนจำหน่ายเพียงรายเดียวในตลาด โดยไม่สามารถแสดงเหตุผลทางเทคนิคหรือประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจนรองรับ ย่อมเป็นการจำกัดการแข่งขันเกินความจำเป็น และขัดต่อหลักความได้สัดส่วนในองค์ประกอบของ “ความจำเป็น” และ “ความไม่เกินสมควรแก่เหตุ”

ในระดับสากล กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกำหนด specifications ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการแข่งขัน และควรใช้ลักษณะเชิงหน้าที่ (functional requirements) มากกว่าการอ้างอิงยี่ห้อหรือแหล่งกำเนิด เว้นแต่มีเหตุผลจำเป็นทางเทคนิค (UNCITRAL, 2011) หลักการดังกล่าวสะท้อนแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งวางหลักห้ามกำหนดเงื่อนไขที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่จำเป็น (Directive 2014/24/EU, art. 42)

ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐกำหนดเงื่อนไขที่มีผลจำกัดการแข่งขันโดยไม่สามารถแสดงเหตุผลเชิงเทคนิคหรือความจำเป็นที่ตรวจสอบได้ ย่อมเสี่ยงต่อการถูกวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือเป็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์อื่น (improper purpose)

## 2. หลักความโปร่งใสและหน้าที่ในการให้เหตุผล

หลักความโปร่งใสเป็นหลักการแกนกลางของระบบจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งในกฎหมายไทย (มาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. 2560) และในทางกฎหมายปกครอง หลักดังกล่าวสัมพันธ์โดยตรงกับ “หน้าที่ในการให้เหตุผล” (duty to give reasons) ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายเชิงกระบวนการ (procedural legality) (Craig, 2016) การเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างจากวิธีแข่งขันเป็นวิธีเฉพาะเจาะจง หรือการยกเลิกการประกวดราคาโดยไม่ให้เหตุผลที่ชัดเจนและตรวจสอบได้ อาจกระทบต่อความคาดหวังโดยชอบ (legitimate expectation) ของผู้เข้าร่วมแข่งขัน และอาจขัดต่อหลักความเสมอภาคในการแข่งขัน (Elliott & Thomas, 2020)

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ หลักความโปร่งใสควรถูกแปลงให้เป็นกลไกเชิงรูปธรรม เช่น การเปิดเผยข้อมูลผ่านระบบ e-GP (Electronic Government Procurement) และการนำแนวคิด open contracting มาใช้ โดยเปิดเผยข้อมูลตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำ TOR ฉบับร่าง การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย และเหตุผลในการตัดสินใจ เพื่อให้เกิดการตรวจสอบได้ตั้งแต่ต้นทาง มิใช่เพียงภายหลังการจัดซื้อจัดจ้างเสร็จสิ้น

## 3. การควบคุมดุลพินิจโดยศาลปกครอง

ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมถึงการใช้อำนาจดุลพินิจ หากพบว่ามีการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริต ไม่สมเหตุผล หรือไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ศาลสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

แนวคิดการควบคุมดุลพินิจในกฎหมายเปรียบเทียบชี้ว่าแม้ศาลจะไม่ก้าวล่วงไปแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ศาลมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบว่าได้ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค และหลักความโปร่งใสหรือไม่ (Craig, 2016)

ในบริบทของการจัดซื้อจัดจ้าง การควบคุมดังกล่าวมีความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากเป็นพื้นที่ที่มีความเสี่ยงต่อความขัดกันแห่งผลประโยชน์และการใช้อำนาจเพื่อเอื้อประโยชน์แก่เอกชนบางราย หากปราศจากกลไกควบคุมที่เข้มแข็ง ระบบอาจกลายเป็นเครื่องมือบั่นทอนการแข่งขันและหลักนิติธรรม (Arrowsmith, 2014)

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นพื้นที่ที่สะท้อนความตึงเครียดระหว่าง “ดุลพินิจเชิงเทคนิค” กับ “ข้อจำกัดเชิงหลักการของกฎหมายปกครอง” แม้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกำหนดรายละเอียดทางเทคนิคและเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ดุลพินิจดังกล่าวต้องถูกจำกัดด้วยหลักความได้สัดส่วน ความเสมอภาค และความโปร่งใส การกำหนดเงื่อนไขที่เกินจำเป็น การจำกัดการแข่งขันโดยไม่สมเหตุสมผล หรือการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยขาดเหตุผลที่ตรวจสอบได้ อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและขัดต่อหลักนิติธรรม

ดังนั้น การตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ควรกระทำภายใต้กรอบแนวคิดของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ที่สำคัญเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจ และการคุ้มครองการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในฐานะองค์ประกอบของความชอบธรรมของรัฐ

วัตถุประสงค์ที่ 2 ผลการศึกษาพบว่า แนวคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง พบว่า ศาลปกครองไทยได้พัฒนาบรรทัดฐานการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างต่อเนื่อง โดยวางหลักว่าการกำหนด TOR และคุณสมบัติต้องมีความจำเป็น สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของโครงการ และไม่จำกัดการแข่งขันเกินสมควรแก่เหตุ อันเป็นการประยุกต์ใช้หลักความได้สัดส่วนโดยนัย นอกจากนี้ ศาลยังกำหนดให้การพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบได้ ใช้มาตรฐานเดียวกัน และไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสะท้อนหลักความเสมอภาคและความเป็นธรรมในกระบวนการ พร้อมทั้งยืนยันว่าหน่วยงานของรัฐไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขภายหลังโดยปราศจากเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย เพราะอาจกระทบต่อความโปร่งใสและความคาดหมายโดยชอบของผู้เข้าร่วมแข่งขัน

## ตอนที่ 2 แนวคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง

การกำหนดเงื่อนไข คุณสมบัติ และวิธีการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานทางปกครอง เป็น “การใช้อำนาจทางปกครอง” ตามความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วย กฎหมายของศาลปกครอง การใช้อำนาจดังกล่าวยังต้องสอดคล้องกับหลักพื้นฐานตาม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 ที่กำหนด หลักความคุ้มค่า ความโปร่งใส การแข่งขันอย่างเป็นธรรม และตรวจสอบได้

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครอง การจัดซื้อจัดจ้างเป็นพื้นที่ซึ่งดุลพินิจเชิงเทคนิค (technical discretion) ปะทะกับหลักควบคุมดุลพินิจของศาล โดยเฉพาะหลักความได้ สัดส่วน หลักความเสมอภาค และหลักความเป็นธรรมในกระบวนการ (procedural fairness) (Craig, 2021; Elliott & Thomas, 2020) แนวคำพิพากษาศาลปกครองไทยจึงมีบทบาท สำคัญในการแปลงหลักนามธรรมเหล่านี้ให้เป็นบรรทัดฐานเชิงปฏิบัติ

### 1. การกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติ: ขอบเขตของความจำเป็นและความได้ สัดส่วน

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักอย่างต่อนื่องว่า การกำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขใน การจัดซื้อจัดจ้างต้องมี “ความจำเป็นและสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของงาน” มิใช่กำหนด เงื่อนไขที่เกินสมควรแก่เหตุจนเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่จำเป็น

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 891/2550 ศาลวินิจฉัยว่า หน่วยงานของรัฐ ไม่อาจนำเงื่อนไขที่มีได้ระบุไว้ในเอกสารประกวดราคามาใช้เป็นเหตุในการตัดสิทธิผู้เสนอ ราคาในภายหลังได้ เพราะเป็นการขัดต่อหลักความโปร่งใสและความเป็นธรรมในกระบวนการ จัดซื้อจัดจ้าง (Supreme Administrative Court, 2007) หลักดังกล่าวสะท้อนแก่นของ “หลักความคาดหวังโดยชอบ” (legitimate expectation) ซึ่งศาลต่างประเทศยอมรับว่าเป็นกลไกควบคุมการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขโดยฝ่ายปกครองโดยพลการ (Craig, 2021)

การควบคุมการกำหนด TOR ที่จำกัดการแข่งขัน แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 742/2558 วางหลักว่า แม้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ แต่ต้องไม่กำหนดลักษณะที่จำกัดการแข่งขันเกินความจำเป็น หากปรากฏว่ากำหนดคุณสมบัติที่มีผู้ผลิตเพียงรายเดียวโดยไม่มีเหตุผลเชิงประโยชน์สาธารณะรองรับ ย่อมเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตดุลพินิจสามารถพิจารณาหลักกฎหมายที่สกัดได้ (Ratio Decidendi) ได้แก่ TOR ต้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของโครงการ ต้องไม่สร้างภาระเกินสมควรแก่ผู้เข้าร่วมแข่งขัน และต้องมีเหตุผลทางวิชาการหรือประโยชน์สาธารณะรองรับ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานสากล กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของ UNCITRAL กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน และควรใช้ข้อกำหนดเชิงหน้าที่มากกว่าการระบุยี่ห้อหรือแหล่งกำเนิดเว้นแต่มีเหตุผลทางเทคนิคที่จำเป็น (UNCITRAL, 2011, art. 10) หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับแนววินิจฉัยของศาลปกครองไทยที่มุ่งควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้เงื่อนไขทางเทคนิคเป็นเครื่องมือจำกัดการแข่งขันในเชิงวิเคราะห์ จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองไทยได้ประยุกต์ใช้หลักความได้สัดส่วนโดยนัย แม้จะมีได้เรียกชื่อหลักดังกล่าวโดยตรง กล่าวคือ ศาลพิจารณาว่าเงื่อนไขนั้น “จำเป็น” และ “สัมพันธ์” กับวัตถุประสงค์ของงานหรือไม่ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของการทดสอบความได้สัดส่วน (Elliott & Thomas, 2020)

## **2. การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคุณสมบัติ : ความเสมอภาคและมาตรฐานเดียวกัน**

แม้กฎหมายจะให้อำนาจคณะกรรมการพิจารณาผลในการตีความคุณสมบัติของผู้เสนอราคา แต่ดุลพินิจดังกล่าวต้องใช้ภายใต้หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 130/2554 วางหลักว่า การใช้ดุลพินิจพิจารณาคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบได้ และต้องใช้เกณฑ์เดียวกันกับผู้เสนอการรายอื่น หากใช้มาตรฐานที่แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Supreme Administrative Court, 2011)

แนววินิจฉัยดังกล่าวสะท้อนหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชน (Elliott & Thomas, 2020) อีกทั้งสอดคล้องกับแนวคิดของ Mashaw (2012) ที่อธิบายว่าความชอบธรรมของการบริหารราชการขึ้นอยู่กับ “การให้เหตุผลที่ตรวจสอบได้” และการใช้มาตรฐานเดียวกันอย่างสม่ำเสมอ

ในบริบทของการจัดซื้อจัดจ้าง หลักการนี้มีนัยสำคัญอย่างยิ่ง เพราะความคลาดเคลื่อนเพียงเล็กน้อยในการตีความคุณสมบัติอาจส่งผลกระทบต่อผลการประกวดราคาโดยตรง และอาจเปิดช่องให้เกิดการเอื้อประโยชน์แก่เอกชนบางรายได้

### **3. การเลือกหรือเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง : ข้อยกเว้นต้องตีความอย่างเคร่งครัด**

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เป็นวิธีหลัก และกำหนดวิธีเฉพาะเจาะจงเป็นข้อยกเว้นที่ต้องมีเหตุผลตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 56) ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 531/2561 ศาลวินิจฉัยว่า การอ้างเหตุเร่งด่วนโดยไม่มีพยานหลักฐานชัดเจนรองรับ ไม่อาจถือเป็นเหตุอันชอบด้วยกฎหมายในการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงได้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ (Supreme Administrative Court, 2018)

แนววินิจฉัยนี้สะท้อนหลักการตีความ “ข้อยกเว้นโดยเคร่งครัด” (strict interpretation of exceptions) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะเมื่อข้อยกเว้นนั้นมีผลจำกัดการแข่งขัน (Craig, 2021) ในระดับสากล เน้นว่าการใช้วิธีที่ไม่เปิดการแข่งขันต้องมีเหตุผลชัดเจน โปร่งใส และสามารถตรวจสอบย้อนหลังได้

อย่างไรก็ดีในกรณี การใช้วิธีเฉพาะเจาะจงต้องตีความอย่างเคร่งครัด พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 56 กำหนดกรณีใช้วิธีเฉพาะเจาะจงไว้เป็นข้อยกเว้น ศาลปกครองมีแนววินิจฉัยว่า ข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด เพราะเป็นการจำกัดการแข่งขัน สามารถพิจารณาหลักกฎหมายที่สกัดได้ (Ratio Decidendi) ได้แก่

ต้องพิสูจน์เหตุจำเป็นอย่างแท้จริง ต้องแสดงผลเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องสามารถตรวจสอบย้อนหลังได้

ดังนั้น การเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างโดยอาศัยเหตุผลเชิงบริหารทั่วไป เช่น ความสะดวกหรือความรวดเร็ว โดยปราศจากข้อเท็จจริงเฉพาะรองรับ ย่อมเสี่ยงต่อการถูกวินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่เบี่ยงเบนจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

#### 4. ข้อสังเคราะห์เชิงหลักการ

จากแนวคำพิพากษาข้างต้น อาจสังเคราะห์เป็นบรรทัดฐานเชิงหลักการได้สามประการ ได้แก่

1. เงื่อนไขและคุณสมบัติต้องมีความจำเป็นและสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของงาน (การควบคุมเชิงความได้สัดส่วน)
2. การพิจารณาคุณสมบัติต้องใช้มาตรฐานเดียวกันและให้เหตุผลที่ตรวจสอบได้ (การควบคุมเชิงความเสมอภาคและเหตุผล)
3. การใช้วิธีเฉพาะเจาะจงต้องตีความโดยเคร่งครัดและมีข้อเท็จจริงรองรับ (การควบคุมข้อยกเว้น)

แนวพัฒนาการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองไทยมิได้เพียงตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง แต่ได้พัฒนาการควบคุมเชิงเนื้อหา (substantive review) ต่อการใช้ดุลพินิจด้านการจัดซื้อจัดจ้างอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อการธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรมและการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในระบบราชการไทย

วัตถุประสงค์ที่ 3. ผลการศึกษาพบว่า การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ (TOR) ในลักษณะที่อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม หรือล่อลวงสเปกปรากฏการณ์การล่อลวงสเปกและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างทั้งสองกรณีเป็นจุดที่สะท้อนการใช้ดุลพินิจเชิงเทคนิคของฝ่ายปกครองอย่างเข้มข้น และเป็นพื้นที่ที่มีความเสี่ยงต่อการเบี่ยงเบนจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมากที่สุด การกำหนดสเปกที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่จำเป็นหรือไม่สามารถแสดงผลเชิงข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบได้ อาจเข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตและขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและความเสมอภาค ขณะเดียวกัน การ

เปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างจากวิธีหลักไปสู่วิธีช้อยกเว้นโดยปราศจากเหตุผลที่ชัดเจนและพิสูจน์ได้ อาจเป็นการตีความช้อยกเว้นอย่างกว้างเกินสมควร และกระทบต่อหลักการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

**ตอนที่ 3 การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ (TOR) ในลักษณะที่อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม หรือล่อลวงสเปก**

### **1. การล่อลวงสเปกในฐานะการเบี่ยงเบนของดุลพินิจเชิงโครงสร้าง**

การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (technical specifications) เป็นขั้นตอนที่สะท้อนการใช้ “ดุลพินิจเชิงเทคนิค” (technical discretion) ของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนที่สุดในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ภายใต้กฎหมายไทย พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 บัญญัติให้การจัดซื้อจัดจ้างต้องเป็นไปตามหลักความคุ้มค่า ความโปร่งใส และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ขณะเดียวกัน กฎกระทรวงและระเบียบที่ออกตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การจัดทำรายละเอียดคุณลักษณะต้องไม่เป็นการกีดกันการแข่งขันโดยไม่จำเป็น ในทางปฏิบัติ ปรากฏการณ์ที่หน่วยงานกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ เช่น ระบุยี่ห้อ รุ่น หรือมาตรฐานเฉพาะที่มีเพียงผู้ผลิตรายเดียวสามารถเสนอราคาได้ แม้จะอ้างเหตุผลด้านคุณภาพหรือความต่อเนื่องของระบบ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าทางเลือกอื่นไม่สามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ได้ ย่อมถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ผ่านการทดสอบความได้สัดส่วน

ในระดับสากล กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL กำหนดหลักชัดเจนว่า การกำหนด specifications ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการแข่งขัน และควรใช้ลักษณะเชิงหน้าที่ (functional requirements) มากกว่าการอ้างอิงยี่ห้อหรือแหล่งกำเนิด เว้นแต่มีเหตุผลทางเทคนิคที่จำเป็น (UNCITRAL, 2011, art. 10) ในทำนองเดียวกัน Directive 2014/24/EU ของสหภาพยุโรป บัญญัติให้การกำหนดคุณลักษณะเฉพาะต้องเคารพหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ และห้ามระบุยี่ห้อ เว้นแต่ไม่สามารถอธิบายลักษณะโดยวิธีอื่นได้ (art. 42)

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครอง การกำหนดสเปกที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงจนจำกัดการแข่งขันโดยไม่สมเหตุสมผล อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจ “เพื่อวัตถุประสงค์อื่น” (improper purpose) หรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Craig, 2021) กล่าวคือ แม้ฝ่ายปกครองจะอ้างเหตุผลด้านประสิทธิภาพหรือมาตรฐานทางเทคนิค แต่หากผลลัพธ์คือการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่จำเป็น ย่อมสะท้อนการเบี่ยงเบนจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมุ่งส่งเสริมการแข่งขันและความคุ้มค่า

Arrowsmith (2014) อธิบายว่า การควบคุมการกำหนดสเปกเป็นหัวใจของระบบจัดซื้อจัดจ้างสมัยใหม่ เพราะเป็นจุดที่ความเสี่ยงต่อการบิดเบือนการแข่งขันสูงที่สุด และการกำกับดูแลที่อ่อนแอในขั้นตอนนี้อาจทำให้กระบวนการทั้งระบบสูญเสียความชอบธรรม

ดังนั้น “การล็อกสเปก” จึงไม่ใช่เพียงปัญหาทางระเบียบเทคนิคแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของการออกแบบและการควบคุมดุลพินิจทางปกครอง

## 2. การเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง: ข้อยกเว้นและการตีความโดยเคร่งครัด

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 56 กำหนดให้วิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์เป็นวิธีหลัก และกำหนดวิธีเฉพาะเจาะจงเป็นข้อยกเว้นที่ต้องมีเหตุผลตามที่กฎหมายบัญญัติ การใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการตีความโดยเคร่งครัด (strict interpretation of exceptions)

ในทางกฎหมายเปรียบเทียบ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวางหลักสม่าเสมอว่า ข้อยกเว้นจากหลักการแข่งขันต้องตีความอย่างเคร่งครัด และหน่วยงานของรัฐมีภาระในการพิสูจน์เหตุผลความจำเป็น (Caranta, 2015) หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดในกฎหมายปกครองอังกฤษที่ถือว่า การใช้ดุลพินิจต้องมีเหตุผลที่ตรวจสอบได้และไม่เป็นไปโดยพลการ (Craig, 2021) หากหน่วยงานของรัฐอ้างเหตุเร่งด่วนหรือเหตุจำเป็นเฉพาะโดยไม่มีข้อเท็จจริงรองรับอย่างเพียงพอ การเลือกหรือเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างอาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สมเหตุสมผล (Wednesbury unreasonableness) หรือขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (Elliott & Thomas, 2020)

การใช้วิธีที่ไม่เปิดการแข่งขันต้องมีการบันทึกเหตุผลอย่างชัดเจน โปร่งใส และสามารถตรวจสอบย้อนหลังได้ เพื่อป้องกันความเสี่ยงด้านผลประโยชน์ทับซ้อนและการเอื้อประโยชน์แก่เอกชนบางราย ดังนั้น การเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างจึงเป็นจุดที่สะท้อนความตึงเครียดระหว่าง “ประสิทธิภาพเชิงบริหาร” กับ “ข้อจำกัดเชิงหลักการของกฎหมายมหาชน” และต้องถูกควบคุมภายใต้กรอบหลักนิติธรรม

### 3. การวิเคราะห์เชิงกฎหมายปกครอง: จากดุลพินิจสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบ

เมื่อพิจารณาการล่อลวงและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างร่วมกัน จะเห็นลักษณะร่วมสำคัญ คือ การใช้ดุลพินิจที่ขาดการยึดโยงกับหลักเหตุผล ความจำเป็น และประโยชน์สาธารณะในเชิงรูปธรรมในทางทฤษฎี ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องถูกจำกัดด้วย

1. หลักความได้สัดส่วน

2. หลักความเสมอภาค

3. หน้าที่ในการให้เหตุผล (duty to give reasons) (Harlow & Rawlings, 2014; Craig, 2021)

หากการกำหนดสเปกหรือการเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้างไม่สามารถแสดงผลเชิงข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบได้ หรือมีผลกระทบต่อการแข่งขันเกินกว่าที่จำเป็น การใช้อำนาจดังกล่าวอาจถูกจัดประเภทเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of discretion) ซึ่งขัดต่อหลักนิติธรรมในความหมายเชิงสาระ (substantive rule of law)

Sánchez-Graells (2010) ชี้ว่า ระบบจัดซื้อจัดจ้างสมัยใหม่มิได้มุ่งเพียงการประหยัดงบประมาณ แต่มีเป้าหมายเชิงโครงสร้างในการคุ้มครองการแข่งขันและความเสมอภาคในตลาด การบิดเบือนกลไกการแข่งขันจึงเป็นการบ่อนทำลายเป้าหมายเชิงโครงสร้างของกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างเอง

### 4. นัยต่อสถาบันอุดมศึกษาในฐานะหน่วยงานทางปกครอง

สถาบันอุดมศึกษาแม้จะมีสถานะกึ่งอิสระและมีเสรีภาพทางวิชาการแต่เมื่อดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างย่อมอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการ

บริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 และอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2542

De Boer et al. (2017) อธิบายว่า การปฏิรูปภาคอุดมศึกษาในหลายประเทศ นำไปสู่การเพิ่มอำนาจบริหารภายในมหาวิทยาลัย แต่หากปราศจากกลไกตรวจสอบภายนอกที่เข้มแข็ง อำนาจดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาธรรมาภิบาลได้

ดังนั้น การอ้างความเชี่ยวชาญเฉพาะทางหรือเสรีภาพทางวิชาการไม่อาจใช้เป็นเหตุผลในการลดทอนมาตรฐานทางกฎหมายมหาชน การกำหนดสเปกหรือการเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้างต้องยังคงยึดโยงกับหลักเหตุผล ความโปร่งใส และการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในฐานะหลักโครงสร้างของระบบกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

วัตถุประสงค์ที่ 4. ผลการศึกษาพบว่า การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาไม่อาจอาศัยเพียงการบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ หากต้องพัฒนา “กลไกควบคุมดุลพินิจ” ให้มีประสิทธิภาพทั้งในเชิงกฎหมายและเชิงนโยบายควบคู่กัน ในเชิงกฎหมายควรยกระดับหน้าที่ในการให้เหตุผลให้เป็นมาตรฐานบังคับในทุกขั้นตอนที่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน และตีความการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงอย่างเคร่งครัดภายใต้หลักความได้สัดส่วน โดยให้การแข่งขันเป็นหลักทั่วไปและข้อยกเว้นต้องพิสูจน์ความจำเป็นอย่างชัดเจน ในเชิงนโยบาย ควรออกแบบกลไกตรวจสอบภายในที่มีความเป็นอิสระเชิงหน้าที่ แยกบทบาทผู้กำหนด TOR ผู้อนุมัติ และผู้ตรวจสอบออกจากกัน พร้อมส่งเสริมความโปร่งใสเชิงรุกผ่านการเปิดเผยข้อมูลอย่างครบถ้วนและตรวจสอบได้

#### **ตอนที่ 4 แนวคิดเชิงกฎหมายและเชิงนโยบายเพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา**

การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาในประเทศไทยอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดหลักการพื้นฐาน ได้แก่ ความคุ้มค่า ความโปร่งใส ความมีประสิทธิภาพ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (มาตรา 8) ตลอดจนอยู่ภายใต้การควบคุมตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน ตามที่รับรองไว้ใน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 3 และมาตรา 27 และพัฒนาผ่านแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาปรากฏการณ์การลือกสเปกและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง พบว่าปัญหาไม่ได้จำกัดอยู่ที่การฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายโดยตรง หากแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของ “การใช้อำนาจดุลพินิจ” ที่ขาดกลไกควบคุมเชิงสถาบันอย่างเพียงพอ การเสริมสร้างธรรมาภิบาลจึงต้องดำเนินการทั้งในมิติของกฎหมาย (legal reform) และนโยบายสาธารณะ (policy design) ควบคู่กัน

### 1. การยกระดับหน้าที่ให้เหตุผล (Duty to Give Reasons) ในฐานะกลไกควบคุมดุลพินิจ

ภายใต้กฎหมายไทย แม้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มีได้บัญญัติ “หน้าที่ให้เหตุผล” ไว้โดยตรงในทุกขั้นตอน แต่หลักดังกล่าวสามารถอ้างอิงได้จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณา การกำหนด TOR การระบุคุณลักษณะเฉพาะ หรือการเลือกใช้วิธีเฉพาะเจาะจง หากมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการย่อมเข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่ต้องสามารถอธิบายเหตุผลได้อย่างตรวจสอบได้

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดหลายคดีได้วางหลักว่า การไม่แสดงเหตุผลหรือแสดงเหตุผลอย่างคลุมเครือในการกำหนดเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขัน เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบ (เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 531/2561) ซึ่งสะท้อนการนำหลักความสมเหตุสมผลและความได้สัดส่วนมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ในเชิงทฤษฎี กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างสมัยใหม่ยืนยันว่า “เหตุผล” เป็นกลไกสำคัญในการป้องกันความเสี่ยงเชิงคอร์รัปชันในขั้นตอนก่อนการประมูล (pre-award stage) (Arrowsmith, 2014; OECD, 2015) การบังคับให้หน่วยงานต้องอธิบายความจำเป็นทางเทคนิคอย่างชัดเจนจึงเป็นการแปลงหลักนิติธรรมให้กลายเป็นเครื่องมือเชิงปฏิบัติ

## 2. การจำกัดการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงตามหลักความได้สัดส่วน

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 55-56 กำหนดให้การใช้วิธีเฉพาะเจาะจงทำได้เฉพาะกรณีที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ความจำเป็นเร่งด่วนหรือมีผู้ประกอบการรายเดียว การตีความเงื่อนไขดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน (proportionality) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองไทยที่ศาลปกครองรับรองมาอย่างต่อเนื่อง

ในบริบทเปรียบเทียบ กฎหมายสหภาพยุโรปว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง (Directive 2014/24/EU) กำหนดให้การใช้ negotiated procedure without prior publication เป็นข้อยกเว้นที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict interpretation) (Sánchez-Graells, 2010) หลักดังกล่าวสะท้อนแนวคิดที่ “การแข่งขัน” ต้องเป็นค่าเริ่มต้น (default rule) และการเบี่ยงเบนต้องมีเหตุผลที่จำเป็นและได้สัดส่วนเท่านั้น

การนำหลักการนี้มาปรับใช้ในสถาบันอุดมศึกษาไทย หมายความว่า ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางไม่อาจถูกใช้เป็นเหตุผลทั่วไปเพื่อจำกัดการแข่งขัน หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการเปิดแข่งขันจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างมีนัยสำคัญ

## 3. การออกแบบกลไกตรวจสอบภายในที่มีความเป็นอิสระเชิงหน้าที่

แม้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 จะกำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจรับและคณะกรรมการพิจารณาผล แต่ในทางปฏิบัติกลไกดังกล่าวมักอยู่ภายใต้สายบังคับบัญชาเดียวกันกับผู้กำหนด TOR ทำให้การถ่วงดุลเชิงสถาบันมีข้อจำกัด

หลักธรรมาภิบาลภาครัฐของ OECD (2015) เสนอให้หน่วยงานรัฐจัดตั้งระบบ internal control และ risk management ที่มีความเป็นอิสระเชิงหน้าที่ (functional independence) เพื่อป้องกันความขัดกันแห่งผลประโยชน์ นอกจากนี้ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินของไทย (สตง.) ยังมีอำนาจตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ซึ่งสามารถทำหน้าที่เป็นกลไกกำกับภายนอกได้

ดังนั้น เจริญนโยบายควรพัฒนา “คณะกรรมการกำกับความเสี่ยงด้านการจัดซื้อจัดจ้าง” ภายในมหาวิทยาลัยที่แยกจากสายการบริหารโครงการ เพื่อเสริมสร้างความเป็นอิสระและความน่าเชื่อถือ

#### 4. การทำให้ความโปร่งใสเป็นบรรทัดฐานเชิงระบบ

มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-GP) ซึ่งสอดคล้องกับหลัก open contracting ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล (World Bank, 2017) การเปิดเผยข้อมูลเชิงรุก เช่น TOR ฉบับร่าง เหตุผลการใช้วิธีเฉพาะเจาะจง และรายงานการประเมินผล จะช่วยให้ภาคเอกชนและสาธารณชนสามารถตรวจสอบได้ตั้งแต่ต้นทาง เช่น การเผยแพร่ TOR ฉบับร่างล่วงหน้า (pre-disclosure of TOR) เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการแสดงความคิดเห็นหรือทักท้วงเงื่อนไขที่อาจจำกัดการแข่งขัน รวมถึงการเปิดเผยเหตุผลประกอบการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้าง จะช่วยลดความเสี่ยงของการล็อกสเปกและเพิ่มความน่าเชื่อถือของกระบวนการ

ในมิติของกฎหมายมหาชน ความโปร่งใสไม่ใช่เพียงหลักจริยธรรมหากแต่เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย (legality condition) เพราะการไม่เปิดเผยข้อมูลอาจทำให้ผู้มีส่วนได้เสียไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

#### อภิปรายผล

งานศึกษาที่ผ่านมาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างมักเน้นมิติการต่อต้านการทุจริตหรือการบริหารจัดการเชิงนโยบาย แต่ยังขาดการวิเคราะห์เชิงหลักกฎหมายปกครองที่สกัดหลักควบคุมดุลพินิจจากแนวคำพิพากษาศาลปกครองโดยตรง โดยเฉพาะในบริบทของสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งมีลักษณะเฉพาะทางวิชาการ ผลการศึกษาชี้ให้เห็นว่า ปัญหาการล็อกสเปกและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในสถาบันอุดมศึกษา มิได้เป็นเพียงความคลาดเคลื่อนเชิงเทคนิคของกระบวนการพัสดุ หากแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของ “การควบคุมดุลพินิจทางปกครอง” ภายใต้กรอบกฎหมายมหาชนไทย กล่าวคือ แม้กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติจะกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการไว้อย่างเป็นระบบ แต่พื้นที่ของ

ดุลพินิจในชั้นปฏิบัติยังเปิดช่องให้เกิดการกำหนดเงื่อนไขที่กระทบต่อการแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 8 วางหลักความคุ้มค่า ความโปร่งใส การมีประสิทธิภาพ และการแข่งขันอย่างเป็นธรรมเป็นหลักการพื้นฐานของระบบจัดซื้อจัดจ้าง (Public Procurement and Government Supplies Management Act, 2017) อย่างไรก็ตาม การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (TOR) และการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 55-56 เป็นพื้นที่ที่กฎหมายเปิดให้หน่วยงานใช้ดุลพินิจเชิงเทคนิค ซึ่งหากปราศจากการควบคุมที่มีประสิทธิภาพ อาจนำไปสู่การกำหนดเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขันโดยไม่จำเป็น

ในมิติของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 3 และหลักความเสมอภาคตามมาตรา 27 (Constitution of the Kingdom of Thailand, 2017) หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนจึงทำหน้าที่เป็นเกณฑ์ควบคุมเนื้อหาของการใช้อำนาจ กล่าวคือ เงื่อนไขหรือสเปกที่กำหนดต้องมีความจำเป็น เหมาะสม และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หากการกำหนดคุณลักษณะเฉพาะไม่สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของโครงการหรือเกินความจำเป็น ย่อมเข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักควบคุมดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 891/2550 วางหลักว่า

หน่วยงานรัฐไม่อาจใช้เงื่อนไขหรือเกณฑ์ที่มีได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคามาตดลิตี ผู้เสนอราคาในภายหลัง การเปลี่ยนเกณฑ์ภายหลังถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความโปร่งใสและความเสมอภาค การดำเนินการของคณะกรรมการต้องปราศจากอคติ และต้องปฏิบัติต่อผู้เสนอราคาอย่างเสมอภาค ศาลปกครองสูงสุดได้ยืนยันว่า การจัดซื้อจัดจ้างเป็นกระบวนการที่ต้องคำนึงถึง “หลักความเสมอภาคและการแข่งขันโดยเสรี” เป็นสำคัญ หน่วยงานของรัฐไม่อาจนำเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคามาใช้เป็นเหตุไม่รับพิจารณาข้อเสนอในภายหลังได้ เนื่องจากขัดต่อหลักความโปร่งใสและความเป็นธรรม

(Supreme Administrative Court, 2007) แม้คดีนี้มีใช้คดี TOR โดยตรง แต่เป็นบรรทัดฐานสำคัญเกี่ยวกับความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณา กล่าวได้ว่าการจัดซื้อจัดจ้างเป็นการใช้อำนาจทางปกครองจึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบตามหลักเหตุผล (reasonableness) และหลักได้สัดส่วน (proportionality) ขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 531/2561 ได้ย้ำว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบว่าเหตุผลที่ใช้กำหนด TOR หรือเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างนั้น มีข้อเท็จจริงรองรับหรือไม่ เป็นเหตุผลที่สมควรหรือไม่ มีผลเกินสมควรแก่การแข่งขันหรือไม่ (Supreme Administrative Court, 2018) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.130/2554 ภายใต้พ.ร.บ.การจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 การใช้วิธีเฉพาะเจาะจงเป็นข้อยกเว้น ต้องตีความโดยเคร่งครัด ศาลวินิจฉัยว่า การอ้างเหตุผลเพื่อใช้วิธีที่จำกัดการแข่งขัน ต้องพิสูจน์ได้ว่าเป็นความจำเป็นอย่างแท้จริง มิใช่เพียงความสะดวกของฝ่ายบริหาร แนววินิจฉัยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า ศาลได้จำกัดบทบาทไว้เพียงการตรวจสอบรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง หากแต่ก้าวเข้าสู่การควบคุมเชิงเนื้อหา (substantive review) โดยพิจารณาความสมเหตุสมผลและความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจ โดยมีหลักการยกเว้นการแข่งขันต้องมีเหตุพิเศษ ต้องแสดงเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษร และศาลสามารถตรวจสอบความเหมาะสมของเหตุผลได้ (Supreme Administrative Court, 2011)

ประเด็นเรื่อง “หน้าที่ให้เหตุผล” มีความสำคัญยิ่งในบริบทนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องแสดงเหตุผล การกำหนด TOR หรือการเลือกใช้วิธีเฉพาะเจาะจงซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิในการแข่งขันของเอกชน จึงต้องสามารถอธิบายเหตุผลเชิงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้อย่างตรวจสอบได้ การไม่แสดงเหตุผลอย่างเพียงพอไม่เพียงเป็นข้อบกพร่องเชิงกระบวนการ แต่ยังกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจโดยตรง

ในบริบทเฉพาะของสถาบันอุดมศึกษา พระราชบัญญัติการอุดมศึกษา พ.ศ. 2562 รับรองความเป็นอิสระในการบริหารจัดการ อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระดังกล่าวมิใช่อิสระจากหลักความรับผิดชอบทางมหาชน การใช้งบประมาณแผ่นดินยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, 2542) และการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ดังนั้น อิสระทางวิชาการจึงต้องดำรงอยู่ภายใต้กรอบของ หลักนิติธรรมและความรับผิดชอบตรวจสอบได้

จากการวิเคราะห์ดังกล่าว ปัญหาการถือสเปกและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างจึงควรถูกทำความเข้าใจในฐานะ “ความตึงเครียดเชิงโครงสร้าง” ระหว่างอิสระเชิงวิชาการกับข้อจำกัดของกฎหมายมหาชน หากกลไกควบคุมภายในขาดความเป็นอิสระเชิงหน้าที่และระบบการให้เหตุผลไม่ถูกยกระดับให้เป็นมาตรฐานที่เข้มงวด การใช้อำนาจดุลพินิจอาจเบี่ยงเบนไปสู่การจำกัดการแข่งขันโดยไม่สอดคล้องกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560

ในเชิงข้อเสนอเชิงนโยบาย (normative implication) ผลการศึกษานี้สนับสนุนให้ตีความบทบัญญัติเรื่องวิธีเฉพาะเจาะจงและข้อยกเว้นต่าง ๆ อย่างเคร่งครัด โดยถือการแข่งขันอย่างเป็นธรรมเป็น “บรรทัดฐานตั้งต้น” (default rule) ของระบบจัดซื้อจัดจ้าง และกำหนดให้การเบี่ยงเบนจากการแข่งขันต้องมีเหตุผลที่ชัดเจนและพิสูจน์ได้ นอกจากนี้ควรพัฒนาแนวปฏิบัติภายในสถาบันอุดมศึกษาที่กำหนดให้การจัดทำ TOR ต้องมีการบันทึกเหตุผลเชิงวิชาการและเชิงงบประมาณอย่างเป็นระบบ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ พ.ศ. 2539 และหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560

การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา มิใช่เพียงการเพิ่มข้อกำหนดเชิงเทคนิค หากแต่ต้องปรับกรอบความคิดในการควบคุมดุลพินิจ โดยยกระดับหน้าที่ให้เหตุผล การตีความข้อยกเว้นโดยเคร่งครัด และการออกแบบกลไกตรวจสอบที่เป็นอิสระเชิงหน้าที่ เพื่อให้หลักการแข่งขันและความโปร่งใสกลายเป็นกลไกเชิงโครงสร้างของระบบ มิใช่เพียงถ้อยคำเชิงหลักการในกฎหมาย

## องค์ความรู้ใหม่

งานศึกษานี้ได้สังเคราะห์องค์ความรู้ใหม่ในรูปแบบ “โมเดลการควบคุมดุลพินิจเชิงป้องกัน” (Preventive Control of Administrative Discretion Model) ซึ่งอธิบายกลไกการป้องกันการล่อลวงและการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงโดยมิชอบ ผ่านองค์ประกอบ 4 มิติที่เชื่อมโยงกันเป็นระบบ เรียกว่า โมเดล “PPRG Model” : Proportionality – Participation – Reasoning – Governance Model (โมเดลการควบคุมดุลพินิจเชิงป้องกันเพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา) ได้แก่

1. P – Proportionality (ความได้สัดส่วน) กำหนดให้ทุก TOR และทุกการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างต้องผ่าน “การทดสอบความได้สัดส่วน 4 ขั้นตอน”

(1) มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) มาตรการมีความเหมาะสม

(3) มีความจำเป็น (ไม่มีทางเลือกที่ กระทบการแข่งขันน้อยกว่า)

(4) ไม่เกินสมควรแก่เหตุ

ขั้นตอนนี้ทำหน้าที่เป็น “ด่านแรก” ในการกรองเงื่อนไขที่จำกัดการแข่งขันเกินจำเป็น

2. P – Participation & Transparency (การมีส่วนร่วมและความโปร่งใสเชิงรุก) กำหนดให้มีการเปิดเผย TOR ฉบับร่าง เหตุผลประกอบ และรับฟังข้อสังเกตจากผู้มีส่วนได้เสียก่อนประกาศใช้ การเปิดเผยข้อมูลเชิงรุกทำให้การตรวจสอบเกิดขึ้น “ก่อนความเสียหาย” มีใช้หลังเกิดข้อพิพาท

3. R – Reasoning (หน้าที่ให้เหตุผลอย่างเป็นระบบ) ทุกขั้นตอนที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันต้องมีบันทึกเหตุผลเชิงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร เหตุผลต้องตรวจสอบได้ เชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ของโครงการ และสามารถพิสูจน์ความจำเป็นได้ องค์ประกอบนี้ทำให้ดุลพินิจกลายเป็น “ดุลพินิจที่อธิบายได้” (justified discretion)

4. G – Governance Structure (โครงสร้างธรรมาภิบาลเชิงสถาบัน) ออกแบบกลไกตรวจสอบภายในที่มีความเป็นอิสระเชิงหน้าที่แยกบทบาทผู้กำหนด TOR

ผู้อนุมัติ และผู้ตรวจสอบออกจากกันมีคณะกรรมการกำกับความเสี่ยงด้านการจัดซื้อจัดจ้างที่สามารถทบทวนความสมเหตุสมผลก่อนอนุมัติขั้นสุดท้าย

### กระบวนการเชิงขั้นตอนของโมเดล (Process Flow)

ขั้นที่ 1 : วิเคราะห์ความจำเป็นของโครงการสู่การทดสอบความได้สัดส่วน

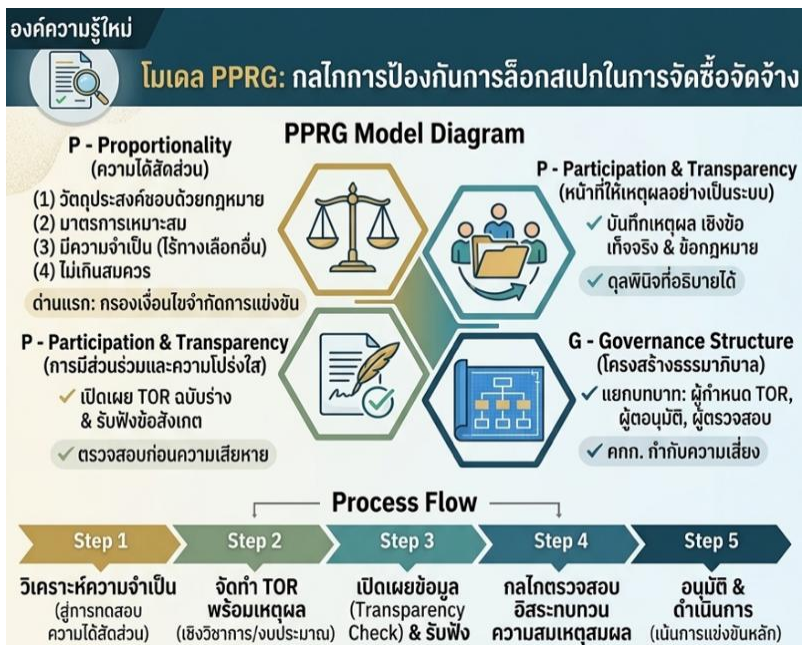
ขั้นที่ 2 : จัดทำ TOR พร้อมบันทึกเหตุผลเชิงวิชาการและงบประมาณ

ขั้นที่ 3 : เปิดเผยข้อมูลและรับฟังข้อสังเกต (Transparency Check)

ขั้นที่ 4 : กลไกตรวจสอบอิสระทบทวนความสมเหตุสมผล

ขั้นที่ 5 : อนุมัติและดำเนินการภายใต้การแข่งขันเป็นหลัก

ขั้นที่ 6 : เปิดเผยรายงานผลและเหตุผลประกอบการตัดสินใจ



ภาพที่ 1 โมเดล PPRG

### คุณค่าและประโยชน์ขององค์ความรู้ใหม่ และแนวทางการนำไปใช้ประโยชน์

องค์ความรู้ที่พัฒนาขึ้นมีนัยสำคัญต่อการยกระดับธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา โดยเปลี่ยนแนวคิดการควบคุมจาก “การตรวจสอบภายหลังโดยศาล” ไปสู่ “การออกแบบเชิงป้องกัน” ภายในองค์กร กล่าวคือ แทนที่จะรอให้เกิดข้อพิพาทแล้วจึงใช้กลไกตุลาการตรวจสอบ การควบคุมถูกฝังอยู่ในกระบวนการทำงานตั้งแต่ต้นทาง ทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจถูกกำกับด้วยหลักกฎหมายอย่างเป็นระบบ แนวทางดังกล่าวทำให้หลักความได้สัดส่วน ความเสมอภาค และหน้าที่ให้เหตุผล มีใช้เพียงหลักนามธรรมในทางทฤษฎี หากแต่กลายเป็นกลไกเชิงปฏิบัติที่สามารถตรวจสอบได้จริงในทุกขั้นตอนของการกำหนดเงื่อนไขและการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้าง ผลที่ตามมาคือการลดความเสี่ยงของการเอื้อประโยชน์และความขัดกันแห่งผลประโยชน์ เสริมสร้างความโปร่งใส และเพิ่มความเชื่อมั่นของสาธารณะต่อสถาบันอุดมศึกษา อีกทั้งยังสามารถประยุกต์ใช้กับหน่วยงานของรัฐอื่นที่มีลักษณะกึ่งอิสระได้อย่างเหมาะสม

ในด้านการนำไปใช้ประโยชน์ ระดับบุคคล ผู้ปฏิบัติงานด้านพัสดุสามารถใช้แนวคิดดังกล่าวเป็นกรอบในการตรวจสอบตนเองก่อนกำหนด TOR หรือเงื่อนไขที่อาจจำกัดการแข่งขัน ระดับองค์กร มหาวิทยาลัยสามารถพัฒนา “คู่มือ PPRG” เป็นแนวปฏิบัติมาตรฐานเพื่อกำกับการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลและโปร่งใส และในระดับนโยบาย หน่วยงานกำกับดูแลสามารถนำหลักการนี้ไปพัฒนาเป็นเกณฑ์ประเมินธรรมาภิบาลด้านการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษา

ดังนั้นโมเดล PPRG เป็นองค์ความรู้เชิงบูรณาการที่เชื่อมโยงหลักกฎหมายปกครองเข้ากับการออกแบบเชิงสถาบัน ทำให้ดุลพินิจทางปกครองไม่เป็นพื้นที่อำนาจที่คลุมเครือ หากแต่เป็นอำนาจที่ต้องผ่านการทดสอบด้านเหตุผล ความจำเป็น และความโปร่งใสอย่างเป็นระบบ อันนำไปสู่การพัฒนาเชิงโครงสร้างของธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาไทยอย่างยั่งยืน

## บทสรุป

บทความนี้เสนอข้อค้นพบสำคัญว่าปัญหาการล็อกสเปกและการเปลี่ยนวิธีการจัดซื้อจัดจ้างในสถาบันอุดมศึกษา มิใช่เพียงความบกพร่องเชิงปฏิบัติการ หากแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของการควบคุมดุลพินิจทางปกครองในบริบทที่สถาบันมีความเป็นอิสระทางวิชาการและการบริหาร การกำหนดรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะ (TOR) และการเลือกวิธีการจัดซื้อจัดจ้างจึงเป็น “พื้นที่แห่งดุลพินิจ” ที่ต้องถูกจำกัดด้วยหลักนิติธรรม ความสำเร็จ ความเสมอภาค และการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

แม้กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างจะวางหลักการพื้นฐานไว้อย่างชัดเจน แต่การบรรลุเป้าหมายเชิงธรรมาภิบาลมิได้ขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากขึ้นอยู่กับกรอบการออกแบบกระบวนการใช้อำนาจและกลไกตรวจสอบภายในสถาบันด้วย แนวคำพิพากษาศาลปกครองได้พัฒนาบรรทัดฐานสำคัญว่า ดุลพินิจมิใช้อำนาจเสรี หากแต่ต้องมีเหตุผลรองรับและไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันสมควร การใช้อำนาจโดยมุ่งหมายเอื้อประโยชน์หรือโดยไม่มีเหตุผลย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ อย่างไรก็ดี การพึ่งพาการตรวจสอบภายหลังโดยศาลเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอในการป้องกันความเสี่ยงเชิงโครงสร้างของการเอื้อประโยชน์ ควรกำหนดให้มี ระบบตรวจสอบก่อนการจัดซื้อจัดจ้าง (ex-ante control) เช่น การตรวจสอบ TOR โดยหน่วยงานอิสระ การกลั่นกรองโครงการที่มีมูลค่าสูง การประเมินความคุ้มค่าเชิงนโยบาย

ดังนั้นการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาจึงต้องเคลื่อนจาก “การควบคุมภายหลัง” ไปสู่ “การออกแบบเชิงป้องกัน” (preventive design) โดยทำให้หลักการแข่งขัน ความโปร่งใส และหน้าที่ให้เหตุผลกลายเป็นองค์ประกอบเชิงโครงสร้างของกระบวนการใช้อำนาจ มิใช่เพียงหลักการเชิงนามธรรมในตัวบทกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในระบบอุดมศึกษาไทยจำเป็นต้องวางอยู่บนฐานคิดที่ว่า อิสระทางวิชาการมิใช่อิสระจากความรับผิดชอบทางมหาชน และดุลพินิจทางบริหารมิใช่อำนาจเสรี หากแต่เป็นอำนาจที่ต้องอธิบาย ตรวจสอบได้ และสอดคล้องกับหลักนิติธรรมในเชิงสาระ

## ข้อเสนอแนะ

จากผลการวิจัย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

### 1. ยกระดับ “หน้าที่ให้เหตุผล” เป็นมาตรฐานเชิงสถาบัน

ควรกำหนดให้การจัดทำ TOR และการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างต้องมีบันทึกเหตุผลเชิงวิชาการ เชิงเทคนิคและเชิงงบประมาณอย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะกรณีที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันหรือใช้วิธีเฉพาะเจาะจง โดยกำหนดให้ผู้จัดทำ TOR ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านและมีความเป็นกลาง โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ การให้เหตุผลดังกล่าวควรมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ตรวจสอบย้อนหลังได้ และเปิดเผยต่อสาธารณะในระดับที่เหมาะสม

มาตรการนี้จะทำให้หลักการตามกฎหมายปกครองเรื่องหน้าที่ให้เหตุผลไม่เป็นเพียงข้อกำหนดเชิงรูปแบบ แต่เป็นกลไกควบคุมดุลพินิจเชิงเนื้อหา และช่วยลดความคลุมเครือในการอ้างเหตุผลเชิงเทคนิคเพื่อจำกัดการแข่งขัน

### 2. ออกแบบกลไกตรวจสอบภายในที่มี “ความเป็นอิสระเชิงหน้าที่”

สถาบันอุดมศึกษาควรจัดตั้งคณะกรรมการหรือหน่วยงานกำกับด้านการจัดซื้อจัดจ้างที่มีความเป็นอิสระจากสายบังคับบัญชาทางบริหารโดยตรง และมีอำนาจตรวจสอบความสมเหตุสมผลของ TOR และการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้างก่อนดำเนินการ รวมทั้งกำหนดให้มีการตรวจสอบล่วงหน้าอย่างเข้มงวด ทั้งในส่วนของตัวสัญญา รายละเอียดพัสดุ และความคุ้มค่าเชิงงบประมาณ ก่อนอนุมัติดำเนินโครงการ

กลไกดังกล่าวควรมีองค์ประกอบที่หลากหลาย เช่น ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครอง หรือผู้แทนด้านธรรมาภิบาล ซึ่งควรเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความซื่อสัตย์ โปร่งใสเพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจดุลพินิจ ลดความเสี่ยงของความขัดกันแห่งผลประโยชน์ และสร้างความเชื่อมั่นแก่สาธารณะ

### 3. กำหนด“การแข่งขันเป็นบรรทัดฐานตั้งต้น”(competition as default rule)

ควรตีความและกำหนดแนวปฏิบัติภายในสถาบันให้ถือว่าวิธีที่เปิดการแข่งขันอย่างกว้างขวางเป็นหลักทั่วไป และการใช้วิธีเฉพาะเจาะจงหรือข้อยกเว้นอื่นต้องอยู่ในกรอบที่แคบ มีเหตุผลรองรับอย่างเคร่งครัด และผ่านการพิจารณาทบทวนโดยกลไกตรวจสอบภายใน พร้อมทั้งกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับกรณีที่มีการออกแบบ TOR หรือกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ (ลีสคสเปก) เพื่อจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม เช่น ความผิดทางวินัย การเพิกถอนกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐ

การวางหลักเช่นนี้จะทำให้ข้อยกเว้นไม่กลายเป็นช่องทางปกติของการดำเนินงาน และลดแรงจูงใจในการออกแบบสเปกเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยปริยาย

### 4. พัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะสำหรับบริบทอุดมศึกษา

เนื่องจากสถาบันอุดมศึกษามีลักษณะเฉพาะด้านวิชาการและเทคโนโลยีที่ซับซ้อน จึงควรจัดทำแนวปฏิบัติที่กำหนดหลักเกณฑ์การแยกแยะระหว่าง “ความจำเป็นทางวิชาการที่แท้จริง” กับ “ความสะดวกเชิงบริหารหรือความเคยชินทางองค์กร”

แนวปฏิบัติดังกล่าวควรระบุเกณฑ์การพิจารณาความจำเป็น ความได้สัดส่วน และผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างชัดเจน เพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจมีความคาดหมายได้และสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชน รวมทั้งกำหนดให้การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือคณะกรรมการพิจารณาเป็นไปตามหลักความเป็นกลางและความสามารถตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13-16

### 5. ส่งเสริมความโปร่งใสเชิงรุก (proactive transparency)

ควรมีการเปิดเผยข้อมูล TOR เหตุผลประกอบการเลือกวิธีจัดซื้อจัดจ้าง และรายงานผลการพิจารณาในรูปแบบที่ประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียเข้าถึงได้ง่าย รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญา และผลการดำเนินงาน เพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ตลอดกระบวนการ การเปิดเผยข้อมูลเชิงรุกจะช่วยให้การตรวจสอบมิได้จำกัดอยู่เพียงกลไกภายในหรือการฟ้องคดีต่อศาล แต่ขยายไปสู่การตรวจสอบโดยสาธารณะ (public scrutiny)

โดยสรุปการแก้ไขปัญหการเอื้อประโยชน์ในการจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาไม่อาจอาศัยเพียงการตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดหรือการตรวจสอบภายหลังโดยศาล หากต้องอาศัยการปรับโครงสร้างกระบวนการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมในเชิงออกแบบ (rule of law by design)

การยกระดับหน้าที่ให้เหตุผล การสร้างกลไกตรวจสอบที่เป็นอิสระ การวางการแข่งขันเป็นบรรทัดฐานตั้งต้น และการพัฒนาแนวปฏิบัติเฉพาะบริบทอุดมศึกษา จะทำให้ดุลพินิจทางปกครองไม่กลายเป็นพื้นที่อำนาจที่ขาดการกำกับ หากแต่เป็นอำนาจที่โปร่งใส อธิบายได้ และรับผิดชอบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

#### **6. กำหนดมาตรการลงโทษทางกฎหมายสำหรับผู้กระทำความผิด**

ควรกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายที่ชัดเจนสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้เกี่ยวข้องที่มีพฤติการณ์เอื้อประโยชน์ในการจัดซื้อจัดจ้าง เช่น การกำหนด TOR โดยมีขอบ การใช้อำนาจโดยทุจริต หรือการเอื้อประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่ง

รวมทั้งกำหนดมาตรการลงโทษผู้ทำงาน (ทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา) เช่น การขึ้นบัญชีดำ (blacklist) การตัดสิทธิในการเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ และความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางปกครอง

### **เอกสารอ้างอิง**

- Arrowsmith, S. (2014). The law of public and utilities procurement (3rd ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Bovis, C. (2012). Public procurement in the European Union. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Caranta, R. (2015). The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. Common Market Law Review, 52(2), 391–459. <https://doi.org/10.54648/cola2015028>
- Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017).

- Craig, P. (2021). *Administrative law* (9th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- De Boer, H., Enders, J., & Leisyte, L. (2017). Public sector reform in higher education. *Higher Education Policy*, 30 ( 1 ) , 1 – 18 .  
<https://doi.org/10.1111/j.1467-9299.2007.00632.x>
- Elliott, M., & Thomas, R. (2020). *Public law* (4th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Harlow, C., & Rawlings, R. (2014). *Process and procedure in EU administration*. Oxford: Hart Publishing.
- Mashaw, J. L. (2012). *Creating the administrative constitution: The lost one hundred years of American administrative law*. Yale University Press.
- OECD. (2015). *Recommendation of the Council on Public Procurement*. OECD Publishing. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>
- Royal Gazette. (1999). *Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542 (1999)*. Royal Gazette, Vol. 116 , Part 94 a, pp. 1 – 40 .  
[https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcmsen/Publication/Publication\\_151021\\_141338.pdf](https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcmsen/Publication/Publication_151021_141338.pdf)
- Royal Gazette. (2017). *Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2560 (2017)*. Royal Gazette, Vol. 134 , Part 24 a, pp. 13 – 54 .  
<https://corporate.airportthai.co.th/storage/2021/03/Public-Procurement-and-Supplies-Administration-Act-B.E.-2560-2017.pdf>
- Sánchez-Graells, A. (2010). *Public procurement and the EU competition rules* (2nd ed.). Oxford: Hart Publishing.
- Supreme Administrative Court. (2007). Judgment No. Aor. 891/2550.

Supreme Administrative Court. (2011). Judgment No. Aor. 130/2554.

Supreme Administrative Court. (2018). Judgment No. Aor. 531/2561.

UNCITRAL. (2011). UNCITRAL model law on public procurement. United Nations.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media->

<documents/uncitral/en/2011-model-law-on-public-procurement-e.pdf>

World Bank. (2017). Benchmarking public procurement. World Bank.

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/121001523554026106/>

Benchmarking-Public-Procurement-2017 - Assessing-Public-

Procurement-Regulatory-Systems-in-180-Economies.pdf