



บทความทางวิชาการ

เรื่อง

ปัญหาการจัดซื้อ-จัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ของภาครัฐ
กรณีศึกษา: โครงการรถไฟฟ้าสีส้ม
ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์)

จัดทำโดย

นางสาวพัชตรา มณีสินธุ์

รองผู้อำนวยการวิจัยและพัฒนา ด้านพัฒนาอย่างยั่งยืน

สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย (วว.)

เอกสารฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร

นักบริหารระดับสูงในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (บสป.) รุ่นที่ ๓

ประจำปี พ.ศ.๒๕๖๗-๒๕๖๘

ลิขสิทธิ์ของมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

(บทความทางวิชาการฉบับนี้เป็นการวรรณกรรมของผู้เข้าอบรมโดยเฉพาะ
มูลนิธิและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)

ได้พิจารณาบทความทางวิชาการฉบับนี้แล้ว เห็นควรรับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาอบรม
หลักสูตรนักบริหารระดับสูงในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (บสป.) รุ่นที่ ๓ ประจำปี
พ.ศ. ๒๕๖๗ - ๒๕๖๘ ของมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง



ที่ปรึกษาการจัดทำบทความ

(นายพรชัย มั่นศิริเพ็ญ)

วันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

คำนำ

บทความทางวิชาการส่วนบุคคลฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร “นักบริหารระดับสูงในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (บสป.) รุ่นที่ ๓ ประจำปี พ.ศ. ๒๕๖๗ – ๒๕๖๘ ของมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง การจัดบทความทางวิชาการฉบับนี้ ผู้จัดทำได้รับการชี้แนะ คำแนะนำ และคำปรึกษาที่เป็นประโยชน์จากอาจารย์พรชัย มนัสศิริเพ็ญ ที่ปรึกษาการจัดเอกสารวิชาการจนสำเร็จตามเป้าหมาย ผู้จัดทำขอขอบคุณไว้ ณ โอกาสนี้ ขอขอบคุณท่านประธานหลักสูตร ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ คณาจารย์ทุกท่าน รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของมูลนิธิ ที่ช่วยอำนวยความสะดวก ช่วยดูแลด้านวิชาการ และประสานงานด้วยอัธยาศัยไมตรีตลอดหลักสูตรการอบรม ท้ายที่สุดบทความทางวิชาการฉบับนี้ ได้รับความช่วยเหลือและสนับสนุนด้วยดีในการช่วยรวบรวมและจัดเตรียมข้อมูล ตลอดจนช่วยจัดทำรูปเล่มจากนายสุวิทย์ อัจริยะเมต ผู้อำนวยการศูนย์นวัตกรรมหุ่นยนต์และจักรกลอัตโนมัติ สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย

นางสาวพัชตรา มณีสินธุ์ / ๒๔ มกราคม ๒๕๖๘

บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ภาครัฐ จากกรณีศึกษา: โครงการรถไฟฟ้าสีส้ม เช่น การแก้ไขเอกสารสำหรับการคัดเลือก การยกเลิกการประกาศเชิญชวน และการประกาศเชิญชวนครั้งใหม่ รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการคัดเลือกสามารถทำได้หรือไม่ เพื่อให้ทราบถึงแนวป้องกันการเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การดำเนินการที่ทำให้เกิดคดีพิพาทในการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าสีส้ม ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารการคัดเลือกเอกชน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) การยกเลิกประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) และการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกในประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕) จากการศึกษา คำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ซึ่งให้เห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขประกอบการดำเนินการต่อไปนี้ ได้แก่ (๑) เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด (๒) ดำเนินการตามรูปแบบขั้นตอนที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดรวมทั้งสอดคล้องกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (๓) ดำเนินการด้วยความเหมาะสมและความจำเป็นแห่งกรณีหรือมีเหตุอันควร โดยไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และ (๔) ใช้ดุลพินิจโดยชอบในการดำเนินการและไม่เป็นการกระทำโดยอำเภอใจ นอกจากนี้ รายละเอียดในคำพิพากษาได้ให้หลักการสำหรับการใช้ดุลพินิจประกอบการดำเนินการ ได้แก่ พิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง พิจารณาวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกัน พิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

คำสำคัญ : รถไฟฟ้าสีส้ม โครงการขนาดใหญ่ภาครัฐ ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้าง คดีปกครอง

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	๑
บทคัดย่อ	๒
สารบัญ	๓
บทที่ ๑ บทนำ	๕
๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	๕
๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา	๕
๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา	๖
๑.๔ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	๖
บทที่ ๒ กฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	๗
๒.๑ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒	๗
๒.๒ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน	๗
๒.๓ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙	๘
๒.๔ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒	๘
๒.๕ การใช้ดุลพินิจในทางปกครอง	๘
บทที่ ๓ สรุปคำพิพากษาของศาลปกครอง	๑๐
๓.๑ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน” ของประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุน ระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)	๑๐
๓.๒ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การยกเลิกการประกาศเชิญ ชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)”	๑๑
๓.๓ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การกำหนดหลักเกณฑ์คัดเลือก ในเอกสารการคัดเลือกเอกชน” ของประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่าง รัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕)	๑๒
บทที่ ๔ บทวิเคราะห์	๑๓
๔.๑ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการ พิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารการคัดเลือกเอกชน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)”	๑๓
๔.๒ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วม ลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับ กรกฎาคม ๒๕๖๓)”	๑๖

สารบัญ

	หน้า
๔.๓ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การกำหนดหลักเกณฑ์คัดเลือกในเอกสาร สำหรับการคัดเลือกเอกชน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕)”	๒๐
บทที่ ๕ บทสรุปและข้อเสนอแนะ	๒๔
๕.๑ บทสรุป	๒๔
๕.๒ ข้อเสนอแนะ	๒๕
บรรณานุกรม	๒๗

บทที่ ๑

บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๗ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษา (คดีหมายเลขดำ ที่ อ. ๑๔๓๗/๒๕๖๖ และคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๗๔/๒๕๖๗) ยกฟ้องในคดีที่บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) ผู้ฟ้องคดี ยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดี ได้แก่ คณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) (คณะกรรมการคัดเลือกฯ) และการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.) ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย คดีนี้นอกจากเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับโครงการขนาดใหญ่ซึ่งมีมูลค่าโครงการสูงแล้ว ยังมีแง่มุมการพิจารณาที่น่าสนใจหลายประการ ได้แก่ กรณีที่ว่าการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๖๕ และเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ฉบับเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๕ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และกรณีที่ว่า คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินคัดเลือกข้อเสนอของเอกชนโครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การศึกษาคดีดังกล่าวจะเป็นแนวทางในการบริหารความเสี่ยงปัญหาจัดซื้อจัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ มูลค่าสูงของภาครัฐในอนาคต โดยเฉพาะโครงการที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนสำหรับการบริการสาธารณะ เพื่อลดผลกระทบจากการเสียโอกาสในการลงทุน การเสียโอกาสของประชาชนในการใช้บริการสาธารณะ

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- ๑.๒.๑ เพื่อศึกษาปัญหาการจัดซื้อจัดจ้าง โครงการขนาดใหญ่ภาครัฐ จากกรณีศึกษา: โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม เช่น ปัญหาการจัดทำขอบเขตของงาน (TOR) การประกาศเชิญชวน การยกเลิกการประกาศเชิญชวน และการประกาศเชิญชวนครั้งใหม่สามารถทำได้หรือไม่
- ๑.๒.๒ เพื่อศึกษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ฉบับเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๕ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินคัดเลือกข้อเสนอของเอกชน ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การแก้ไขเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน ฉบับเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๕ สามารถทำได้หรือไม่ และการยกเลิกการประกาศเชิญชวนสามารถทำได้หรือไม่

๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาค้นคว้า รวบรวมข้อมูล และวิเคราะห์ข้อมูลทุติยภูมิที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน คำพิพากษาของศาลปกครอง และข้อมูลการประกาศเชิญชวน เพื่อให้ทราบความเป็นมา ลำดับเวลา (Timelines) แนวทางการแก้ปัญหา บทสรุปจากการนำกฎหมายปกครองมาใช้ในการแก้ปัญหา

๑.๔ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- ๑.๔.๑ ได้ตัวอย่างแนวทางในการบริหารความเสี่ยงในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อลดปัญหาทุจริตและการร้องเรียนในอนาคต
- ๑.๔.๒ ได้เรียนรู้แนวทางในการนำกฎหมายวิธีพิจารณาการปกครองมาประยุกต์ใช้ในการแก้ปัญหการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
- ๑.๔.๓ ส่งเสริมความรู้ความเข้าใจ เพื่อลดปัญหาการฟ้องร้อง เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ถูกต้องสอดคล้องตามกฎหมาย

บทที่ ๒

กฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

กฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาและวิเคราะห์ปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างโครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ในบทความนี้ อ้างอิงจากกฎหมายและหลักปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการ ดังนี้

๒.๑ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒

พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดนโยบายของรัฐให้มีความชัดเจนและแน่นอนสำหรับการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะ โดยมุ่งเน้นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชน กำหนดกลไกการแก้ไขปัญหา อุปสรรคหรือความล่าช้าในการจัดทำหรือดำเนินโครงการร่วมลงทุน รวมทั้งมีมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนให้แก่โครงการร่วมลงทุนอย่างเหมาะสมภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมุ่งเน้นการใช้ความเชี่ยวชาญและนวัตกรรมของเอกชนรวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ดังกล่าวไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ นอกจากนี้ ยังต้องการให้หลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดทำโครงการร่วมลงทุนมีความกระชับ โปร่งใส และตรวจสอบได้ รวมทั้งเพื่อให้การคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนในโครงการลงทุนของรัฐ มีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ ปราศจากการมีส่วนได้เสียในการดำเนินการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในการได้รับการบริการของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ อันจะช่วยแก้ไขปัญหาการดำเนินการที่ผ่านมา ซึ่งยังไม่สามารถสะท้อนความเป็นหุ้นส่วนระหว่างรัฐและเอกชนที่ร่วมลงทุนในโครงการของรัฐที่ชัดเจน รวมทั้งช่วยปรับปรุงในเรื่องการขาดมาตรการแก้ไขปัญหาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและมาตรการส่งเสริมการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งทำให้การดำเนินโครงการมีความล่าช้าและเอกชนยังไม่ให้ความสนใจที่จะเข้าร่วมลงทุนในโครงการของรัฐเท่าที่ควร

๒.๒ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

คณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ได้อาศัยอำนาจตามความในมาตราต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ เพื่อออกประกาศที่จำเป็นสำหรับการดำเนินการเพื่อให้การจัดทำโครงการร่วมลงทุน และการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนในโครงการลงทุนของรัฐ มีความโปร่งใส ตรวจสอบได้ ปราศจากการมีส่วนได้เสียในการดำเนินการ อันประกอบด้วย

(๑) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓

(๒) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓

(๓) ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓

๒.๓ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มีขึ้นด้วยหลักการเพื่อให้ การปฏิบัติราชการทางปกครองทั้งการออกคำสั่งและการดำเนินการเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย มี ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย มีความโปร่งใส เป็นกลางและเป็นธรรม เพื่อให้สามารถรักษา ประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน และป้องกันการทุจริตและ ประพฤติมิชอบ โดยมุ่งเน้นที่กระบวนการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ซึ่งถือเป็นมาตรการที่ ฝ่ายปกครองหน่วยงานของรัฐใช้มากที่สุด และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยผู้ที่ เกี่ยวข้องหรือผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิโต้แย้งด้วยการอุทธรณ์คำสั่งหรือฟ้องร้องต่อศาลปกครอง

๒.๔ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่าง เอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยกัน เกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย อันเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ระบบการพิจารณาและพิพากษาคดีมีกระบวนการเป็นพิเศษต่างจากคดีปกติทั่ว ๆ ไป และ จำเป็นต้องใช้ระบบไต่สวนเพื่อหาข้อเท็จจริง โดยมีตุลาการซึ่งมีความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะซึ่ง สามารถตรวจสอบได้จากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และประชาชนทั่วไป เนื่องจากผลแห่งคำ พิพากษาคำพิพากษาของศาลปกครองมีผลผูกพันต่อคู่กรณีและบุคคลภายนอกในบางกรณีตามที่ กฎหมายกำหนด โดยอาจกระทบถึงการบริหารราชการแผ่นดิน หรือต้องจ่ายเงินของส่วนรวมเป็น ค่าชดเชยหรือค่าเสียหาย หรือผลกระทบในทางใดทางหนึ่ง

๒.๕ การใช้ดุลพินิจในทางปกครอง

ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาทางเลือก จำนวนทางเลือกหลายทาง ซึ่งเป็นไปได้ที่จะกระทำและเปิดโอกาสให้มีความเห็นแตกต่างได้ แต่ถ้ามี ทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจ แต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ สำหรับกฎหมายปกครอง ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำ การหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแสดงให้เห็นว่า อำนาจดุลพินิจเป็น อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรืองดเว้นกระทำ การอย่างใดอย่างอิสระ

เหตุที่กฎหมายต้องกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากข้อจำกัดของการเขียนกฎหมาย ที่ไม่สามารถทำให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ในทุกเรื่องทุกกรณี ดังนั้น จึงจำเป็นต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี ๓ ขั้นตอน คือ (๑) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (๒) การปรับบทกฎหมาย และ (๓) การตัดสินใจ ทั้งนี้ หลักการสำหรับการใช้ดุลพินิจ ประกอบด้วย (๑) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) (๒) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และ (๓) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in The Narrow Sense)

การใช้ดุลพินิจในทางปกครอง อาจเกิดความผิดพลาดได้หลายกรณี เช่น การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้เกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ การใช้อย่างบิดเบือน การใช้โดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ การใช้โดยขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป

บทที่ ๓

สรุปคำพิพากษาของศาลปกครอง

โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๖๓ ให้ดำเนินโครงการในรูปแบบ PPP Net Cost โดย รฟม. เป็นผู้ดำเนินการก่อสร้างงานโยธาส่วนตะวันออก ช่วงศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) และจัดกรรมสิทธิ์ที่ดินให้เอกชนสำหรับการก่อสร้างงานโยธาส่วนตะวันตก ช่วงบางขุนนนท์-ศูนย์วัฒนธรรมแห่งประเทศไทย และให้เอกชนร่วมลงทุนในการออกแบบและก่อสร้างงานโยธาส่วนตะวันตก และการออกแบบ จัดหา ผลิต ติดตั้ง และทดสอบการทำงานของอุปกรณ์งานระบบรถไฟฟ้า และการให้บริการการเดินรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุงรักษา รวมไปถึงระบบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของโครงการรถไฟฟ้าสายสีส้มฯ ตลอดจนจัดหาเงินทุนเพื่อดำเนินโครงการฯ

คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ได้ประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการคัดเลือกเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าสายสีส้มฯ ในช่วงปี ๒๕๖๓-๒๕๖๕ ซึ่งนำไปสู่การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยสามารถสรุปคำพิพากษาของศาลได้ดังนี้

๓.๑ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน” ของประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)

บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินของเอกสารการคัดเลือกที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม โดยให้กลับมาใช้เอกสารการคัดเลือกฉบับเดิม และขอให้คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ร่วมกันหรือแทนกันชำระค่าเสียหายจำนวน ๕๐๐,๐๐๐ บาท (ห้าแสนบาทถ้วน) ซึ่งเป็นค่าจ้างที่ปรึกษาทางเทคนิคและที่ปรึกษาทางกฎหมาย ให้แก่ BTSC

ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ได้ยกเลิก “ประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนตามประกาศ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔” ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีคำสั่งจำหน่ายคดีในข้อหาฟ้องขอให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินของเอกสารการคัดเลือกเอกชนที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม แต่ยังคงพิจารณาในประเด็นที่ขอให้คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ร่วมกันหรือแทนกันชำระค่าเสียหาย

ศาลปกครองชั้นต้น ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๒๒๘๐/๒๕๖๓ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๒/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕ สรุปสาระสำคัญว่า ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยในประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินว่า เป็นคำสั่งปกครองทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากค่าเสียหายจำนวน ๕๐๐,๐๐๐ บาท ซึ่งเป็นค่าจ้างที่ปรึกษาทางเทคนิคและที่ปรึกษาทางกฎหมาย นั้น ไม่ได้เป็นค่าเสียหายโดยตรงจากการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และ

วิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน จึงไม่อาจถือว่า คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. กระทำการละเมิดต่อ BTSC ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ BTSC ได้

ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๖ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๕๗๒/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๖๘/๒๕๖๖ สรุปสาระสำคัญว่า ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน โดยใช้ดุลพินิจในการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ไม่จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ BTSC

๓.๒ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)”

คณะกรรมการคัดเลือกฯ ได้มีมติให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) เนื่องจากยังไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ให้มีความคืบหน้าได้ รวมทั้งคดีที่มีการฟ้องร้องกันในศาลปกครอง ก็ไม่สามารถกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาตัดสินของศาลได้ ดังนั้น คณะกรรมการคัดเลือกฯ จึงมีมติให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) โดย รฟม. ได้มีประกาศแจ้งยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ตามมติของคณะกรรมการคัดเลือกฯ เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ และให้มีการประกาศเชิญชวนครั้งใหม่ เพื่อไม่ให้โครงการล่าช้า

บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ต่อศาลปกครอง โดยศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งรับฟ้องในกรณีที่ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ (๑) เพิกถอนหรือยกเลิกมติของคณะกรรมการคัดเลือกฯ ที่ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) และ (๒) เพิกถอนหรือยกเลิกประกาศลงวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ ของ รฟม. ที่ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ

ศาลปกครองชั้นต้น ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๕๘๐/๒๕๖๔ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๔๕๕/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕ สรุปสาระสำคัญได้ว่า ให้เพิกถอนมติของคณะกรรมการคัดเลือกฯ ที่ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) โดยมีผลตั้งแต่วันที่ คณะกรรมการคัดเลือกฯ มีมติ และให้เพิกถอนประกาศลงวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ ของ รฟม. ที่ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ โดยมีผลตั้งแต่ รฟม. มีประกาศดังกล่าว

ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๖ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๕๕/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๕๔/๒๕๖๖ สรุปสาระสำคัญได้ว่า ศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ดำเนินการยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษากลับ คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นอันยกฟ้อง

๓.๓ สรุปคำพิพากษาของศาลจากคดีพิพาทกรณี “การกำหนดหลักเกณฑ์คัดเลือกในเอกสารการคัดเลือกเอกชน” ของประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕)

บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ต่อศาลปกครอง เนื่องจากในการประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕) คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ได้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติและหลักเกณฑ์คัดเลือกเอกชน ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์เดิมในประกาศเชิญชวนฯ (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)

ศาลปกครองชั้นต้น ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๔๖/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๓๕๓/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๖ โดยพิพากษายกฟ้อง โดยสรุปสาระสำคัญได้ว่า ประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕) ที่ออกโดย คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม. ไม่มีลักษณะประการใดที่จะทำให้เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ต่อมาเมื่อวันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๖๗ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๓๗/๒๕๖๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๗๔/๒๕๖๖ สรุปสาระสำคัญได้ว่า การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย พิพากษายืน

บทที่ ๔

บทวิเคราะห์

จากกรณีการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนในโครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ที่ผู้ฟ้องคดี (บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) BTSC) ได้ยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการคัดเลือกฯ และ รฟม.) ต่อศาลปกครองจำนวน ๓ ครั้ง (ตามรายละเอียดที่สรุปไว้ในบทที่ ๓) โดยการฟ้องคดีทั้ง ๓ ครั้ง เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษา ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ ส่งผลให้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เนื้อหาในบทนี้เป็นการวิเคราะห์หลักกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ศาลใช้ประกอบการพิจารณาซึ่งนำไปสู่คำวินิจฉัยและคำพิพากษา

๔.๑ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารการคัดเลือกเอกชน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)”

๔.๑.๑ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น

คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๒๒๘๐/๒๕๖๓ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๒/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕ ของศาลปกครองชั้นต้น มีประเด็นวินิจฉัยที่สำคัญ ได้แก่ (๑) การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และ (๒) ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เพียงใด

(ก) เบื้องต้น ศาลพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ โดยวางหลักการพิจารณาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม แต่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะต้องไม่เกินขอบอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่กำหนดไว้ใน “ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓” และถ้าเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญรวมทั้งส่งผลกระทบต่ออย่างสูง ก็จะต้องรับฟังความคิดเห็นจากเอกชนผู้เกี่ยวข้องตาม “ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓”

(ข) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังเปิดขายเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน (RFP) ไปแล้ว ได้มีบริษัทเอกชนรายหนึ่งทำหนังสือเสนอขอให้ทบทวนหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน โดยเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้รับทราบแล้ว ผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาโดยใช้เวลาเพียง ๙ วัน แล้วจึงเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน (RFP) และเมื่อพิจารณารายละเอียดของการแก้ไขแล้ว พบว่า กรณีนี้ เป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินจำนวนมาก ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องดำเนินการเช่นเดียวกับเมื่อคราวกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารฉบับแรกก่อนแก้ไข คือ ต้องรับฟังความคิดเห็นจากเอกชนผู้เกี่ยวข้องตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีรับฟังความคิดเห็น

ของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓ แต่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นจากภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องก่อนการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

(ค) ศาลปกครองชั้นต้นจึงได้วินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน (RFP) ดำเนินการไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมข้างต้น เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ง) ประเด็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดี ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรือไม่ เพียงใด ศาลวางหลักการพิจารณาว่า ค่าสินไหมทดแทนที่จะกำหนดให้แก่ผู้ฟ้องคดี เพื่อทดแทนความเสียหายตามค่าฟ้องของผู้ฟ้องคดี **ต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี** โดยศาลพิจารณาว่า ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดี ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการในการเตรียมงานตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการประกวดราคา การยื่นซองประกวดราคา เท่านั้น ส่วนค่าจ้างที่ปรึกษาทางเทคนิคและที่ปรึกษาทางกฎหมาย อันเป็นค่าเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีค่าขอเพิ่มเติมนั้น ศาลเห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายอันเป็นการดำเนินกิจการค้าตามปกติของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเป็นความเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน อีกทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ก็ได้เป็นผลโดยตรงหรือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย

(จ) ศาลปกครองชั้นต้นจึงได้วินิจฉัยว่า เมื่อค่าใช้จ่ายในจ้างที่ปรึกษาทางเทคนิคและที่ปรึกษาทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดี มิใช่ค่าเสียหายโดยตรงจากแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

๔.๑.๒ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ. ๕๗๒/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๖๘/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๖ ของศาลปกครองสูงสุด มีประเด็นวินิจฉัยที่สำคัญเช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้น

(ก) ประเด็นผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน หรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาจากพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๓๘ (๑) ซึ่งบัญญัติหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการคัดเลือกฯ มีหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และร่างสัญญาร่วมลงทุน นอกจากนี้ ยังพิจารณาจากประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓ ข้อ ๔ (๙) ที่กำหนดว่า การสงวนสิทธิ์ที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติม ยกเลิก ประกาศเชิญชวน หรือเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน หรือยกเลิกการคัดเลือกเอกชนโดยไม่พิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอรายใดเลยหรือไม่คัดเลือกผู้ยื่น

ข้อเสนอที่เสนอให้ผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุดก็ได้ โดยผู้ยื่นข้อเสนอไม่สามารถเรียกร้องค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายใด ๆ ได้ และเมื่อประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนตามประกาศ ครั้งที่ ๑ (กรกฎาคม ๒๕๖๓) ข้อ ๑๒.๒ กำหนดว่า สภวนสิทธิ์ที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข เพิ่มเติมรายละเอียด รวมถึงลดหรือขยายเวลาของการคัดเลือกตามประกาศเชิญชวนข้อเสนอนี้ ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน

(ข) ประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน เป็นการแก้ไขในสาระสำคัญหรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นการแก้ไขที่นอกเหนือไปจากหลักการที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติเมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๖๓ หรือไม่ เมื่อพิจารณามติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๖๓ ปรากฏว่า ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินคัดเลือกข้อเสนอของเอกชน ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน จึงมิได้อยู่นอกเหนือหลักการที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ และไม่จำเป็นต้องเสนอหลักเกณฑ์การประเมินข้อเสนอของเอกชนที่แก้ไขใหม่ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขออนุมัติหลักการอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น จึงถือว่า การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน ไม่ได้เป็นการแก้ไขในสาระสำคัญ

(ค) ประเด็นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ได้ใช้ดุลพินิจในการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ โดยศาลวางหลักเกณฑ์การพิจารณาวินิจฉัยในการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีไว้สี่ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ และ**ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประเมินที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

(ง) **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า การพิจารณาและวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อมูลที่ถูกต้องแล้ว เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในส่วนของการให้คะแนน ได้กำหนดสัดส่วนการให้คะแนนจากลักษณะการก่อสร้างที่เป็นโครงสร้างใต้ดินทั้งหมด ซึ่งเป็นไปตามรายละเอียดข้อเท็จจริงของโครงการ

(จ) **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีถือว่าการพิจารณาวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันได้ เนื่องจาก เป็นการพิจารณาวินิจฉัยที่อาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยนำหลักการตามข้อ ๔ (๘) ของประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓ มาจัดความสัมพันธ์และกำหนดหลักเกณฑ์ อีกทั้ง ยังได้นำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกำหนดสัดส่วนระหว่างข้อเสนอทาง

เทคนิคกับข้อเสนอทางการเงินและผลตอบแทนตามที่ปรากฏในโครงการต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ ประกอบด้วย

(ฉ) **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ **ศาลพิจารณาเห็นว่า** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเอื้อประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ และไม่ได้มีผลทำให้ไปลดการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรมแต่อย่างใด อีกทั้งยังได้ขยายระยะเวลาการยื่นข้อเสนอออกไปอีก ๔๕ วัน ซึ่งเพียงพอที่จะทำให้เอกชนผู้ที่สนใจยื่นข้อเสนอสามารถไปรับแก้ไขข้อเสนอได้ และการแก้ไขปรับปรุง ก็เป็นเพียงการแก้ไขเกณฑ์วิธีการคำนวณ มิได้เป็นการสร้างภาระให้เอกชนต้องจัดทำเอกสารเพิ่มเติมขึ้นมาใหม่จนเกินสมควร

(ช) **ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประเมินที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ **ศาลพิจารณาเห็นว่า** การพิจารณาและวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีมิได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการประเมินที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยแต่อย่างใด เนื่องจาก ตามรายงานการประชุมของคณะกรรมการคัดเลือก ครั้งที่ ๑๓/๒๕๖๓ เมื่อวันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๖๓ มีเนื้อหาระบุว่า มีเอกชนผู้ซื้อเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน จำนวน ๗ บริษัท (รวมทั้งผู้ฟ้องคดีที่ ๒) ได้มีหนังสือสอบถามเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ และในการประชุมยังปรากฏถึงการอภิปรายวิธีการได้มาซึ่งน้ำหนักคะแนนในแต่ละส่วน รวมถึงได้มีการอภิปรายข้อเสนอของผู้ฟ้องคดีที่เสนอให้คงหลักเกณฑ์การประเมินเดิมไว้ด้วย

(ซ) จากเหตุผลที่ได้วินิจฉัย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินและได้ดำเนินการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อีกทั้งได้ใช้ดุลพินิจในการแก้ไขโดยชอบด้วยกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

๔.๒ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)”

๔.๒.๑ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๐/๒๕๖๔ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๔๕๕/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕ ของศาลปกครองชั้นต้น มีประเด็นวินิจฉัยที่สำคัญ ได้แก่ (๑) ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ หรือไม่ (๒) ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก่อนการฟ้องคดีนี้ หรือไม่ และ (๓) การยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (กรกฎาคม ๒๕๖๓) ซึ่งดำเนินการเมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่

(ก) ประเด็นผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ หรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วย

กฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหนึ่งในกิจการร่วมค้า บีเอส อาร์ ที่ได้ร่วมกันยื่นข้อเสนอการร่วมลงทุนตามประกาศเชิญชวนฯ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีมติและประกาศยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหนึ่งในกิจการร่วมค้า บีเอส อาร์ ไม่ได้เข้าสู่วิธีการพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนตามที่ได้ยื่นข้อเสนอ อันถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหาย ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(ข) ประเด็นผู้ฟ้องคดีต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ก่อนการฟ้องคดีนี้ หรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาตามมาตรา ๒๐ (๙) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งบัญญัติหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน (คณะกรรมการนโยบายฯ) ในการวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ เท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติให้ผู้ยื่นข้อเสนอการคัดเลือกต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งของคณะกรรมการคัดเลือกฯหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการต่อคณะกรรมการนโยบายฯ เพื่อวินิจฉัยอุทธรณ์แต่อย่างใด ดังนั้น จึงถือว่า พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ไม่ได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์หรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือความเสียหายไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการนโยบายฯ ก่อนการฟ้องคดี ตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(ค) ประเด็นการยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (กรกฎาคม ๒๕๖๓) ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เบื้องต้น ศาลได้วินิจฉัยก่อนว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจในการยกเลิกหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจในการยกเลิก โดยวางหลักในการพิจารณาว่า ถึงแม้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ จะไม่ได้บัญญัติถึงอำนาจของคณะกรรมการคัดเลือกฯหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการในการยกเลิกการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนและการยกเลิกประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา ๓๘ (๔) และ (๗) มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ประกอบข้อ ๔ ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓ จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการคัดเลือกฯ มีอำนาจในการยกเลิกการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีอำนาจยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ

(ง) ศาลได้พิจารณาต่อไปว่า ถึงแม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ได้ในทุกกรณี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องใช้อำนาจในการยกเลิกเมื่อมีเหตุที่พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดไว้ หรือเพื่อให้เกิดประโยชน์หรือรักษาประโยชน์ของสาธารณะตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในการยกเลิกการประกาศเชิญชวน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติ

การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ไม่ได้บัญญัติเหตุในการยกเลิกการคัดเลือกเอกชน และยกเลิกการประกาศเชิญชวนไว้เป็นการเฉพาะ ว่าผู้ถูกฟ้องคดีอาจใช้ดุลพินิจยกเลิกการคัดเลือกเอกชนได้ด้วยเหตุใดบ้าง ดังนั้น เหตุผลในการยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ของผู้ถูกฟ้องคดี จึงต้องเป็นการทำให้บรรลุประโยชน์สาธารณะตามเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา ๖ ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยคำนึงเป้าประสงค์ทั้งหมดอย่างครบถ้วน และหากการยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนด้วยแล้ว เหตุผลในการยกเลิกก็ต้องมีความสมเหตุสมผลและคำนึงถึงความจำเป็นเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและคุ้มครองความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน

(ฉ) ศาลได้พิจารณาในประเด็นต่อไปว่า การยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เบื้องต้น ศาลได้พิจารณาว่าการยกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ ของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับแผนการจัดทำโครงการร่วมลงทุนในแผนแม่บทระบบขนส่งมวลชนทางรางในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งเพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการดำเนินงานโครงการภายหลังได้รับมติอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๖๓ ที่ให้เร่งรัดการคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมลงทุน ดังนั้น การยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ จึงเป็นการดำเนินการเพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะตามเป้าประสงค์ในมาตรา ๖ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ และตามเจตนารมณ์ของการประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒

(ช) อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ เพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการดำเนินงานโครงการอันเนื่องมาจากการคัดเลือกเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนและการไม่สามารถคาดการณ์ระยะเวลาแล้วเสร็จที่ชัดเจนของการคัดเลือกเอกชนตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีอ้างนั้น ไม่สามารถรับฟังได้ เนื่องจากปัญหาความล่าช้าของการคัดเลือกเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนและการไม่สามารถคาดการณ์ระยะเวลาแล้วเสร็จที่ชัดเจนของการคัดเลือกเอกชนนั้น มีเหตุอันแท้จริงจาก ผู้ฟ้องคดีมีความสงสัยในความโปร่งใสในการคัดเลือกเอกชนเป็นผู้ร่วมลงทุนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมิน ดังนั้น การยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ จึงไม่สามารถรับฟังได้ว่าเป็นการดำเนินการเนื่องจากมีความจำเป็นหรือมีเหตุอันสมควร เพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะตามเป้าประสงค์ของมาตรา ๖ ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ นอกจากนี้ เหตุผลต่าง ๆ ที่ผู้ถูกฟ้องคดี นำมาใช้ประกอบดุลพินิจเพื่อพิจารณายกเลิกการประกาศเชิญชวนฯ มีความไม่สอดคล้องกับมาตรา ๖ (๕) และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่มีเป้าประสงค์ให้การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่า การยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ ของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้คำนึงถึงความโปร่งใสและตรวจสอบได้ในการจัดทำและดำเนินการร่วมลงทุนกับภาคเอกชน ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒

(ซ) ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า การยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ ของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการดำเนินการที่ใช้ดุลพินิจอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุซึ่งรับฟังไม่ได้ว่า เป็นการดำเนินการโดยมีเหตุผลอันสมควรและมีความจำเป็นเพื่อให้บรรลุประโยชน์สาธารณะตามเป้าประสงค์

ในมาตรา ๖ และรับฟังไม่ได้ว่าได้ดำเนินการอย่างครบถ้วนตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น ศาลจึงมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติและเพิกถอนประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ยกเลิกการประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนและการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (กรกฎาคม ๒๕๖๓) โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติและมีประกาศดังกล่าว

๔.๒.๒ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๕๕/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๕๔/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๖ ของศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยเบื้องต้นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจในการยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ จากนั้น จึงมีประเด็นวินิจฉัย ต่อไปว่า การยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ ดังกล่าว เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือไม่ เป็นการกระทำโดยอำเภอใจ หรือไม่

(ก) ในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นนี้ ศาลวางหลักเกณฑ์พิจารณาวินิจฉัยการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีไว้สี่ประการ **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ และ**ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

(ข) **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องการดำเนินการคัดเลือกเอกชนให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว เพราะหากล่าช้าจะมีผลกระทบต่อผลตอบแทนด้านการเงินของของโครงการส่วนตะวันตก และมีผลทำให้การเปิดบริการส่วนตะวันออกต้องล่าช้าออกไป ซึ่งส่งผลกระทบต่อเป็นเหตุให้สิทธิและประโยชน์ของผู้ใช้บริการสูญเสียไป ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามผลการศึกษาวิเคราะห์โครงการ กรณีนี้จึงถือว่าการพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว เนื่องจากได้ใช้ข้อเท็จจริงของโครงการเป็นฐานในการยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ

(ค) **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้กล่าวอ้างเรื่องผลกระทบเกี่ยวกับระยะเวลาการคัดเลือกที่ล่าช้าออกไป โดยอธิบายความล่าช้าของการคัดเลือก อีกทั้งคดีนี้ยังได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองหลายสำนวนคดีซึ่งยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล โดยผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าไม่อาจทราบระยะเวลาการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้อย่างชัดเจน จึงต้องการลดความเสี่ยงด้วยการยกเลิกการคัดเลือกเอกชนที่มีปัญหา นอกจากนี้ ไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.๒๕๖๒ บัญญัติห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีหยุดการคัดเลือกเอกชนเอาไว้จนกว่าศาลปกครองจะมีคำพิพากษาแล้ว ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีดุลพินิจที่จะดำเนินการต่อไปได้ โดยไม่ต้องรอให้ศาลปกครองวินิจฉัยก่อน กรณีนี้จึงถือว่าการพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการพิจารณาวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันได้

(ง) **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกประกาศเชิญชวนฯ โดยยังไม่ได้พิจารณาข้อเสนอของเอกชนรายใด จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการยกเลิกเพื่อเอื้อประโยชน์ให้ผู้ยื่นข้อเสนอรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

(จ) **ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ฟ้องคดีที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ข้อเท็จจริงคดีนี้ปรากฏว่า ความล่าช้าของการคัดเลือกเอกชนมีเหตุจากการฟ้องร้องคดีต่อศาล ซึ่งมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจริง โดยไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจแยกแยะระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายออกจากเหตุผลและความรู้สึกส่วนตัว อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้แสดงออกให้เห็นถึงการกระทำที่ปล่อยปละละเลยต่อหน้าที่จนมีผลทำให้เหตุผลและความรู้สึกส่วนตัวมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงไม่ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ฟ้องคดีที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัย

(ฉ) ศาลพิจารณาวินิจฉัยแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ ดังกล่าว จึงไม่ได้เป็นไปโดยอำเภอใจ แต่ได้พิจารณาวินิจฉัยเพื่อดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนตามมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.๒๕๖๒ จึงเป็นการกระทำโดยสุจริต ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว

(ช) เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจในการยกเลิกประกาศเชิญชวนฯ และได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกประกาศเชิญชวนฯ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้ยกฟ้อง

๔.๓ กฎหมายและข้อเท็จจริงกรณี “การกำหนดหลักเกณฑ์คัดเลือกในเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕)”

๔.๓.๑ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น

คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๔๖/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๓๕๓/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๖ ของศาลปกครองชั้นต้น มีประเด็นวินิจฉัยที่สำคัญ คือ ประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรือไม่ เพียงใด

(ก) ประเด็นประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีดุลพินิจในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอดังที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความโปร่งใส ตรวจสอบได้ ปราศจากการมีส่วนได้เสีย การเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม และสอดคล้องกับเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖ แห่งพระราชการ

ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ นอกจากนี้ ยังมีความสอดคล้องกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอในข้อ ๑.๑.๔ ของหนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กรณียกเลิกการประมูลที่ กค (กวจ) ๐๔๐๕.๒/๒๑๔ ลงวันที่ ๑๘ พ.ค. ๒๕๖๓ ที่แจ้งเวียนแนวทางปฏิบัติในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอ การกำหนดผลงาน การระบุคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุหรือยี่ห้อพัสดุ และการพิจารณาคุณสมบัติผู้ยื่นข้อเสนอของหน่วยงานของรัฐ กรณีกำหนดสิ่งที่ไม่ใช่สาระสำคัญ อีกทั้งยังเป็นไปเพื่อการส่งเสริมผู้ประกอบการไทย ทำให้รัฐมั่นใจว่า จะสามารถดำเนินงานก่อสร้างได้แล้วเสร็จเรียบร้อย ป้องกันการทุจริตการประมูล การนี้จึงต้องรับฟังว่า ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ดุลพินิจในการกำหนดคุณสมบัติผู้ยื่นข้อเสนอตามความเหมาะสมและความจำเป็นแห่งกรณี เพื่อประโยชน์ของรัฐ ไม่มีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงที่จะทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ฟ้องคดีเข้าร่วมการคัดเลือกให้เอกชนร่วมลงทุน

(ข) นอกจากนี้ มีข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาขยายระยะเวลาการรับซองเอกสารข้อเสนอออกไปอีก ๓ เดือน จากกำหนดเดิม เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีจะได้ดำเนินการและจัดเตรียมข้อเสนอเพื่อเข้าร่วมการยื่นข้อเสนอ ข้อเท็จจริงนี้แสดงให้เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเข้าใจถึงหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอตามประกาศเชิญชวนฯ เป็นอย่างดี ดังนั้น กรณีจึงต้องรับฟังว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอในประกาศเชิญชวนฯ **ไม่ได้มีผลทำให้มีเอกชนเพียงรายเดียวเท่านั้น** ที่จะสามารถยื่นข้อเสนอได้ ศาลจึงได้พิจารณาวินิจฉัยว่า การกำหนดคุณสมบัติผู้ยื่นข้อเสนอและเกณฑ์การพิจารณาข้อเสนอของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงไม่อาจรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการโดยทุจริตมุ่งหมายมิให้มีการแข่งขันเสนอราคาอย่างเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นความผิดตามมาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) ที่ออกโดยผู้ถูกฟ้องคดี จึงไม่มีลักษณะประการใดที่จะทำให้เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ค) ประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรือไม่ เพียงใด ศาลวางหลักการพิจารณาวินิจฉัยว่า เมื่อศาลได้วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีออกประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) โดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงพิพากษายกฟ้อง

๔.๓.๒ กฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อ. ๑๔๓๗/๒๕๖๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๗๔/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๖๗ ของศาลปกครองสูงสุด มีประเด็นวินิจฉัยที่สำคัญเช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้น

(ก) ประเด็นประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ศาลวางหลักในการพิจารณาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินข้อเสนอของเอกชนโดย

อำเภอใจ หรือไม่ โดยพิจารณาวินิจฉัยการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีไว้สี่ประการ ประกอบด้วย **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ **ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

(ข) **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าโครงการนี้มีแนวเส้นทางที่ผ่านพื้นที่อ่อนไหว จึงให้ความสำคัญกับด้านเทคนิค อีกทั้งได้พิจารณาแนวทางปฏิบัติของกรมบัญชีกลาง รวมถึงข้อเท็จจริงซึ่งมีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลที่เกิดจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การประเมินข้อเสนอการคัดเลือกเอกชน จึงไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้พิจารณาวินิจฉัยกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินคัดเลือกข้อเสนอของเอกชน โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องแต่อย่างใด ดังนั้น จึงรับฟังได้ว่า การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้อาศัยข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว

(ค) **ประการที่สอง** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดี ได้กำหนดรายละเอียดของเอกสารแผนดำเนินธุรกิจและแผนการเงินในเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน โดยใช้ข้อมูลจากการวิเคราะห์และตรวจสอบโดยที่ปรึกษาโครงการ โดยให้ผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายจัดทำข้อเสนอผลตอบแทนโดยใช้ประมาณการจำนวนผู้โดยสารที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดมาเป็นฐานในการวิเคราะห์ และจัดทำข้อเสนอผลตอบแทน ซึ่งจะทำให้ข้อเสนอผลตอบแทนของผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายอยู่บนสมมุติฐานเดียวกัน เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีจะสามารถพิจารณาเปรียบเทียบประเมินและตัดสินใจคัดเลือกข้อเสนอของผู้ยื่นข้อเสนอแต่ละรายได้ ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกันแล้ว

(ง) **ประการที่สาม** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอในการคัดเลือกเอกชน ให้ต้องมีประสบการณ์การบริหารจัดการก่อสร้างงานโยธา โดยมีผลงานก่อสร้างงานโยธาที่แล้วเสร็จ และเป็นผลงานที่เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับหน่วยงานของรัฐบาลไทย รวมถึงเงื่อนไขอื่นที่เกี่ยวข้อง ไม่ได้เป็นเหตุการณ์ที่ส่อให้เห็นข้อพิพาทซึ่งจะคัดเลือกเอกชนโดยทุจริตและโดยไม่ชอบกฎหมาย อีกทั้งไม่ได้มีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่เอกชนบางราย แต่เป็นการกำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ และเป็นมาตรการซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนผู้สนใจเข้าร่วมการยื่นเสนอเท่าที่จำเป็น โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ภาครัฐมั่นใจว่าจะได้ผู้รับจ้างก่อสร้างงานโยธาที่มีศักยภาพ มีความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ในการก่อสร้างงานโยธาในลักษณะเดียวกันกับงานก่อสร้างโครงการ และเพื่อให้เกิดความปลอดภัยต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชนทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในประเด็นนี้ จึงไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

(จ) **ประการที่สี่** การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ศาลพิจารณาเห็นว่า ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่า การพิจารณาวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยแต่ประการใด

(ฉ) ด้วยเหตุผลที่ศาลได้วินิจฉัยตามข้างต้น ทำให้ยังรับฟังไม่ได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินข้อเสนอของเอกชนโดยอำเภอใจ จึงต้องถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาวินิจฉัยกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นข้อเสนอและหลักเกณฑ์การประเมินข้อเสนอของเอกชน เพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์ของการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยคำนึงถึงการใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และนวัตกรรมของเอกชนในการให้บริการสาธารณะของโครงการ รวมทั้งการถ่ายทอดความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญไปยังหน่วยงานและบุคลากรของภาครัฐ ตลอดจนความโปร่งใสและตรวจสอบได้ตามมาตรา ๖ (๔) และ (๕) แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ.๒๕๖๒ แล้ว ดังนั้น ประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) จึงชอบด้วยกฎหมาย

(ช) ประเด็นผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ ศาลวางหลักการพิจารณาวินิจฉัยว่า เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า ประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (พฤษภาคม ๒๕๖๕) ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย จึงพิพากษายืน

บทที่ ๕

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๕.๑ บทสรุป

การศึกษากรณียตัวอย่างปัญหาการจัดซื้อ-จัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ของภาครัฐ กรณีศึกษา : โครงการรถไฟฟ้าสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) เป็นการศึกษาวิเคราะห์จากเหตุผล ข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง ซึ่งปรากฏในประเด็นวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทของโครงการนี้ ระหว่างผู้ฟ้องคดี (บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) : BTSC) และผู้ถูกฟ้องคดี ได้แก่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ : คณะกรรมการคัดเลือก ตามมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒ โครงการรถไฟฟ้าสายสีส้ม ช่วงบางขุนนนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) (คณะกรรมการคัดเลือกฯ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ : การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย (รฟม.)

คำพิพากษาในคดีพิพาทของโครงการนี้ ที่ใช้ประกอบการศึกษาวิเคราะห์ประกอบด้วย

(๑) คำพิพากษาในคดีพิพาทกรณีผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินในเอกสารการคัดเลือกเอกชน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)

๑.๑ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๒๒๘๐/๒๕๖๓ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๒/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕ ของศาลปกครองชั้นต้น

๑.๒ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๕๗๒/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๖๘/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๖ ของศาลปกครองสูงสุด

(๒) คำพิพากษาในคดีพิพาทกรณีผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน (ฉบับกรกฎาคม ๒๕๖๓)

๒.๑ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๕๘๐/๒๕๖๔ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๔๕๕/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕ ของศาลปกครองชั้นต้น

๒.๒ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๕๕/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๕๔/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๖ ของศาลปกครองสูงสุด

(๓) คำพิพากษาในคดีพิพาทกรณีผู้ถูกฟ้องคดีการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกในประกาศเชิญชวนและเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน (ฉบับพฤษภาคม ๒๕๖๕)

๓.๑ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๔๖/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๓๕๓/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๖ ของศาลปกครองชั้นต้น

๓.๒ คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๓๗/๒๕๖๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๗๔/๒๕๖๖ เมื่อวันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๖๗ ของศาลปกครองสูงสุด

ถึงแม้ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดจะมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันในประเด็นวินิจฉัยบางประเด็น และมีคำพิพากษาที่แตกต่างกันในคดีพิพาทบางคดี แต่จากการศึกษาวิเคราะห์รายละเอียดในคำพิพากษาทั้งหมดตามข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดได้ใช้หลักการและหลักกฎหมายในลักษณะรูปแบบเดียวกัน สำหรับพิจารณาวินิจฉัยการใช้อำนาจทางปกครองและการออกคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง โดยข้อแตกต่างของคำ

วินิจฉัยและคำพิพากษามีที่มาจากเหตุผลของการใช้ข้อเท็จจริงประกอบกฎหมายในการพิจารณา
วินิจฉัย

หลักการของศาลสำหรับพิจารณาวินิจฉัยการใช้อำนาจทางปกครองและการออกคำสั่งทาง
ปกครองที่ได้จากการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของกรณีศึกษา : โครงการรถไฟฟ้าสีส้ม ช่วงบางขุน
นนท์-มีนบุรี (สุวินทวงศ์) ประกอบด้วย

(๑) เป็นการดำเนินการภายใต้อำนาจหน้าที่หรือภายในขอบอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด

(๒) เป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นไปตามรูปแบบและขั้นตอนที่กฎหมาย
กำหนด รวมทั้งสอดคล้องกับเจตนารมณ์และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(๓) เป็นการดำเนินการซึ่งมีความเหมาะสมและความจำเป็นแห่งกรณีหรือมีเหตุอันควร โดย
ต้องเป็นการกระทำโดยสุจริต ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ไม่มีลักษณะเป็นการเอื้อ
ประโยชน์ให้แก่ผู้ใดผู้หนึ่ง

(๔) ใช้ดุลพินิจโดยชอบในการดำเนินการและไม่เป็นการกระทำโดยอำเภอใจ โดยมีหลักการ
สำหรับพิจารณาวินิจฉัยในการใช้ดุลพินิจทั้งหมดสี่ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง พิจารณาวินิจฉัยโดย
อาศัยข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ประการที่สอง พิจารณาวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยทั่วไปที่ยอมรับกัน
ประการที่สาม พิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และประการที่สี่ พิจารณาวินิจฉัย
โดยไม่ได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอกหรือปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกันประเด็นที่จะต้อง
พิจารณาวินิจฉัย

จากการศึกษาพบว่า การดำเนินการที่ทำให้เกิดปัญหาในการคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุนใน
โครงการรถไฟฟ้าสีส้ม ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาผู้ชนะการประเมินใน
เอกสารการคัดเลือกเอกชน ยกเลิกประกาศเชิญชวนการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน และการ
คัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน และการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกในประกาศเชิญชวนและเอกสาร
สำหรับการคัดเลือกเอกชนครั้งใหม่ ปัญหาจากการดำเนินการทั้งสามตามข้างต้นทำให้เกิดเป็นคดี
พิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ทั้งนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลชี้ให้เห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวสามารถทำได้โดยชอบด้วย
กฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขประกอบการดำเนินการต่อไปนี้ ได้แก่ ใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการ
ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นการดำเนินการตามรูปแบบที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้ง
สอดคล้องกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดำเนินการด้วยความเหมาะสมและความ
จำเป็นแห่งกรณีหรือมีเหตุอันควร โดยไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และใช้ดุลพินิจ
โดยชอบในการดำเนินการและไม่เป็นการกระทำโดยอำเภอใจ

๕.๒ ข้อเสนอแนะ

การจัดซื้อจัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ซึ่งมีมูลค่าสูงของภาครัฐในประเทศไทยเป็นเรื่องสำคัญ
เนื่องจากโครงการประเภทนี้มักมีความซับซ้อน มีกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียจำนวนมาก การ
กำหนดรายละเอียดที่ไม่เหมาะสมในหัวข้อหรือการดำเนินการต่าง ๆ เช่น คุณสมบัติของยื่นข้อเสนอ
ขอบเขตของงาน (Term of Reference : TOR) หลักเกณฑ์คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอ การแก้ไข
เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมเนื้อหาของเอกสารต่าง ๆ การยกเลิกการจัดซื้อจัดจ้าง รวมทั้งหัวข้อและขั้นตอน

อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้าง อาจถูกมองว่าเป็นการส่อไปในทางทุจริต เป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ขาดธรรมาภิบาลและความโปร่งใส จนนำไปสู่การร้องเรียน ฟ้องร้อง เนื่องจากการใช้อำนาจทางปกครองและการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้อง

หน่วยงานภาครัฐจำเป็นต้องส่งเสริมความรู้ความเข้าใจให้แก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างโครงการขนาดใหญ่ซึ่งมีมูลค่าสูง ทั้งความรู้ด้านหลักกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง รวมทั้งประยุกต์ใช้หลักการของการพิจารณาวินิจฉัยจากคำพิพากษาของศาลปกครองตามที่ได้สรุปไว้ข้างต้น ได้แก่ (๑) การใช้อำนาจหน้าที่และขอบอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมาย (๒) การดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย เป็นไปตามรูปแบบที่ถูกต้อง รวมทั้งสอดคล้องกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (๓) การดำเนินการด้วยความเหมาะสมและความจำเป็นแห่งกรณีหรือมีเหตุอันควร โดยไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และ (๔) ใช้ดุลพินิจโดยชอบในการดำเนินการและไม่เป็นการกระทำโดยอำเภอใจ ทั้งนี้ เพื่อลดปัญหาการทุจริตและลดปัญหาการดำเนินงานที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นต้นเหตุที่นำไปสู่การร้องเรียน ฟ้องร้อง จนทำให้โครงการมีความล่าช้าในการดำเนินงาน และส่งผลกระทบในหลายด้าน (โดยเฉพาะโครงการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างพื้นฐาน) เช่น ทำให้ต้นทุนค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น การกระตุ้นเศรษฐกิจไม่เป็นไปตามแผน นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นและชะลอการลงทุน รวมทั้งไม่สามารถให้บริการสาธารณะเพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตของประชาชน

บรรณานุกรม

พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๒. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๖ ตอนที่ ๒๙ ก (ลงวันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๖๒)

ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๗ ตอนพิเศษ ๑๓๘ ง (ลงวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๓)

ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง รายละเอียดของร่างประกาศเชิญชวน ร่างเอกสารสำหรับการคัดเลือกเอกชน และสาระสำคัญของร่างสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. ๒๕๖๓. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๗ ตอนพิเศษ ๑๓๘ ง (ลงวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๓)

ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการคัดเลือกเอกชน พ.ศ. ๒๕๖๓. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๗ ตอนพิเศษ ๑๓๘ ง (ลงวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๓)

ศาลปกครองชั้นต้น. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๒๒๘๐/๒๕๖๓ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๙๒/๒๕๖๕. (วันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕)

ศาลปกครองชั้นต้น. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๕๘๐/๒๕๖๔ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๔๕๕/๒๕๖๕. (วันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕)

ศาลปกครองชั้นต้น. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๔๖/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ ๑๓๕๓/๒๕๖๖. (วันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๖)

ศาลปกครองสูงสุด. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๕๗๒/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๖๘/๒๕๖๖. (วันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๖)

ศาลปกครองสูงสุด. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๕๕/๒๕๖๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๕๔/๒๕๖๖. (วันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๖)

ศาลปกครองสูงสุด. คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ. ๑๔๓๗/๒๕๖๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๕๗๔/๒๕๖๖. (วันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๖๗)