

พัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐอิตาลี

นพรัตน์ อุดมโชคมงคล*

รับบทความเมื่อ 11 เมษายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 18 พฤษภาคม 2566

ตอบรับบทความเมื่อ 5 มิถุนายน 2566

บทคัดย่อ

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีพิพาทหนึ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังมีค่อนข้างน้อย และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองบางส่วนยังกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ การศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดในการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและหลักกฎหมายเรื่องสัญญาทางปกครองที่ได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของสาธารณรัฐอิตาลีจึงจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของไทย และสามารถใช้เป็นข้อมูลสนับสนุนในการจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศไทยในอนาคตด้วยอีกทางหนึ่ง

คำสำคัญ : วิธีพิจารณาคดีปกครอง, สัญญาทางปกครอง, ศาลปกครอง, อิตาลี, สัญญา 2 ชั้นตอน, กระบวนพิจารณาคดีโดยเร่งรัด

* น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), DEA en Histoire de la Science Juridique Européenne, Université Robert Schumann (Strasbourg III) ประเทศฝรั่งเศส, Master II in Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione, Università degli Studi “La Sapienza”, Dottorato di Ricerca in diritto pubblico, Università degli Studi “Tor Vergata” ประเทศอิตาลี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง



Abstract

The administrative contract disputes are one of the cases within the jurisdiction of the Administrative Courts under Section 9 paragraph one (4) of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999). However, the written law on administrative contracts is relatively rare. In addition, some of the legal rules governing administrative contracts are still scattered in many laws. A comparative study of the concepts in law enactment on administrative contracts and the study of the principles of administrative contracts derived from the Italian positive law are therefore beneficial to the development of legal principles on administrative contracts in Thailand. Moreover, the study results can be used as supporting information for drafting the law on administrative contracts of Thailand in the future as well.

Keywords : Administrative procedure, administrative contract, Italy, two steps of contract, accelerated court proceedings

ความนำ

สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งปัจจุบันมีการนำมาใช้อย่างกว้างขวาง แต่ในบรรดาสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น ซึ่งมีความหลากหลายทั้งทางรูปแบบ เนื้อหา และวัตถุประสงค์ อาจมิใช่สัญญาทางปกครองเสมอไป สัญญาบางประเภทอาจมีลักษณะเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเอกชน จึงต้องพิจารณาลักษณะพิเศษของสัญญาทางปกครอง สำหรับประเทศไทย จะพบว่ากฎหมายที่บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองยังมีค่อนข้างจำกัด และเมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพียงไม่กี่มาตรา ได้แก่ มาตรา 3 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) มาตรา 42 วรรคหนึ่ง และมาตรา 51 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 3¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมีใช้ “นิยามโดยแท้” ของสัญญาทางปกครอง แต่เป็นการบัญญัติเพียงประเภทของสัญญาไว้เท่านั้น ต่อมา ศาลปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ได้สร้างหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองขึ้นมา² โดยให้รวมถึงสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล นอกจากนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยังได้มีคำวินิจฉัยว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อจัดหาหรือจัดให้มีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่สำคัญหรือจำเป็นเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะเป็นสัญญา

¹ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

² “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”



ทางปกครองด้วย³ แสดงให้เห็นถึงบทนิยามที่ยังไม่มีความชัดเจนนัก ซึ่งจะต้องอาศัยกระบวนการใช้และตีความกฎหมายในการสร้างหลักกฎหมายต่อไป

ในขณะที่มุมมองของฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองก็ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อาทิ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการจัดหาพัสดุด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Market : e - market) และด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Bidding : e - bidding) ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2558 และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง จนกระทั่งมีการยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ แล้วมีการตรากฎหมายใหม่เป็นพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นอกจากนี้ ยังมีการตราพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 อีกด้วย ซึ่งตลอดระยะเวลาที่กล่าวมาสองทศวรรษนับแต่ที่มีการจัดตั้งศาลปกครอง มีคดีพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะดังกล่าวมาสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมาก และศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นการวางหลักการที่สำคัญไว้ในหลายคดี แม้ว่าบางแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะยังคงมีความเห็นไม่ตรงกัน อันสะท้อนให้เห็นว่าส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะเรื่องสัญญาทางปกครองนั้น ยังขาดกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เป็นเอกภาพ อันเป็นที่มาของการจัดเสวนาทางวิชาการกันอีกครั้งถึงแนวคิดในการร่างกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครอง⁴

บทความฉบับนี้มุ่งนำเสนอมุมมองเชิงพัฒนาการทางกฎหมายของสาธารณรัฐอิตาลีที่มีแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากมุมมองของประเทศไทย ทั้งนี้ สาธารณรัฐอิตาลีเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงได้รับอิทธิพลโดยตรงจากกฎหมายสหภาพยุโรป ส่งผลให้มีการตรากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ต้องสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสหภาพยุโรป นอกจากนี้ สาธารณรัฐอิตาลียังให้ความสำคัญกับการยุติข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมีการกำหนดกลไกทางกฎหมายที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิทางศาลให้สามารถยุติคดีได้โดยเร็ว โดยไม่ปรากฏว่ามีแนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองแต่ประการใด แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่มีอำนาจในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ผู้เขียนได้แบ่งเนื้อหาของบทความเป็น 4 หัวข้อ โดยเริ่มจากการนำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในบริบทของกฎหมายอิตาลี และจะกล่าวถึงอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับ

³ ตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายรถบรรทุกแบบสายดิ่งของกองทัพเรือ (คำวินิจฉัยที่ 18/2550) สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์เครื่องคอมพิวเตอร์ (คำวินิจฉัยที่ 27/2551) สัญญาซื้อขายครุภัณฑ์ไอที (คำวินิจฉัยที่ 23/2554) หรือสัญญาซื้อประตูตรวจค้นโลหะของกระทรวงการคลัง (คำวินิจฉัยที่ 9/2555)

⁴ การเสวนาทางวิชาการเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายปกครองระหว่างสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หัวข้อ “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ปัญหาปัจจุบันและทางออกในอนาคต” จัดขึ้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2565 ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น 11 อาคารศาลปกครอง

สัญญาของฝ่ายปกครอง จากนั้น จะเป็นการกล่าวถึงอิทธิพลของสหภาพยุโรปที่มีต่อกฎหมายอิตาลีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง และหัวข้อสุดท้ายจะเป็นการนำเสนอลักษณะเฉพาะของการพิจารณาคดีที่ถือว่าเป็นกลไกทางกฎหมายที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองอิตาลี

1. แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในบริบทของกฎหมายอิตาลี

เมื่อกล่าวถึงสัญญาทางปกครองในบริบทของกฎหมายอิตาลี ในทางตำราใช้ถ้อยคำภาษาอิตาเลียนว่า i contratti pubblici หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า administrative contracts หรือแปลเป็นภาษาไทย คือ สัญญาทางปกครอง โดยพบว่ามีกรณียามความหมายของถ้อยคำดังกล่าวในลักษณะที่แตกต่างจากของกฎหมายไทย⁵ อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการรวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาล (ศาลปกครองและศาลยุติธรรม) มักใช้คำว่า สัญญาของฝ่ายปกครอง (i contratti della pubblica amministrazione) เพื่ออธิบายความแตกต่างระหว่างสัญญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองและสัญญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม⁶ เนื่องจากสัญญาของฝ่ายปกครองเช่นนี้ ส่วนหนึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครองและกฎหมายเฉพาะบางฉบับซึ่งคดีพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง และอีกส่วนหนึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งหมวดว่าด้วยสัญญาซึ่งคดีพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาของฝ่ายปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการ คือ *ประการแรก* คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งมาตรา 22 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติทางปกครองอิตาลี บัญญัตินิยามของคำว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง บุคคลในกฎหมายมหาชนและบุคคลในกฎหมายเอกชนที่ดำเนินกิจการทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายภายในหรือกฎหมายสหภาพยุโรปกำหนด⁷ *ประการที่สอง* เป็นสัญญาที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่รัฐทฤษฎีทำให้ใช้ประมวลกฎหมาย

⁵ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เกี่ยวข้อง แสดงให้เห็นพัฒนาการของการนิยามความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครองให้มีความชัดเจนขึ้นตามลำดับ

⁶ Eugenio Mele, I contratti delle pubbliche amministrazioni, Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano 2011; Claudia De Nittis, I contratti della pubblica amministrazione, III Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, Napoli, 2010. Consiglio di Stato, Sez. III, 25-01-2021, N. 697; Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 10/2020

⁷ Legge 241/1990

Art. 22 (Definizioni e principi in materia di accesso)

a) (...)

e) per “pubblica amministrazione”, tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ออกตามความในข้อกำหนดของสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2004/17/CE และ 2004/18/CE⁸ ได้แก่ 1) สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ (lavori pubblici) เช่น จ้างให้เอกชนก่อสร้าง รื้อถอน บำรุงซ่อมแซม หรือปรับปรุงสถานที่ 2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ (appalti di servizi) 3) สัญญาเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดหา (forniture) เช่น สัญญาให้เช่าทรัพย์สินของหน่วยงานทางปกครอง สัญญาจัดซื้อพัสดุ ต่อมา กฎหมายฉบับนี้ถูกยกเลิกโดยรัฐกฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2016⁹ มาตรา 1 ของกฎหมายฉบับหลังนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตการบังคับใช้ว่า “กฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาสัมปทานของหน่วยงานที่มีอำนาจทำสัญญาและองค์กรปกครองที่มีอำนาจทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดจ้าง การบริการ การจัดหาพัสดุ งานโยธาสาธารณะ รวมถึงการแข่งขันเข้าทำสัญญาจ้างออกแบบ”¹⁰ และวรรคสอง บัญญัติว่า ให้บทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้บังคับใช้กับการคัดเลือกคู่สัญญาสำหรับสัญญาของฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) สัญญาจ้างงานโยธาสาธารณะที่มีมูลค่ามากกว่าหนึ่งล้านยูโร ซึ่งได้รับเงินสนับสนุนโดยตรงจากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาในสัดส่วนที่มากกว่าร้อยละ 50 ในกรณีที่สัญญาดังกล่าวมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ก) งานวิศวกรรมโยธา ตามภาคผนวก 1

ข) งานก่อสร้างอาคารเกี่ยวกับโรงพยาบาล สถานบริการด้านกีฬา อาคารเรียนในโรงเรียน และมหาวิทยาลัย และอาคารที่ใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ

2) การให้จัดทำบริการสาธารณะที่มีมูลค่าตามเพดานที่กำหนดในมาตรา 35 ซึ่งได้รับเงินสนับสนุนโดยตรงจากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญาในสัดส่วนที่มากกว่าร้อยละ 50 เมื่อการให้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการดำเนินการงานที่กำหนดในข้อ 1)

3) งานโยธาสาธารณะที่ได้รับมอบจากผู้รับสัมปทานงานโยธาสาธารณะซึ่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา

4) งานโยธาสาธารณะที่ได้รับมอบจากผู้รับสัมปทานจัดทำบริการสาธารณะ เมื่องานดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญในการบริหารงานบริการอย่างมาก และงานโยธาสาธารณะกลายเป็นทรัพย์สินของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทำสัญญา

⁸ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

⁹ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici.

¹⁰ Codice dei contratti pubblici

Art. 1. (Oggetto e ambito di applicazione)

1. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

จึงกล่าวได้ว่า เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปที่หน่วยงานของรัฐสามารถทำสัญญากับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเพื่อจัดหาสินค้า บริการ และพัสดุที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการกิจการที่เป็นบริการสาธารณะบรรลุผล การดำเนินกิจการทางปกครองโดยการทำสัญญาเช่นนี้ ส่วนหนึ่งจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่ง (เช่น มาตรา 1337 มาตรา 1415 และมาตรา 1441) และส่วนหนึ่งจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นแนวคิดที่ปรากฏให้เห็นตั้งแต่ ค.ศ. 1923 จากพระราชกฤษฎีกา¹¹ ฉบับที่ 2440 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 ว่าด้วยการบริหารทรัพย์สินของรัฐและการจัดทำบัญชีของรัฐ ประกอบกับพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 827 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1924 ว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สินของรัฐและการจัดทำบัญชีของรัฐ¹²

กฎหมายอิตาลีได้แบ่งโครงสร้างของกระบวนการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองเป็น 2 ขั้นตอนหลัก ซึ่งขั้นตอนแรก เป็นระยะที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาที่จะทำสัญญา โดยในขั้นตอนนี้ฝ่ายปกครองสามารถใช้เอกสิทธิ์ของรัฐในการดำเนินการเพื่อจัดหาสัญญาได้ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายปกครองเป็นหลัก ในขณะที่ขั้นตอนที่สอง จะเกิดขึ้นหลังมีการลงนามในสัญญาแล้ว ฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะเดียวกับเอกชนคู่สัญญา ขั้นตอนนี้เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามสัญญาไปจนถึงการสิ้นสุดของสัญญา ซึ่งจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายแพ่งที่บัญญัติในบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 1942 ทั้งนี้ การแบ่งโครงสร้างดังกล่าวมีความหมายสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรกเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายที่บังคับใช้ และประการที่สองเกี่ยวข้องกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาท¹³ ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2. อำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

โดยหลักการ สัญญาของฝ่ายปกครองในอิตาลีเป็นสัญญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเอกชน¹⁴ เนื่องจากอิตาลียอมรับความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาแม้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นฝ่ายปกครองก็ตาม ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะทำสัญญากับเอกชน บรรดาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในการปฏิบัติตามสัญญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม สัญญาของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากสัญญาแพ่งตามหลัก

¹¹ เนื่องจากเดิมประเทศอิตาลีมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองเป็น “สาธารณรัฐ” หลัง ค.ศ. 1946 ดังนั้น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นก่อน ค.ศ. 1946 จึงใช้คำว่า “พระราช” นำหน้า - ผู้เขียน

¹² Regio Decreto n. 2440 del 18 novembre 1923 recante Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e Regio Decreto n. 827 del 23 maggio 1924 recante Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.

¹³ Laurence FOLLIOT and Simone TORRICELLI (Edited by), Oversight and Challenges of public contracts, Edition Bruylant, Bruxelles, Belgium, 2018, p. 151.

¹⁴ ขาญชัย แสงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2563, น. 25.



การแบ่งโครงสร้างของสัญญาเป็น 2 ขั้นตอน¹⁵ คือ ขั้นตอนการแสดงเจตนาในการเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง และขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญา

ขั้นตอนแรก เป็นขั้นตอนการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครอง (*evidenza pubblica*) ตามรัฐธรรมนูญทำให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2016 (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนลงนามทำสัญญา ฝ่ายปกครองมีได้มีอิสระในการเลือกคู่สัญญา ดังเช่นเอกชน แต่จะถูกจำกัดมากกว่าเอกชน เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะที่เป็น การดำเนินการโดยเงินภาษีของประชาชน ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ อีกทั้งกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้การทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ต้องมีรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น (มาตรา 3) และยังรับรองให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิประเมินสถานการณ์ และเปลี่ยนแปลงรายละเอียดบางประการในระหว่างการบังคับตามสัญญาได้ (มาตรา 106) ทั้งนี้ การกระทำ ที่อยู่ในกรอบของขั้นตอนการแสดงเจตนาเพื่อการคัดเลือกคู่สัญญา อาทิ การตัดสินใจเข้าเจรจา การแจ้ง ประกาศการตัดสินใจผู้สมัครที่ไม่ตรงตามเงื่อนไขสำหรับเข้าร่วมแข่งขัน การแต่งตั้งคณะกรรมการประกวดราคา (Commissione di gara) การจัดลำดับผู้สมัคร การประกาศผู้ได้รับการคัดเลือก การกระทำเหล่านี้ถือเป็น การใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนและอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในฐานะที่เป็น การดำเนินการทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบปัญหาความชอบ ด้วยกฎหมาย (*vizi di legittimità*) ในกรณีคู่กรณีได้ยื่นคำร้องที่ออกโดยฝ่ายปกครองในขั้นตอนการใช้ อำนาจตามกฎหมายมหาชน มาตรา 133 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้อง กับขั้นตอนการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาของฝ่ายปกครองเพื่อคัดเลือกคู่สัญญาเข้าจัดทำสัญญาบริการสาธารณะ สัญญาจัดจ้างงานโยธาสาธารณะ สัญญาจัดหาพัสดุ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง รวมถึง ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเนื่องจากการที่ศาลพิพากษาเพิกถอนสัญญา ของฝ่ายปกครองอันเนื่องจากการกระบวนการทำสัญญาที่ไม่ชอบ¹⁶

¹⁵ Laurence FOLLIO and Simone TORRICELLI (Edited by), Oversight and Challenges of public contracts, Edition Bruylant, Bruxelles, Belgium, 2018, p. 151.

¹⁶ 133. Materie di giurisdizione esclusiva

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge :

e) le controversie :

1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei **procedimenti di evidenza pubblica** previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative;

สำหรับ**ขั้นตอนที่สอง** คือ การปฏิบัติตามสัญญา เริ่มตั้งแต่เมื่อมีการลงนามในสัญญาเป็นต้นไป ฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับฝ่ายเอกชนคู่สัญญาและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดจากการปฏิบัติตามสัญญาจึงเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายแพ่งเป็นหลัก ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ตามสัญญาในฐานะศาลที่มีอำนาจทั่วไปในการพิจารณาบรรดคดีทั้งปวง¹⁷

การแบ่งขั้นตอนของการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองเช่นนี้ ได้รับการรับรองโดยกฎหมายสหภาพยุโรปตั้งแต่ ค.ศ. 1970 ซึ่งบังคับใช้กฎระเบียบที่มุ่งรับประกันคุณค่าทางเศรษฐกิจและการแข่งขัน (*l'obiettivo della tutela della concorrenza*)¹⁸ สำหรับสัญญาของฝ่ายปกครอง หลักการไม่เลือกปฏิบัติและการโฆษณาโดยเปิดเผยในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญาเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทั้งหมดสามารถเข้าถึงการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้อย่างเท่าเทียมกัน และเพื่อให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สหภาพยุโรปจึงออกข้อกำหนดเรื่องการตรวจสอบสัญญาของภาครัฐและการเยียวยาความเสียหาย (*Remedies Directives*) 2 ฉบับ คือ ข้อกำหนด ฉบับที่ 89/665/EEC และข้อกำหนด ฉบับที่ 2007/66/EC โดยเปิดโอกาสให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิสามารถยื่นฟ้องโต้แย้งคำสั่งอันเป็นที่สุดของฝ่ายปกครองในการคัดเลือกคู่สัญญาต่อองค์กรตุลาการที่มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมต่างมีอำนาจตรวจสอบกิจกรรมตามสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยข้อพิพาทก่อนทำสัญญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ขณะที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ การแบ่งอำนาจศาลในลักษณะนี้เป็นผลมาจากโครงสร้างทางกฎหมายที่กล่าวถึงข้างต้น เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียวตัดสินใจออกคำสั่งในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญานั้น มีลักษณะที่ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะภายใต้หลักความโปร่งใสในการดำเนินการทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งในขั้นนี้จึงต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครอง เพื่อขอให้ตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว และภายใต้หลักการโต้แย้งการกระทำทางปกครองตามกฎหมายปกครอง ศาลจะพิจารณาพิพากษาว่าคำสั่งหรือคำตัดสินของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*vizi di legittimità*) เมื่อตรวจสอบพบว่าฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่มีอำนาจ (*l'incompetenza*) หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (*l'eccesso di potere*) หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (*la violazione di legge*) โดยศาลมีอำนาจพิพากษา

¹⁷ Laurence FOLLIO and Simone TORRICELLI (Edited by), *Oversight and Challenges of public contracts*, Edition Bruylant, Bruxelles, Belgium, 2018, p. 151.

¹⁸ Corso di formazione dei dirigenti e funzionari della Regione siciliana, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il D.lgs. n. 50/2016 ed il D.lgs. n. 56/2017*, p. 8.

เพิกถอนการกระทำดังกล่าว (sentenza di annullamento) ซึ่งในชั้นของการพิจารณาคดี ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราวที่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีได้

ในขณะที่หากข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองตามรัฐฤษฎีกา ฉบับที่ 50/2016 เกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาและเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการบริหารสัญญา (la fase di esecuzione del contratto) หรือขั้นตอนการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว อำนาจมหาชนจะไม่มีบทบาทในชั้นนี้ ประโยชน์ได้เสียของคู่สัญญาจะตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน และการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจร้องขอให้ศาลพิพากษายกเลิกสัญญาหรือพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา¹⁹ หรือตามสัญญา เนื่องจากคู่สัญญามีหน้าที่เคารพหลักการแสดงเจตนาโดยสุจริตหรือการระงับข้อพิพาทตามสัญญาอื่น ๆ โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้สัญญาเป็นอันยกเลิกหรือเป็นโมฆะได้ตามเหตุที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 1415 ประกอบมาตรา 1441 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) เช่น เกิดจากการแสดงเจตนาโดยบกพร่อง หรือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มีข้อสังเกตว่า ในขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญานี้ ระบบกฎหมายอิตาลีไม่เปิดช่องให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถโต้แย้งคำสั่งโดยตรงต่อผู้ออกคำสั่งหรือโต้แย้งต่อหน่วยงานที่เป็นอิสระได้ อีกทั้งไม่ปรากฏว่าคู่กรณีสามารถใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (อนุญาโตตุลาการ การประนีประนอมข้อพิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท) เพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนทำสัญญาแต่อย่างใด ซึ่งวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่กล่าวมานี้สามารถนำมาใช้ได้เฉพาะในขั้นตอนภายหลังการทำสัญญาเท่านั้น²⁰ อย่างไรก็ตาม รัฐฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฉบับที่ 50/2016 กำหนดให้มีกระบวนการเพื่อช่วยลดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น คือ การขอความเห็นก่อนการทำสัญญา (pareri di precontenzioso) ไปยังคณะกรรมการป้องกันการทุจริตแห่งชาติ (Autorità nazionale anticorruzione - ANAC) ทั้งนี้ มาตรา 211

¹⁹ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*culpa in contrahendo*) เป็นหลักกฎหมายที่วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า เมื่อได้มีการเข้าสู่กระบวนการเจรจาต่อรองก่อให้เกิดความสัมพันธ์ถึงสัญญาในระหว่างคู่กรณี ซึ่งนำไปสู่หน้าที่ต่อกันในอันที่จะต้องอาศัยความระมัดระวังซึ่งแม้ในท้ายที่สุดแล้วการเจรจานั้นจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม ดังนั้นหากคู่กรณีที่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอันเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเสียหาย เช่น ยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือกระทำการโดยไม่สุจริต (bad faith) อันเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำไปสู่การเกิดขึ้นของสัญญาได้ ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายเช่นนั้นต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง แม้ว่าสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม (La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, <https://www.giurdanella.it/2020/02/la-responsabilita-precontrattuale-della-pubblica-amministrazione/> Di Redazione -20 Febbraio 2020.)

²⁰ มาตรา 205-210 แห่งรัฐฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฉบับที่ 50/2016

วรรคหนึ่ง²¹ กำหนดว่า “ในกรณีที่หน่วยงานผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือคู่กรณีอื่นมีคำขอ ให้คณะกรรมการป้องกันการทุจริตแห่งชาติทำความเห็นเกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการแข่งขันประกวดราคาภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับคำร้องขอ ทั้งนี้ ให้ความเห็นของคณะกรรมการฯ ผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวอาจถูกฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 120 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาท” จะเห็นว่า การแบ่งสัญญาของฝ่ายปกครองเป็น 2 ขั้นตอนตามที่อธิบายข้างต้น นอกจากจะมีผลต่อระบบกฎหมายที่ใช้บังคับและองค์การตรวจสอบที่แตกต่างกันแล้วยังมีผลถึงการใช่วิธีการระงับข้อพิพาทประเภทอื่นด้วย เนื่องจากในขั้นตอนแรกที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง กฎหมายไม่เปิดช่องให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น แต่สงวนอำนาจให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบ หากมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในขั้นตอนดังกล่าว ในขณะที่เมื่อมีการทำสัญญาและถือว่าคู่กรณีมีฐานะเท่าเทียมกันแล้ว กฎหมายจึงเปิดช่องให้คู่กรณีสามารถเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกได้ (วิธีอนุญาโตตุลาการและการประนีประนอมข้อพิพาท)²² ในขณะที่ช่องทางที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาขอความเห็นไปยังหน่วยงานกำกับดูแลฝ่ายปกครอง (คณะกรรมการป้องกันการทุจริตแห่งชาติ) ได้นั้น เนื่องจากความเห็นของหน่วยงานดังกล่าวมีสภาพบังคับผูกพันผู้ขอความเห็น ดังนั้น หากผู้ขอความเห็นไม่เห็นด้วย จึงมีสิทธิฟ้องโต้แย้งความเห็นของคณะกรรมการป้องกันการทุจริตแห่งชาติต่อศาลปกครองได้

3. อิทธิพลของสหภาพยุโรปในการตรากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากสาธารณรัฐอิตาลีเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป เมื่อสหภาพยุโรปมีแนวคิดเกี่ยวกับการเปิดเสรีทางการค้าและมีการออกกฎหมายของสหภาพยุโรป เพื่อให้เป็นเกณฑ์มาตรฐานสำหรับประเทศสมาชิกปฏิบัติตามหรือดำเนินการให้สอดคล้องและไม่ขัดต่อหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนั้น กฎหมายของสหภาพยุโรปจึงส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของอิตาลีอย่างมีนัยสำคัญ ดังต่อไปนี้

²¹ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici

Art. 211. (Pareri di precontenzioso dell'ANAC)

1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.

²² มาตรา 205-210 แห่งรัฐธรรมนูญกว่าด้วยประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฉบับที่ 50/2016

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องก่อนการตราประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองฉบับปัจจุบัน

กฎหมายวิธีปฏิบัติทางปกครองอิตาลีกำหนดเป็นหลักทั่วไปให้การดำเนินกิจการทางปกครองต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดโดยกฎหมายและอยู่ภายใต้หลักความประหยัด หลักความมีประสิทธิภาพ หลักความเป็นกลาง หลักการโฆษณาเผยแพร่ และหลักความโปร่งใส ทั้งนี้ ตามขั้นตอนวิธีการที่กำหนดไว้โดยกฎหมายฉบับนี้และโดยบทบัญญัติอื่น รวมถึงโดยหลักกฎหมายสหภาพยุโรป นอกจากนี้ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือ (non autoritativa) ให้ดำเนินการภายใต้กฎหมายเอกชน เว้นแต่กฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น (มาตรา 1 และ มาตรา 1 ทวิ แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 241 ลงวันที่ 7 สิงหาคม 1990 ว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางปกครอง และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 15/2005)²³ ต่อมา ค.ศ. 2004 สหภาพยุโรปได้ออกข้อกำหนด (European Union Directive)²⁴ ซึ่งเกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญาของภาครัฐที่ต้องสอดคล้องกับระบบการแข่งขัน อันส่งผลต่อระบบกฎหมายภายในของสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อกำหนดของสหภาพยุโรป 2 ฉบับ ดังนี้

1) ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2004/17/CE ว่าด้วยกระบวนการจัดทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการนำ กิจการพลังงาน กิจการขนส่งสาธารณะ และกิจการไปรษณีย์ (le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, energia, trasposti e servizi postali) เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้มีความง่าย ทันสมัย และเป็นระบบยิ่งขึ้น

²³ Legge 7 agosto 1990, n. 241 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi Art. 1. (Principi generali dell'attività amministrativa)

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

²⁴ European Union Directive มีสถานะเป็นกฎหมายแม่แบบบังคับ (compulsory model law) ที่กำหนดแนวทางปฏิบัติให้รัฐสมาชิกดำเนินการจัดทำกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรป โดยรัฐสมาชิกต้องตีความกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ EU Directive หรือรับ EU Directive เข้าเป็นส่วนหนึ่งกับกฎหมายภายในรัฐสมาชิกโดยตรง เทคนิคนี้เปิดโอกาสให้เกิดการผสมผสานของระบบกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศสมาชิกไปพร้อม ๆ กับการเคารพระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่แตกต่างกันอยู่ อันแสดงถึงการคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิกไปพร้อม ๆ กับการแสดงความร่วมมือระหว่างกัน, โปรดดู อกัญญา เลื่อนฉวี, กฎหมายสหภาพยุโรป, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2548, น. 88.

2) ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2004/18/CE ว่าด้วยความร่วมมือในกระบวนการคัดเลือกคู่สัญญากับภาครัฐเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริการ (coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi)²⁵

อิตาลีจึงได้อนุมัติการข้อกำหนดทั้ง 2 ฉบับ โดยการตรา**รัฐกฤษฎีกาว่าด้วยประมวลกฎหมายสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะ และการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ**²⁶ ซึ่งประกอบด้วย 271 มาตรา และ 22 ภาคผนวก กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” (contratti pubblici) ไว้ในมาตรา 3 วรรคสาม²⁷ ว่า “สัญญา” หรือ “สัญญาทางปกครอง” ตามกฎหมายนี้ หมายถึง สัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาสัมปทานที่มีจุดประสงค์ให้ได้มาซึ่งบริการ หรือการจัดหาพัสดุ หรือการดำเนินงานก่อสร้างหรืองานโยธาซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานหรือองค์กรผู้มีอำนาจทำสัญญา หรือโดยบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการแทน ซึ่งภายหลังที่มีการยกเลิกกฎหมายฉบับนี้ นิยามดังกล่าวได้ปรากฏในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง อนุมาตรา dd) ของกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองใน ค.ศ. 2016 ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

นอกเหนือจากการตรา**รัฐกฤษฎีกา**ให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง สาธารณรัฐอิตาลียังออก**ระเบียบข้อกำหนดเกี่ยวกับการบังคับใช้และการปฏิบัติตามรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 163 ลงวันที่ 12 เมษายน 2006**²⁸ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติของสำนักงานป้องกัน การทุจริตแห่งชาติและองค์กรที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับบทบัญญัติ ฉบับที่ 163/2006 ซึ่งประกอบด้วย 359 มาตรา และ 14 ภาคผนวก ซึ่งถูกยกเลิกใน ค.ศ. 2016 เมื่อมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับ

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้สาธารณรัฐอิตาลีในช่วงก่อน ค.ศ. 2016 มีบทบัญญัติกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองบังคับใช้ถึง 630 มาตรา ซึ่งยังไม่รวมถึงกฎหมายเฉพาะอื่น เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสัมปทาน หรือการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน ส่งผลให้เกิดข้อวิจารณ์

²⁵ Directive 2004/18/EC ที่เรียกว่า “Public Sector Directive” เป็นการกำหนดกระบวนการทำสัญญาโยธาสาธารณะ สัญญาจัดซื้อ และสัญญาบริการตามความต้องการของฝ่ายปกครอง ซึ่งเพิ่มกระบวนการจัดหาแบบใหม่ คือ การเจรจาแข่งขัน (Competitive Dialogue) และการกำหนดกรอบเจรจา (Framework Agreements)

²⁶ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

²⁷ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Art. 3. Definizioni

3. I «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

²⁸ D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

เกี่ยวกับกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นว่ามีลักษณะเป็นการขยายอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติมากเกินไป ทำให้ระยะเวลาในการดำเนินงานโยธาสาธารณะที่สำคัญเพิ่มขึ้นอย่างมาก และส่งผลให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเพิ่มขึ้นตามมา และมีการกระจายตัวขององค์กรควบคุมหรือกำกับดูแลอย่างมาก โดยขาดการประสานงานที่มีประสิทธิภาพ และการจัดการแบบครบวงจร²⁹ จนกระทั่งใน ค.ศ. 2014 สหภาพยุโรปได้ออกแนวทางปฏิบัติฉบับใหม่ขึ้น

มีข้อสังเกตว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวใน ค.ศ. 2010 สาธารณรัฐอิตาลีได้จัดทำรัฐกฎหมายให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010 Codice del processo amministrativo) ขึ้น โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการพิจารณาตัดสินสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4

3.2 ข้อกำหนดสหภาพยุโรปฉบับใหม่ซึ่งใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

ใน ค.ศ. 2014 สหภาพยุโรปออกข้อกำหนดที่สำคัญ 3 ฉบับ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อให้มีการใช้กองทุนสนับสนุนของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อส่งเสริมคุณภาพและนวัตกรรมเพื่ออำนวยความสะดวกในการมีส่วนร่วมของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เพื่อใช้การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเครื่องมือสนับสนุนนโยบายทางสังคม ด้านการจ้างงาน และด้านสิ่งแวดล้อม และเพื่อเป็นหลักประกันความถูกต้องของขั้นตอนกระบวนการทั้งหลาย³⁰ ข้อกำหนดสหภาพยุโรป 3 ฉบับที่กล่าวมานี้ ได้แก่

1) ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/EU ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญาสัมปทาน

2) ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/24/EU ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาในกิจการทั่วไป (l'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari)

3) ข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/25/EU ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2014 ว่าด้วยการคัดเลือกผู้เข้าทำสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาในกิจการพิเศษและสาธารณูปโภค

สาธารณรัฐอิตาลีจึงมีพันธกรณีในการดำเนินการให้เป็นผลตามข้อกำหนดทั้ง 3 ฉบับ โดยการตรากฎหมายภายในประเทศหรือปรับแก้กฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับพันธกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ การอนุวัติการกฎหมายภายในให้มีผลใช้บังคับภายใน 48 เดือน (ภายในวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2014 ยกเว้นพันธกรณีในเรื่องเกี่ยวกับการจัดซื้อโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีกำหนดภายในเดือนกันยายน ค.ศ. 2018)

²⁹ Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione : prime note, Articolo Altalex, 04/05/2016, <https://www.altalex.com/documents/news/2016/05/04/il-nuovo-codice-degli-appalti-pubblici-e-dei-contratti-di-concessione-prime-note>; Struttura del Codice dei contratti pubblici (alla luce del decreto correttivo e dei provvedimenti attuativi), <https://web.units.it/sites/default/files/for/avvisi/L%2013%2009.03%20Crismani%20Appendice%20operativa%20CdC.pdf>.

³⁰ เพิ่งอ้าง

3.3 ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฉบับ ค.ศ. 2016

ภายใต้อิทธิพลของข้อกำหนดสหภาพยุโรป ฉบับที่ 2014/23/EU ฉบับที่ 2014/24/EU และฉบับที่ 2014/25/EU สาธารณรัฐอิตาลีได้ตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญาของภาครัฐที่สำคัญ 2 ฉบับ คือ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ 50 ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2016 ให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici) ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งประกอบด้วย 220 มาตรา แบ่งเป็น 6 ภาค (แต่ละภาคประกอบด้วย ลักษณะ หมวด และส่วน) และ 25 ภาคผนวก ทั้งนี้ “ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” ฉบับนี้มีลักษณะยึดโยงและสอดคล้องเป็นหนึ่งเดียวกันทั้งฉบับ และใน ค.ศ. 2019 มีการตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ 55 ลงวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 2019³¹ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 32 ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2019 ว่าด้วยบทบัญญัติเร่งด่วนสำหรับการดำเนินกิจการภาครัฐ โดยการทำสัญญา สำหรับการเร่งช่วยเหลือกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน การฟื้นฟูเมือง และการบูรณะ สิ่งปลูกสร้างหลังเหตุการณ์แผ่นดินไหว ลงประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 140 ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2019

“ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” (Codice dei contratti pubblici) ฉบับที่ 50 ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2016 เป็นกฎหมายเฉพาะที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นปัจจุบันและมีขอบเขตการบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองหลายประเภท เช่น สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ สัญญาจัดทำบริการสาธารณะและจัดหาพัสดุ สัญญาสัมปทาน สัญญาความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนและวิธีการอื่นในการมอบหมายให้ดำเนินการ สัญญาก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค และโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายยังกำหนดวิธีการเยียวยาโดยการฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และวิธีการเยียวยาทางเลือกอื่น เช่น การทำความตกลงอย่างฉันมิตรในงานโยธาสาธารณะ การจัดทำบริการสาธารณะและการจัดซื้อจัดจ้าง การประนีประนอม การอนุญาโตตุลาการ การจัดทำความเห็นก่อนเป็นคดีพิพาทเสนอต่อสำนักงานป้องกัน การทุจริตแห่งชาติ

4. กลไกการเพิ่มประสิทธิภาพการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ภายใต้แนวคิดที่ว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องอ่อนไหวทางเศรษฐกิจ และเกี่ยวข้องกับการใช้เงินภาษีของประชาชนเพื่อจัดทำงานบริการสาธารณะ เมื่อมีการนำคดีที่เกี่ยวกับ

³¹ Legge 14 giugno 2019, n. 55 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante : «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.» G.U. n. 140 del 17 giugno 2019

สัญญาทางปกครองขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลจึงควรมีกระบวนการพิจารณาโดยเร่งด่วน³² กฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครองจึงบัญญัติในส่วนวิธีสบัญญัติที่ใช้บังคับกับการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบรรพ 4 ลักษณะ 5 ของรัฐกฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง กำหนดให้มีกระบวนการพิจารณาเป็นการเฉพาะ (ที่มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ที่ต่างจากคดีปกครองทั่วไปประเภทอื่น) ได้แก่ กระบวนการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนตามมาตรา 119 สำหรับคดีปกครองบางประเภทซึ่งส่วนหนึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และกระบวนการพิจารณาคดี โดยเร่งรัดตามมาตรา 120 สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในงานโยธาสาธารณะ การบริการ และการจัดหาพัสดุ ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

4.1 กระบวนการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนตามมาตรา 119 ของรัฐกฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง

เดิม กระบวนการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในมาตรา 23 ทวิ ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองขึ้นต้น (Legge n. 1034 del 6 dicembre 1971) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 4 ของกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Legge n. 205 del 21 luglio 2000) กฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้ใช้กระบวนการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนกับคดีพิพาทประเภทที่ฝ่ายนิติบัญญัติ เห็นว่าเป็นคดีที่มีความสำคัญ จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องพิจารณาพิพากษาให้แล้วเสร็จโดยเร็ว เพราะถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนเป็นเรื่องอ่อนไหว ทางเศรษฐกิจและเกี่ยวข้องกับการใช้เงินภาษีของประชาชนเพื่อจัดทำงานบริการสาธารณะ³³ ซึ่งส่วนหนึ่ง เป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ คดีพิพาทที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อ การก่อสร้าง การบริการ และการพัสดุ ต่อมา เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง ค.ศ. 2010 (Decreto legislativo n. 104/2010) ขึ้น กระบวนการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนสำหรับคดีดังกล่าวได้นำมา บัญญัติไว้ในมาตรา 119 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา คดีปกครอง³⁴

³² Gianmario Palligiano e Umberto G. Zingales, Il codice del nuovo processo amministrativo : Prima lettura sistematica del D.Lgs 2 luglio 2010, n. 1040. Milano : IPSOA. 2010, p. 189.

³³ เพิ่งอ้าง

³⁴ มาตรา 119 บัญญัติว่า “ให้นำความตามมาตรานี้ใช้บังคับกับวิธีพิจารณา คดีในคดีพิพาท ดังนี้

a) คดีพิพาทที่ได้แย้งมาตรการต่าง ๆ ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยให้คำนึงถึงบทบัญญัติ ในมาตรา 120 ด้วย

(...)

ให้ลดระยะเวลาในการพิจารณาคดีตามกฎหมายนี้ลงกึ่งหนึ่ง เว้นแต่เป็นระยะเวลาในการส่งสำเนา คำฟ้อง คำฟ้องแย้ง หรือฟ้องเพิ่มเติม รวมถึงระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวตามมาตรา 62 วรรคหนึ่ง (มีต่อหน้าถัดไป)

จะเห็นว่าสาธารณรัฐอิตาลีได้เล็งเห็นความจำเป็นที่จะลดระยะเวลาในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยคำนึงถึงความอ่อนไหวทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งอาจมีความทับซ้อนกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ใช้กระบวนการพิจารณาแบบลดขั้นตอนนี้เฉพาะกับคดีที่กฎหมายกำหนด และไม่อาจตีความขยายไปใช้กับคดีประเภทอื่น³⁵

4.2 กระบวนการพิจารณาโดยเร่งรัดสำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ตามมาตรา 120 ของรัฐกฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง

นอกจากการพิจารณาคดีแบบลดขั้นตอนสำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 119 ที่กล่าวมาข้างต้น มาตรา 120 แห่ง “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง” ยังบัญญัติเป็นการเฉพาะสำหรับการดำเนินคดีสัญญาทางปกครองเกี่ยวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ การบริการ และการพัสดุ ทั้งนี้ กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้คดีสัญญาทางปกครองประเภทนี้ต้องพิจารณาโดยรวดเร็วเป็นพิเศษ เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวม

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 34)

ภายใต้บังคับของมาตรา 60 หลังจากศาลให้สิทธิโต้แย้งระหว่างคู่กรณีโดยสมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว และเมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแล้ว ศาลเห็นว่าคดีน่าจะมีมูลตามฟ้องและการให้คำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีมีผลบังคับต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง ให้ศาลปกครองชั้นต้นที่พิจารณาคำร้องขอให้กำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ สั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ และให้ศาลกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกเมื่อพ้นระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่มีการแจ้งคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว ทั้งนี้ ศาลอาจจะมีคำสั่งให้ส่งเอกสารและได้สวนพยานตามความจำเป็น กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ และศาลปกครองสูงสุดได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว ให้ส่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกลับไปให้ศาลปกครองชั้นต้นเพื่อดำเนินการพิจารณาในเนื้อหาต่อไป ในกรณีเช่นนี้ให้อยู่ภายใต้ระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่มีการส่งคำสั่งไปยังสำนักงานศาลปกครองซึ่งจะทำหน้าที่แจ้งคู่กรณีต่อไป ในกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเหตุจำเป็นเร่งด่วนและมีสภาพร้ายแรง ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวที่เหมาะสม ทั้งนี้ ในการพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 2

ในวันนั่งพิจารณาของศาล หากคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงให้เห็นว่ามีประโยชน์ได้เสียกับการประกาศเผยแพร่คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ให้ลงประกาศเผยแพร่คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวภายในไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ศาลวินิจฉัย ทั้งนี้ ให้ศาลบันทึกคำคู่ความไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณา

คู่กรณีอาจมีคำขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นโดยยื่นอุทธรณ์คำพิพากษายภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ประกาศเผยแพร่คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

บทบัญญัติในมาตรานี้ ให้ใช้บังคับกับการพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ ในชั้นเพิกถอนกระบวนการพิจารณา และในชั้นการโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาโดยบุคคลที่สามด้วย”

³⁵ Gianmario Palligiano e Umberto G. Zingales, Il codice del nuovo processo amministrativo : Prima lettura sistematica del D.Lgs 2 luglio 2010, n. 1040. Milano : IPSOA. 2010, p. 190.

และเงินของรัฐซึ่งมาจากภาษีของประชาชน³⁶ โดยมาตรา 120 กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนสำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐบางประเภท ได้แก่

(1) การโต้แย้งคำสั่งในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และกระบวนการจัดการแข่งขัน ให้มีโครงการและกิจการเชิงเทคนิค-บริหารเพื่องานก่อสร้าง การบริการ หรือการพัสดุ กระทำได้โดยยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น

(2) คดีพิพาทที่เกิดขึ้นหลังการลงนามทำสัญญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม

(3) มาตรการที่มีผลเป็นการตัดสิทธิผู้ประกอบการออกจากกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐหรือมีผลให้ผู้ประกอบการรายใดผ่านการคัดเลือกและเข้าร่วมในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยพิจารณาจากคุณสมบัติด้านราคาและเทคนิควิชาชีพ ให้ผู้ประกอบการที่ถูกตัดสิทธิหรือไม่ผ่านการคัดเลือกยื่นฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งมาตรการดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่มีการประกาศของหน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง กรณีที่ไม่มีการโต้แย้งใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ย่อมไม่อาจยกข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างที่เกิดขึ้นภายหลังได้อีก (มาตรา 120 วรรคสอง ทวิ)

(4) กรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้าง และในกรณีที่หน่วยงานที่ทำการจัดซื้อจัดจ้างได้มอบอำนาจให้อัยการดำเนินคดีแทน ให้ส่งสำเนาคำฟ้องไปที่อัยการและหน่วยงานนั้น ๆ โดยให้ถือว่ามีการส่งสำเนาคำฟ้องสำเร็จเมื่อสำเนาคำฟ้องนั้นไปถึงอัยการ และให้เฉพาะกรณีดังกล่าวมีผลทางกฎหมายเป็นการชะลอการทำสัญญาออกไปก่อน (มาตรา 120 วรรคสี่)

(5) การโต้แย้งมาตรการหรือคำสั่งที่กำหนดไว้ในกรณีนี้ คู่กรณีต้องยื่นคำฟ้อง คำฟ้องแย้ง คำฟ้องเพิ่มเติมต่อศาลภายในระยะเวลาสามสิบวัน โดยหากเป็นคำฟ้องหลักและคำฟ้องเพิ่มเติมให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้รับการแจ้งคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือในกรณีที่มีการประกาศประกวดราคาและมีการแจ้งให้ทราบถึงการจัดการประกวดแข่งขันซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ให้เริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่วันที่มีการประกาศเป็นการทั่วไป หรือนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี สำหรับการฟ้องแย้งให้นับระยะเวลาตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งสำเนาคำฟ้องหลัก (มาตรา 120 วรรคห้า)

(6) กรณีมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ให้ศาลจัดทำคำพิพากษาในรูปแบบที่สันกระชับภายใต้กระบวนการพิจารณาคดีที่ศาลกำหนด ซึ่งการพิจารณาคดีจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่พ้นระยะเวลาทำคำให้การของคู่กรณี ให้สำนักงานศาลแจ้งกำหนดนัดพิจารณาคดีให้คู่กรณีทราบโดยพลันผ่านรูปแบบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ กรณีที่มีความจำเป็นในการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้สมบูรณ์หรือการโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลจะมีคำสั่งให้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาให้สมบูรณ์หรือสั่งให้เลื่อนระยะเวลาการโต้แย้งออกไป โดยจะต้องกำหนดให้มีการพิจารณาภายในสามสิบวัน (มาตรา 120 วรรคหก)

³⁶ เพิ่งอ้าง

(7) คดีพิพาทตามวรรคสอง ทวิ ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เสร็จสิ้นไปโดยไม่ต้องมีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยภายในระยะเวลาสามสัปดาห์นับแต่วันที่พ้นระยะเวลาการยื่นคำให้การ คำสั่งศาลในการกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีจะต้องส่งให้คู่กรณีทราบไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันนั่งพิจารณาคดี คู่กรณีสามารถนำเสนอเอกสารหลักฐานต่อศาลภายในสิบวันก่อนวันนั่งพิจารณาคดี โดยหากเป็นการเสนอเอกสารคำให้การให้เสนอได้จนถึงหกวันก่อนวันนั่งพิจารณาคดี หากเป็นเอกสารหลักฐานใหม่หรือคำให้การใหม่เพิ่มเติมให้ยื่นได้จนถึงสามวันก่อนวันที่ศาลนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผยในห้องพิจารณาคดีหรือการนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย สามารถเลื่อนออกไปได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อให้โอกาสคู่กรณีได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ หรือเพื่อเสนอคำฟ้องเพิ่มเติมหรือยื่นคำฟ้องแย้ง ในคำสั่งให้แสวงหาข้อเท็จจริงจะต้องกำหนดระยะเวลาเพื่อนำเอกสารมาเสนอต่อศาลภายในสามวันนับตั้งแต่วันที่รับแจ้งหรือกรณีที่เร็วกว่านั้น คือ นับตั้งแต่คำสั่งนั้นไปถึง การพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผยครั้งใหม่จะต้องดำเนินการภายในไม่เกินสิบห้าวัน ถึงจุดนี้ศาลไม่อาจอนุญาตให้มีการจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นให้ยื่นภายในสามสัปดาห์นับแต่ได้รับการแจ้งหรือนับแต่วันที่คำพิพากษาไปถึง โดยในกรณีนี้ไม่ให้ใช้ระยะเวลาอย่างยาวที่ให้นัตุธรณ์ได้นับแต่มีการลงประกาศเผยแพร่คำพิพากษา (มาตรา 120 วรรคหก ทวิ)

(8) ให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับคำร้องขอกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา แม้ศาลจะมีคำสั่งให้แสวงหาข้อเท็จจริง หรือกำหนดระยะเวลาให้คู่กรณีต่อสู้คดี หรือมีประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณา หรือกรณีอื่นใดก็ตาม (มาตรา 120 วรรคแปด)

(9) กรณีที่องค์คณะกำหนดมาตรการชั่วคราว และแม้จะไม่ปรากฏว่าเป็นกรณีที่มีความเสียหายไม่อาจจะเยียวยาได้ก็ตาม องค์คณะมีอำนาจกำหนดให้มีการค้ำประกันหรือกำหนดให้วางเงินประกันโดยพิจารณาจากมูลค่าของการจัดซื้อจัดจ้าง แต่ต้องไม่สูงเกินกว่าร้อยละ 0.5 ของมูลค่าดังกล่าวโดยไม่กระทบต่อความในมาตรา 119 วรรคสาม ทั้งนี้ มาตรการชั่วคราวดังกล่าวจะมีผลไม่เกินระยะเวลาหกสัปดาห์นับแต่วันที่ได้ลงประกาศเผยแพร่คำสั่งอย่างเป็นทางการ (มาตรา 120 วรรคแปด ทวิ)

(10) ในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการชั่วคราว ให้ศาลคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 121 วรรคหนึ่ง (เหตุร้ายแรงอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายที่ทำให้สัญญาไม่มีผลบังคับ) และมาตรา 122 (เหตุร้ายแรงอื่นที่ทำให้สัญญาไม่มีผลบังคับ) รวมถึงเหตุผลความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินการตามสัญญา และจะต้องให้เหตุผลในประเด็นดังกล่าวไว้ในคำสั่ง (มาตรา 120 วรรคแปด ตริ)

(11) ให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาที่ทำให้กระบวนการพิจารณายุติลงภายในระยะเวลาสามสัปดาห์นับแต่วันที่มีการนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ทั้งนี้ คู่กรณีอาจมีคำร้องขอให้มีการเผยแพร่เฉพาะผลของคำพิพากษาก่อนได้ภายในสองวันนับแต่วันนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ในกรณีตามความในวรรคหก ทวิ ศาลปกครองชั้นต้นจะมีคำพิพากษาภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีการนั่งพิจารณาคดี ทั้งนี้ คู่กรณี

อาจมีคำร้องขอให้มีการเผยแพร่เฉพาะผลของคำพิพากษาก่อนได้ภายในสองวันนับแต่วันนั่งพิจารณาคดี (มาตรา 120 วรรคเก้า)

(12) การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจะต้องมีความสิ้นกระชั้น และคำพิพากษาจะต้องมีรูปแบบเรียบง่ายตามมาตรา 74³⁷ (มาตรา 120 วรรคสิบ)

จากพัฒนาการทางกฎหมายที่ปรากฏในบทความนี้อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในช่วงสิบห้าปีที่ผ่านมา วิวัฒนาการในการตรากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐอิตาลีได้รับอิทธิพลจากกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก เห็นได้จากการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่สหภาพยุโรปกำหนด³⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความสำคัญกับการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยการสร้างกลไกทางกฎหมายที่ช่วยสนับสนุนให้การพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นไปอย่างรวดเร็ว อันส่งผลให้องค์กรตุลาการ (ศาลปกครอง) มีบทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยใช้และตีความกฎหมายที่บังคับใช้อยู่เป็นหลัก

³⁷ มาตรา 74 แห่งรัฐกฤษฎีกาให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาท บัญญัติว่า “เมื่อศาลเห็นเป็นประจักษ์ชัดแจ้งว่าศาลไม่อาจจะรับคำฟ้องนั้นไว้พิจารณาได้ หรือไม่ครบเงื่อนไขแห่งการฟ้องคดี หรือไม่อาจจะฟ้องคดีต่อศาลได้ หรือไม่อาจจะกำหนดให้ตามคำขอได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีในรูปแบบเรียบง่าย โดยที่การให้เหตุผลในคำพิพากษาสมาารถสรุปข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเท่าที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยคดี และหากปรากฏว่าเป็นกรณีที่ศาลเคยมีแนวคำวินิจฉัยไว้แล้ว ศาลสามารถอ้างแนวคำวินิจฉัยที่มีก่อนหน้านั้นได้”

³⁸ หลังจากที่มีผู้เขียนได้จัดทำบทความฉบับนี้แล้วเสร็จ ได้ปรากฏว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2023 คือ รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 36 ลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2023 ให้ใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งออกตามความในมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 78 ลงวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 2022 ว่าด้วยการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งกฎหมายฉบับล่าสุดนี้ลงประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 77 ลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2023 และให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2023 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายฉบับใหม่นี้มีค่อนข้างมาก ผู้เขียนจึงขอเสนอเป็นบทความในครั้งถัดไป เพื่อให้เห็นพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนยิ่งขึ้นตามลำดับ

บรรณานุกรม

หนังสือ ตำรา เอกสารวิชาการภาษาไทย

- จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (Government Contracts), (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554)
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561)
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563)
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555)
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554)
- สรุปการเสวนาทางวิชาการเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายปกครองระหว่างสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หัวข้อ “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ปัญหาปัจจุบันและทางออกในอนาคต” จัดขึ้นเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2565 ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น 11 อาคารศาลปกครอง

หนังสือ ตำรา เอกสารวิชาการภาษาต่างประเทศ

- Corso di formazione dei dirigenti e funzionari della Regione siciliana, La disciplina dei contratti pubblici dopo il D.lgs. n. 50/2016 ed il D.lgs. n. 56/2017
- Claudia De Nittis, I contratti della pubblica amministrazione, III Edizione, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, Napoli, 2010
- Eugenio Mele, I contratti delle pubbliche amministrazioni, Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano 2011
- Gianmario Palligiano e Umberto G. Zingales, Il codice del nuovo processo amministrativo: Prima lettura sistematica del D.Lgs 2 luglio 2010, n. 1040. Milano : IPSOA, 2010
- Laurence FOLLIO and Simone TORRICELLI (Edited by), Oversight and Challenges of public contracts, Edition Bruylant, Bruxelles, Belgium, 2018