การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง
AN ALTERATION OF PRIVATE PARTNERSHIP IN PROCUREMENT CONTRACT

รัชนี ทองเรือง

Ratchanee Thongrueang

นิสิตปริญญาโท หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 6380106034@student.chula.ac.th
Graduate student of Master of Laws Program in Laws, Common Course,
Faculty of Law, Chulalongkorn University
Email address: 6380106034@student.chula.ac.th

Received : March 28, 2024
Revised : May 27, 2024
Accepted : October 16, 2024

บทคัดย่อ

การที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างกับเอกชน ในลักษณะที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น การดำเนินการย่อมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งต้องผ่านกระบวนการคัดเลือกเอกชนที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาและขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด โดยหน่วยงานของรัฐอาจจะใช้เกณฑ์ราคา เกณฑ์เทคนิค หรือเกณฑ์ราคาประกอบเกณฑ์เทคนิค แล้วแต่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดซื้อจัดจ้างที่หน่วยงานของรัฐใช้เกณฑ์เทคนิคนั้น เอกชนที่ได้รับการคัดเลือกเข้ามาเป็นคู่สัญญา จะต้องผ่านวิธีการและคุณสมบัติตามที่หน่วยงานของรัฐและกฎหมายกำหนด คุณสมบัติของคู่สัญญาจึงถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา แต่อย่างไรก็ดี พบว่าปัจจุบันในระหว่างการดำเนินงานตามสัญญา มีการแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้มีการโอนหน้าที่ตามสัญญาให้เอกชนรายอื่น อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งเอกชนรายใหม่นั้นไม่ได้ผ่านกระบวนการคัดเลือกตามที่หน่วยงานของรัฐและกฎหมายกำหนดแต่อย่างใด ทั้งที่ในสัญญาบางประเภทคุณสมบัติของคู่สัญญาถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เมื่อหน่วยงานของรัฐไม่ได้พิจารณาคุณสมบัติของเอกชนรายใหม่ที่เข้ามาแทนที่ตามขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดนั้น เอกชนรายใหม่ที่เข้ามาแทนที่เอกชนรายเดิมนั้นอาจไม่มีคุณสมบัติหรือความสามารถในการดำเนินงานตามสัญญาได้ ดังนั้น การแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นจึงอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง มีเพียงแนวทางชักซ้อมความเข้าใจของกรมบัญชีกลางเท่านั้น และนิติวิธีในการนำกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับกฎหมายปกครองยังขาดความชัดเจนอยู่มาก ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการนำบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ 41 ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐ (41 US Code) มาตรา 6305 ประกอบ FAR 42.1204 Applicability of Novation Agreement และสหภาพยุโรป คือ Directive 2014/24/EU มาตรา 72 มาปรับใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและ

การบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ของประเทศไทยต่อไป เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และเป็นการรักษาประโยชน์ของรัฐอีกทางหนึ่ง

คำสำคัญ

สัญญาทางปกครอง, สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง, การแปลงหนี้ใหม่

ABSTRACT

When a government agency engages in procurement with a private sector in the form of an administrative contract, the process is governed by the Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2560 (2017). This requires the agency to follow the established procedures for selecting the private sector to be the contractual party and adhere to the steps mandated-by law. Government agency may use price criteria, technical criteria, or a combination of both, depending on the case. Specifically, in procurement where government agency uses technical criteria, private parties selected as contractual partners must undergo the processes and meet the qualifications as required by the government agency and the law, so the qualifications of the contractual parties are considered the essence of the contract. It was found that at present, during the implementation of the contract, the contract was amended by changing the counterparty of the private sector. The parties have transferred their obligations under the contract to other private parties. This is a conversion of debtors. The new private parties have not passed the screening process as required by the government or the law, even though in certain types of contracts, the qualifications of the contractual party are considered a key element in procurement contract. When a government agency fails to consider the qualifications of a new private replacement in accordance with the procedures and regulations required by law, the new private replacement may not have the qualifications or ability to carry out the contract. Therefore, amending the contract by changing the contractual party may be unlawful.

The study has revealed that there is no specific law to prohibit the replacement of private contractors in procurement contracts. Instead, there are only guidelines provided by the Federal Accounting Department for practical understanding. The legal method for applying private law to administrative law remains unclear. Consequently, the author agrees to apply the provisions prohibiting the replacement of private contractors in US and EU procurement contracts into the Public Procurement and Supplies Administration Act, B.E. 2017, in Thailand.

Keywords

Administrative Contracts, Procurement Contract, Novation

1. บทนำ

การจัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชน ถือเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐ แต่ด้วยข้อจำกัดทั้งด้านองค์ความรู้ ทรัพยากรบุคคล และงบประมาณ ทำให้รัฐรวมถึงองคาพยพของรัฐเองไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะในทุกด้านด้วยตนเองได้ทั้งหมด จึงมีการมอบหมายให้เอกชนเข้ามาร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ รูปแบบที่สำคัญอย่างหนึ่งที่รัฐใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ คือ การจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสัญญาทางปกครอง จะเห็นได้ว่าเป็นการทำสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับเอกชน ดังนั้น ในการคัดเลือกคู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น ในเบื้องต้นกฎหมายจะมีการกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าเป็นคู่สัญญา เช่น จะต้องเป็นผู้ที่มีผลประกอบการเป็นกำไร จะต้องมีบุคลากรหรือเครื่องจักรเครื่องมืออยู่ก่อนหรือขณะเข้าเสนอราคา จะต้องไม่เป็นผู้ทิ้งงาน[1] เป็นต้น เมื่อหน่วยงานของรัฐพิจารณาและคัดเลือกผู้เข้าเสนอราคาและตกลงทำสัญญากับฝ่ายเอกชนแล้วผลของการเป็นสัญญาทางปกครอง คือ คู่สัญญาต่างมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน และด้วยลักษณะเฉพาะของสัญญาทางปกครองทำให้ฝ่ายรัฐมีสิทธิเหนือฝ่ายเอกชน[2] และฝ่ายเอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของฝ่ายเอกชนนั้น มีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ ในกรณีที่สัญญาทางปกครองที่ถือคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญค่อนข้างมาก การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหน้าที่ของตนไปให้บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่คู่สัญญากับรัฐตั้งแต่แรกโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาทางปกครองแล้วนั้น พบว่ายังไม่มีหลักกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่มีการนำเอาหลักสัญญาทั่วไปทางเอกชนมาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งการนำหลักสัญญาทั่วไปทางเอกชนมาใช้ดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยผู้เขียนเน้นศึกษาเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ในมิติของสัญญาทางปกครอง ว่าในประเทศไทยใช้หลักเกณฑ์อย่างไร และในกฎหมายต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวอย่างไร ซึ่งพบว่า กรณีที่ทำสัญญาทางปกครองขึ้นมาแล้ว การที่จะดำเนินการอันใดนอกเหนือไปจากที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในตอนแรก คู่สัญญาจะต้องดำเนินการแก้ไขสัญญา ดังนั้น การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องกระทำโดยการแก้ไขสัญญา ซึ่งประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นหนึ่งในสมาชิกสหภาพยุโรป มีหลักการที่คล้ายคลึงกัน จะมีจุดต่างกันตรงที่ของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของสหภาพยุโรปด้วย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดในเรื่องของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาทางปกครองไว้อย่างชัดเจนไม่ได้มีการอนุโลมเอาหลักทางเอกชนมาใช้บังคับ แต่อย่างใด

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น เป็นการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ซึ่งหน้าที่เป็นสิ่งที่ผูกพันอยู่กับตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่โดยหลักจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยตัวเอง ดังจะเห็นได้จากขั้นตอนการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีการกำหนดขอบเขตและรายละเอียดของงานในร่างสัญญาฯ จะเห็นได้ว่าคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนถือว่าเป็นสาระสำคัญอย่างมาก ดังนั้น การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นไม่สามารถมีการเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญาได้ เพราะหากมีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาได้ด้วยวิธีการแก้ไขสัญญาดังกล่าวจะส่งผลให้ขั้นตอน กระบวนการกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติ กระบวนการพิจารณาและคัดเลือกผู้เข้าเสนอราคาและทำสัญญากับฝ่ายปกครองไม่มีความหมาย ซึ่งการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเช่นนี้ย่อมไม่เป็นธรรมกับผู้ที่เข้าร่วมการเสนอราคารายอื่น ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ จึงควรมีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์มากำหนดไว้

[1] ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2563) 56.

[2] นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2556) 25.

อย่างชัดเจนในลักษณะเป็นการห้ามไม่ให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ทั้งนี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ และเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมแก่ผู้ที่เข้าเสนอราคาเพื่อแข่งขันประมูลให้ได้มาซึ่งสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง อนึ่ง เมื่อมีการกำหนดห้ามไม่ให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างก็จะนำไปสู่การสิ้นสุดสัญญา และก่อให้เกิดการนำโครงการหรือสัญญานั้นเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกเอกชนรายใหม่ที่มีความสามารถเข้าแข่งขันและเสนอราคาต่อไป ซึ่งจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชนทุกราย และในทางกลับกันก็จะเป็นการรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็ควรยกเว้นให้สามารถแก้ไขสัญญาเพื่อเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ เช่น การสืบสิทธิของเอกชนรายเดิม ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องเป็นไปตามหลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาเรื่องปัญหาการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และจะศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศ เพื่อให้เข้าใจถึงแนวคิด ทฤษฎีของสัญญาทางปกครองมากยิ่งขึ้น ตลอดจนการค้นหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม เพื่อจะนำมาปรับใช้กับเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในมิติของสัญญาทางปกครองของประเทศไทยต่อไป

2. ความหมายของสัญญาทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ในมาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” เมื่อพิจารณาจากข้อความข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองนั้น ประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง ประการที่สองต้องเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งดังนี้ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาทางปกครองประเภทอื่น ๆ นอกจากข้างต้น กฎหมายได้เปิดช่องว่างให้ศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้ทำหน้าที่กำหนดแนวทางและวางหลักต่อไป ทั้งนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้วางหลักโดยมีมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญาที่จัดให้ทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษแสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”[3] อนึ่ง ประเภทของสัญญาทางปกครองในประเทศไทย อาจแยกพิจารณาได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำ

[3] โภคิน พลกุล, *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานศาลปกครอง 2547) 54 - 55.

บริการสาธารณะ สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากสัญญาทั้ง 4 ประเภทดังกล่าว สัญญาทางปกครองยังหมายความรวมถึงสัญญาอื่น ๆ ที่เข้าหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครองทั้งสององค์ประกอบ และสัญญาทางปกครองที่มีการทำกันมากที่สุดก็คงจะหนีไม่พ้นสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

อนึ่ง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้อธิบายว่า การจัดซื้อจัดจ้าง หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ พัสดุ หมายความว่า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษาและงานจ้างออกแบบ หรือควบคุมงานก่อสร้าง รวมทั้งการดำเนินการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง[4] และมีนักกฎหมายให้คำอธิบายว่า การจัดซื้อจัดจ้าง (procurement) ของทางราชการ คือ การดำเนินการที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้างฝ่ายหนึ่งกับเอกชนในฐานะผู้ขายหรือผู้รับจ้างอีกฝ่ายหนึ่ง โดยใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าไว้ด้วยกัน[5] โดยคำอธิบายข้างต้นยังไม่มีการให้ความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านได้อธิบายไว้ว่า สัญญาเกี่ยวกับการพัสดุ หมายถึง สัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน และการเช่า[6] เมื่อได้ทราบความหมายของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างแล้ว การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องและสอดคล้องกับกฎหมาย โดยกฎหมายหลักที่ถูกนำมาใช้ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และยังมีกฎหมาย หลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เช่น ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ และหนังสือเวียน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอื่นที่ถูกนำมาใช้บังคับด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ กฎหมายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ จะมีการบังคับใช้ตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย[7]

3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

รัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน ทั้งในเรื่องการดูแลความปลอดภัยของประชาชน ตลอดจนการอำนวยความสะดวกเรื่องต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตของประชาชนให้ประชาชนภายในรัฐมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น โดยรัฐดำเนินการเอง หรือมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในการจัดทำบริการสาธารณะแทนก็ได้ ซึ่งสัญญาทางปกครองถือเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญที่ให้รัฐใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยทั่วไปในการจัดทำสัญญาทางปกครองมีหลักการที่สำคัญที่รัฐจะต้องคำนึงถึงและถือปฏิบัติด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ หลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งของการทำสัญญาทางปกครองคือต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของส่วนรวม ดังนั้น กระบวนการทำสัญญาตั้งแต่ขั้นตอนของการประกาศเชิญชวน การคัดเลือก การลงนาม รวมไปถึงขั้นตอนอื่น ๆ ต้องโปร่งใสเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริต และต้องเปิดโอกาสให้เอกชนมีแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรม อันจะทำให้ฝ่ายปกครองได้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับสัญญาทางปกครองประเภทนั้น ๆ จึงควรคำนึงถึงหลักกฎหมาย ดังต่อไปนี้

[4] พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4.

[5] ภิรมย์ สิมะเสถียร, ‘ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ’ (สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย, ห้อง นภาลัย โรงแรมดุสิตธานี, 19-20 พฤศจิกายน 2541) 1.

[6] จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *สัญญาของรัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, วิญญูชน 2554) 50.

[7] กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา และคณะ, *สัญญาจ้างก่อสร้างภาครัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด 2564) 74.

3.1 หลักประโยชน์สาธารณะ

สาระสำคัญของหลักประโยชน์สาธารณะ คือ ประโยชน์ที่คนส่วนใหญ่ในสังคมได้รับ โดยผลประโยชน์ของส่วนรวมนั้นไม่มีปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งเป็นเจ้าภาพในการดูแลรักษาอย่างแท้จริง จึงนำไปสู่การคิดค้นข้อความคิดว่าด้วย “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ส่วนรวมของคนในสังคม และในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของส่วนรวมอันเป็นคนส่วนมากในสังคมหรือที่เรียกว่าผลประโยชน์สาธารณะ ต้องให้ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวหรือมาก่อนประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่ยอมสละประโยชน์ส่วนตัวของตน ก็ต้องให้รัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการจัดการ ทั้งนี้ เป็นการกระทำในนามของคนหมู่มากและทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ[8]

3.2 หลักความโปร่งใส

สาระสำคัญของหลักความโปร่งใส คือ การดำเนินการที่ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ประชาชนสามารถรับรู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐได้โดยง่าย และประชาชนสามารถตรวจสอบได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานของรัฐซึ่งดำเนินการโดยใช้งบประมาณของแผ่นดิน เมื่อนำหลักความโปร่งใสมาใช้ในบริบทของการจัดซื้อจัดจ้างแล้ว มีองค์ประกอบที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการ 3 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารการจัดซื้อจัดจ้าง กฎหมาย กฎเกณฑ์ และระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ให้ผู้ค้ารวมไปถึงประชาชนทั่วไปได้รับทราบ

ประการที่ 2 กำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการจัดซื้อจัดจ้างไว้โดยชัดแจ้ง

ประการที่ 3 มีการควบคุมและบังคับใช้กฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือระเบียบวิธีปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้าง

ทั้งนี้ หากรัฐดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามหลักความโปร่งใส ย่อมเป็นการสร้างความเชื่อมั่นหรือหลักประกันให้กับประชาชนได้ว่า การดำเนินงานของรัฐนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีการทุจริตหรือไม่[9]

3.3 หลักการแข่งขันเสรี

สาระสำคัญของหลักการแข่งขันเสรี คือ การทำให้เกิดโอกาสในการแข่งขันอย่างเปิดกว้าง ซึ่งเรื่องการแข่งขันอย่างเสรีนั้น มีความเชื่อมโยงมาจากลัทธิทางเศรษฐกิจสองลัทธิ คือ ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก และลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.3.1 ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก มีแนวความคิดว่า การพัฒนาเศรษฐกิจที่ดีจะนำไปสู่ความเจริญของประชาชนและบ้านเมืองนั้น รัฐต้องปล่อยให้ประชาชนมีเสรีภาพในด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจ ด้านการค้าและอุตสาหกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการประกอบกิจการต้องให้เสรีภาพประชาชนในการบริโภค โดยผู้ผลิตและผู้บริโภคมีความเป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน มีการแข่งขัน มีการแบ่งงานกันทำ ทั้งนี้ ถ้าสังคมใดมีการซื้อขายแลกเปลี่ยนกันมาก แข่งขันกันมาก เศรษฐกิจของสังคมนั้นก็จะดีมากตามไปด้วย ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องเศรษฐกิจ ควรปล่อยให้ประชาชนดำเนินการเองโดยปล่อยให้เป็นไปตามความต้องการซื้อและต้องการขายของประชาชนเอง เพราะจะมีมือที่มองไม่เห็น (Invisible hand) ที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นกลไกในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของสังคมและพัฒนาไปสู่ความเจริญของรัฐ สรุปได้ว่า ตามแนวความคิดลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก รัฐต้องปล่อยให้

---

[8] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี* (พิมพ์ครั้งที่ 1 ,สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538) 300.

[9] ครรชิตพล สุนทรชัยยา, ‘ข้อตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement Agreement) ภายใต้กรอบ WTO : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 19-20.

เอกชนดำเนินการ โดยรัฐไม่ต้องยุ่ง หรือที่เรียกกันว่า “laissez-faire” เพราะวิธีนี้เป็นวิธีที่ดีที่สุดในการพัฒนาเศรษฐกิจ[10]

3.3.2 ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม มีที่มาจากลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิก โดยการนำแนวความคิดของลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยมคลาสสิกมาพัฒนาต่อยอดให้ดีขึ้น แก้ไขข้อบกพร่องและข้อด้อย ซึ่งมีนักคิดคนสำคัญ ได้แก่ Jeremy Bentham, James Mill, John Stuart Mill และ John Maynard Keynes เป็นต้น ทั้งนี้ ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองเสรีนิยม มีแนวความคิดว่าระบบเศรษฐกิจต้องใช้หลักประโยชน์นิยมในการดำเนินระบบเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนสูงสุด โดยต้องเพิ่มบทบาทของรัฐให้รัฐเข้ามาแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อวางกรอบให้เกิดการแข่งขันอย่างแท้จริง ลดการผูกขาดทางเศรษฐกิจของทุนขนาดใหญ่ อันจะเป็นการสร้างสมดุลทางเศรษฐกิจควบคู่ไปกับกลไกของตลาด

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ของทั้งสองลัทธิต่างก็มีจุดร่วมกันและให้ความสำคัญกับเรื่องการแข่งขันเหมือนกัน อันเป็นที่มาของหลักการแข่งขันเสรีที่ปรากฏในระบบกฎหมายปัจจุบันหลักการแข่งขันเสรี คือ หลักการซึ่งมุ่งคุ้มครองบุคคลทุกคนให้สามารถแย่งชิงสิ่งที่ต้องการได้โดยไม่สร้างข้อจำกัดใด ๆ แก่ผู้ที่เข้าแข่งขันบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ หลักการแข่งขันเสรี อีกนัยหนึ่ง คือ การรับรองให้บุคคลทุกคนมีอิสระในการประกอบกิจการการค้าและอุตสาหกรรมในระบบของการแข่งขัน โดยไม่ถูกจำกัด ไม่ถูกแทรกแซงโดยตรง หรือมีการออกกฎเกณฑ์จากรัฐ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน การรับรองหลักการแข่งขันเสรีในประเทศที่ใช้ระบบเสรีประชาธิปไตย เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส แคนนาดา และญี่ปุ่น เป็นต้น จะมีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างประเทศฝรั่งเศส ปรากฏในกฎหมายลงวันที่ 2 และ 7 มีนาคม ค.ศ. 1791 และรัฐกำหนด ลงวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1986 ส่วนประเทศไทย ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 40[11] หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 73[12] และมาตรา 75[13] จะเห็นได้ว่า ในรัฐธรรมนูญของไทย มีการรองรับหลักการแข่งขันเสรี ดังนั้น ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ โดยวิธีการที่มีสัญญาทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้อง จะต้องให้ความสำคัญและคำนึงถึงหลักการดังกล่าวเพื่อให้รัฐและประชาชนได้ประโยชน์สูงสุด[14]

---

[10] กฤษณ์ วสีนนท์, ‘หลักการแข่งขันเสรี: ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ’ ใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (บรรณาธิการ) ดอกไม้ไหว้ครู รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์วิษณุ เครืองาม (บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด 2554) 121.

[11] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรมการป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น...”

[12] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 73 “รัฐพึงจัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่ช่วยให้เกษตรกรประกอบเกษตรกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้ผลผลิตที่มีปริมาณและคุณภาพสูง มีความปลอดภัย โดยใช้ต้นทุนต่ำและสามารถแข่งขันในตลาดได้ และพึงช่วยเหลือเกษตรกรผู้ยากไร้ให้มีที่ทำกินโดยการปฏิรูปที่ดินหรือวิธีอื่นใด”

[13] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “มาตรา 75 รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาสได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

รัฐต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม การจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือการจัดทำบริการสาธารณะ...”

[14] กฤษณ์ วสีนนท์ (เชิงอรรถ 10) 124 -130.

นอกจากนี้ โดยทั่วไปการที่รัฐทำสัญญาใดสัญญาหนึ่งขึ้น จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากพิจารณาในเรื่องการทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างอาจมีทั้งลักษณะที่เป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือสัญญาทางปกครองแล้วแต่กรณี โดยประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ กล่าวคือ มีศาลยุติธรรมและศาลปกครองแยกต่างหากจากกัน หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองสัญญานั้นย่อมต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง รวมไปถึงกฎหมายและหลักกฎหมายปกครองด้วย ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าสัญญาจัดซื้อจัดจ้างใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะตามความหมายของสัญญาทางปกครองหรือไม่

4. หลักการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายไทย

ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีความสำคัญ แต่กลับไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญากันเอง หรือหน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน[15] ดังนั้น สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนแม้จะเป็นสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง ในทางปฏิบัติก็มักจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาทางปกครอง โดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิมเป็นเอกชนรายใหม่ โดยพิจารณาจากเรื่องหน้าที่ของคู่สัญญา จะเห็นว่าเอกชนรายเดิมย่อมมีหน้าที่หรือเป็นลูกหนี้ของหน่วยงานของรัฐ การเปลี่ยนตัวผู้ทำหน้าที่หรือลูกหนี้ย่อมเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ อันมีผลทำให้ ความผูกพันตามสัญญาเดิมระงับและเกิดความผูกพันตามสัญญาใหม่ ดังนั้น การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง จึงมีลักษณะอย่างเดียวกันกับการแปลงหนี้ใหม่[16] ในกฎหมายเอกชน

4.1 ความหมายของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา หรือการแปลงหนี้ใหม่

ฐานความคิดของการแปลงหนี้ใหม่ คือ ความระงับแห่งหนี้ประเภทที่ไม่ได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความพึงพอใจ เพราะไม่ได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ในหนี้เดิมหรือหนี้ใหม่ การแปลงหนี้ใหม่จึงเป็นเพียงการเปลี่ยนความสัมพันธ์ทางหนี้จากหนี้เดิมให้กลายเป็นหนี้ใหม่เท่านั้น[17] ซึ่งการแปลงหนี้นั้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของการแปลงหนี้ใหม่ไว้ เช่น

จิตติ ติงศภัทิย์ อธิบายว่า แปลงหนี้ใหม่ คือ สัญญาซึ่งคู่กรณีในมูลหนี้ได้ตกลงเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม และหนี้เดิมนั้นเป็นอันระงับสิ้นไปโดยมีหนี้ใหม่ขึ้นแทนที่[18]

ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า “แปลงหนี้ใหม่ คือ สัญญาซึ่งคู่กรณีในมูลหนี้ได้ตกลงเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม และหนี้เดิมเป็นอันระงับสิ้นไปโดยมีหนี้ใหม่ขึ้นแทนที่”[19] การเปลี่ยนแปลงที่ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ เช่น การที่เจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือการที่เจ้าหนี้ได้ปลดประกันให้แก่ลูกหนี้ เป็นต้น

---

[15] นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 2) 219.

[16] จุลสิงห์ วสันตสิงห์ (เชิงอรรถ 6) 113.

[17] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้)* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2566) 551.

[18] จิตติ ติงศภัทิย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2503) 240.

[19] ปรีดี พนมยงค์, *บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โรงพิมพ์นิติสาสน์ 2472) 339.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ อธิบายว่า การแปลงหนี้ใหม่ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาในความสัมพันธ์ทางหนี้ได้แทนที่ความสัมพันธ์เดิมด้วยความสัมพันธ์ทางหนี้อันใหม่ หรือแทนที่คู่สัญญาเดิมฝ่ายหนึ่งด้วยบุคคลภายนอกคนใหม่ ส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางหนี้เดิมนั้นระงับสิ้นไปและเกิดหนี้อันใหม่สำหรับคู่สัญญาเดิมหรือเกิดหนี้ต่อบุคคลใหม่[20]

สรุปได้ว่า การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ คือ กรณีที่เจ้าหนี้อาจตกลงกับบุคคลที่สาม ให้เข้ารับเป็นลูกหนี้แทนลูกหนี้เดิม แต่จะทำโดยขืนใจลูกหนี้เดิมไม่ได้ ทั้งนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ย่อมทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเดิมสิ้นสุดลง กล่าวคือ ลูกหนี้เดิมย่อมหลุดพ้นจากหนี้เดิมไปและลูกหนี้คนใหม่เข้ามามีความผูกพันตามหนี้ใหม่แทน[21] ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไซร้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่” มาตรา 350 บัญญัติไว้ว่า “แปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้น จะทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ก็ได้ แต่จะทำโดยขืนใจลูกหนี้เดิมหาได้ไม่”

4.2 หลักเกณฑ์การแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ต้องประกอบด้วย เจตนาของคู่สัญญาเดิมที่มุ่งจะระงับหนี้เดิม และก่อหนี้ใหม่ หัวใจของการแปลงหนี้ใหม่ คือ การทำสัญญากันเพื่อเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ดังนั้น เจตนาที่จะระงับหนี้เดิมต้องเป็นเจตนาที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัย ต้องมีการตกลงเปลี่ยนสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ให้แตกต่างจากหนี้เดิม ได้แก่ การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรืออาจจะเปลี่ยนทั้งตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ การเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ การเปลี่ยนเงื่อนไขของหนี้ และหนี้เดิมที่จะเปลี่ยนแปลงเป็นหนี้ใหม่ได้นั้นต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ มิฉะนั้นจะแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ เพราะหนี้อันใหม่นี้จะต้องเข้าไปแทนที่ในหนี้อันเดิม ซึ่งมีหลักเกณฑ์[22] ดังนี้

(1) มีหนี้เก่าที่จะเปลี่ยนแปลงหรือมีหนี้เดิมผูกพันกันอยู่ เนื่องจากการแปลงหนี้ใหม่ทำขึ้นเพราะต้องการระงับหนี้เดิม ดังนั้น จึงต้องมีหนี้เดิมที่ผูกพันกันอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งอาจจะเกิดจากมูลสัญญาหรือมูลละเมิดหรือมูลหนี้อื่นใดก็ได้ ทั้งนี้ หากไม่มีหนี้เดิมอยู่ก็จะมีการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้

(2) มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ คือ คู่กรณีมีการตกลงกันโดยมีความประสงค์ที่จะแปลงหนี้ใหม่[23]

(3) คู่กรณีทำสัญญาเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ซึ่งสิ่งที่เป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ที่จะตกลงเปลี่ยนแปลงนั้น อาจมีอย่างเดียวหรือหลายอย่างก็ได้ สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ ได้แก่

1) มูลแห่งหนี้ คือ ที่มาแห่งหนี้ ซึ่งมูลแห่งหนี้แต่ละอย่างทำให้เกิดความรับผิดที่แตกต่างกัน

2) ตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ เนื่องจากหนี้นั้นเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาระหว่างกัน หากไม่มีเจ้าหนี้และลูกหนี้ก็ไม่มีหนี้ ดังนั้น เจ้าหนี้กับลูกหนี้จึงเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

การเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

3) วัตถุแห่งหนี้ หนี้นั้นมีวัตถุแห่งหนี้ 3 ประการ ได้แก่ กระทำการ งดเว้นกระทำการ และโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน

---

[20] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ (เชิงอรรถ 17) 551.

[21] ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 14, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2566) 592.

[22] เพิ่งอ้าง 593 - 618.

[23] ดาราพร ถิระวัฒน์, *กฎหมายหนี้หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2566) 261.

4) เงื่อนไขของหนี้ การยกเลิก เพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของหนี้ เช่น นาย A ทำสัญญาซื้อขายรถกับนาย B ต่อมาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการตกลงกันแก้ไขสัญญาโดยมีการปรับเนื้อความเป็นว่า นาย A จะขายรถให้กับนาย B ก็ต่อเมื่อนาย A ซื้อรถยนต์คันใหม่เรียบร้อยแล้ว จึงจะขายให้นาย B เป็นต้น[24]

(4) คู่กรณีมีความประสงค์ที่จะระงับหนี้เดิม เพราะถ้าหากคู่สัญญาไม่มีความประสงค์ที่จะให้หนี้เดิมระงับก็อาจเป็นเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง หรือเป็นการเพิ่มตัวลูกหนี้ใหม่เข้ามารับผิดในหนี้เดิม ซึ่งไม่มีผลทำให้หนี้เดิมระงับไปแต่อย่างใด

(5) หนี้ใหม่ต้องเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ หากหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ หนี้เดิมย่อมไม่เป็นอันระงับสิ้นไป เหตุที่จะทำให้หนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ ได้แก่ การแสดงเจตนาบกพร่อง ไม่ทำตามแบบของสัญญา คู่สัญญาไม่มีอำนาจทำสัญญา เป็นต้น

4.3 วิธีการแปลงหนี้ใหม่

ในการแปลงหนี้ใหม่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องต้องมีการแสดงเจตนาระหว่างกันและทำเป็นสัญญา ซึ่งสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นโดยหลักไม่มีแบบ เว้นแต่กรณีหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ทำตามแบบของกฎหมาย ซึ่งวิธีการการแปลงหนี้ใหม่ให้ดำเนินการตามแต่กรณี[25] ดังต่อไปนี้

(1) การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ต้องทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้เดิม ลูกหนี้ และเจ้าหนี้ใหม่ และต้องทำเป็นหนังสือซึ่งเป็นแบบที่กฎหมายบังคับเช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้อง[26] ทั้งนี้ เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญากันทั้งสามฝ่ายแล้วก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิอีก เพราะลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมด้วยในการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้มาตั้งแต่แรกแล้ว

(2) การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ ทำได้ 2 วิธี[27] โดยสามารถเลือกใช้วิธีใดวิธีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) ทำเป็นสัญญา 3 ฝ่าย ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้เดิม และลูกหนี้ใหม่

2) ทำเป็นสัญญา 2 ฝ่าย ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ ซึ่งต้องไม่เป็นการขืนใจลูกหนี้เดิม

(3) การแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวหนี้หรือเปลี่ยนสาระสำคัญของหนี้อย่างอื่นนั้น เนื่องจากไม่มีการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ การทำสัญญาจึงสามารถทำได้ระหว่างคู่กรณีหรือคู่สัญญาเดิม

4.4 ผลของการแปลงหนี้ใหม่

การแปลงหนี้ใหม่ส่งผลให้ความสัมพันธ์ทางหนี้อันเดิมซึ่งเป็นฐานของหนี้อันเดิมถูกแทนที่ด้วยความสัมพันธ์ทางหนี้อันใหม่ กล่าวคือ หนี้เดิมเป็นอันระงับ คู่กรณีย่อมต้องผูกพันกันตามหนี้ใหม่ ดังนั้น เจ้าหนี้จะใช้สิทธิฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามหนี้เดิมไม่ได้ นอกจากนี้ เมื่อหนี้ตามสัญญาเดิมระงับซึ่งเป็นสัญญาประธาน ในกรณีการค้ำประกันเมื่อมีการแปลงหนี้ใหม่แล้ว ย่อมส่งผลให้หนี้เดิมระงับและผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดด้วย[28] เว้นแต่ผู้ค้ำประกันจะได้เข้าค้ำประกันหนี้ใหม่อีก และในกรณีจำนำหรือจำนองเป็นประกัน คู่สัญญาอาจตกลงกันให้มีการโอนสิทธิจำนำหรือจำนองตามหนี้เดิมให้ไปอยู่ในหนี้ใหม่ด้วยก็ได้ แต่มีหลักประกันเท่าหนี้เดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 352 บัญญัติว่า “คู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่อาจโอนสิทธิจำนำ หรือจำนองที่ได้ให้ไว้เป็นประกัน

---

[24] เพิ่งอ้าง 263.

[25] เพิ่งอ้าง 265.

[26] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 วรรคหนึ่ง “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ”.

[27] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์ (เชิงอรรถ 17) 560.

[28] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1944/2516 การแปลงหนี้ใหม่ย่อมทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไป ส่วนประกันของหนี้เดิมอันเป็นอุปกรณ์ของหนี้ เช่น จำนอง ถ้าคู่กรณีในการแปลงหนี้ใหม่มิได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ก็ย่อมระงับไปด้วยเช่นเดียวกัน

หนี้เดิมนั้นไปเป็นประกันหนี้รายใหม่ได้ เพียงเท่าที่เป็นประกันวัตถุแห่งหนี้เดิม แต่หลักประกันเช่นว่านี้ ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ไซร้ท่านว่าจำต้องได้รับความยินยอมของบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงโอนได้"[29]

4.5 ตัวอย่างการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาทางปกครอง

เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้รับการพัฒนามาไม่นานมากนัก จึงยังทำให้ไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะและยังไม่เป็นระบบระเบียบเมื่อเทียบกับสัญญาของกฎหมายเอกชนซึ่งมีพัฒนาการมายาวนานและมีกฎเกณฑ์ที่เป็นระบบระเบียบ ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นสังคมจึงจำเป็นต้องนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับ และการแปลงหนี้ใหม่ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไม่มีกฎหมายปกครองบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะกรณีจึงต้องนำกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามกฎหมายเอกชนข้างต้นมาใช้บังคับ ดังตัวอย่างของคำพิพากษาศาลปกครอง ข้อหารือของสำนักงานอัยการ และหนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 736/2563[30] คณะกรรมการนโยบายข้าว (สนข.) มีมติดำเนินโครงการจำนำข้าวเปลือกนาปี โดยให้องค์การคลังสินค้าเป็นผู้รับฝากและออกใบประทวนสินค้า ต่อมาองค์การคลังสินค้ากับ บริษัท ก. ได้ทำสัญญาฝากเก็บ แปรสภาพ และจัดจำหน่าย (โครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี) หลังจากที่ทำสัญญาดังกล่าวองค์การคลังสินค้าได้ฝากเก็บข้าวเปลือกประเภทข้าวหอมมะลิไว้กับบริษัท ก. ต่อมาองค์การคลังสินค้าได้มีคำสั่งให้บริษัท ก. สีแปรสภาพข้าวเปลือกเป็นข้าวสารและส่งมอบไปยังคลังสินค้า แต่ปรากฏว่าบริษัท ก. ไม่ส่งมอบข้าวสารตามจำนวนที่องค์การคลังสินค้ามีคำสั่ง และบริษัท ก. ได้มีการขอซื้อข้าวสารที่ค้างส่งมอบโดยองค์การคลังสินค้าตกลงให้มีการซื้อคืนได้ คดีจึงมีประเด็นว่า การที่บริษัท ก. ผิดสัญญาไม่ส่งมอบข้าวสารนั้นต้องรับผิดชดใช้เงินตามสัญญาให้กับองค์การคลังสินค้าหรือไม่

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ในสัญญากำหนดไว้ว่า กรณีที่บริษัท ก. ไม่สามารถสีแปรสภาพข้าวเปลือกเป็นข้าวสารได้ตามคุณภาพที่องค์การคลังสินค้ากำหนด บริษัท ก. ตกลงชำระเบี้ยปรับ และการที่ไม่สามารถส่งมอบข้าวสารให้องค์การคลังสินค้าภายในกำหนดระยะเวลานั้น บริษัท ก. จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องชำระเบี้ยปรับให้แก่องค์การคลังสินค้า ทั้งนี้ การที่องค์การคลังสินค้าตกลงให้มีการซื้อข้าวสารคืนได้ แม้ยังจะไม่มีการชำระราคาก็ถือว่าสัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นแล้ว โดยสัญญาซื้อขายดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของหนี้เดิมที่บริษัท ก. มีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบข้าวสารให้แก่องค์การคลังสินค้า เป็นให้บริษัท ก. ชำระค่าข้าวสารให้แก่องค์การคลังสินค้า ทำให้หนี้เดิมที่บริษัท ก. ต้องส่งมอบข้าวสารให้แก่องค์การคลังสินค้าเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือที่ 183/2541 การเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างก่อสร้างโดยให้ผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาผูกพันตามสัญญาแทนผู้รับจ้างรายเดิม เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยผู้รับจ้างรายเดิมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญา เมื่อผู้รับจ้างรายใหม่มิได้ผ่านขั้นตอนการประกวดราคาคัดเลือกเช่นเดียวกับผู้รับจ้างรายเดิม จึงไม่อาจกระทำได้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ส่วนการเพิ่มผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาสมทบกับผู้รับจ้างรายเดิม หากส่วนราชการผู้ว่าจ้างพิจารณาเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นโดยไม่ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์ย่อมกระทำได้ โดยการแก้ไขสัญญา[31]

---

[29] *ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, หลักกฎหมายหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 12, วิญญูชน 2564) 310 - 311.

[30] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 736/2563 <https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/05SearchSuit.html> สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2567

[31] จุลสิงห์ วสันตสิงห์ (เชิงอรรถ 6) 161.

คำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือที่ 45/2542 การเปลี่ยนแปลงคู่สัญญา ซึ่งผู้รับจ้างคู่สัญญาเดิมยังมีภาระผูกพันเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนสิทธิการรับเงินกับผู้รับโอนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนั้น เมื่อมีการตกลงกันเปลี่ยนตัวผู้รับจ้าง ความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ของผู้รับจ้างในสัญญาจ้างเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 แม้บริษัทฯ ผู้รับจ้างได้โอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาจ้างให้แก่บุคคลภายนอก คือ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ ได้บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือให้มหาวิทยาลัยผู้ว่าจ้างทราบแล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 ก็ตาม มหาวิทยาลัยจะต้องชำระเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างให้แก่บุคคลภายนอก (บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์) ผู้รับโอนก็เฉพาะค่าจ้างซึ่งบริษัทฯ ผู้รับจ้างมีสิทธิที่จะได้รับตามงวดงานในสัญญาจ้างอันเป็นสินจ้าง เพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำ นั้น น ซึ่งบริษัทฯ ผู้รับจ้างเดิมเป็นผู้ทำงานที่จ้างตามสัญญาและเป็นสิทธิเรียกร้องที่บริษัทฯ ได้โอนไปยังบุคคลภายนอก ในกรณีหากมีการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาใหม่ คู่สัญญาใหม่เป็นผู้รับจ้างและเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้เงินค่าจ้างจากการทำงานของคู่สัญญาใหม่ ย่อมเป็นสิทธิเรียกร้องของคู่สัญญาใหม่ มิใช่สิทธิเรียกร้องที่บริษัทคู่สัญญาเดิมได้โอนสิทธิเรียกร้องไปยังบุคคลภายนอก (บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์) แต่อย่างใด มหาวิทยาลัยผู้ว่าจ้างจึงสามารถจ่ายค่าก่อสร้างที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการของผู้รับจ้างรายใหม่ให้แก่ผู้รับจ้างรายใหม่ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 349 และ มาตรา 306[32]

หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/7997 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2562 เรื่อง ข้อหารือกรณีกิจการร่วมค้าขอแปลงสภาพเป็นนิติบุคคล[33] ข้อเท็จจริงปรากฏว่า การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) ได้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างด้วยการประกาศประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์และผู้ชนะการประกวด คือ กิจการร่วมค้า อีโนวา นิวแสงชัย หลังจากนั้น กฟน. ได้ติดต่อให้เข้ามาทำสัญญา แต่ปรากฏว่า กิจการร่วมค้า อีโนวา นิวแสงชัย ได้แปลงสภาพจากกิจการร่วมค้าเป็นบริษัทจดทะเบียนนิติบุคคลกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ภายใต้ชื่อ บริษัท ฮิปโปโปกัมบารุ จำกัด กฟน. จึงมีข้อสอบถามว่าจะสามารถทำสัญญากับบริษัท ฮิปโปโปกัมบารุ จำกัด ได้หรือไม่

คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กรมบัญชี มีความเห็นว่า กรณีนี้มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญา ซึ่งโดยหลักการแก้ไขสัญญาตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์ให้แก้ไขได้เฉพาะเนื้องานที่อยู่ในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาหรือข้อตกลงเท่านั้น มิได้มีเจตนาให้แปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ ดังนั้น ในกรณีนี้หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการจัดหาพัสดุโดยเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำรายงานขอซื้อขอจ้างใหม่ จนถึงได้ตัวคู่สัญญาแล้วจึงลงนามในสัญญาได้

หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.427 ลงวันที่ 21 กันยายน 2561 เรื่อง ซักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กรณีคู่สัญญาแปรสภาพนิติบุคคล[34] คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กรมบัญชี มีความเห็นว่า กรณีนิติบุคคลมีการแปรสภาพตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1246/5 และมาตรา 1246/6 รวมไปถึงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 180 มาตรา 184 และมาตรา 185 และไม่ทำให้ราชการต้องเสียประโยชน์ ให้หน่วยงานของรัฐลงนามในสัญญาเป็นหนังสือกับคู่สัญญาใหม่ที่ได้แปรสภาพแล้วได้

---

[32] จุลสิงห์ วสันตสิงห์ (เชิงอรรถ 6) 121.

[33] หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.427 เรื่อง ข้อหารือกรณีกิจการร่วมค้าขอแปลงสภาพเป็นนิติบุคคล (20 กุมภาพันธ์ 2562).

[34] หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.427 เรื่อง ซักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กรณีคู่สัญญาแปรสภาพนิติบุคคล (21 กันยายน 2561).

และแก้ไขเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาในสัญญาจากนิติบุคคลเดิมเป็นนิติบุคคลใหม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การแปรสภาพนิติบุคคลนอกเหนือจากข้อกฎหมายข้างต้นต้องให้หน่วยงานของรัฐเสนอให้คณะกรรมการวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป

ทั้งนี้ การแปลงหนี้ใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้หรือการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายระบุเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม ทำให้เรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ยังขาดความแน่นอนชัดเจนในทางปฏิบัติ ซึ่งเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของต่างประเทศ คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศมีกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

5. หลักการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สัญญาของรัฐ (Government contracts) มีกฎหมายห้ามไม่ให้มีการโอนสัญญาไปให้บุคคลที่สาม ในกรณีที่มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน กล่าวคือ การโอนสัญญาจากคู่สัญญารายเดิมไปให้คู่สัญญารายใหม่ซึ่งเป็นบุคคลที่สามถือเป็นการโอนสัญญาอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องการห้ามโอนสัญญาของรัฐนั้น มีรายละเอียด ดังนี้

กฎ 41 ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 6305[35] กำหนดสาระสำคัญว่าด้วยการห้ามโอนสัญญาและการโอนสิทธิบางประการที่ได้รับอนุญาตไว้ ดังนี้

โดยหลักคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับมอบสัญญาหรือคำสั่งจากรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ จะโอนสัญญาหรือคำสั่งหรือผลประโยชน์อื่นใดตามสัญญาหรือคำสั่งดังกล่าวให้แกคู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่ได้ เว้นแต่สิทธิทั้งปวงที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเพราะการละเมิดสัญญาซึ่งสงวนไว้สำหรับรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ

ข้อยกเว้นให้โอนสัญญาได้ หากสัญญาไม่มีข้อกำหนดห้ามโอนและเป็นการโอนเงินซึ่งรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐมีหน้าที่ต้องชำระเต็มจำนวนตามสัญญา ไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ อาจโอนไปยังธนาคาร บริษัททรัสต์ หน่วยงานให้กู้ยืมเงินของรัฐบาลกลาง หรือสถาบันการเงินอื่นได้ ทั้งนี้ การโอนนี้ทำได้ครั้งเดียวหรือไม่อาจโอนต่อไปได้อีก นอกจากนี้ ผู้รับโอนไม่ต้องชดใช้คืนให้กับรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐเพื่อความผิดของผู้โอน อนึ่งการโอนสิทธิตามข้อยกเว้นนี้ย่อมมีผลสมบูรณ์ทุกกรณี

ทั้งนี้ แม้กฎ 41 ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา ในมาตรา 6305 ห้ามโอนสัญญาให้บุคคลที่สาม แต่ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นอาจยอมให้มีการโอนสัญญาได้ ตามที่ไว้ใน FAR 42.1204 Applicability of Novation Agreement

โดยในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง FAR นิยาม Novation Agreement ในหมวดของ Definition ว่าคือ เอกสารทางกฎหมายที่กระทำขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำสัญญา (ผู้โอน) ผู้สืบสิทธิ (ผู้รับโอน) และรัฐ โดยผู้โอนรับประกันการปฏิบัติตามสัญญา ผู้รับโอนเป็นผู้รับภาระทั้งปวงภายใต้สัญญา และรัฐยอมรับการโอนสัญญา รวมทั้งทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง

สัญญาแปลงหนี้ทำขึ้นโดยมุ่งรับรองสิทธิของผู้สืบสิทธิในสัญญา ในกรณีที่ทรัพย์สินอันเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาของผู้รับจ้างถูกโอนไป หรือเพื่อรับรองในกรณีที่ผู้รับจ้างมีการเปลี่ยนแปลงชื่อ ทั้งนี้ ฝ่ายรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ Administrative Contracting Officer (“ACO”) หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำสัญญาจะเป็นผู้รับผิดชอบทำหน้าที่จัดการและลงนามในสัญญาแปลงหนี้ใหม่

[35] 41 U.S. Code § 6305 Prohibition on transfer of contract and certain allowable assignments.

หลักเกณฑ์ในการปรับใช้สัญญาแปลงหนี้ **(Applicability of Novation Agreement)** มีสาระสำคัญโดยสรุปดังนี้

(1) โดยหลัก FAR[36] ระบุว่า 41 U.S.C. 6305 ห้ามผู้รับจ้างโอนสัญญาของรัฐให้แก่บุคคลที่สาม แต่หากรัฐเห็นว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐ รัฐอาจจะยอมรับบุคคลที่สามเข้าเป็นผู้สืบสิทธิในสัญญาของรัฐได้ หากทรัพย์สินทั้งปวงของผู้รับจ้าง หรือส่วนจำนวนของทรัพย์สินของผู้รับจ้างทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามสัญญาได้โอนไปยังบุคคลที่สาม ซึ่งการโอนทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว ให้รวมถึงกรณีดังนี้[37]

1) การขายทรัพย์สินไปพร้อมกับหน้าที่ตามสัญญา

2) การโอนทรัพย์สินทั้งหลายเป็นผลอันเนื่องจากการควบรวมกิจการและ

3) การประกอบธุรกิจร่วมกันในลักษณะหุ้นส่วน หรือการจัดตั้งห้างหุ้นส่วน

(2) การทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่อาจไม่มีความจำเป็นต้องทำ หากการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้รับจ้างนั้นเป็นผลมาจากการซื้อขายหุ้น ซึ่งผู้รับจ้างยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการบริการจัดการทรัพย์สินและหน้าที่ตามสัญญา[38]

(3) ในกรณีที่รัฐพิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยกับการโอนสัญญาจากบริษัทหนึ่งไปยังอีกบริษัทหนึ่งเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แก่รัฐ ผู้รับจ้างเดิมยังคงมีภาระหน้าที่ตามสัญญาต่อรัฐอยู่ และหากผู้รับจ้างเดิมไม่ปฏิบัติตามสัญญา รัฐอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้[39]

(4) ในการพิจารณารับรองสิทธิของบุคคลที่สาม[40] เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาจะต้องดำเนินการพิจารณาและทำการประเมินว่าการอนุมัติการทำสัญญาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางด้านผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐที่อาจได้รับผลกระทบจากการแปลงหนี้ดังกล่าวหรือไม่ หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาเห็นว่ามีการขัดกันทางผลประโยชน์ แต่รัฐจะเป็นฝ่ายได้ประโยชน์มากที่สุดหากรัฐอนุมัติคำขอแปลงหนี้นั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจทำการยื่นคำขอให้ยกเว้น (Waiver) การบังคับใช้กฎข้อบังคับหรือขั้นตอนที่พึงปฏิบัติต่าง ๆ ได้

(5) เมื่อผู้รับจ้างขอให้รัฐทำการรับรองสิทธิของผู้รับประโยชน์[41] ผู้รับจ้างต้องยื่นสัญญาแปลงหนี้ และสำเนาของเอกสาร ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา

(6) ผู้รับจ้างจะต้องยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญา

(7) หากรัฐได้มาซึ่งเอกสารใดในระหว่างเวลาขั้นตอนก่อนการควบรวมกิจการได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือประโยชน์ของรัฐได้ถูกปกป้องโดยวิธีการใด ๆ ที่เหมาะแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจจะเปลี่ยนแปลงรายการเอกสารซึ่งผู้รับจ้างจะต้องยื่นก็ได้[42]

(8) เมื่อรัฐเห็นพ้องด้วยกับการโอนสัญญาแล้ว สัญญาแปลงหนี้จะต้องมีการลงนามโดยผู้เกี่ยวข้อง[43] โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายมีภาระผูกพันตามสัญญา ดังนี้

---

[36] FAR 42.1204 Applicability of Novation Agreement.

[37] FAR 42.1204 (a)(2) The entire portion of assets involve in performing the contract. (See 14.404-2 (1) for the effect of novation agreements after bid opening but before award.) Examples of such transactions include, but are not limited to

(i) Sale of these assets with a provision for assuming liabilities;

(ii) Transfer of these assets incident to a merger or corporate consolidation; and

(iii) Incorporation of a proprietorship, or partnership, or a formation of partnership.

[38] FAR 42.1204 (b).

[39] FAR 42.1204 (c).

[40] FAR 42.1204 (d).

[41] FAR 42.1204 (e).

[42] FAR 42.1204 (g).

[43] FAR 42.1204 (h).

1) ให้สันนิษฐานว่าผู้รับโอนรับไปซึ่งภาระหน้าที่ทั้งปวงของผู้โอนภายใต้สัญญา

2) ผู้โอนสละสิทธิทั้งปวงที่มีต่อรัฐภายใต้สัญญา

3) ผู้โอนรับประกันการปฏิบัติงานตามสัญญาโดยผู้รับโอน

4) ไม่มีข้อกำหนดใดในสัญญาที่จะปลดผู้โอนหรือผู้รับโอนให้หลุดพ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายแห่งสหรัฐ (Federal Law)

ทั้งนี้ เพื่อประกอบการทำความเข้าใจบทบัญญัติของกฎหมาย จึงขอนำสรุปย่อของคดีมาอธิบายเพิ่มเติม ดังนี้ ในคดี American Government Properties v. United States, 118 Fed. Cl. 61 (2014) องค์กรกำกับการบริหารการจัดซื้อจัดจ้าง แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (GSA) เป็นตัวกลางในการทำสัญญาออกแบบ ก่อสร้าง และเช่าอาคารสำนักงานในเมืองฮูม่า รัฐหลุยเซียน่า ให้กับสำนักงานประกันสังคม (SSA) โดยทำสัญญากับ American Government Properties (AGP) ต่อมา AGP ได้โอนสัญญาเช่าโดยให้สิทธิและผลประโยชน์ตามสัญญาโอนไปยัง Houma และ Houma ตกลงปฏิบัติตามภาระผูกพันทั้งหมดของ AGP ทั้งนี้ เมื่อ GSA ได้เข้าตรวจงานตามสัญญาพบว่างานไม่มีความคืบหน้า เป็นการผิดนัดชำระหนี้จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

ต่อมา AGP และ Houma เป็นโจทก์ฟ้องรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลย โดยกล่าวหาว่าการบอกเลิกสัญญาของ GSA ไม่ชอบและเรียกค่าเสียหาย ทั้งนี้ คดีนี้มีประเด็นแห่งคดีคือ AGP และ Houma มีสถานะทางกฎหมายที่ฟ้องร้องรัฐบาลเพื่อยกเลิกสัญญาหรือไม่ รัฐบาลโต้แย้งว่าเนื่องจากการมอบหมายงานตามสัญญาเป็นโมฆะ โจทก์จึงขาดจุดยืนในการรักษาสิทธิเรียกร้องของพวกเขา

ศาลตัดสินว่า การที่ AGP โอนสัญญาเช่าให้กับ Houma นั้น เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย 41 U.S.C 6305 เนื่องจากในสัญญาไม่มีข้อตกลงให้สามารถโอนสัญญากันได้ และรัฐบาลไม่ได้ตกลงหรือยินยอมกับการโอนดังกล่าว ดังนั้น โจทก์ทั้งสองจึงไม่มีสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายที่จะมีอำนาจฟ้องในกรณีที่ GSA ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา

6. หลักการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายของสหภาพยุโรป

ประเทศในสมาชิกของสหภาพยุโรป ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งเหล่าประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป มีการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ประเทศสมาชิกยึดถือปฏิบัติตาม โดยมีความมุ่งหมายในการสร้างตลาดร่วมกันและขจัดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี จึงนำไปสู่การกำหนดแนวปฏิบัติเรื่องสัญญาภาครัฐของสหภาพยุโรป EU Public Contracts Directive ให้เป็นไปตามหลักความโปร่งใส (principles of transparency) ไม่เลือกปฏิบัติ (non discrimination) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (equal treatment) และหลักสัดส่วน (proportionality) เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้กับประชาชนในรัฐสมาชิกได้มีโอกาสเข้าร่วมแข่งขันในรัฐภาคีที่เข้าเป็นสมาชิกร่วมกันอย่างเท่าเทียม

ทั้งนี้ สัญญาที่จะตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปในเรื่องของการจัดหาภาครัฐ (EU Public Procurement Directives) นั้น ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์สองประการ ได้แก่ องค์กรที่ทำสัญญา (Entity Criteria) และเนื้อหาของสัญญา (Material Criteria) ทั้งนี้ ตามแนวทางการปฏิบัติด้านการจัดหาทั่วไปในกิจการทั่วไป (Directive 2014/24/EU) การจัดหา คือ การที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในการทำสัญญาดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งงานโยธาสาธารณะ พัสดุ และบริการโดยการทำสัญญาภาครัฐกับเอกชนกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ได้รับการคัดเลือก ไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อมหาชนหรือไม่ก็ได้ โดยสัญญาจัดหาพัสดุเป็นสัญญาภาครัฐที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อ เช่า หรือเช่าซื้อ อนึ่ง กฎหมายที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง คือ สนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มาตรา 72 ว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในระหว่างระยะเวลาของอายุสัญญา ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาและกรอบข้อตกลงสามรถทำได้ โดยไม่ต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ตามความใน Directive นี้ หากเป็นกรณี ดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง มีการกำหนดไว้ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างฉบับเดิม ให้คู่สัญญาสามารถทบทวนได้โดยชัดเจนเฉพาะเจาะจง และไม่เป็นที่สงสัยไว้ ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นต้องไม่ทำให้สภาพโดยรวมของสัญญาหรือกรอบข้อตกลงเปลี่ยนแปลงไป

กรณีที่สอง มีความจำเป็นต้องใช้บริการหรือซื้อวัสดุเพิ่มเติม แต่สิ่งเหล่านั้นไม่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเดิมในกรณีเปลี่ยนตัวคู่สัญญา ทั้งนี้ ราคาใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นจะต้องไม่เกินกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าของสัญญาฉบับเดิม

กรณีที่สาม มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีความจำเป็นในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื่องจากสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้

(2) เมื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ผลทำให้ลักษณะโดยรวมของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป

(3) เมื่อราคาใด ๆ ที่เพิ่มขึ้นไม่สูงไปกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าของสัญญาฉบับเดิมหรือกรอบข้อตกลงเดิม

กรณีที่สี่ มีคู่สัญญาใหม่เข้าแทนที่คู่สัญญาเดิมโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญาได้มีการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากันไว้แต่แรกเริ่ม อันเนื่องมาจากเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) มีข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาสามารถพิจารณาใหม่ได้อย่างชัดเจน

(2) มีการสืบสิทธิทั้งหมดหรือบางส่วนของคู่สัญญาเดิม อันเนื่องมาจากการปรับโครงสร้างขององค์กรซึ่งรวมไปถึงการครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตร การควบรวมกิจการหรือ การเข้าซื้อกิจการที่ล้มละลายของผู้ประกอบการอื่น ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การคัดเลือกคุณสมบัติเชิงคุณภาพซึ่งได้มีการกำหนดไว้แต่แรก โดยจะต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในสาระสำคัญในข้ออื่น และต้องไม่ใช่กรณีที่มุ่งจะหลีกเลี่ยงการบังคับใช้บทบัญญัติของ Directive นี้ หรือ

(3) ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญาเองใช้สิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อผู้รับช่วงสัญญาอาศัยนิติสัมพันธ์ซึ่งหน่วยงานมีต่อคู่สัญญาหลัก ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกตามมาตรา 71

ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือกรอบข้อตกลงในระหว่างระยะเวลาของอายุสัญญา อันจะถือว่าเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญ คือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ส่งผลให้สัญญาหรือกรอบข้อตกลงแตกต่างในส่วนของลักษณะและเนื้อหาของสัญญาเดิมซึ่งได้มีการตกลงกันไว้แต่แรก

แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างจะต้องทำขึ้นใหม่และต้องทำตามความใน Directive นี้ หากเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ ในเรื่องข้อกำหนดของสัญญาภาครัฐหรือกรอบข้อตกลงภายในระหว่างระยะเวลาของอายุสัญญา

ทั้งนี้ เพื่อประกอบการทำความเข้าใจบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นจึงขอนำตัวอย่างคดีมาอธิบายเพิ่มเติม โดยในคดี C-461/20 ประเด็นข้อพิพาทระหว่าง Kammarkollegiet (หน่วยงานกฎหมาย การเงินและการบริหารของสวีเดน) กับ Advania Sverige AB (บุคคลที่เข้ามาแทนที่ผู้รับเหมารายแรก) และ Dustin Sverige AB (ผู้ที่มีส่วนได้เสีย) โดยมีประเด็นพิพาทคือ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสบสภาวะล้มละลายระหว่างการดำเนินงานตามสัญญา และมีเอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินงานแทนเอกชนรายเดิมซึ่งเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา การดำเนินการดังกล่าวเป็นการละเมิดหลักการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะตาม Directive 2014/24/EU มาตรา 72 หรือไม่

ศาลตัดสินว่า การที่เอกชนรายเดิมที่ได้เข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้ประสบสภาวะล้มละลาย และมีเอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินงานตามสัญญาแทนเอกชนรายเดิม โดยได้รับช่วงสิทธิและภาระผูกพันตามกรอบข้อตกลงของสัญญาเดิมไปทั้งหมดนั้น โดยหลักการแก้ไขสัญญาให้เอกชนรายใหม่เข้าแทนที่เอกชนรายเดิมไม่อาจทำได้ จะต้องดำเนินการคัดเลือกเอกชนใหม่เพื่อเปิดให้มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมและเพื่อความโปร่งใส่

แต่ในกรณีนี้เข้าข้อยกเว้นตาม Directive 2014/24/EU มาตรา 72(1)(d)(ii) กล่าวคือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาจัดซื้อจัดจ้างในระหว่างระยะเวลาของสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ เนื่องจากเข้ากรณีมีคู่สัญญาใหม่เข้าแทนที่คู่สัญญาเดิมโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการทำสัญญาได้มีการคัดเลือกให้เข้าทำสัญญากันไว้แต่แรกเริ่ม อันเนื่องมาจากการเข้าซื้อกิจการที่ล้มละลายของผู้ประกอบการอื่น ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงจัดให้มีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่เพื่อเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นเข้ามาแข่งขันและไม่จำเป็นต้องให้เอกชนรายใหม่เข้ามาดำเนินธุรกิจส่วนหนึ่งของเอกชนรายเดิม

7. การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น จึงทำให้ในทางปฏิบัติยังมีความสับสนอยู่มาก โดยจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ หนังสือที่ กค (กวจ) 0405.2/ว. 427 [44] แนวคำวินิจฉัยระบุว่า กรณีที่นิติบุคคลมีการแปรสภาพตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เอกชนคู่สัญญาได้มีการแปรสภาพนิติบุคคลใหม่ จากห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นจำกัดเป็นบริษัทจำกัด หรือจากบริษัทจำกัดเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ให้สามารถดำเนินการแก้ไขสัญญาและเปลี่ยนแปลงนิติบุคคลเดิมให้เป็นนิติบุคคลใหม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/7997[45] แนวคำวินิจฉัยระบุว่า กรณีที่กิจการร่วมค้าขอแปลงสภาพเป็นบริษัทจำกัด ไม่อาจแก้ไขสัญญาที่เป็นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้ เนื่องจากอยู่นอกขอบข่ายวัตถุประสงค์เดิมของสัญญา ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อหารือที่ 183/2541 [46] ซึ่งวินิจฉัยว่า การเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างอันเป็นผลให้มีผู้รับจ้างรายใหม่เข้ามาดำเนินงานแทนผู้รับจ้างรายเดิมเป็นการแปลงหนี้ เมื่อผู้รับจ้างรายใหม่ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการประกวดราคาเหมือนกับผู้รับจ้างรายเดิม การเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างนั้นไม่อาจทำได้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยทั้งสามแนวข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า แม้มีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงหรือใกล้เคียงคือ เป็นเรื่องการแก้ไขสัญญาเพื่อเปลี่ยนตัวนิติบุคคลเหมือนกัน แต่แนวการวินิจฉัยนั้นแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคำวินิจฉัยตามหนังสือที่ กค (กวจ) 0405.2/ว. 427 ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้ไม่ได้มีการกล่าวถึง หรือนำกฎหมายเรื่องการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้แต่อย่างใด และหากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นว่า โดยหลักการแก้ไขสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหลังจากที่ได้มีการลงนามแล้วนั้น ไม่อาจทำได้ การดำเนินการตามแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวได้ และตามเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชนแล้วฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาเหมือนกับทางเอกชนที่สามารถดำเนินการได้อย่างอิสระ หากเรื่องนั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเนื่องจากมีการแปรสภาพนิติบุคคล ซึ่งเทียบเคียงได้กับการแปลงหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้นั้น ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีการแปรสภาพนิติบุคคลแต่

[44] หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง (เชิงอรรถ 34).

[45] หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง (เชิงอรรถ 33).

[46] จุลสิงห์ วสันตสิงห์ (เชิงอรรถ 31) 161.

ไม่กระทบต่อการเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น การแปรสภาพนิติบุคคลดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดกับหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

อนึ่ง ในต่างประเทศบางประเทศ เช่น ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง โดยมีรายละเอียด ดังนี้ ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ตกอยู่ภายใต้ Treaty on the Functioning of the European Union Directive 2014/24/EU ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน บัญญัติไว้ในมาตรา 72 ซึ่งมีใจความสำคัญว่า หากมีการแก้ไขสัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจัดจ้างขึ้นใหม่ เว้นแต่เข้ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้แก้ไขได้โดยไม่จำต้องมีกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ เช่น การสืบสิทธิจากคู่สัญญาเดิมโดยการควบรวมกิจการ หรือมีความจำเป็นที่ต้องแก้ไขเนื่องจากเกิดสถานการณ์ที่หน่วยงานของรัฐไม่อาจคาดหมายได้ เป็นต้น โดยในกรณีตามบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจริง ตามที่ปรากฏในคดี C-461/20 เป็นกรณีที่มีการแก้ไขสัญญา เนื่องจากคู่สัญญาเดิมล้มละลายและมีคู่สัญญาใหม่ซึ่งได้เข้าซื้อกิจการเข้ามาแทนที่ในสัญญา ผลของคดีนี้คือ คู่สัญญารายใหม่สามารถแก้ไขสัญญาเพื่อเข้าแทนที่คู่สัญญาเดิมได้ โดยฝ่ายปกครองไม่ต้องดำเนินกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ เนื่องจากเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คือ 41 ประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐ (41 US Code) มาตรา 6305 ประกอบ FAR 42.1204 Applicability of Novation Agreement ซึ่งมีใจความสำคัญว่า ห้ามไม่ให้มีการโอนสัญญาของรัฐให้กับบุคคลที่สาม เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายนี้กำหนดก็ให้สามารถโอนสัญญาได้ เช่น การควบรวมกิจการ หรือการประกอบธุรกิจร่วมกันในลักษณะหุ้นส่วนและมีการโอนกิจการระหว่างหุ้นส่วน เป็นต้น โดยผู้เขียนเห็นว่า การโอนสัญญาตามบทบัญญัติดังกล่าวย่อมหมายความรวมถึงการโอนความเป็นลูกหนี้ให้กับบุคคลที่สามด้วย โดยในกรณีตามบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจริง ตามที่ปรากฏในคดี American Government Properties v. United States, 118 Fed. Cl. 61 (2014) เป็นกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีการโอนสัญญาไปให้เอกชนรายใหม่ โดยที่รัฐบาลไม่ได้ตกลงยินยอมให้มีการโอนดังกล่าวและในข้อสัญญาก็ไม่มีข้อกำหนดที่อำนาจคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถโอนสัญญาได้ ดังนั้น ศาลในคดีนี้จึงตัดสินว่าการโอนสัญญาดังกล่าวขัดต่อกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานได้โดยสะดวก เพราะมีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำไปใช้เป็นฐานหรือหลักในการปฏิบัติงาน ในกรณีนี้การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองย่อมสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ทำให้ในทางปฏิบัติขาดความชัดเจนไปด้วยว่าการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้หรือไม่ หรือจะสามารถทำได้เพียงใด ทั้งนี้ หากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดตามพระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 97 ซึ่งมีใจความว่า การแก้ไขสัญญาหลังจากที่ได้มีการลงนามแล้วนั้นไม่อาจทำได้ เว้นแต่เข้ากรณีตามที่กฎหมายกำหนด 4 กรณี อันได้แก่ หนึ่งเป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า สองมีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงและการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ สามเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และสี่เป็นกรณีตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ย่อมเห็นว่าการแก้ไขสัญญาอันเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นไม่เข้ากรณีตามข้อยกเว้นทั้ง 4 กรณี ทั้งนี้ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจึงไม่อาจทำได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดกับกฎหมาย แต่อย่างก็ตาม

หากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายอย่างไม่เคร่งครัด โดยเห็นว่าแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าให้กระทำได้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หรือการนำเรื่องการแปลงหนี้ใหม่ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้โดยอนุโลม ซึ่งทั้งสองกรณีมีฐานความคิดมาจากกฎหมายเอกชน ซึ่งมีเจตนารมณ์หรือหลักคิดที่แตกต่างกับกฎหมายมหาชน ที่หน่วยงานฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่มีความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปลี่ยนตัวผู้รับจ้างหรือลูกหนี้ในสัญญา โดยมีความทับซ้อนกับเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง และยอมหรือปล่อยให้มีการแก้ไขสัญญาอันเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ กรณีจึงทำให้ไม่จำต้องมีการดำเนินกระบวนการคัดเลือกเอกชนใหม่ กล่าวคือ เอกชนรายใหม่ที่เข้ามาแทนที่เอกชนรายเดิมนี้ไม่ได้ผ่านกระบวนการคัดเลือกจากหน่วยงานของรัฐ

อนึ่ง การที่เอกชนรายใหม่เข้ามาแทนที่เอกชนรายเดิมโดยไม่ผ่านกระบวนการคัดเลือกของรัฐนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวทำให้เอกชนรายอื่น ๆ ไม่ได้ทราบขั้นตอนของการได้มาซึ่งเอกชนรายใหม่ว่ามีขั้นตอนอย่างไร เป็นการดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ หรือดำเนินการโดยละเมิดต่อกฎหมาย หรือมีการทุจริตคอร์รัปชันหรือไม่ เพราะหน่วยงานของรัฐไม่ได้มีการเปิดเผยข้อมูลในการดำเนินการดังกล่าว เนื่องจากไม่ใช่การคัดเลือกเอกชนตามวิธีที่ต้องผ่านขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น จึงไม่สามารถทำการตรวจสอบหรือโต้แย้งการดำเนินการได้ ซึ่งโดยหลักการคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต้องดำเนินกระบวนการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประกอบระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งวิธีการและขั้นตอนการคัดเลือกดังกล่าวดำเนินการบนพื้นฐานของหลักความโปร่งใส เพราะฉะนั้นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ผ่านกระบวนการตามที่กฎหมายทั้งสองฉบับกำหนดและหน่วยงานฝ่ายปกครองและได้มาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายใหม่นั้นย่อมขัดกับหลักความโปร่งใส นอกจากนี้ เอกชนรายอื่น ๆ ก็ไม่ได้เข้าร่วมในการแข่งขันส่งผลให้ไม่เกิดการแข่งขันระหว่างเอกชนด้วยกัน อันจะทำให้หน่วยงานได้มีโอกาสคัดเลือกเอกชนรายที่ยื่นข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐมากที่สุด กรณีจึงขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีรวมไปถึงหลักความเสมอภาคด้วย

8. บทสรุป

การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าสามารถเปลี่ยนตัวคู่สัญญาได้หรือไม่ โดยในทางปฏิบัติพบว่ามีการนำหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่าด้วยเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มาปรับใช้กับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน โดยเมื่อพิจารณาจากหลักนิติวิธีแล้ว การนำหลักกฎหมายเอกชนเรื่องการแปลงหนี้ใหม่มาปรับใช้กับสัญญาจัดซื้อจัดซื้อจ้างที่เป็นสัญญาทางปกครองย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชน เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาในอันที่จะสามารถเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง เนื่องจากในทางปฏิบัติมีการนำหลักกฎหมายเอกชนเรื่องการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้มาปรับใช้กับเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หากคู่สัญญาตกลงแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ส่งผลให้หนี้ตามสัญญาเดิมย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป หน่วยงานของรัฐกับเอกชนรายเดิมในสัญญาเดิมย่อมสิ้นสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน และถูกแทนที่ด้วยความสัมพันธ์ทางหนี้ใหม่ของหน่วยงานของรัฐกับเอกชนรายใหม่ ทำให้คู่กรณีย่อมต้องผูกพันกันตามหนี้ใหม่ ทั้งนี้ เอกชนรายใหม่ที่ไม่ได้ผ่านการคัดเลือกตามกระบวนการคัดเลือกเอกชนตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีวิธีการคัดเลือกเอกชน 3 วิธี ได้แก่ ได้แก่ (1) วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไป (2) วิธีคัดเลือก และ (3) วิธีเฉพาะเจาะจง โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งวิธีเฉพาะเจาะจง ซึ่งคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นสาระสำคัญของสัญญา การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่ได้พิจารณาคุณสมบัติของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนตาม ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าคู่สัญญารายใหม่นั้นจะสามารถดำเนินงานตามสัญญาให้สำเร็จลุล่วงได้ตลอดระยะเวลาของสัญญาหรือไม่ ย่อมขัดกับหลักหลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญของสัญญา และเมื่อไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการคัดเลือกตามขั้นตอนของกฎหมาย จึงทำให้การคัดเลือกนั้นไม่โปร่งใส และไม่มีการเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นเข้ามาแข่งขัน กรณีจึงขัดกับหลักความโปร่งใสและหลักการแข่งขันเสรีด้วย นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ทำให้ขาดความชัดเจนในทางปฏิบัติว่าการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้หรือไม่ หรือทำได้เพียงใด ดังนั้น กรณีจึงไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจน

แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงการวิเคราะห์สภาพปัญหาในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่าปัญหาส่วนใหญ่เป็นปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ชัดเจน และการตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายที่มีความแตกต่างกันผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ด้วยบทบัญญัติ ดังต่อไปนี้

มาตรา 97/1 ในระหว่างระยะเวลาของสัญญาการแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างฉบับเดิมกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้

(2) เมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายใหม่เข้าแทนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิม อันเนื่องมาจากมีการสืบสิทธิโดยทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิม หรืออันเนื่องมาจากการปรับโครงสร้างขององค์กร รวมไปถึงการครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตร การควบรวมกิจการหรือการเข้าซื้อกิจการที่ล้มละลายของผู้ประกอบการอื่น ทั้งนี้ การเข้าแทนที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายเดิม ต้องไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในสาระสำคัญในข้ออื่น

ทั้งนี้ บทบัญญัติข้างต้นผู้เขียนอ้างอิงเนื้อความมาจาก Directive 2014/24/EU มาตรา 72(1)(d) เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยและสหภาพยุโรปในหลายประเทศมีความเหมือนกัน คือใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื้อความของมาตรา 97/1 วรรคแรก กำหนดเรื่องของการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไว้อย่างชัดเจนว่าโดยหลักต้องดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การแก้ไขสัญญาโดยการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนรายใหม่ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างไม่อาจดำเนินการโดยไม่ผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างได้ อนึ่ง เนื้อความของมาตรา 97/1 วรรคแรก มีเจตนาเพื่อให้การดำเนินการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกชนรายใหม่นั้น ที่มีความสอดคล้องกับหลักความโปร่งใส หลักการแข่งขันเสรี รวมไปถึงหลักคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ สำหรับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างบางประเภท

อนึ่ง บัญญัติดังกล่าวกำหนดข้อยกเว้น เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างต่อเนื่องตามหลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยมี 2 อนุมาตรา ดังนี้

อนุ 1 ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างได้กำหนดให้มีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้อย่างชัดเจน ถือว่ารัฐได้พิจารณาถึงประโยชน์ได้เสียเรื่องดังกล่าว และยอมรับการเปลี่ยนแปลงคู่สัญญาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคตแล้ว

อนุ 2 การสืบสิทธิของคู่สัญญาเดิมโดยอาจจะเป็นการสืบสิทธิทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้แล้วแต่กรณี เช่น การควบรวมกิจการของเอกชนคู่สัญญา หรือการที่คู่สัญญาถูกครอบงำกิจการ เป็นต้น ซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้ในทางธุรกิจการค้า

บรรณานุกรม

หนังสือ
ภาษาไทย

กัมพล กิตติพงษ์พัฒนา และคณะ, *สัญญาจ้างก่อสร้างภาครัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, บริษัท เฟิสท์ ออฟเซท (1993) จำกัด 2564)

จิตติ ติงศภัทิย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2503).

จุลสิงห์ วสันตสิงห์, *สัญญาของรัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2554)

ชาญชัย แสวงศักดิ์, *สาระน่ารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2542).

--, *กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).

ดาราพร ถิระวัฒน์, *กฎหมายหนี้หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2566).

นันทวัฒน์ บรมานันท์, *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538).

ปรีดี พนมยงค์, *บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โรงพิมพ์นิติสาสน์ 2472).

ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 14, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2566).

โภคิน พลกุล, *สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักงานศาลปกครอง 2547).

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *หลักกฎหมายหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 12, วิญญูชน 2564).

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้)* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2566).

บทความ
ภาษาไทย

กฤษณ์ วสีนนท์, ‘หลักการแข่งขันเสรี: ในมิติทางวิชาการกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ’ ใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (บรรณาธิการ) ดอกไม้ไหว้ครู รวมบทความทางวิชาการด้านกฎหมายเนื่องในโอกาสวันคล้ายวันเกิดปีที่ 60 ของศาสตราจารย์วิษณุ เครืองาม (บริษัท ส เจริญ การพิมพ์ จำกัด 2554).

ขนิษฐา เติมตฤษณา, ‘ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560’ (2560) 1 วารสารวิชาการศาลปกครอง.

วิทยานิพนธ์และการค้นคว้าอิสระ
ภาษาไทย

ครรชิตพล สุนทรชัยยา, ‘ข้อตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (Government Procurement Agreement) ภายใต้กรอบ WTO: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).

อื่น ๆ
ภาษาไทย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 736/2563**.**

ภิรมย์ สิมะเสถียร, ‘ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ’ (สัญญาของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย, ห้อง นภาลัย โรงแรมดุสิตธานี, 19-20 พฤศจิกายน 2541).

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เอกสารประกอบการพิจารณาเรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. .... 2559.

หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.427 เรื่อง ข้อหารือกรณีกิจการร่วมค้าขอแปลงสภาพเป็นนิติบุคคล (20 กุมภาพันธ์ 2562).

หนังสือเวียนของกรมบัญชีกลาง ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว.427 เรื่อง ซักซ้อมความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กรณีคู่สัญญาแปรสภาพนิติบุคคล (21 กันยายน 2561).