

第五章 決標的爭議問題及原因分析

綜合以上分析，並探討實務上所發生的案例，政府採購案決標程序有以下幾個主要爭議問題，亟待探究其發生之原因及解決的方法。本章就其發生原因加以探討。

第一節 公法行為或私經濟行為及救濟途徑的爭議

第一項 立法者有意留設的司法闡釋空間

承第二章的討論，決標行為的法律定性係公法行為或私經濟行為，在決標行為的解析上需要更細緻的分析，而且決標行為中各階段的行為有不同的定性，在定性的實益上，將對投標廠商後續的救濟途徑有涇渭分野。而立法者於立法時，似有意將此一問題留待司法實務造法定性¹。

第二項 不同學理見解對於司法實務及廠商權益所生影響

採購案決標的程序，應提供一套公平、公開、有效率並兼顧品質的指導原則及方法，使所有政府機關及廠商共同瞭解遵守。決標過程中，採購機關所處理的採購案件，自十數萬元至數十億元，故與廠商的權益息息相關。因此，決標程序是否秉持上述公平、公開、有效率及提昇品質的原則，對於廠商得標與否，將產生決定性影響。而廠商對於決標各階段行為，如何採取救濟、向何機關循尋求救濟亦係重要課題。

廠商在開始尋求救濟時，如果無法瞭解應向行政法院或普通法院提起訴訟，甚而在研究確定向何法院尋求救濟，並委請專業訴訟代理人提起訴訟之後，竟因法院對於該爭議案件的公法或私法定性有不同見解，致在程序上即予駁回²，廠商此時需轉而向普通法院重行提起救濟，顯然係浪費有限司法資源及社會法律資源，而且提高廠商爭議救濟的門檻，增加了救濟途徑選擇上的不確定因素，此種情形應非救

¹ 參見立法院第三屆第三會期預算財政法制司法內政邊政委員會第二次聯席會議紀錄，頁327-331，主席黃國鐘委員及陳瓊讚委員發言，立法院公報第86卷第26期，委員會紀錄。

² 高雄高等行政法院90年度訴字第131號裁定，高雄高等行政法院90年度簡字第3968號裁定。

濟途徑設計的本意。

我國公法及民法學者，對於決標法律行為的本質及歸類曾進行探討，然一直未有定論，各有所執。接續此一仍在持續的學理探討之後，不同學者的見解，也影響著訴訟實務見解，並為法院裁判時所引用，而其對於具體訴訟案件中廠商的救濟途徑，往往亦因分歧的見解及裁定³，而造成廠商及訴訟代理人，對於爭議案件的救濟途徑如何擇取，有難以決斷的苦楚。

第三項 學理見解上差異影響實務⁴，可能影響廠商之救濟權

舉例而言，廠商於履約期間，如遭到機關以其所供應的採購標的「查驗或驗收不合格」，而刊登政府採購公報，致使其失去參加其他政府機關採購的權利⁵時，如其認為機關行為不合法，以致影響其權益，在窮盡申訴程序仍無效之後，向高等行政法院提起訴訟，此時高等行政法院若以「兩階段論」的學說，認為爭議發生的時點，係在決標及契約成立以後發生，而判認應向普通法院提起救濟，並駁回該廠商之訴。此時，廠商對於機關將其刊登政府採購公報並發生停權效果之處分，尋求救濟之程序已然終結。

然而究其性質，雖然「查驗或驗收不合格」之本質，顯係履約上瑕疵如有爭議應循調解、仲裁或民事訴訟解決，但是，機關基於採購法之授權，而單方面的對廠商進行刊登採購公報，進而發生停權效果者，其行為本質則似屬行政處分無誤。

因此，如果法院持學理上兩階段論之看法，將使得採購案決標後，機關單方面依據採購法處分之爭議案件，行政法院不接受審理，而機關對於廠商之停權等處分行為，以債之觀點探討時，可能亦產生訴因欠缺之情形⁶，而無法尋求救濟。

第四項 本項爭議影響的層面

³ 李怡芳，〈政府採購法第五十八條之案例研究〉，法令月刊，第 55 卷第 5 期，頁 48，(2004 年 5 月)。

⁴ 同前註，頁 48-49，僅就採購法第 58 條，作者分析行政法院見解即有分歧。

⁵ 政府採購法第 101 條第 1 項第 8 款。

⁶ 由於停權係由機關單方依法決定，其效果為全國機關不向特定廠商採購，此時契約當尚未形成，廠商難有請求之標的。

本項爭議所造成的影響，可以分為以下幾個層面：

一、廠商的實體救濟權益受到影響

在政府採購案決標程序中，廠商對於採購機關的行為，如需提出救濟主張，主要係依據採購法第七十四條提起異議及申訴。有關異議程序係向招標機關提出，機關於收受異議之次日起十五日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商。廠商對於招標機關之處理結果不服，得於收受異議處理結果之次日起十五日內，向公共工程委員會所設之採購申訴審議委員會申訴，在此一過程中，採購機關的決標決定，或撤銷決標決定，除了機關本身主動撤銷或變更⁷，或採購申訴審議委員會通知招標機關暫停採購程序⁸，原則上並未發生變更採購程序效力。

由於採購申訴審議委員會審議廠商及政府機關兩造的理由以後，尚需一段時間始能完成審議⁹。此時申訴廠商如係針對機關與得標廠商間之決標決定提起申訴，則早經機關與得標廠商簽約，甚而已經展開履約。此時採購機關得依採購法第八十四條第一項後段之規定，主張決標係為公共利益之必要，而不變更決標之結果。

另一種可能，係得標廠商對於機關依據規定「撤銷決標」的決定提出異議及申訴，此時與前段情形類似，當廠商依據採購法之異議、申訴救濟程序逐步提出時，機關很可能在該段時間內，已經完成重行招標及簽約之程序。

以上兩種情形的分析可以看出，即便在異議申訴程序中，廠商的救濟權所換得的，經常可能僅為遲來的正義。更加以在申訴獲得審議判斷以後，由於司法實務及學說見解對於決標程序中的爭議，究竟採取如何態度，不盡明朗。更造成廠商尋求下一階段救濟的障礙。對於廠商的救濟權益有所損傷。

二、有限的司法資源配置失衡

⁷ 採購法第 84 條第 1 項前段：「廠商提出異議或申訴者，招標機關評估其事由，認其異議或申訴有理由者，應自行撤銷、變更原處理結果，或暫停採購程序之進行。」

⁸ 採購法第 82 條第 2 項：「採購申訴審議委員會於完成審議前，必要時得通知招標機關暫停採購程序。」

⁹ 採購法第 78 條第二項：「採購申訴審議委員會應於收受申訴書之次日起四十日內完成審議，並將判斷以書面通知廠商及機關。必要時得延長四十日。」

申訴廠商收到採購申訴審議委員會申訴審議判斷以後，廠商不服，決定提起訴訟，委請訴訟代理人提起訴訟之前，對於有關決標中的爭議，必需先行探討其性質屬於公法爭議或私權上的爭議，此種探討及研究的見解，雖其過程窮盡公法私法屬性的學說資料研究，有時仍不為受訴法院所認同，而認為應由另一體系的法院審理。

盡此程序以後，即便順利轉而向另一系統之法院提起訴訟並獲得接受進入實體審理，也較一般民事訴訟或行政訴訟一審程序，明顯增加了對於公、私法爭議認定過程，大量使用了當事人、訴訟代理人及法院的時間及人力。

以目前司法資源，尤以審判人力資源極其實貴的情形下，此種情形似有不盡符合司法資源重點分配的原則。本文認為，應該由決標各種行為本質面探討，以確定其屬於何種性質，再由法律明確規定，俾廠商採購機關及法院均能有明確遵循。

第五項 本文對於決標定性為公法或私法行為的探討

由以上分析可看出，本項爭議對於廠商的救濟權益影響頗大，而且對於司法資源也有過於失衡的占用，本文認為解決該公私法劃分爭議以及司法實務上的運作問題，應由決標行為的本質分析出發，期能瞭解本項爭議的真正發生原因。

本文認為採購法立法時，立法者似有意將「決標」行為之法律屬性留設解釋空間¹⁰，因而造成學理及司法實務上見解之歧異。

立法者於立法程序中，基於對於我國固有的二元審理體系之瞭解，並認知政府採購行為與自然人或一般法人的採購行為，仍有極大的分野，而未就其加以定性，以免嗣後採購爭議救濟程序實務運作上產生扞格。此一謹慎謙退之立法態度，本文認為在當時立法情境下可資贊同¹¹。

政府採購之決標行為究係公法行為或私經濟行為？或應依「兩階段論」見解，以決標時點為劃分，決標時點之前為公法行為，決標之

¹⁰ 採購法立法時，對於採購法屬於公法性質或私法性質，陳瓊讚委員及黃國鐘委員曾有多次深入討論，其觀點對於條文之立法過程，可提供更深一層之背景資料。參見立法院公報第 86 卷第 24 期委員會紀錄。

¹¹ 同前註，頁 348。

後為私經濟行為？本文認為上述三種認定方式，似均未由政府採購決標行為的實質內涵定性出發，故若直接適用民法的買賣、承攬及租賃，或行政程序法的行政處分或及行政契約，似均有所不宜¹²。在前述的論述中可以發現，如將決標中的爭議純粹定性為「私法爭議」、「公法爭議」或以「兩階段論」加以處理，似乎只能解決某一點的爭議¹³，而無法構成完整體系，全面處理相關爭議。

因此本文認為，決標行為定性的爭議，其發生原因，實在於過於約化決標行為本身的複雜性。換言之，在對於所謂「決標行為」定性前，實應詳細探討「決標行為」究係單一的法律行為？或表象為單一行為而實際上為複數個法律行為所組成，並探究各個法律行為本質？

本文認為，目前不論在學理研討上，或審判程序實務上，因判斷決標行為屬公法性質或私經濟性質，所產生的各種爭議，其主要起因即在於將決標行為視為「一個」法律行為。殊不知實際上決標之行為，是由「複數個」事實行為及法律行為所組成，每一個行為有其不同的屬性。以下，茲以採購法第三章的涵括範圍，試將政府採購案件中的決標行為加以分析，並嚐試定性：

一、開標程序

(一)開標程序中之開啟標封行為

依採購法施行細則第四十八條規定，開標係指採購機關依招標文件標示之時間或及地點，「開啟」廠商投標文件之標封，並進行宣布投標廠商之名稱或代號、家數及其他招標文件規定之事項。有標價者，並宣布之。

因此開標行為，僅係採購機關所為的事實行為。至於此一事實行為當然有其必需遵守之規定，本文試綜整如下：

1. 必須在招標文件標示的「時間」及「地點」為之。

採購機關如未在指定的時間及地點為之，係違反政府採購法第四十五條及其施行細則第四十八條。按政府採購雖係契約行為的一種，

¹² 葉俊榮，《面對行政程序法》，頁 220，「學說上契約定性的爭議，本來就可能因時因地的不同而朝公法或私法擺盪，…」元照出版公司，(2002 年 3 月)。

¹³ 例如：將決標爭議定性為私法爭議時，可以處理宣佈決標以後，機關與得標廠商之間「拒絕簽約」的糾紛，但無法處理停權處分之爭議。

但是由於其經費來源，係藉由公權力強制收取的稅收，故相對必須有相當嚴謹的規則，來規制其辦理之程序，使其受到民意機關及人民的監督，從而政府機關對於上述規定自有義務遵守。

本文以為，開標的性質，係機關對於收到的投標文件，進行審標之前的必要事實行為，並非作成行政處分，亦非屬行政程序法第二條涵蓋的範疇，因此也不能將其定性為行政程序行為，故與公法行為涵蓋範圍也有明顯距離。然而，此一採購機關單方所進行的行為，如果對於不特定的對象，包括未參與投標的廠商及其他人民權益產生損害時，該廠商或人民應有循程序提出救濟請求的權利。至其救濟之程序，即為政府採購法第六章所設計的異議及申訴程序。

但若由民法層面檢討，廠商於此階段僅係提出要約的階段，機關開標的行為，並非承諾的意思表示。變更開標的時間或地點，並未改變廠商要約意思表示的到達與否的事實，對於廠商並無直接損害，亦難認機關有締約過失，故廠商在契約法上無請求權基礎。

2. 宣布投標廠商之「名稱或代號」、「家數」及「其他招標文件規定之事項」，有「標價」者，並宣布之。

依據採購法施行細則第四十八條第一項，採購機關開標時同時應該宣布投標廠商的名稱或代號、家數及其他招標文件規定之事項，有標價者，並宣布之。此與前述機關應依招標文件標示的時間及地點開標，同屬機關應踐行之程序，亦為機關之作為義務。

本文認為，在公、私法屬性的檢討上，宣布投標廠商的名稱或代號家數，係採購法規制機關應踐行的程序，其屬性雖非行政處分、訂定行政契約、進行行政指導或處理陳情事項，但亦係機關使用公務預算時應辦程序。如果因而損害廠商或人民之利益，廠商或人民亦有權提起救濟。至有關宣布名稱或代號、家數及標價等行為，在契約成立的檢討上，顯然亦並不構成承諾意思表示的一部份。

(二)依採購法第四十八條不予開標或決標

採購法第四十八條第一項，計有八款規定不予開標決標的情形。其中第一、六、七款，係規範採購機關主觀之情事變更因素，機關有權停止開標程序，如果已經開標，則有權不予決標。第三、四、五款，則係在爭議過程中，機關主動或被動停止開標或決標程序。第二款，

則係採購機關發現有足以影響採購公正之違法或不當行為時，則機關得不開標或決標。第八款，授權公共工程委員會認定特殊得以不開標決標之情形。

由採購法第四十八條之架構及精神研析，政府採購案件一經開始招標程序之後，即以繼續辦理為原則，暫停或停止辦理為例外。暫停或停止辦理需有法規依據。採購機關以上述各款情形停止或暫停開標決標之程序，究應定性為公法或私法行為？本文看法認為，採購機關停止或暫停開標程序，係就該機關向廠商採購案所採取的決定，並非行使機關行政職權，所以並不屬於公法上具體事件所為的處分。另，雖不能否認停止或暫停開標決標，係採購法授權政府機關在開標程序中所為的單方行為，然而該種行為僅係規定採購機關具有正當理由時，始能停止後續之招標及審標動作而已，並非「公權力措施」。因此，與行政程序法所稱的行政處分並不相同。

另一層面來看，採購法第四十八條，係對於採購機關加以限縮性的規制，希望採購機關在使用公務預算進行採購時，對於停止或暫停採購程序的決定，避免流於任意。換言之，如果採購法並無第四十八條之規定，則採購機關所受到的拘束較小，即應如自然人或公司一般，可以任意停止採購。

因此本文認為，採購機關依據採購法第四十八條所採取的暫停或停止採購程序，並非機關就公法上具體事件所為的決定，也非公權力措施而對外發生法律效果，廠商如認為有損害其權利及或利益，僅得依政府採購法第六章的規定提出異議或申訴。

另外，由於此時廠商的投標文件雖已送達採購機關，其要約的意思表示已然到達採購機關，若機關將其停止或暫停，則顯然並未承諾，或可依各採購案的招標文件內容，將「停止」開標決標解釋為採購機關拒絕廠商所提之要約¹⁴，廠商的投標文件即失其拘束力。將「暫停」開標決標解釋為機關在承諾期限內暫未承諾，因此在契約法上，停止開標決標為一拒絕要約的法律行為，而暫停開標決標，則為暫未承諾的狀態。

二、審標程序

¹⁴ 民法第 155 條：「要約經拒絕者，失其拘束力。」

(一)採購機關依據採購法第五十條不予開標決標之情形

依據採購法第五十條規定，機關發現投標廠商有該條所列七款情形之一時，應不予開標，於開標後發現者，應不決標予該廠商。其中，第一、二、六款係有關廠商不合於招標文件之情形，第三、四、五、七款，則為投標廠商有欺詐或疑似欺詐的行為。至機關應如何發現投標廠商有本條各款之情形？則唯有透過詳細及嚴謹之審標程序始能發現。

至機關依據本條而不予開標決標，是否為公法行為？本文以為，其性質仍屬於採購法規制採購機關應辦理的事項。本條規範採購機關在審標時，遇有投標廠商有所列各款情形之一，即有不開啟該廠商標封，或不決標予該廠商的義務。機關不予開標決標行為，與前述機關依採購法第四十八條不予開標決標之情形相同，均非行政程序所定義的行政處分，當然也不能認為係一種行政指導或行政契約行為。

惟該不予開標決標的行為，由契約法層面檢討，仍為機關對於廠商要約意思表示的拒絕承諾，具有使廠商要約失其拘束力的效果。因此，機關不予開標決標之決定，一經對廠商表示，即具有法效果。

(二)採購機關依據採購法第五十一條第二項，將審查結果通知投標廠商

採購法第五十一條規定，採購機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件。並且應將審查結果通知投標廠商，對不合格之廠商，應敘明原因。本條規定與採購法第五十條第一項第一、二款係前後接續的關係。

採購機關在審標時，應先行依據採購法第五十一條之程序審查廠商的投標文件，審查過程中，得通知廠商提出說明。審查之結果應通知廠商，對於不合格者，並應敘明不合格之原因。

採購機關踐行上述程序之後，即有義務對不合格之廠商不予開標決標。採購法並未對於不予開標決標的法效果明確規定。但實務上，不予特定廠商投標文件開標或決標，意即該廠商已然被認定為不合格標，在系爭採購案中失去後續競標、得標之資格。

由公法角度檢討，將審查投標文件之結果通知投廠商，是否為一

公法行為？頗值玩味。本文以為，將審查結果通知廠商，在外觀上頗似行政處分的通知，然而廠商是否合格的認定，也並非機關本於業務職掌所給予的認定¹⁵。因此在本質上並非一行政處分行為。

至由私法層面探討，機關通知投標廠商該採購案的審標結果，實亦未具備任何意思表示上的效力，故本文以為投標廠商對此通知縱有異議，似亦無法由民法途徑上，尋求救濟之請求權基礎。而僅得依採購法之異議、申訴程序救濟。

三、採購機關對價格標的審查程序

採購機關完成資格、規格及技術資料審查程序以後，接續進行者為投標價格審查程序。採購法的標價審查程序機制設計，較未實施該法以前，政府採購案價格標審查概念，有開展性的轉變。未實施該法以前，係以價格高低為基本之考量。一般案件，係符合資格條件廠商中，價格較低者得標。

採購法針對價格標的審查，有不同的機制。以下即就各種價格標審查機制加以探討：

(一)機關依據採購法第五十二條第一項第一、二款以最低價決標

依據上述條款，有關訂有底價的採購案，係以合於招標文件規定，且在底價或預算數額以內之最低標為得標廠商。因此只要在廠商投標文件中之資格、規格及技術文件，經審查合於招標文件規定以後，即接續進行單純的比價程序。而價格標文件程式上，凡符合招標文件規定的廠商，價格較低，而且沒有標價偏低情形時，即成為該採購案的決標對象廠商。

上述程序中，另有可能於招標文件規定，針對不同的技術、品質、功能、履約地訂定不同的底價¹⁶。即有可能於同一採購案中，有複數個底價，供不同的投標條件作為標價審查的依據。或僅訂定單一底價，但在招標文件中規定，對於廠商投標文件，列明的投標標的之性能、耐用年限、保固期、能源使用效用或維修費的差異，就標價予以

¹⁵ 例如警察局依據職權進行的裁罰，係本於業務職掌所進行的處分，係基於高權所為之行為，應屬行政處分，自應歸類為公法行為。但警察局進行採購程序時，經審標後，其認定合格與否，並作成結果通知各投標廠商，即與公法行為的涵括範疇相距頗遠，不宜歸類為公法行為。

¹⁶ 採購法施行細則第 52 條。

加價或減價，以加價或減價以後的標價，決定最低價¹⁷。此兩種程序，為最低標決標程序的開創性觀念，具體呈現在採購法規條文中。

上述程序，仍為機關對於投標文件的審查過程，若其程式上有不符合招標文件規定，致遭到機關認定為不合格標，亦屬於採購法第五十條第一項第二款規範範疇。因此，有關其公、私法定性的討論，也與前述有關第五十條之討論相同。茲不贅述。

(二) 機關依據採購法第五十二條第一項第三款以最有利標決標

最有利標方式決定得標對象，係與GPA接軌的創設性的規定。有關最有利標決標所產生的爭議問題，本章後續將有論析。惟有關最有利標審查過程，屬於公法或私法爭議？本文認為，最有利標決標程序，包括依據採購法第二十二條第一項第九款進行的準用最有利標程序，在審查、評選及評定最有利標過程中，均為採購機關遵循法規對機關的拘束，同前所述，如果採購法並未對於最有利標的程序加以規制時，機關以最有利標方式決定決標對象，即與一般自然人或法人之採購行為似無不同，在本質上，評定最有利標，屬於機關為輔助其法定職掌的採購行為之一環，與公法上的處分行為或締結行政契約程序，似尚有相當距離。

由民法層面探討，評定最有利標過程，仍係機關對廠商投標文件，所涵具的要約意思表示，進行選定承諾對象的過程。亦即最有利標決標，僅係一種決標的方法，與所謂之最低標決標，並無以異。因此，本文認為，機關在最有利標決標過程中，所進行的審查、評選及評定過程，僅係最後「承諾」意思表示形成以前的法定程序。機關主持開標決標人員，對於包括得標廠商在內的全部廠商，宣布得標廠商得標的程序，始為承諾的意思表示到達廠商。因此，最有利標評選的過程，在屬性上，似僅能定性為民法中的意思形成過程，如有爭議發生，似無法取得請求權基礎，亦無從由私法爭訟途徑上獲得救濟，而僅得循異議、申訴之程序救濟。

(三) 減價程序之定性

機關在最低標決標及準用最有利標決標的過程中，均有可能因為投標廠商的價格高於底價，而必須進行減價程序。減價程序為公法或

¹⁷ 採購法施行細則第 63 條。

私法屬性？

本文以為，機關審查廠商資格規格及技術文件完成以後，接續進行減價的過程，在性質上，已脫離「審查」的性質，更無法歸類為行使公權力，因此似難以認定為公法行為。由民法層面探討，機關要求投標廠商減價，係廠商投標文件中的價格，尚未低於底價，換言之，即廠商的要約意思表示中，有關價格的要素未為機關接受，機關請廠商減價的行為，即意涵應係拒絕原投標價格的意思。廠商在減價程序中重新報價，即為重新提出價格的要約，直至機關確定減價後的價格，已經低於底價，始行作出承諾(向廠商宣布得標對象)。因此減價的過程，應係拒絕要約、重新要約的反覆程序，以迄雙方合意為止。因此在屬性上，應屬於民法要約與承諾的過程。

至於機關在減價程序上違反採購法，廠商因而得以依據採購法提起異議申訴，甚而提起訴訟，本文以為，均係由採購法所賦予的權利，不能因後續訴訟係接軌至行政訴訟，而逆推認定其屬性即為公法性質。

(四)最低標廠商標價偏低，需進行採購法第五十八條之審查程序

最低標廠商的標價有偏低情形時，即需進行標價合理性的判斷，如果認為不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，採購機關得限期通知最低標廠商提出說明或擔保。

機關踐行採購法第五十八條程序，究屬於公法程序亦或私法程序？本文以為仍應由該行為的本質探究。按機關對於最低標廠商的標價進行判斷及審查，核其性質應係機關基於確保採購品質，在決定得標廠商前，所進行的程序。即採購機關透過判斷，請廠商提出說明或擔保等措施，更加確定最低標廠商對於規格或價格並無錯估情形，或其標的品質確實符合規格。

按廠商投標行為，係向機關爭取交易案件，藉以獲得簽約及履約的機會，故其性質似較偏向私經濟的交易行為。其性質並非向機關進行行政許可的申請，亦非機關就公法上具體事件進行決定，本文認為應非屬公權力的措施。

第六項 小結

基於以上之探討，本文認為政府採購機關決標行為屬於公法行為或私經濟行為？可從決標本質及救濟途徑兩個層面，獲得以下之結論：

一、決標行為本質

政府採購行為，係因機關進行本身法定職掌工作，需要向民間取得輔助的必須資源，與廠商之間實係一種夥伴化的關係¹⁸。政府採購的締約行為，與公司或自然人進行買賣承攬或租賃等行為，本質上並無不同。然而，基於政府採購協定、採購預算來源及行政程序上必須秉持的諸重要原則，因此，採購法乃對於機關之採購行為有嚴謹的規定。決標，係採購行為中最重要之環節之一，係由開標、資格審查、價格審查及減價等多數行為所組成，並非單一行為。

投標廠商居於賣方的角色，為爭取交易機會，向機關提出投標文件，其目的在得標並成立契約關係，進而完成指定的工作、銷售貨品或提供勞務，自機關取得契約的對價。其中，並無任何機關基於法定職掌，以公權力准駁與否的裁量成份在內。即便在決標過程中，機關單方進行審查廠商是否符合資格或規格之程序，或對於標價偏低廠商說明的審查程序，亦僅為依據招標文件中既定的資格或規格條件，進行選擇締約對象之程序，並非處分行為亦非公法行為¹⁹。

因此，本文以為決標階段的各種審查判斷行為，係機關依據採購法的程序，選擇廠商的篩選行為。依照程序確定得標廠商以後，對廠商宣布或以書面通知決標予該廠商，即完成承諾的意思表示。至於廠商在決標階段有採購法第一百 0 一條第一項各款之行為，機關刊登政府採購公報，對該廠商發生停權效果，是否屬於公法行為一節，則係另一討論範疇²⁰，並非本文研究範圍，茲不贅述。

或有論者認為，機關係使用透過高權，以稽徵手段取得的稅金，作為採購的預算，如以主體說來定義，決標階段的行為應有公法的性

¹⁸ 葉俊榮，《面對行政程序法》，頁 215，文中認為：政府採購法是雙軌雙向、夥伴化取向的消極性的規範，元照出版公司，(2002 年 3 月)。

¹⁹ 即便廠商投標價偏低，機關踐行採購法第 58 條之程序，因而作出：「不合理，不決標予最低標」「不盡合理，提出保證後決標」或「合理」之認定，其本質仍屬於採購法授權機關對於廠商的篩選權利，並非行政處分。

²⁰ 本文認為機關依採購法第 101 條第 1 項各款刊登採購公報，因而對廠商發生停權效果，在公法與私法的光譜上，毋寧是較為接近公法行為之一端，惟在此不贅述。

質²¹。惟本文以為，主體說係以訂約當事人之身分，作為法律行為之定性，似將行為之本質與身分作強制連結，其目的在於使分類單純明確，然而面對較複雜之事實時，則論理不足。因此本文認為，機關在選擇得標對象時，其程序有嚴格準據，非如公司或自然人進行採購時，握有充分自由。此種規制措施，乃拘束機關審慎使用採購預算，履行一定的篩選訂約對象程序，其本質仍非賦予採購機關高權，廠商也非以人民的身分，對於具有公權力的機關進行申請。因此似仍不能認定為公法行為²²。

二、救濟途徑

如何確定政府採購案件的救濟途徑，迄今一直為學界及實務界所探討，並各有不同見解²³。其原因即在於，在探求救濟途徑之前，似未對於政府採購行為之本質加以探究。

本文以為，經過前述對於決標階段各種行為本質的探討以後，應可確定決標階段之各行為並非屬公法行為。然而，採購法第七十四條明確規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」，第八十三條規定：「(申訴)審議判斷，視同訴願決定。」，因此，採購法對於決標階段爭議的救濟途徑，在實務上，係以向採購機關提起異議、向主管機關工程會提起申訴，及後續向行政法院提起行政訴訟的方式行之。

惟，採購法對於採購申訴審議判斷，將之視同訴願決定的規定，有無可能造成原本並非公法性質的決標階段行為爭議，經過申訴審議判斷以後，而必須尋求行政救濟，進而使得高等行政法院必須審理非屬公法性質的訴訟案件？此一問題，似乎為立法者在法規設計上所未料及。我國公私法爭議訴訟制度，係採二元制，行政訴訟法第二條

²¹ 林明鏘，〈評論「三軍委製協議書」〉，臺灣本土法學雜誌，第13期，頁114,117(2000年8月)。基本上，係以主體說來確定行為之公法或私法屬性。

²² 惟最高行政法院民93年5月26日93年裁字第625號裁定，認為「關於招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為，均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟。」，此處最高行政法院即係以採購法第83條對於救濟途徑的設計，認定政府機關在招標、審標、決標階段的行為，屬於行政處分。本文仍以為，機關之行為是否屬於行政處分，不宜以法規之規定即加以推導確定。況且，採購法第83條並未直接認定招標、審標、決標階段之行為即為行政處分。任何有關公法或私法行為定性的議題，應由本質探討，法院如能由論理的角度，提供實體見解，而非僅由法規推導定性，似更能建立顛撲不破、令人崇仰的獨立見解。

²³ 參見註18，葉俊榮，頁220,221。

明訂，公法上的爭議得提起行政訴訟。復依據行政訴訟法第四條至第六條，對於訴願決定不服者，得向高等行政法院提起行政訴訟。而依據訴願法第一條，訴願者，係人民認為中央或地方機關之行政處分有違法或不當，致損害其權利或利益時，得提起之。因此顯可見，訴願及行政訴訟均係有關公法爭議的救濟途徑。

另依據行政法院組織法第一條，行政法院掌理行政訴訟審判事務。換言之，其審理範圍不及於公法以外的爭議，因此本文認為，決標爭議之定性非屬公法上爭議時，採購法第八十三條，將審議判斷視同訴願決定，即可能產生行政法院必須審理非公法爭議案件²⁴。觀乎行政法院的判決，對於決標階段之爭議進行本質探究時，發現決標爭議非屬公法爭議時，將會陷於兩難之境，即依採購法必須進行審理，但依行政訴訟法及行政法院組織法，卻不應審理的情形。因此，在救濟途徑層面，即因法條之規範而有頗大爭議產生。

第二節 開標審標程序中相關不確定法律概念之判斷問題

由於決標階段的開標、審標及比減價格程序，係決定得標者的重要程序，採購實務上，此一階段經常發生機關與廠商間的爭議，或廠商於此一階段意圖以不正手段得標。因此，政府採購法及主管機關工程會對於決標階段各種程序細節，規定頗為繁瑣。除了必須踐行的程序以外，同時也有許多不確定法律概念性規定，需由採購機關進行判斷。以下，舉其較易發生爭議者，加以探討：

第一項 足以影響採購公正之違法或不當行為之判斷爭議

採購法第四十八條第一項第二款規定，採購機關在發現有足以影響採購公正之違法或不當行為時，不予開標決標。另在採購法第五十條第一項第七款也規定：投標廠商有「其他影響採購公正之違反法令行為」者，其所投之標也應不予開標決標。「影響採購公正之違法或不當行為」係不確定的法律概念，需由各採購機關針對具體個案判斷。此處可提出分析者，有下列各點：

²⁴ 例如：開標主持人已經宣布某廠商得標，完成決標程序。然而，得標廠商就契約是否已經成立，與機關發生爭議，此時明顯應屬契約成立與否的認定爭議，然而如採取採購法異議、申訴及行政訴訟之救濟程序，即可能由行政法院進行實體成立。

一、影響採購公正之行為判斷標準何在？

何謂「影響採購公正之行為」？迄無明確案例，且工程會亦並未對於何種行為，符合影響採購公正的標準，作出具體解釋²⁵。僅於 92 年 11 月 6 日工程企字第 09200438750 號函中，認定機關如發現廠商有採購法第五十條第一項第五款「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者」情形，該會依本法第三十一條第二項第八款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為。也就是，只要機關認定投標文件間有重大異常關聯時，即可推定該等廠商有影響公正之違反法令行為，將會適用採購法第三十一條，不發還該廠商的押標金。同時，應依據採購法第四十八條第一項第二款²⁶不開標決標。

然而，何謂投標文件有重大異常關聯？則係採購法第五十條第一項第五款之規定範疇。因此廠商何種行為屬於「影響採購公正之行為」，或非僅投標廠商，如第三人有影響本案採購公正之行為，即可不予開標決標，在實務上頗為困擾採購機關²⁷。

本文以為，除了以上已為工程會認定：「投標文件內容有重大異常關聯情形」屬於影響採購公正之行為以外，何種行為尚應屬影響採購公正之行為，應由採購機關主觀判斷之，且不限於「投標廠商」之行為。

換言之，採購機關在決標以前，如果發現投標廠商或第三人行為，與影響採購公正有相當關連性時，即可決定不予開標或決標。其判斷的標準即在於下列要件應被滿足：1.機關以外的廠商或第三人有所行為。2.該行為與影響採購公正有關連性。3.採購機關有主觀的確信，該行為將會影響採購的公正。機關決定不予開標、決標時，應將事實與上述要件合致的論理過程，記載於開標紀錄上並公開之。

²⁵ 工程會對於各機關請求解釋案，均未予明確認定何種狀況屬於「影響採購公正之行為」。例如：民 89 年 1 月 19 日工程企字第 89000318 號函答覆衛生署中醫藥委員會，有關該委員會採購「中醫藥典籍電子資料庫計畫」，即便投標廠商龍捲風、大人物、毅欣等三家公司押標金支票連號且均為大人物公司向同一家銀行申請，工程會亦未具體認定該種情形，即屬於影響採購公正之行為，而函覆應由中醫藥委員會自行認定。

²⁶ 採購法第 48 條第 1 項第 2 款：「發現有足以影響採購公正之違法或不當行為者。」不予開標決標。

²⁷ 例如：招標案於開標後，發現不同廠商之公司證照影本，均由同一傳真機號碼傳出，是否可以作為「廠商投標文件間有重大異常關聯」，即屬事實認定。然而此種事實認定，對於廠商之參加招標權利有零和的影響。

二、影響採購公正之行為，機關是否必須先確認為不法或不當行為？

按採購法第四十八條第一項第二款除規定機關「發現有影響採購公正之行為」以外，尚規定該行為「違法或不當」。因此，在實務上，機關是否先要確定該影響採購公正之行為違法或不當，而後才可不予開標決標之疑問。如果需要先行確定，則是否由採購機關確定？或需先送請偵查機關調查確定後，才有本款之適用？如果採購機關逕行認定該行為違法或不當，而後廠商提起異議、申訴及行政訴訟之救濟，而其結果若係否定機關所作之認定²⁸，則將影響大多數採購機關對於適用該款的態度。從而使得該款規定之實益降低，反之，如認機關不得逕行認定，而須先送請偵查機關調查，則因送請偵查機關調查之時間勢必延後，是此更不符立法之旨意。

本文認為該款之規定，應解為：「影響採購公正之行為即為違法或不當行為」。亦即，凡採購機關經過前述之判斷程序以後，認定為影響採購公正之行為，即屬於違法或不當行為，蓋如果已有充分之事實，證明已發現影響採購公正之行為，則自然足以該當於「不當行為」。如此能夠使得機關判斷結果，具有相當穩定性。

惟此種方式授與機關認定是否「有足以影響採購公正之行為」，不論係程序與實體論理，均應採取嚴格主義或遵守一定之程序或標準，以避免流於恣意。

第二項 不同投標廠商間之投標文件有重大異常關聯

採購法第五十條第一項第五款規定不同廠商間之投標文件有重大異常關聯者，採購法及施行細則並無例示性的規定。工程會係由具體個案作較為明確的認定，茲列舉如下：

一、廠商出具指定用途之「授權經銷證明書」予其他廠商參加投標

工程會曾以 89 年 3 月 8 日工程企字第 89004694 號函答覆行政院衛生署，認定安迅資訊股份有限公司為參加衛生署舉辦之「健保資料擷取系統磁帶櫃及週邊設備」採購案，分別出具指定用途之「授權經銷證明書」予精業及天剛二公司持以參加投標，工程會建議衛生署依

²⁸ 即申訴審議委員會進行審理判斷時，如果再次進行事實認定，即有可能發生推翻機關對於事實之認定，因此對事實之認定應有一定之程序或標準。

採購法第五十條第一項第五款及第二項撤銷決標。亦即工程會認定，該種情形屬於「投標文件內容有重大異常關聯者」。

二、工程會正式以行政命令例示者

工程會曾以 91 年 11 月 27 日工程企字第 09100516820 號令，列舉以下各種情形，為採購法第五十條第一項第五款所稱的「投標文件內容有重大異常關聯」：

- (一) 投標文件內容由同一人或同一廠商繕寫或備具者。
- (二) 押標金由同一人或同一廠商繳納或申請退還者。
- (三) 投標標封或通知機關信函號碼連號，顯係同一人或同一廠商所為者。
- (四) 廠商地址、電話號碼、傳真機號碼、聯絡人或電子郵件網址相同者。
- (五) 其他顯係同一人或同一廠商所為之情形者。

上述五款列舉情形，顯然較「重大異常關聯」或「影響採購公正之違法或不當行為」之定義具體，然而其中第三款所列舉之要件，除了投標標封或通知機關信函號碼連號以外，尚需有「顯係同一人或同一廠商所為」，有關此一事實之認定，屬於筆跡鑑定之專業，一般採購機關的採購人員，僅能進行常識判斷程度之觀察，距離有效鑑定尚遠，故在認定上易產生爭議²⁹。

另第五款「其他顯係同一人或同一廠商所為之情形者」，亦有相當的不確定性，採購機關依據經驗，產生合理之懷疑時，經常為此類不確定之概念定義所困擾。

本文認為，機關進行判斷時，仍以「主觀確信」為最後決定的依據，並不以取得鑑定效力的證明為必要，否則，該兩款將因為取得證明而曠日費時，影響所及，將無採購機關願以該條款，來認定「投標文件內容有重大異常關聯」，該行政命令將形同具文。

然而在認定程序上，機關即應以嚴密詳細的論理過程，來闡明主

²⁹ 理律法律事務所，《政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析》，頁 52，「有申訴審議判斷曾指出，如無法確認申訴廠商於投標時，係知悉文件有偽造之情事，...，應俟司法機關偵查已有確定結果後，招標機關視其情形另為適法之處置。」。工程會，(2003 年 12 月)。

觀確信的事實與確信基礎，以免流於恣意³⁰。

第三項 工程會「採購錯誤行為態樣」造成之不確定性

工程會基於避免機關辦理採購，發生違反政府採購法規之情形，將各種可能發生之違失情形編列成為「政府採購錯誤行為態樣」（以下稱行為態樣），其目的在於促請各機關勿犯同樣錯誤³¹。

該錯誤行為態樣，係工程會依政府採購法第十條第二款授權訂定，以表列方式將工程會認為係錯誤行為者分項明列。並以法規命令的型態，通令全國政府機關查照遵守，因此，對於政府機關之採購行為發生拘束力，各機關辦理採購時即有遵行的義務。

實務上，各政府機關也將該行為態樣作為採購作業時的重要遵守規定。違反該行為態樣的採購程序，工程會可透過設於該會的稽核小組，進行稽核並請機關改正。或依據採購法第十條第六款³²，經過督導程序函請機關改正。

本文以為訂定該錯誤行為態樣之用意，在於預防採購程序中，機關或廠商發生違反採購法甚或其他法規之事件發生，並統一採購機關對於各種採購程序中異常情形的處理標準，使得各機關的處理方式維持穩定性，立意可取。

該錯誤行為態樣中，有關決標階段之列舉項目計有：「八、開標程序」計有十三種錯誤行為，「九、審標程序」計有十三種錯誤行為，「十、決標程序」計有十八種錯誤行為，「十一、可能有圍標之嫌或宜注意之現象」計有十二種錯誤行為，總計與決標階段相關之錯誤行為態樣計有五十六種，其列舉不可謂不詳盡。然而其中某些規定，似偏於過於概念化，或將法條過於擴張解釋，或屬於廠商之內部欺詐行為，反而賦予採購機關積極義務，以下即加以分析探討：

第一款 行為態樣「九、審標程序」

一、第(一)款：「未依招標文件之規定逐項確實審查，先以嚴格之規

³⁰ 同前註，該研究報告即指出：如工程會能以發布解釋函令之方式，或建置即時完整之申訴案件檢索系統，使機關及廠商能瞭解此等構成要件，應可減少爭議發生。

³¹ 工程會民 92 年 6 月 5 日工程企字第 09200229070 號令發布。

³² 採購法第 10 條第 6 款，授權工程會掌理各機關採購之協調、督導及考核。

定排除競爭者，再故意放水或護航讓不合規定者通過審查。」

本文認為，本款之用意在於規範採購機關，應對於招標文件所規範者逐項確實審查，並應有齊一之標準，不得對於不同投標廠商有差別待遇，如有差別待遇，則屬違反政府採購法第六條。上述機關於決標階段之義務，本即為採購機關審標時之法定義務，錯誤行為態樣本款之規範，採用「以嚴格之規定排除競爭者」、「故意放水」、「護航」之辭句，但對於如何判定機關審標行為係「嚴格」或係「寬鬆」、何謂「放水」及「護航」，無明確定義。似僅有宣示效果。

本文認為似可將其修正為：「未依招標文件之規定逐項審查，或對於投標廠商給予不同審查標準之差別待遇。」，至於嚴格、放水、護航等不甚精確之用語，則應予刪除，以免劃蛇添足，反而造成規制之障礙。

二、第(二)款「對於圍標事證缺乏警覺性。」

「圍標」，除公平交易法有關聯合行為之規範外，亦為採購法第八十七條所規範，觸犯該條規定將產生刑事處罰效果，因此對於行為是否該當於要件，係採嚴格證明，其偵查權當然非屬採購機關。機關在採購程序中，若發現有圍標之事證，則必須移請偵查機關查處。由於圍標行為絕大多數係廠商所為³³，因此機關人員在開標審標程序中，一般較無法知悉參標廠商之競標行為是否有圍標情事³⁴。

即便採購人員基於經驗法則，感覺廠商於比價過程頗有蹊蹺，例如，第一次招標，僅有三家廠商參加，其中兩家廠商投標金額均高於採購預計金額甚多，且均在比減價時，表明不再減價，退出比價而由僅存之一家進行減價。或三家廠商中，僅有一家廠商附有足夠之押標金，而且減價程序格外困難。具有經驗之採購人員憑其經驗，即可感覺不同廠商之間有隱然的連絡意思，然而採購法對於此種決標程序中所透露的「現象」，並無處理的規範，因此採購人員必須遵行採購法第四十八條第一項及投標須知的規定開標、審標及決標。

³³ 亦有少部分案例，係由機關人員設法獲得領標廠商名單後，故意洩露名單，甚或主動邀集廠商，進行圍標。惟基本上，圍標態樣，多係由廠商設法獲得領標廠商名單以後，排除其他廠商投標，並以事先經過意思連絡的廠商參加投標，進行虛偽競爭。

³⁴ 參最高法院 94 年台上字第 794 號，有關違反貪污治罪條例案之判決案例。機關採購人員與投標廠商共同進行圍標，此時已構成採購法第 87 條第 4 項及違反貪污治罪條例之罪。

另外，觀之政府採購法第八十七條「圍標」的構成要件，並非僅參加投標之間有不競爭而虛偽競爭之意思連絡³⁵，尚有「使廠商不為投標、違反其本意投標」³⁶、「以詐術或其他非法之方法，使廠商無法投標或開標發生不正確結果」³⁷、「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意，使廠商不為投標或不為價格之競爭」³⁸、「意圖影響採購結果或獲取不當利益，而借用他人名義或證件投標者」³⁹等要件，凡此均係廠商在採購機關所能查知範圍以外所為，採購人員並無權責對其進行查證，且該查處行為亦非採購行為的一部份。

此種情形下，對於機關或採購人員賦予「注意圍標事證」的注意義務，並在發生具體圍標案件之後，由工程會或機關課以採購人員「對於圍標事證缺乏警覺性」之責任，甚或由偵查機關查處，有無故意「缺乏警覺性」而導致圍標圖利的情事發生。均係將廠商圍標之法效果責任，擴諸於並無查處權責之採購機關人員，並非妥適。然而，由於採購人員經年辦理開決標程序，經驗及專業判斷較為足夠，如能將相關異常跡象移請偵查機關注意，擇較為可疑者查處，則對於政府採購案中，廠商夥同其他公司投標，並視參標廠商踴躍與否，來決定其投標價之虛偽競爭情形能有所扭轉。

因此本文認為本款宜修改為：「得知可能有觸犯政府採購法第八十七條之罪者，未通報犯罪偵查機關。」。採購機關得知，並經判斷有圍標可能性時，應加以通報，惟其採購程序則仍續予進行。至於機關內以何單位為通報單位，則由各機關長官加以裁量。

三、第(六)款「對於偽造外國廠商簽名、變造外國廠商文件乏警覺性。」

本款規定採購人員對於廠商投標文件上簽名或文件之真偽應有所警覺。惟如同上款之論析，採購人員之職務工作，主要在於接受廠商投標，使開標、審標、決標程序在法定程序下完成。

³⁵ 此為目前決標階段中最常見的情形，廠商、採購人員甚或職司偵查的檢調人員在通念上，均以為此種行為即為圍標，即觸犯採購法第 87 條。然而解析該條構成要件，即可發現尚有距離。此不在本文討論範圍，茲不贅述。

³⁶ 採購法第 87 條第 1 項部份。

³⁷ 同前註，第 3 項部份。

³⁸ 同前註，第 4 項部份。

³⁹ 同前註，第 5 項部份。

雖然在一般交易中，交易當事人基於保護自己之權益，對於交易相對人之信譽乃至文件真偽有所懷疑時，應進行查證程序，惟並非每案均需查證，且查證程序並非法定程序。蓋因參加投標之廠商，有時數量甚多，而且參加投標，並非必然得標。得標之後，尚有簽約及必要的查證程序，因此在開標審標及決標時，即非必要針對每家投標廠商均予懷疑性的查證，在採購作業人力運用上即較為經濟。且「警覺性」一詞，僅係描述個人對事實狀態之反應或懷疑能力，如將警覺性列為錯誤態樣，似有欠精確。

因此本文認為，本款宜修正為：「得知可能有偽造簽名或變造投標文件時，未進行必要查證程序。」。

第二款 行為態樣「十、決標程序」

一、第(六)款「不考慮廠商單價是否合理而強以機關預算單價調整廠商單價」

政府採購契約各單項價格，以往實務上，每以機關預算單價按得標廠商得標總價與預算總價之比例調整之⁴⁰。

本款規制採購機關在決標程序中，對於得標廠商之單價，必需逐項審查是否合理，如有偏低情形，則應依據政府採購法第五十八條及施行細則第七十九條及第八十條之標準加以調整，其他相對較高之項目則需調低，以成為契約上據以執行之單價⁴¹。本款規定立意頗佳，扭轉以往政府機關以本身之預算單價為契約之單價，罔顧廠商投標價格或預算單價不合理之不公平作法。

然而本款規定，在政府採購法規本身並未規定，而且採購契約要項第三十條第二項規定：「契約總價曾經減價而確定，其所組成之各單項價格未約定調整方式者，視同就各單項價格依同一減價比率調整。投標文件中報價之分項價格合計數額與總價不同者，亦同。」，既然規定各單項價格「未約定調整方式者」，係以「依減價比率」調整各單項價格，則顯然如有約定調整方式者，係依約定方式調整。換

⁴⁰尤以工程採購契約最為常見，案例參見台北市政府民 94 年 4 月 6 日訂定之「工程採購投標須知範本」第 73 條，「簽訂契約時詳細價目表、單價分析表或其他相關書表所列各項目之單價，應依本機關原列預算單價，以決標總價與預算總價比例調整之。」，台北市現行法規查詢系統，法規編號 06-04-2002，(2005 年 5 月)。

⁴¹ 參見工程會民 89 年 7 月 29 日工程企字第 89020421 號函。

言之，係由各採購機關與廠商在招標文件上事先約定，並未強制規定機關不得按採購預算單項價格的比率調整。

另在實務作業層面，有些採購案件標價之項目甚多，審查廠商之單價是否偏低，可能極為費時。決標之後，再審查單價，將嚴重影響採購機關作業效率。而且所謂的「合理」，其標準何在？並無具體規定。即便依據政府採購法施行細則第八十條第一款：「該部分標價有對應之底價項目可供比較，該部分標價低於相同部分項目底價之百分之七十者。」，也必須底價訂有詳細項目可資逐項比對，始有判斷是否合理之可言⁴²。

本文建議該款修正為：「招標文件未載明『契約單項價格係以機關預算單價按決標價與預算價之比率調整』，而於訂約時，要求以此種方式調整。」，蓋以政府採購契約仍係契約之一種，因此如機關在招標文件即要約之引誘中，事先載明契約成立之後，係以機關預算單價按決標價與預算價之比率調整，廠商理解該要約引誘條件後，投標之行為，即已取得雙方就契約單價調整方式之合意。在採購法並未禁止之情形下，並無硬性規範不得如此之理。反之，如果在招標文件中並未載明調整之方式，而於決標之後，強行要求廠商依據機關之預算書單價調整，由契約層面探討，則似已牽涉機關廠商間，是否就契約非必要之點發生不一致之情形，如有協議不成之情形，則應由調解、仲裁或訴訟程序解決⁴³。

二、第(九)款「標價偏低，通知廠商提出說明時，未注意該廠商與其他廠商間是否有異常或不正當之行為，而給予與次低標串通之可乘之機。」

實務上，有豐富經驗之採購人員，對於標價偏低之最低標廠商與其他廠商間，是否有異常或不正當之行為，可以「感覺」，但距離有明顯事證尚遠。若謂「已注意」且「感覺」有異常或不正當之行為，即認定為有違反法令或重大異常關聯，甚而基於懲罰性之動機，硬性

⁴² 政府機關採購案訂定底價，一般多係單一總價，甚少將全部單項價格均訂為底價。如以單項決標之採購案，較有需要將全部單價列為底價。但通常為複數決標，即每單項決標一次。

⁴³ 有關決標以後、尚未完成簽約前所發生之爭議，不屬於決標爭議，更無法定性為履約爭議，本文以為其性質，屬於民法第 153 條訂約當事人雙方，就契約非必要之點意思表示不一致，應由雙方協議解決，如無法達成合意，則應由調解、仲裁或訴訟之途徑解決。

決標予最低標者⁴⁴，恐非政府採購法第五十八條處理標價偏低之本意。

本文以為，標價偏低之最低標廠商與其他廠商間有異常或不正當之行為，屬於欺詐之行為，應回歸政府採購法第五十條第一項第七款不予決標，並移請偵查機關查處有無觸犯政府採購法第八十七條第四項之罪。

因此本文認為，本款應修正為：「標價偏低時，發現最低標廠商與其他廠商間有異常之事證，而未報請偵查機關查處。」方能使異常或違法之情形回歸正常查處機制處理，而非決標予該廠商，以強制要求其履約，作為懲罰，以免徒增後續履約爭議。

第三節 底價訂定的爭議

依據採購法第四十六條第一項之規定，政府機關辦理採購，除另有規定外，應訂定底價。因此政府採購案件，不論在實務面或法規層面，均以訂定底價為原則⁴⁵，絕大多數最低標決標之採購案件，均先行訂定底價再進行開標⁴⁶。僅有在訂定底價「確有困難之特殊或複雜案件」、「最有利標決標」或「小額採購」得不訂底價。

然而訂定底價在執行層面產生相當爭議，本文研析如下：

一、法規與實務層面的落差

底價的產生，係由政府機關之規劃、設計，依圖說、規範、契約條款，並考量成本、市場行情及政府機關決標資料「逐項」編列。由機關首長或其授權人員核定。底價理想上應係一組完整的價格，其中包含各分項價格及總價。

然而實際執行層面，目前僅有複數決標或單價決標案件，其底價係逐項訂定，以便於開標時逐項決標。至其他之最低標決標案件，則均係由政府機關訂定一個總價底價，在開標時與投標廠商之總標價進

⁴⁴ 參見工程會民 92 年 3 月 27 日工程企字第 09200123081 號函發「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件之執行政序」，項次四、機關執行政序四、機關雖已請標價偏低之廠商提出說明，而且也認為不足採信，機關仍可重行認定逕行決標予該廠商。另在工程會民 88 年 10 月 12 日工程企字第 8814890 號函中，也以逕行決標予最低標廠商，作為防杜嚇阻「通謀分贓」之方式。

⁴⁵ 參見立法院第三屆第三會期預算財政法制司法內政邊政委員會第二次聯席會議紀錄，頁 271，主席發言。

⁴⁶ 限制性招標的議價案件，依政府採購法施行細則第 54 條第 3 項，訂底價前，應先參考廠商報價。

行比較，以決定後續程序。

如果每一政府採購案均依據圖說、規範、契約條款，並考量成本、市場行情及政府機關決標資料「逐項」編列底價，不僅與擬定採購規格與預算的作業重複，而且也將在開標前極為短暫時間內花費極大的人力，投入訂定底價作業，本文以為非屬必要。

二、法規本身的矛盾性

採購法第五十二條第一項第一款用語：「在底價以內」，第五十三條用語：「超過底價」，第五十八條用語：「總標價偏低」。以及施行細則第六十九條用語：「在底價以內」、第七十一條用語：「超過底價」、第七十二條第二項用語：「減至底價」。並未定義，究竟係僅指底價亦或包括底價分項。而實務上亦以單一總價底價，最為常見且可行。

採購法施行細則第八十條第一款規定，在有對應之底價項目可供比較時，部分標價偏低，係指該部分標價低於「相同部分項目底價」之百分之七十。換言之，即各項目價格也屬於底價之定義。

然而，如果將在「底價以內」、「超過底價」或「減至底價」中之「底價」解釋為「總底價」及「分項底價」，則將在實務執行時，產生非常大的混亂⁴⁷。

因此本文以為，政府採購法施行細則對於「底價」的意義，似有含糊不清之處⁴⁸。

三、底價偏高造成的爭議

底價係由採購機關依據圖說、規格、市場行情等各項文件所訂定，理論上應接近市場價格。然而在實務上，底價訂定偏高的案例時而有之。其原因不外乎：

- (一) 圖說規格標示過於簡略，無法表達較為複雜或高規格的需求，廠商因而低估。

⁴⁷ 例如：最低標決標案件，在底價以內，即應決標。如係指廠商標價應在總底價以內及分項底價以內時，始可決標，則最低標廠商總標價低於總底價，但分項價格高於分項底價時，將無法決標，應進行減價。但卻違反政府採購法第 48 條及第 52 條之規定。因此本文認為：政府採購法內所稱之底價，除有特別明訂為分項底價以外，應指總底價而言。

⁴⁸ 同註 45，立法院委員會聯席會議審查有關底價之條文時，亦針對是否應有底價制度？底價是否應事先公開？底價係指一個總價，還是包括全部單項之價格？有極為冗長之討論及不同見解。

- (二) 採購機關所依據的市場行情資料不準確，或已經過時⁴⁹。
- (三) 機關對於廠商投標情形錯估，未將競爭因素精確考量，認為競爭可能不大。
- (四) 決標及需求之時間壓力，使機關在訂底價時，以第一次招標即決標為第一優先考量，因此不作精確之計算，從寬訂定，以免造成超底價廢標之情形，而變更設計有新增項目者，其議價時之底價，尤易產生此種情形⁵⁰。

開標以後，發現底價有偏高之情形，機關通常必需考量，是否需要踐行政府採購法第五十八條程序。如果認為最低標廠商標價偏低，則應該請最低標廠商提出說明，並進行後續繁瑣冗長之程序，將使得採購之程序遲延，倍增人力且降低效率。反之，如果認為廠商之標價並未偏低，則隱然承認底價偏高，也易產生廠商對於機關底價可信度之懷疑⁵¹。

四、底價偏低造成的爭議

機關訂底價偏低也時有所見，常見原因有下列幾種：

- (一) 機關對於價格之預估有漏項或錯估之情形，例如：人工費用漏未估列，不銹鋼材料以一般鋼鐵費用價格預估等。
- (二) 機關所依據的市場價格有錯誤，例如：估價廠商低估價格，或機關未請複數家廠商估價。
- (三) 機關所依據的市場價格已經過時，估價完成後，價格急遽升高⁵²。
- (四) 機關提出預估金額單位、採購單位、首長或其授權人員刻意訂定較低之底價，造成開標後發現底價偏低⁵³。

以上所列底價偏低情形，不僅採購機關將重複開標作業，降低效

⁴⁹ 例如：電腦資訊產品經常可能遭遇此種情形。

⁵⁰ 李家慶，〈析論工程合約新增工作項目〉，營建資訊，第 216 期，頁 73，(2001 年 1 月)。

⁵¹ 羅昌發，《政府採購法與政府採購協定論析》，頁 259，元照出版公司，(2004 年 10 月)。

⁵² 實務上，匯率及價格波動係經常發生之現象。

⁵³ 採購機關內部訂定底價程序各有不同，時有所見之情形為：首長或其授權人員基於其節省預算的責任感，或對於屬員之不盡信任，以折扣的方式核定底價，若原提出之預估金額已經與市場價格下限接近時，再依折扣方式核減，即可能產生底價偏低，無法決標的情形。該核減程序並未經分析，也沒有具體之核減理由，然而確可能產生底價偏低，廢標之情形。

率，在投標廠商而言，更產生以下的爭議：

- (一) 廠商認為機關訂底價，根本不具專業性，脫離市場價格太遠，未經過查價，隨意打折。
- (二) 懷疑機關蓄意使該次開標廢標，以便使得有意願投標之廠商現身，以方便特定廠商於廢標後，以非法手段私下協商。對於機關之聲譽造成影響⁵⁴。
- (三) 在賣方市場，廠商認為機關隨意訂底價，浪費其估算及投標時間，也浪費押標金利息，因此下次開標時，即提高投標價，機關相對需花費更多經費，購得相同標的⁵⁵。

第四節 標價偏低，進行政府採購法第五十八條程序的爭議

採購法第五十八條，對於最低標決標案件，最低標廠商標價偏低之情形，有細緻的處理程序。該條意旨，在於避免過低標價影響後續履約品質⁵⁶，因而藉由廠商說明，及採購機關審查的程序，使標價不合理，而有降低品質之虞的最低標廠商無法得標⁵⁷。本文認為該條能夠增進機關採購品質，避免過低價格影響履約，立意正確，乃一進步的立法例。

然而檢討採購法第五十八條之程序，發現有下列爭議問題：

一、主管機關之法規命令，對於機關踐行程序的管制，較政府採購法嚴格。可分析如下：

(一) 對於機關要求廠商提出「說明」或「擔保」選擇權的侷限

依採購法第五十八條，當最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞時，機關得限期通知該廠商提出說明或擔保，顯然係賦予採購機關選擇權⁵⁸，可要求最低標廠

⁵⁴ 同註 45，實務上，機關之底價在決標以後公開時，也經常成為廠商嘲弄的對象。

⁵⁵ 公開招標之另一功能，即在於截止投標前，廠商不瞭解其有無競爭對手，因此以最具競爭力之價格投標，以免遭到隱性競爭者淘汰，此亦即競爭之重要精神，然而如果第一次開標係因底價過低導致廢標，則廠商對於市場競爭資訊即有較為準確評估，其競爭性將大幅降低。

⁵⁶ 李怡芳，〈政府採購法第五十八條之案例研究〉，法令月刊，第 55 卷第 5 期，頁 36，(2004 年 5 月)。

⁵⁷ 陳建宇，〈「差額保證金」繳交之適用評議〉，營建知識，第 205 期，頁 68，(2000 年 2 月)。

⁵⁸ 陳建宇，同前註。雖與工程會目前之函釋認為「必須先請廠商說明」有異，但本文認為可資贊同。

商提出「說明」或提出「擔保」，該兩者並無先後次序之關係⁵⁹。惟工程會於「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件之執行程序」⁶⁰第四項，明確規定採購機關必須先限期通知最低標提出說明，不得未經說明，而逕行通知最低標提出差額保證金。顯然對於採購機關選擇要求廠商「提出說明」或「提出擔保」的裁量權予以限縮⁶¹。

(二)對於機關認定廠商說明不合理時，不予決標權的限縮

依據採購法第五十八條，機關要求標價偏低之最低標廠商提出說明，而廠商提出之說明不合理時，即得不決標予該廠商。此乃因為廠商所投之標價已經偏低，如果機關基於客觀事實，認為有降低品質之虞時，廠商必須針對機關此種疑慮，提出適當而能夠令機關信服的合理說明，機關始有較為堅實判斷基礎，以便決標予該廠商。

然而，依據工程會 92 年 3 月 27 日修正發布之前述執行程序「附註二」明訂，機關要求廠商提出說明，廠商得「自行擇定」提出說明或擔保⁶²。換言之，最低標廠商標價偏低有降低品質之虞時，機關必須先要求廠商提出說明，而不可依據本條逕行要求廠商提出擔保。且縱然機關要求廠商提出說明，廠商之說明不合理或根本未提出說明，但其另選擇提出擔保，此時機關仍然必須決標予該廠商。

本文認為本執行程序之規定，明顯限縮採購機關對於標價偏低廠商之說明判斷權限，對於採購之品質有間接較為不利之影響。且對於政府採購法第五十八條之立法原義有根本性的更動。

本條之原意，在於最低標廠商標價偏低，而且經過客觀判斷有降低品質之虞時，機關得請該廠商提出說明或擔保，此乃機關之選擇權。機關選擇請該廠商提出說明，而廠商說明不合理時，機關為防止價格過低致影響履約品質，即可不決標予該廠商。機關如選擇請該廠商提出擔保，該廠商未提出時，機關基於與前述第一種選擇相同理由，也可不決標予該廠商。

⁵⁹ 同註 56，頁 37。

⁶⁰ 公共工程委員會 92 年 3 月 27 日工程企字第 09200123081 號令。

⁶¹ 李怡芳，同註 56，頁 44，對此亦持懷疑看法。

⁶² 同註 44。「附註：二、通知廠商提出擔保前，應予提出說明之機會，廠商並得自行擇定提出說明或擔保。」

此兩種選項，其出發點皆基於採購之品質，其選擇權係在機關，惟現修定後之執行政序，則將選擇權置換於供應廠商之手中，換言之，是否能夠決標，係由最低標廠商決定，如果廠商執意決標，則即便其說明不合理或根本不理會機關提出說明之要求，仍可提出差額保證金擔保後，強制機關必須決標，此似與政府採購法第五十八條賦予採購機關判斷與選擇權之設計有基本差異。本文認為此並非妥適，且亦變更採購法本條之精神⁶³。

二、實務執行上的爭議

採購法第五十八條賦予採購機關較大的判斷與選擇權利，與以往最低標決標之採購程序，機關遇最低標即必須決標，在程序上有大幅進步創新的改變。然而由於機關與廠商多數仍然停留在舊有思維習慣中，因此在採購案實際執行時，仍易於發生爭議⁶⁴。

本文試舉以下數端，加以探討：

(一)有關認定標價偏低的可探討點

採購法第五十八條，對於何謂標價偏低並未定義。主管機關公共工程委員會基於採購法第十條第一款及第二款、第一百一十三條之授權，乃在採購法施行細則第七十九條及第八十條中，賦予「總標價偏低」及「部分標價偏低」定義。在實務執行時，「總標價偏低」的定義，可以統一各機關對於總標價偏低的判斷基準，排除各機關對於標價的判斷差異。對於不同機關判斷基準之穩定及一致，將有正面效果，本文認為值得贊同。

然而將「部分標價偏低」，也包括於標價偏低之情形中，則反而造成適用時之紊亂。

蓋以現階段最低標投標之交易實務，均係以投標廠商之總標價進行價格認定。而廠商投標常態，也多半以投標文件首頁⁶⁵所列的總價金額報價，至於其後之各項明細表或清單所列價格，則僅係廠商對於

⁶³ 參採購法第 58 條之條文說明，網址：

http://www.pcc.gov.tw/~jsp/depinfo/A002/c2/c2b/c2b_3/gplnew920828new.doc，工程會，(2005 年 5 月)。

⁶⁴ 同註 29，對於標價是否偏低顯不合理之爭議案件達 25 件。

⁶⁵ 以工程會之模範文件舉例，即係「招標、投標及契約三用文件」之「廠商投標」欄所列總價金額。

總價的分項組成價格加以分析說明，如果有組成、計算或價格上的錯誤，並不影響整份投標文件之有效性。依據政府採購法第五十八條，當最低標廠商之總價低於底價百分之八十時，固然可進行該條之程序，即便未低於底價百分之八十，機關如發現最低標廠商投標文件之標價清單或項目表等文件中，有部分價格低於底價組成表中之分項時，仍可進行採購法第五十八條之程序。

有疑義者，有下列兩點，第一，總價決標且以最低標決標之採購案，機關鮮少在總價底價以外，再行訂定底價分項。在此種情形之下，第五十八條規範「部分標價偏低」得進行相關程序之規定，即可能根本無可能適用於實務案件中。第二，即便機關已經訂定完整的底價組合，包括了總底價及分項底價，進行價格程序時，該廠商之總標價並未低於總底價百分之八十，投標意思表示上已屬完備，機關似並無足夠之理由，再行要求廠商提出說明。

實務上，如果最低標廠商總標價並未低於總底價之百分之八十，而投標清單或項目表中，有單項之標價低於底價之分項單價之百分之七十，機關如透過採購法第五十八條之程序，認定廠商之說明不合理，而不決標予該最低標廠商，在採購機關而言，雖無違反政府採購法之虞，卻似有過當之虞⁶⁶。

因此本文以為，政府採購法第五十八條將「部分標價偏低」的情形也列為可進行後續審查作業，應有可調整之處。

(二)有關機關裁量選擇的立法設計上可探討點

綜觀政府採購法第五十八條的立法架構設計，可解析如下：

1. 僅適用於最低標決標之案件。
2. 機關為裁量及判斷的主體。
3. 機關第一階段的判斷⁶⁷：機關判斷最低標廠商之總標價或部分標價偏低，有無「顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形」。

⁶⁶ 葉俊榮，同註 18，頁 225，政府採購雖非可歸類為單純之行政程序，然而採購法對於Due Process Of Law原則之掌握，並不亞於行政程序法。

⁶⁷ 此處本文稱之為機關「第一階段的判斷」，係因政府採購法第 58 條前段之用語，除「總標價或部分標價偏低」於施行細則第 79 條及 80 條已明確定義外，其他之用語「顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形」均為不確定法律概念。

4. 機關第一階段的裁量：機關經過判斷，確定廠商合致於上述情形，乃進行裁量是否「限期通知該廠商提出說明或擔保」。本階段，包括一個較為下層之選項裁量：即指定廠商提出「說明」或提出「擔保」。
5. 機關第二階段的判斷⁶⁸：機關指定最低標廠商提出說明，廠商於限期內提出說明，機關判斷該說明是否合理。
6. 第二階段之裁量：廠商之說明業經機關判定合理否，或廠商業按機關要求提出擔保否，機關進行是否決標之裁量。

由以上的探討可得知，採購機關啟動採購法第五十八條之程序以後，包括兩階段判斷及兩階段裁量，各階段的裁量，係依據該階段的判斷結果續行。在實務上，不論係判斷或裁量，機關均應具備理由，並將理由告知參與投標之廠商。合計即可能有十五種型態產生⁶⁹。

本文認為，本條立法目的明確。基於價格與品質的密切關聯性，當廠商投標價格低於市場價格超過一定程度時，將對履約品質產生負面影響。因此立法設計一機制，使機關得以瞭解廠商對於該履約標的有無誤解，或有無可能故意低報價得標後，再以不合規格之標的履約，從而機關可以決定是否向標價偏低之廠商採購。

然而，在程序設計上，機關內部判斷與裁量過於複雜，各階段須進行實質審查具備理由⁷⁰，此外尚有行政核准程序，大幅增加採購案之作業量，因此許多採購機關及人員視該條程序為畏途。反成為實務運用的障礙，損及該條之功能，對品質及效率無法產生有效正面助益。對於注重品質的正派經營廠商，無法產生鼓勵之效果。反之，對於有意低價搶標，再蓄意以不合規範方式減省成本之廠商則無法篩除。

因此本文以為，採購法第五十八條在保障政府機關採購品質、給予廠商較為公平的競爭環境上，有積極開創性之功能。然而在其條文架構上，似乎過於複雜，且有諸多之行政判斷與裁量，易造成不同採

⁶⁸ 由於廠商之說明合理與否，係一不確定概念，亦屬於機關之判斷餘地，而且在時序上，必然為第一階段之判斷及裁量先行，始有本階段之發生，故本文稱之為第二階段之判斷。

⁶⁹ 同註 56，頁 38。

⁷⁰ 同註 29，工程會採購申訴審議委員會認為，招標機關未限期通知廠商提出說明或擔保，亦未實質審查廠商之標價，即構成違法。

購機關及主管機關，對其認知之差異，致廠商因而覺得機關運用該條之穩定度不夠。本文以為，該條文似有調整修正之空間。

第五節 減價程序的爭議

政府採購案之減價程序，規定於政府採購法第五十三條、第五十四條、第六十條及該法施行細則第七十條、第七十二條、第七十三條。各條內容對於減價程序有細緻的規定，因此在實務上較少發生重大爭議。惟仍有實務層面之疑義，值得提出討論，藉以探求法規層面可予修訂之處，降低可能發生之爭議。本文論析如下：

一、減價程序賦予機關過多不必要之裁量權

依據政府採購法第五十三條第一項：「合於招標文件規定之投標廠商之最低標價超過底價時，得洽該最低標廠商減價一次；減價結果仍超過底價時，得由所有合於招標文件規定之投標廠商重新比減價格，比減價格不得逾三次。」⁷¹，因此，當投標廠商的價格超過底價時，機關可裁量是否進行減價程序，換言之，亦可不進行減價程序而直接廢標，重新招標。惟一般採購機關基於採購效率，儘速在該次招標完成決標，均會進行減價程序。除有其他情形以外，絕無不進行減價程序者。因此，政府採購法第五十三條第一項規定，採購機關「得洽該最低標廠商減價一次」，不論在習慣上或必要性上，顯屬於不必要之裁量授權，在實務層面即有造成爭議之可能。

且以投標廠商的角度來看，不同的採購機關、不同的開標主持人在各開決標程序中，若得自由裁量是否繼續進行減價程序時，將造成不同的採購案件，廠商投標價格均超過底價時，有些案件進行減價程序，有些案件則由開標主持人逕行宣佈廢標，造成不同招標案的開標程序，有顯著之差異，容易引起爭議及不必要的懷疑⁷¹。

同理，政府採購法第五十三條第一項後段規定：「減價結果仍超過底價時，得由所有合於招標文件規定之投標廠商重新比減價格，比減價格不得逾三次。」，不論由開標實務、必要性及程序的穩定性上，

⁷¹ 例如：不同機關的同類性質採購案，開標後廠商標價均超過底價時，甲機關開標主持人依據採購法第 53 條第 1 項之程序，進行洽減價及議減價，而乙機關之開標主持人則未依據採購法第 53 條第 1 項之授權進行減價，而逕行廢標。同一廠商A參加了該兩採購案後，顯然對於乙機關之開標主持人將產生質疑及抱怨，然而，乙並未違反採購法第 53 條第 1 項之規定。

亦係多餘的裁量授權。

因此，本文以為政府採購法第五十三條第一項有關「得洽最低標廠商減價」及「得由所有廠商比減價」，係賦予機關過多且不必要之裁量權。雖然在開決標實務上，少見有機關在此處進行逕行廢標之裁量，然而既經規定，則日後實務上，即可能有採購案件適用，從而產生爭議。

二、廠商代表人員是否在場、被授權範圍及是否用印等爭議

(一) 廠商代表人員是否在場之爭議

政府採購案件開標時，並不強制要求廠商必須由負責人或代理人到場參觀或參與減價程序。如合格廠商中之最低標廠商，其標價未超過底價時，並無減價程序即應決標⁷²，即便該廠商並未派代理人至現場，亦並不影響該廠商得標之結果⁷³。最有利標決標案件，亦有同性質之規定⁷⁴。開標後，合於規定的最低標廠商之標價超過底價時，機關得依據採購法第五十三條進行減價程序，否則即應廢標重行招標。減價程序開始以後，除非採購機關決定另行定期辦理減價程序，否則在實務作業上，均係由開標主持人立即洽廠商代表人進行減價。因此廠商必須派經過授權的人員，在開標及減價程序的現場，以便代表廠商進行減價。

如有廠商並未派代表人員在現場，則於採購機關開標後發現並無廠商低於底價，需進行減價程序時，採購機關無法當面立即通知該廠商進行減價。依據政府採購法第六十條後段，機關通知廠商減價，廠商未依通知期限辦理者，視同放棄。因此目前實務上，減價程序中如果廠商並未派被授權之代理人到現場時，均視同該廠商放棄減價之權利，工程會亦作如此規定⁷⁵。

本文認為此處有疑義者為：當合格廠商標價均高於底價，且廠商並未派代理人在場時，按政府採購法第六十條之規定，係「機關通知

⁷² 採購法第 52 條第 1 項第 1 款。

⁷³ 蘇明通，〈政府採購之不法不當行為及其防治〉，律師雜誌，第 249 期，頁 20，(2000 年 6 月)。工程會民 88 年 9 月 23 日工程企字 8813035 號函答覆勞工委員會中部辦公室，附件第 4 項。

⁷⁴ 最有利標評選辦法，第 10 條第 4 項。

⁷⁵ 工程會民 89 年 6 月 12 日工程企字 89016272 號函答覆台灣電力公司，附件第 8 項第 1 點：「現場審標、決標之案件，本即應於招標文件敘明投標廠商應派代表在場，以備現場說明、減價等。廠商如未派代表到場，可視同放棄處理，不另為通知。」

廠商減價」，換言之，機關應有通知廠商之義務，通知必須到達該廠商。通知之內容，則至少應包括「減價或比減價格提出之期限」。至於該通知係口頭通知，或其他形式之通知，則法未限定。

因此，本文認為，機關進行減價程序時，廠商如並未派有代理人在場，機關逕以政府採購法第六十條規定之「通知該廠商減價，廠商未依通知期限辦理者，視同放棄。」，來認定該廠商放棄減價權利，而未先踐行通知之程序，以法條精神解譯即有欠周延，易產生爭議。然而在實務上，絕大多數採購案係當場開標、決標，如遇有未派代理人在場，即需通知該廠商限期比減價格，則作業難免繁複窒礙，因此採購法第六十條，即有予以再明確規範之必要。

(二) 廠商代表人員有無被授權之爭議

當廠商進行減價時，機關首需確定者，係開標現場代表人是否有代理廠商進行減價行為的權能⁷⁶。

參加投標之廠商所派代表人，大致可分為下列幾種身分：廠商負責人、廠商職員或由廠商授權之非廠商人員。如係廠商負責人，例如：公司的董事或代表公司的股東，則其所提出的減價表示，應為公司的有效意思表示⁷⁷，實務上亦較少爭議。

較常發生者，廠商代表人並非投標廠商的負責人，或並不具有法定代表權，而其並未提出授權書，僅攜有廠商名稱的印章，並表示其係該投標廠商的被授權人，其減價行為對於廠商是否產生效力？此時可分為三種情形加以探討：

第一，如該代表人確係經過廠商授權，至現場進行參加開標及減價行為之代理人，則該代表人員表明係廠商之授權代理人，且提出投標文件及印章等，使機關確信其為被授權代理人時，依據民法第一百六十九條前段⁷⁸，廠商交付印章及投標文件之行為，應可視為廠商表

⁷⁶ 參民法 153 條。開標及審標時，係以資格、規格及價格三者為機關判斷審查的重點，其中「價格」係絕大部份契約成立的要素之一，亦係機關與廠商意思表示合致必要之點，因此廠商開標決標代理人是否經授權，係決標程序中重要之檢核點。

⁷⁷ 依據公司法第八條第一項：「本法所稱公司負責人：在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。」，另於同法第五十六條第一項：「公司得以章程特定代表公司之股東；其未經特定者，各股東均得代表公司。」。因此如由公司的負責人或股東本人致開標現場參加減價程序，其所為之減價行為對於公司產生效力。

⁷⁸ 民法第 169 條前段：「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。」

示將代理權授與該代表人員之行為，該代表人員持廠商印章在減價程序中所為的減價行為，對於廠商應產生效力。

第二，如事實上廠商並未明示授權該代表人員「減價」，但廠商已將印章交付該代表人員前往機關參加參與開標，本文認為廠商交付印章之行為，仍應依據民法第一百六十九條前段，視為廠商表示將代理權授與該代表人員之行為，該代表人員持廠商印章在減價程序中所為的減價行為，對於廠商應產生效力。

第三，如該代表人員事實上並未獲得廠商授權減價，或廠商已向該代表人員明示不授權其減價，僅授權其參與開標程序，亦未將公司印章交付該代表人員，然而該代表人員於開標現場向採購機關人員自稱具有廠商授權，且提出自行刻製之廠商印章，此時該代表人員應係無權代理，依據民法第一百七十條，該無代理權人以代理人之名義所為之減價行為，非經廠商承認，對於廠商不生效力。其無權代理之行為對於採購機關所造成之損害，機關得請求行為人賠償之。至於該減價行為對於廠商應不生效力，至機關依行為人減價行為，所作之決標決定，亦應由機關依據採購法第五十條第一項第七款「其他影響採購公正之違反法令行為」，及第二項撤銷決標。

因此，如參加開標廠商人員「自稱」係廠商授權的代理人，或其攜有廠商印章，但無其他授權文件，則機關似無法確定該代理人已獲得廠商授權減價，從而亦無法確認減價之意思表示可對廠商產生效力。如果參加開標人員並未獲得廠商授權減價，機關誤以為已獲授權，且該採購案減價後決標予該廠商，則將產生減價意思表示，對該廠商並不生效力之爭議，從而將影響該次決標之效力。

(三)被授權之代理減價人員未攜帶廠商印章，減價權利之爭議

進行減價程序時，實務上常發生採購機關在招標文件上規定，代理廠商之人員需提出該廠商之印章，在書寫完成之減價表上用印，以表示確係該廠商的意思表示。或當場要求代理廠商之人員，應提出廠商之印章，以便確認減價之意思表示。若被授權之代理人並未攜帶廠商之印章，僅提出該廠商所出具之授權書，載明減價也係該廠商授權之範圍，此時機關是否可以拒絕該代理人員以自己之簽名或蓋章，代行廠商之用印？

本文認為機關不得拒絕，而且該代理人之簽名或蓋章及減價將對廠商產生效力。蓋減價程序中，採購機關希望廠商代理人出席開標及攜帶廠商印章，其目的不過在於希望減價時代理人所提出的減價文件，對於廠商產生拘束效力，不至於在決標之後為廠商否認。如果已經有授權文件，證明出席減價程序之廠商代理人具有足夠之代理減價權，則該代理人所為之行為將對廠商產生效力，機關自無理由再要求代理人需具備廠商之印章。

由法規層面探討，採購法第五十條第一項第一款規定，廠商未依招標文件之規定投標者，其所投之標應不予開標，係規定廠商「投標」之行為應依招標文件之規定，並未要求廠商代表人員開標時需攜帶印章，也未規定減價時應以廠商印章在減價單上用印，以證明其意思表示之有效性。另第五十三條第一項規定之「洽」最低標廠商減價一次，或「由」所有合於招標文件規定之投標廠商重新比減價格，也均未將具備投標廠商印章，作為提出減價意思表示的要件。而且要求廠商凡參加政府採購案，即必須攜帶印章，對於經常參加政府採購案之廠商，不異要求刻製多幅印章，以免窮於印章之調度。

因此，本文認為機關於減價程序中，要求代理人應攜帶廠商印章以確認其有足夠權能代理廠商，並要求減價行為必須用印以證明係有效之意思表示，在民法及採購法上並無足夠之依據及必要性，且易產生廠商所派之代理人未攜帶印章時，被拒絕減價之爭議。似應修正規定廠商代理人應出具授權書，清楚載明被授權人及授權之範圍，即可具有足夠之證明力⁷⁹。

第六節 最有利標決標的爭議

最有利標決標程序已漸為許多機關所採用，工程會為提升採購品質亦積極推動⁸⁰。最有利標決標之目的，係在一定的金額下採購品質

⁷⁹ 另參見工程會民 89 年 3 月 17 日工程企字第 89007258 號函。工程會基於：經濟部商業司已取消公司印鑑登記制度，及規定廠商應攜「印鑑」參加開標，將造成其同一時間只能參加一個採購案開標，因此認為金門縣政府函送工程會，詢問該會意見之投標須知應予修正，改由開標代表人提出授權書，由代表人之簽名代替蓋章。本文認為，各機關開標時只認印章，而不確認代理人有無權能及被授權之範圍，日久之後，難免發生有關意思表示效力之爭議。工程會本函係宣示重要的契約法基本觀念。

⁸⁰ 參見工程會民 90 年 6 月 14 日工程企字第 90021371 號函，工程會建議各機關辦理工程採購，在符合「異質」及「不宜以最低標辦理」兩要件下，儘量採行最有利標決標方式辦理。

最佳標的，其採用方式係以複數項目之評選，而非以最低價格為競爭之唯一項目⁸¹。採購法第五十二條第一項第三款、第二項、第五十六條，以及工程會訂定的最有利標評選辦法，為政府機關辦理之依據。

招標案採行最有利標決標方式，有幾處易產生疑義或爭議，本文加以探討如下：

一、最有利標決標之前題要件「不宜以最低標辦理」之認定及「異質採購」之定義

依據政府採購法第五十二條第二項，機關採行最有利標決標，以異質之工程、財物或勞務採購，而不宜以最低標決標辦理者為限。而最有利標評選辦法第二條第一項規定，採購機關應於招標前確認採購標的符上述要件。同辦法第二條第二項則對於所稱「異質之工程、財物或勞務」定義為：「由不同廠商履約結果於技術、品質、功能、效益或商業條款之履行等有差異者。」。

本文認為，同一採購契約，縱然其規格至為明確，如並非指定特定標的採購時，由不同廠商履約，其結果在品質、功能、效益或商業條款之履行上必然有差異存在。蓋標的之規格或施工規範，均為履行該契約之後基本或最低的要求。即便指定採購特定之標的，如果由不同的廠商履約，其履約的方式、品質或承諾的附加服務均有差異，不可能完全相同，此時則明顯將「異質」之定義，擴張至近於所有採購標的之範圍。因此目前幾乎所有採購案件，似均可經過認定為異質採購，不宜以最低標決標，而採取最有利標決標。

如此認定，固有利於擴展最有利標決標的適用範圍，惟既基於考量品質，對於適合以公正客觀之評選方式採購者，鼓勵採行最有利標決標方式採購，則政府採購法第五十二條規定以「異質採購」為其前提要件，而後卻對於「異質」賦予極為寬鬆之定義，如此，異質採購是否應列為最有利標評選之要件，並要求機關應先確認，似即應予以修正⁸²。

⁸¹ 工程會，採購法第 52 條條文說明，以最符合政府利益之考量下，得自最低標或最有利標中選擇適合之決標方式。網址：

http://www.pcc.gov.tw/~jsp/depinfo/A002/c2/c2b/c2b_3/gplnew920828new.doc，(2005 年 5 月 8 日)。

⁸² 本文認為，異質採購之定義，應以一採購案中，具備有財物、工程及勞務三者中任何兩者以上之採購成份，始克稱為「異質採購」。此類型採購案件，亦足顯現其採取最有利標決標之必要性。立法院對於政府採購法之聯席審查會議中，黃國鐘委員所舉美國模範採購法，可資佐證適

又何種採購可認定為「不宜以最低標決標」，也並無一定之範疇。如果採購規格及投標廠商資格能夠妥為訂定，則何種案件尚可歸類為「不宜以最低標決標」之案件，亦係頗值得探討的弔詭之處，其本質應屬於採購策略的選擇，而非法規範性質的要件規定。本文以為在法條上，將採購策略的選項作為法規範的前提要件，對於採購機關將產生認定標準上的混淆⁸³。

本文認為，政府採購法第五十二條所規定適用最有利標決標之前提要件，似有加以適當修正之必要，以免過於概念式的用語，徒增不同機關認定之差異性。

二、評選委員會評選過程的爭議

採用最有利標決標之採購案件，其評選委員會之評選過程，係招標機關及投標廠商均感覺極易產生爭議之處。本文分為以下幾個重點探討之：

(一) 評選委員會評定為最有利標者與機關首長之決定不同

採購法第五十六條第一項最後一段規定，最有利標除了由評選委員會評定以外，也可依據「機關首長的決定」評定最有利標，然而，此處並未明確規定，評選委員會之評定與機關首長的決定效力孰輕孰重。另於採購評選委員會組織準則第二條第二款規定，評選委員會的成立目的之一為「評定最有利標或向機關首長建議最有利標」，因此，實務進行最有利標評定時，可能產生評選委員會評定之最有利標廠商，與機關首長決定之最有利標廠商不同，而且已經獲評選委員會評定為最有利標之廠商，亦可能因未獲機關首長決定為最有利標，因而產生內部評定矛盾之情形。此時應如何認定最有利標廠商？係一對於採購單位頗富挑戰性的實務問題。

除了前述政府採購法第五十六條之規定以外，最有利標評選辦法第十二條各款針對「總評分法」評定最有利標、第十五條第一項針對「序位法」評定最有利標，「機關首長決定」與「評選委員會過半數決定」均係最有利標評定之方式之一，因此當評選委員會之決定與首長之決定不一致時，最有利標如何產生，對採購單位而言，即具有相當

於採取最有利標決標之案件類型。立法院第三屆第三會期預算、財政、法制、司法、內政及邊政委員會第二次連席會議紀錄第二八四頁至第二九二頁。

⁸³ 採購機關檢視是否該當法規範要件，與採購機關抉擇採購策略，在性質上有非常大的差異。

挑戰性。

本文認為，前述機關內部評定的衝突，其發生原因，即為政府採購法及最有利標評選辦法，對於有權評定最有利標者係雙重授權。探討解決此種可能發生矛盾與僵局之道，應由最有利標決標方式之本質，及機關首長在決標程序中應具有之權力及義務出發。

最有利標決標方式之本質，係由採購機關組織專業評選委員，委託評選委員針對廠商投標標的之技術、品質、功能、商業條款或價格等項目，依據事先審定的評選項目及評比標準，基於專業進行儘可能公正客觀的評選，使最有利於機關的標的及其供應廠商能夠被評定為最有利標。評選委員會之評選權源係來自於機關之委任行為，因此評選委員會所作成之評定決定，對於機關發生效力。換言之，如果在招標文件中規定，採購案係以評選委員會評定之最有利標決標，除此之外，並無其他特別核定程序者，即應以評選委員會之評定為最有利標。

由專業層面來分析，評選委員會係由專業人士所組成，其評定結果相對於機關首長之決定將較為客觀專業，因此應以評選委員會之評定結果較為接近機關採購之目的。

然而由政府採購行為最有利標評選案中，機關首長具有之權利及義務來探討，對外，首長係代表機關之人員，其行為對於機關發生直接之效果。對內依據大多數機關⁸⁴之組織法探討，機關首長係「綜理該機關之職掌業務，並指揮監督所屬機關、人員及單位」。行政實務上認為，首長在合於法令規定之範圍內，對於機關職掌業務有指揮權，至於指揮權之範圍，由於並未明確定義，故也從寬解釋，凡機關首長認為對於機關政務推行有實質助益，而且不違反法令規定者，首長均得本於組織法授權，指揮屬員辦理之。

據上所論，首長依據組織法及政府採購法第五十六條，應有足夠的權利，提出與採購評選委員會不同的最有利標評定意見。甚至在經過最有利標評選委員會提出最有利標建議以後，仍然可以不接受評選委員會之建議，而依據政府採購法第五十六條提出其自己之決定。所

⁸⁴ 查閱內政部組織法第 18 條、法務部組織法第 18 條、交通部組織法第 19 條、交通部臺灣區國道高速公路局組織條例第 5 條、交通部臺灣鐵路管理局組織條例第 8 條、內政部營建署組織條例第 5 條。其他機關也均以類似之用語賦予機關首長職權。

屬之採購單位及人員，基於該機關組織法及公務員服務法⁸⁵的規定，必須遵守首長之指揮命令。由此可得知，政府採購法在最有利標決標方式設計上，仍然兼顧首長之內部行政指揮監督權，而並未完全授權評選委員會決定最有利標廠商。

本文以為，藉由首長之核定權，設定評選委員會評定結果之最後檢驗機制，係避免評選委員會產生錯誤時之最後補救防線，似有其必要性。例如：所選最有利標明顯與機關採購需求不符合，依據政府採購法其他各條，均無法獲得在決標前終止程序或改正之途，此時由機關首長決定不評定予委員會建議之最有利標，則能夠適時終止程序。然而，在法規條文用語上似不夠明確。因此本文建議相關條文應加以修正，使其目的與程序較為明確。

(二) 評選委員會決議要求最有利標廠商修改投標標的部分內容

實務上召開評選委員會時，評選委員有時基於熱忱協助機關之出發點，本於專業考量，對於已獲評定為最有利標廠商，再以委員會決議之方式，請最有利標廠商修改投標標的部分內容，以使得日後之履約標的更能圓滿達到採購目標。由於評選委員會提出的意見，絕大多數係專業上極具價值的意見，能夠有效輔助機關獲得更佳採購標的，因此確有必要性。惟在採購法規上，是否有足夠依據要求最有利標廠商修改投標標的內容？如無足夠之依據則應如何處理？似有加以探討之必要。本文試行就可能相關之條文加以逐條探討。

1. 依據最有利標評選辦法第十五條，評選委員會評選最有利標，應依招標文件載明之評選項目、子項及其配分或權重辦理，不得變更。此係指評選委員會對於各投標廠商，應在同一評選項目、子項及其配分或權重標準下進行評選，不得逸出既定的評選項目以外，而非指經評選產生最有利標以後，評選委員會不得要求已經獲得最有利標廠商修改其投標之標的。因此與本款所述情形不盡相同。
2. 另依據政府採購法第五十一條第一項，機關應依招標文件規定之條件，審查廠商投標文件，對其內容有疑義時，得通知投標廠商提出說明。政府採購法施行細則第六十條，則將說明之範圍限定於「內容不明確、不一致或明顯打字或書寫錯誤之情形者」，而允許廠商於

⁸⁵ 公務員服務法第2條。

說明之後加以更正者，僅有「明顯打字或書寫錯誤，與標價無關」者。因此，廠商在投遞投標文件以後，除了明顯打字或書寫錯誤與標價無關者以外，並不允許廠商更正投標文件。

3. 至於更改投標文件所列條款或價格，則僅在進行「協商措施」時，始有更改之可能。然而政府採購法第五十七條，「協商措施」僅於最有利標評選結果無法依機關首長或評選委員會過半數之決定時，始得採行之。

換言之，評選委員會評定最有利標以後，似並無法規授權評選委員會得要求最有利標廠商修改投標文件所列條件。然而如前所述，評選委員會評定最有利標以後，基於專業，要求廠商修改已被評定為最有利標的投標內容，而且也透過協商並獲最有利標廠商同意之方式，使得採購標的能更臻完善，顯然係對於機關更有助益之舉。

因此，如何透過修正法規之方式，使得評選委員會之功能，不僅止於受機關委任評定最有利標而已，甚而在評選委員樂意協助機關的情形之下，有足夠之依據為機關與最有利標廠商協商，取得更為完善的履約內容，則更能達到政府採購法「提升採購功能、確保採購品質」的立法宗旨。

(三) 評選委員會對於評選項目及子項應具有闡釋權

實務作業上，評選委員會雖係由機關內部及外部專家學者所組成，具有豐富經驗及學養。然而通常評選委員均為兼任，對於採購案瞭解時間甚短，有時對於評選項目及子項的構思及意見，難免不能全面顧及，因而發生若干疏漏，造成開標以後評選時，難以依據評選項目進行評選的狀況。

本文以為，最有利標評選辦法應賦予評選委員會闡明評選項目的權利，但闡明時應附具理由。闡明以後，可以採行協商的方式，徵詢各廠商之意願，進行投標文件的修改動作。

第七節 複數決標的爭議

政府採購法第五十二條第一項第四款所規定，以複數決標原則辦理時，機關得於招標文件中，公告保留採購「項目」或「數量」選擇

之組合權利，但應合於最低價格或最有利標競標之精神。政府採購法施行細則第六十五條，對於複數決標辦理程序有較為細節的規定。亦即同一採購案中，機關可分項或分數量決標給不同的投標廠商。

目前，政府採購案中有關共同供應契約之決標方式，常見以複數決標方式辦理。該類型之契約較多見者，係同一項目決標予多數個廠商，換言之，同一種標的在同一區域內，有兩家以上的廠商進行供貨。

以適用共同供應契約的機關角度而言，該契約提供非常便利的服務，試列舉如下：第一、機關有需求時，可以直接以共同供應契約向簽約廠商訂貨，不需再辦理採購作業，較大金額之訂購案，可以有效的提升採購效率、節省人力。廠商受到共同供應契約條款之拘束，必須在履約期限內提供符合契約條款之標的。第二、共同供應契約內均標明各種廠牌及型號，需求機關可以挑選較為中意之廠牌型號訂購，而不需故慮因指定廠牌，而與政府採購法第二十六條第二項「不得限制競爭」的規定有違。第三、共同供應契約不僅可挑選商品，而且有多家廠商可供挑選，機關可以在其中篩選服務良好或可提供更優惠價格者。第四、大部份供應標的價格⁸⁶，明顯較市場交易價格低。由政府機關角度而言，節省採購預算使花費降低，亦為此種契約的重大功效。

然而以政府採購法之層面探討，上述決標方式似難取得足夠的依據。按複數決標係決標所準據原則之一，採購機關雖然可以有採購項目或數量選擇的權利，但仍然必須依依據政府採購法第五十二條第一項第一款至第三款所設定之「最低標」或「最有利標」原則決標，因此複數決標，係指在當次採購中，可以將全部採購標的分「項目組合」、「數量組合」或「項目與數量組合」決標。然而每一組合的得標廠商，視其事先訂定的決標原則，應僅有最低價者或最有利標者一家廠商而已。並無可能如現行共同供應契約之複數決標結果，同一項目有多家廠商得標，此一決標方式與政府採購法最低標決標或最有利標決標原則均不合致。

另一方面，以參加共同供應契約複數決標採購案投標的廠商角度探討，同一採購項目決標予複數個廠商以後，廠商與採購機關簽訂契

⁸⁶ 也有較市面價格為昂者，最常見者為電腦產品。該類產品，由於市場變化極為快速，往往契約訂立之後未達一個月，即產生價格波動，契約價格即較市價為高。

約，並先行繳納履約保證金，嗣後並未獲得適用契約機關保證訂購數量。換言之，得標廠商仍需要與其他得標廠商競爭交易之機會，甚而可能廠商雖然得標，但終其履約期間，並無機關向其訂購，而完全沒有交易機會，如此則喪失其得標簽約的本來目的。相對於機關來說，顯然居於至為不利的弱勢地位，於政府採購法強調的公平原則，似有欠缺。

因此本文以為，經過政府機關以實務運作多年以後，共同供應契約以複數決標確實顯現其必要性，然而，如何修正政府採購法規，給予明確的作業依據，並考量不至於完全向機關便利性傾斜，而產生廠商居於明顯失衡的地位，係重要的課題。

