

新北市政府採購申訴審議判斷書

103購申12031號

申訴廠商：○○工程有限公司

招標機關：○○局

上開申訴廠商就「八里淡水航道暨碼頭疏浚工程」採購事件，不服招標機關103年3月20日○○○字第1030435○○○號函之異議處理結果，向本府採購申訴審議委員會(下稱本府申訴會)提出申訴。案經本府申訴會103年9月9日第35次委員會議審議判斷如下：

主 文

原異議處理結果撤銷。

事 實

申訴廠商參與招標機關辦理「八里淡水航道暨碼頭疏浚工程」採購案，招標機關以申訴廠商發包浚挖相關工項予第三人之金額已達系爭工程契約總價之35%，係屬契約主要之部分，有政府採購法(下稱本法)第101條第1項第11款規定：「違反第65條之規定轉包者。」之情事，擬將其刊登政府採購公報列為不良廠商，申訴廠商不服，向招標機關提出異議，惟招標機關仍維持原處分，申訴廠商遂向本府提出申訴，並據招標機關陳述意見到會。

申訴廠商申訴意旨

請求

原異議處理結果撤銷。

事實

一、招標機關於100年10月7日就「八里淡水航道暨碼頭疏浚工

程」(下稱系爭工程)進行第一次公開招標公告，因無廠商投標或未達法定開標廠商數量而流標。嗣於 100 年 10 月 20 日進行第二次公開招標公告，經申訴廠商等投標後，於 100 年 10 月 25 日開標，由申訴廠商以最低標得標，招標機關於 100 年 11 月 2 日決標，100 年 12 月 1 日簽訂工程契約。

二、經查，招標機關於 101 年 3 月 30 日通知申訴廠商開工，惟因系爭工程規範係限制不得以抽砂方式施作，致使申訴廠商僅能以浚挖方式進行，然經申訴廠商詳閱施工圖說及計畫後，發現設計單位○○工程科技股份有限公司並未將浚挖所需搭設之施工構台列入工程預算，經申訴廠商多次向招標機關提出此疏失，惟招標機關均置之不理。申訴廠商曾多次申請停工、工期展延及變更設計，亦均遭招標機關否准。詎料招標機關竟於 101 年 11 月 26 日以系爭工程進度已落後 20%，通知申訴廠商終止系爭工程契約，並將刊登政府採購公報等語。經申訴廠商提出異議、申訴，業於 102 年 10 月 22 日經本府申訴會以 102 購申 12005 號採購申訴審議判斷書認為系爭工程遲延並非可歸責於申訴廠商而撤銷招標機關所為之異議處理結果。

三、申訴廠商原以為就系爭工程之相關爭議應已落幕，招標機關應可藉由本次爭議檢討自身之行政疏失，詎料招標機關竟又於 103 年 2 月 19 日來函陳稱依申訴廠商 102 年 8 月 2 日採購申訴補充理由(三)書之貳，自陳『就浚挖土方部分業以發包予第三人「○○海事工程有限公司」，並支付訂金新臺幣(下同)115 萬 7,625 元』，又依系爭工程契約書第 9 條第 11 項略以「符合下列之採購標的，屬契約主要之部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15%之工作項目。」而系爭工程浚挖部分相關工項總價計 892 萬 5,000 元，申訴廠商發包

浚挖相關工項予第三人之金額已達系爭工程契約總價 35%，係屬契約主要之部分，認申訴廠商有轉包之情事，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形，如未提出異議，將依本法第 102 條第 3 項之規定刊登政府採購公報云云，經申訴廠商於 103 年 3 月 7 日提出異議，招標機關於 103 年 3 月 20 日回函表示申訴廠商提出之異議無理由，如未提出申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，招標機關即將本件刊登政府採購公報等語，實令申訴廠商難以接受。

- 四、惟本件實無招標機關所稱違反本法之情事，且於前揭申訴審議判斷撤銷招標機關所為之異議處理結果後，招標機關又藉故誣指申訴廠商違法轉包，顯有挾怨報復之嫌疑，申訴廠商於 103 年 3 月 24 日收受前揭招標機關異議處理結果之公文，故今依法於收受異議處理結果之次日起 15 日內，以書面向本府提出申訴，理由詳見下列說明。

理由

- 一、按本法第 65 條第 1 項、第 2 項規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」本法施行細則第 87 條亦規定：「本法第六十五條第二項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。」另依行政院公共工程委員會 89 年 3 月 23 日（89）工程企字第 89006979 號函釋之意旨：「…投標須知第七十五點未填主要部分，則得標廠商有無轉包，應視該廠商有無將原契約中應自行履行之『全部』，由其他廠商代為履行而定。」臺北市政府訴 101017 號採購申訴審議判斷書亦同此

意旨。經查系爭工程並未於投標須知標示何為系爭工程之主要部分，依前揭本法及行政院公共工程委員會函釋之規定，則須申訴廠商將系爭工程應自行履行之『全部』，由其他廠商代為履行，始為本法第 65 條所稱之轉包，本案並未將系爭工程應自行履行之『全部』由其他廠商代為履行，且實際上其他廠商亦未『履行』，招標機關不應扭曲事實。按本法第 67 條第 1 項既有「得標廠商得將採購分包予其他廠商。稱分包者，謂非轉包而將契約之部分由其他廠商代為履行。」之明文規範，則申訴廠商本得將系爭工程之一部「分包」予第三人，今申訴廠商既無將系爭工程全部轉包予第三人之情事，即未違反本法第 65 條之規定，則招標機關主張依本法第 102 條第 3 項之規定將申訴廠商刊登政府採購公報，即屬違法，自應將該處分予以撤銷。

二、又招標機關雖稱系爭工程浚挖部分工項總價計 892 萬 5,000 元，申訴廠商發包浚挖相關工項予第三人之金額已達系爭工程契約總價 35%，係屬將契約主要部分轉包云云。然查，本件並無轉包之情事而屬本法第 67 條規定之分包，已詳如前述。且申訴廠商與第三人就分包之浚挖部分工程款之計價係實作實算，並不當然以系爭工程契約所預估之價格為準，因此招標機關稱申訴廠商將系爭工程浚挖部分發包予第三人之金額已達系爭工程契約總價 35%云云，與事實不符。更何況系爭工程係因可歸責於招標機關之事由而未實質施作，並遭招標機關違法終止系爭工程契約，此業經本府採購申訴審議委員會以 102 購申 12005 號採購申訴審議判斷書認定在案，並依法撤銷招標機關之違法異議處理結果。由此可知，系爭工程因招標機關遲遲未就施工構台之相關爭議進行任何處理，致使系爭工程未實質施作，因此第三人就系爭工程之浚

挖部分亦未實際履行，故申訴廠商已請求第三人返還預付之工程款。由此可知，申訴廠商就系爭工程分包予第三人之價額為 0 元，而非招標機關所稱申訴廠商將已達系爭工程契約總價 35%之工作項目轉包予第三人，招標機關之判斷基礎既與事實不符，自應予以撤銷。

三、另按行政院公共工程委員會 98 年 10 月 21 日工程企字第 09800468030 號函釋要旨：「機關於招標文件中應詳細載明，主要部分為何，並視個案需求及廠商資格而為不同認定，避免發生全部自行履行困難或主要部分比重過低情形，進而影響公平競爭。」經查系爭工程之內容係於淡水河道中之土方浚挖，屬營造業法第 25 條所稱之專業營造項目。若招標機關認為浚挖工作不得分包，豈非限制投標廠商應自備船舶等海事工程專業機具始得投標，招標機關此舉似有不當限制之嫌，更何況本件招標機關並未於投標須知中詳細載明主要部分為何，自不得以此限制申訴廠商。

四、綜上所述，本件並無本法第 65 條及系爭工程契約第 9 條第 11 項所稱將系爭工程主要部分轉包予第三人之情事，而無本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形，招標機關自不得依本法第 102 條第 3 項之規定將申訴廠商刊登於政府採購公報，因此招標機關對申訴廠商所提出異議之處理結果自屬違反本法之規定，且與事實不符，申訴廠商自得依本法第 102 條第 2 項之規定於接獲異議處理結果後 15 日內以書面提出申訴，敬請鈞會撤銷招標機關之不法處分，以維申訴廠商之權益，如蒙所請，甚為感禱。

申訴廠商 103 年 6 月 13 日申訴補充理由書意旨

壹、「八里淡水航道暨碼頭疏浚工程」契約樣稿及契約第 9 條第 11 項中，以「達契約總價 15%之工作項目」作為標示契約主要部

分之方式，就本件工程施工項目「浚挖(含堆置及小搬運)」而言，尚難謂已達明確之程度，自不能謂已包含該項目在內。

- 一、查本件工程(即八里淡水航道暨碼頭疏浚工程)於招標時，固然有提供單價分析表及契約樣稿作為招標文件內容，惟契約樣稿單以「達契約總價 15%之工作項目」作為標示契約主要部分之方式，若對照本件紛爭所在之「浚挖(含堆置及小搬運)」，則流於模糊不清。
- 二、蓋領標時底價可能尚未經核定，更不可能為投標廠商所知悉，廠商即使能自招標文件內容略為先行試算，然該試算結果與決標之契約總價及單價未必相符，是投標廠商甚難自契約樣稿及單價分析表中先行特定何者為「達契約總價 15%之工作項目」，故不能謂本件工程契約「浚挖(含堆置及小搬運)」工作項目，業經招標文件標示為主要部分。
- 三、此外，工程常有突發情狀或變更設計等情形，如工作項目因變更設計或實際施作數量低落或增加、導致結算時所佔契約價額比例降低或升高而在標示比例上下擺盪，此時該工作項目是否排除或變更為主要部分，易滋生疑義，可知用契約價金比例標示主要部分之方式，無法在招標階段即達標示明確之作用。
- 四、綜上，既然本件工程中「浚挖(含堆置及小搬運)」工作項目所需費用是否確定達契約總價 15%，尚難自招標文件中得知，即不得謂有明確標示；縱使招標機關內部知悉，然法令既規定必須標示於招標文件，而標示內容應明確足資辨識不得籠統模糊，自不能僅憑招標機關內部認定無礙而推認已明確標示，更何況以契約價金比例標示主要部分，亦會受結算數量

影響而生紛爭，並非妥當之標示方式。

貳、退步言，縱使認為本件工程契約主要部分標示明確，且「浚挖(含堆置及小搬運)」工作項目所佔費用超過契約價金 15%，惟申訴廠商與第三人所訂之契約皆有約定由申訴廠商派任工程師現場實際指揮施工，並課與第三人應受申訴廠商嚴格指揮監督之義務，是協力廠商居於完全受指揮之手足地位，並非申訴廠商不履行而全由協力廠商代為履行者，故申訴廠商並無本法第 65 條欲規範之轉包行為。

一、工程是否能完滿施作，並非取決於原料由誰生產、機具設備所有權歸屬、施工人員之勞動僱傭契約存在於何人之間，而係取決於原料是否符合約定之規格及測試結果、機具設備是否保養妥善合於施工所需、施工人員有無專業技能及受適當指揮監督。得標廠商若非自然人，自不可能「親自履行」，最終仍需透過自然人始可能履行；然「非親自履行」並不等於屬於「代為履行」，否則參照本法第 8 條自然人亦該當廠商之定義，得標廠商只要將標案交由自然人施工，將產生一概構成代為履行之不合理結果，故「代為履行」之內涵顯非由「親自履行」之反面解釋可簡單得出。

二、就民法之觀點，協助標案施工之自然人，不論與得標廠商間之法律關係為僱傭(一般工人)、委任(工程師)、承攬(非受雇或受委任之廠商)或其他關係，其對於招標機關及得標廠商而言，皆屬於得標廠商之「履行輔助人」，為所輔助履行之程度則不一；至於本法中「代為履行」乙詞，在本法或本法施行細則中，並無明確之定義內涵，而較相近之文字，則僅見於民法第 739 條保證契約「稱保證者，謂當事人約定，一方於

- 他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。」。
- 三、是以，「代為履行」之概念，和僱傭、委任、承攬等民事法律關係，在法律上並無直接關聯，亦即得標廠商和個別履行輔助人間內部契約類型為何，尚無助於是否個別履行輔助人有無構成「代為履行」之判斷，蓋履行之程度究屬輔助或取代，不可能純自法律關係之類別簡單判斷，仍應依具體事實面為判斷，判斷基準之一即可參照民法第 739 條保證契約之性質——得標廠商實際上不/未履行契約義務。
- 四、另按本法第 65 條禁止轉包之立法理由為「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包。」，亦即為避免得標廠商將標案轉予不具競標資格之其他廠商施作，以牟取中間差價，造成無法確保公共工程品質之結果，始禁止由非得標之其他廠商施作主要部分；且同條第 2 項關於「轉包之代為履行」應如何界定，並無進一步明確之定義，此時應一併參照立法理由「禁止變相借牌」之目的，去解釋「轉包之代為履行」之實質內容。
- 五、承前所述，本法第 65 條第 2 項中「代為履行」內涵，如參照民法第 739 條內容及本法第 65 條立法理由，應指「得標廠商將主要部分全部交由其他廠商施工，且未盡善良管理人注意程度參與、管理、指揮主要部分之施工(得標廠商藉此壓低履約成本而獲取額外利益)」，較為妥適。
- 六、查申訴廠商與第三人○○工程有限公司(下稱○○)及○○工程有限公司(下稱○○公司)所訂定之承攬契約，其中內容「第十條：工程監督」、「第十一條：工地管理」部分，皆明文約定由申訴廠商派遣監督工程師直接指揮協力廠商○○及○○

公司施工，而非消極靜待協力廠商完成工作再收受；申訴廠商公司之資本額、規模、人力等皆較協力廠商豐沛，僅係名下無水上作業機具，且價格(○○有收預付款 105 元、○○公司未收預付款 110 元)與市場行情相符、甚至顯高於契約價格，是申訴廠商絕無先以自己身分投標後、再將水上浚挖部分轉予協力廠商賺取差價之不法意圖；又水上浚挖作業並無特別困難或高度要求專業技術之處，申訴廠商亦於證物 15、16 中明文要求指派己方工程師實際指揮施工，此乃因申訴廠商原本只欲租賃船隻機具、後為計價明確始改由申訴廠商指揮協力廠商人員操作其自有船隻機具，再以實際挖方數量計酬，故協力廠商僅居於申訴廠商手足之協助履約地位，而非放任其自行完成全部工作之代為履行地位，此差異不可不辨。

七、且查，申訴廠商與○○及○○公司訂約，起初僅欲租用其船隻機具，後因計價明確才改以由其操作自有船隻機具之方式，然申訴廠商本即預定指派工程師現場實際指揮協力廠商施工，而水中浚挖主要仰賴設備操作而非特別高度專業之技術，故「單純租賃船隻機具」，以及「令協力廠商操作其自有船隻機具」此兩方案，實質上僅有「操作機具人員之投保單位為何人」之差別，在申訴廠商親派工程師嚴格指揮監督之前提下，並不至於影響施工品質，遑論申訴廠商顯非基於謀取不法價差之意圖與協力廠商訂約。

八、綜上，申訴廠商縱使就主要部分工料若干項目有與其他協力廠商訂定承攬契約，然就本法立法意旨及證物 15、16 契約內容而言，申訴廠商並未預定將「浚挖(含堆置及小搬運)」此一主要部分全交由協力廠商施作而自己置身事外(協力廠商

僅係受指揮操作船隻機具協助履行水中挖方部分，而非代替申訴廠商履行該工作項目全部)，亦無不當賺取差價可言，自非本法欲規範禁止之轉包行為；招標機關未予探求法律真意及工程實務，逕依申訴廠商與○○訂有承攬契約草率認定構成轉包，顯有未洽，對申訴廠商權益斷傷亦甚鉅。

參、退萬步言，縱使寬認「一旦與其他廠商訂有承攬契約」即構成「由其他廠商代為履行」，惟依本件工程契約「浚挖(含堆置及小搬運)」工作項目之單價分析表，扣除小搬運及機具租賃費用等，申訴廠商預定交由第三人操作自有機具施作浚挖之部分單價，僅 16.41 元，若以 10 萬 5 千方土石計算，總價值亦不過 172 萬元餘，尚不及本件工程契約總價 15%。

一、首查，本件工程契約中項次壹、一·1·2「工作項目：浚挖(含堆置及小搬運)」單價分析表中，工料部份包括「挖方船機·浮筒組裝及拆卸(1 式/複價 76,124.92 元)」、「小搬運(20,000 立方米)/複價 424,000 元」、「挖方船機使用費(1 月)/複價 253,750.50 元」、「運土船機·浮筒組裝及拆卸(1 式)/複價 50,749.95 元」、「運土船機使用費(1 月)/複價 142,099.83 元」、「開挖機，0.70~0.79m³(800 時)/複價 548,904 元」、「小工(47 工)/複價 44,287.63 元」、「技工(100 工)/複價 157,047 元」等(安全措施以下比例甚小不計)。由上開工料品項可知，「工作項目：浚挖(含堆置及小搬運)」實際上分成水中浚挖、陸上挖方、搬運堆置等子項目，而浚挖主要費用支出，實則為機具使用費，至於人工部分，僅占甚低比例。

簡表 1：工料所佔工作項目單價比例表

工作項目：浚挖(含堆置及小搬運)			
工料名稱	數量單位	複價	單價比例
挖方船機，浮筒組裝及拆卸	1 式	76,124.92 元	4.4779%
小搬運	2 萬 B. M3	424,000 元	24.9411%
挖方船機使用費	1 月	253,750.50 元	14.9265%
運土船機·浮筒組裝及拆卸	1 式	50,749.95 元	2.9852%
運土船機使用費	1 月	142,099.83 元	8.3588%
開挖機，0.70~0.79m3	800 時	548,904 元	32.2884%
小工	47 工	44,287.63 元	2.6051%
技工	100 工	157,047 元	9.2380%
複價合計		1,700,000 元	
單價計		85 元/B. M3	

二、復查，申訴廠商與第三人○○訂定之承攬契約，約定由○○承作之範圍，主要係水中挖方及承租岸上附帶挖土機 1 部；蓋申訴廠商並無水上作業船隻機具，本欲向○○承租，惟因履約過程各項變數複雜、租金計算困難，且○○方面表示亦可出工協助操作船隻機具，以挖方數量計價亦較為簡便，故申訴廠商於水上浚挖作業使用○○輔助履約，至於其他陸上搬運及小搬運等，係由申訴廠商獨力完成。後因履約爭議無法施作，申訴廠商為求實際施工後能盡快完工，另找來○○公司協助，約定施作內容及範圍與○○相同，皆為本件工程水上作業部分。惟因本件工程全無施工，故○○及○○公司皆未實際進場施作水中挖方，特此說明。

三、招標機關徒以申訴廠商與○○承攬契約施作範圍有涉及水中挖方，而謂申訴廠商有轉包行為，此判斷過於粗濫，亦不合理；蓋即使寬認於主要部分工料有使用其他廠商協助、不論協助程度一律構成「代為履行」，然遍查投標須知及招標文件內容，甚至後來簽訂之本件工程契約條文中，皆無限制廠商不得向第三人租賃船隻機具，亦無要求投標廠商必須自備船隻機具(如招標機關主張有，請舉出說明)；招標機關執意認定「浚挖(含堆置及小搬運)」屬於逾契約總價 15%之工作項目而為主要部分，卻未詳析此工作項目費用之所以居高，實際上原因乃船隻機具使用費所致(挖方船機使用費、運土船機使用費、開挖機，0.70~0.79m³等，即佔單價之 55.5737%)，亦未解釋廠商可以租賃船隻機具、但船隻機具屬於主要部分只能由得標廠商自備機具履行之矛盾；參照前開價格比例分析可知，如排除小搬運及各項機具使用費，實則僅剩「挖方船機，浮筒組裝及拆卸」、「運土船機·浮筒組裝及拆卸」、「小工」、「技工」等工料，始可能發生由其他廠商僱用工人施作之情形，惟此部分複價僅 328,209.5 元，單價僅 16.410 元，即使以契約圖說數量 10 萬 5,000 立方、總價 172 萬 3,100 元而言，僅佔契約總價 2,516 萬元中之 6.8485%，尚未逾 15%。

四、綜上，招標機關未慮及本件工程「浚挖(含堆置及小搬運)」，主要費用支出在於船隻機具使用費，而申訴廠商縱使有預定使用○○及○○公司協助履行水中挖方作業，然申訴廠商本即得向第三人租賃船隻機具，故所謂「(預定)由其他廠商代為履行(假設有構成代為履行)」之部分，並非「浚挖(含堆置及小搬運)」項目，而僅有其中「挖方船機，浮筒組裝及拆卸」、

「運土船機・浮筒組裝及拆卸」、「小工」、「技工」等工料，惟其價額僅佔契約總價 2,516 萬元中之 6.8485%，自不屬招標文件中標示之主要部分。

肆、末查，招標機關所提證物五之行政院公共工程委員會函，其內容是否妥適，要非無疑，且係以「廠商確實已有構成轉包行為」為前提，又其內容「…包括得標廠商不得將契約之全部或主要部分以約定而轉包與其他廠商之情形…」中，「以約定而轉包」等語為套套邏輯之陳述方式，並未進一步說明轉包行為之實質內涵，故不當然得適用於本件爭議。

綜上所述，本件工程之主要部分以工作項目費用達契約總價 15% 作為標示方法，惟投標時底價未經核定、亦無決標價格，而各工作項目費用更可能因各種因素而變動，故該中標示方法尚不足明確標示何者為主要部分，自不能認為已有標示；退步言之，申訴廠商在「浚挖(含堆置及小搬運)」工項中，僅預定請協力廠商協助施作水上挖方部分，且將指派工程師現場實際指揮施工，並非自己就「浚挖(含堆置及小搬運)」此一工作項目全不履行、任由協力廠商自行施作，協力廠商僅處於受完全指揮之手足地位，故非由其他廠商「代為」履行，且發包價格顯高於契約價格，更無謀取不當利差可言，自非本法欲禁止之轉包行為；退萬步言，縱使寬認一旦與其他廠商所訂承攬契約有關於主要部分工料者，不論得標廠商是否有積極參與、管理、指揮施工，皆屬由其他廠商代為履行，然本件工程契約既未禁止得標廠商向其他廠商租賃船隻機具，且該工作項目之費用半數以上係來自船隻機具使用費，觀諸「浚挖(含堆置及小搬運)」單價分析表可知，實際上有可能由其他廠商「代為履行」之部分，僅佔契約總價之 6.8% 左右，亦

非主要部分。

為此具狀，詳述理由，澄清申訴廠商並非置身事外任由協力廠商施作，亦無破壞工程品質或謀取不正價差之行徑，與本法禁止之轉包行為相去甚遠，懇請 貴委員會參酌，不勝感禱！

□申訴廠商 103 年 7 月 17 日申訴補充理由書意旨

一、招標機關完全無視本件工程內之工作項目「浚挖(含堆置及小搬運)」中之所以價額居高，係因在客觀上與自為履行完全無關之「船舶機具使用費」所占比例甚高，逕依該項目總價而未扣除與自行履行與否無關之船舶機具使用費，即謂該項目該當主要部分應全部自為履行，尚難謂公允。

(一)查本件工程契約標示主要部分之方式，顯然未與其工作項目內容作對應接軌；蓋依招標機關之認定標準，一旦實際施工人員投保名義並非在得標廠商名下或為其所直接雇用，即等同得標廠商非自行履行契約，然本件工程招標時既未限制投標廠商履約時名下必須具備施工用船舶機具所有權之資格，即表示容許得標廠商得使用非其所有之船舶機具進行履約，惟此顯與招標機關認定是否構成自行履約之標準矛盾，益證本件工程契約主要部分標示方法並未依具體契約內容為妥適調整，不能明確凸顯本件工程究竟哪部分限制得標廠商不得找協力廠商輔助施工；縱使招標機關稱甚多機關使用相同標示方法，惟積非不足以成是，不應以此自我證立。

(二)再者，船舶機具受施工人員操作，其功能狀況是否足以履行契約，端視其保養狀況而定，其所有權歸屬則與本件工程履行或工程品質無關，如僅因該船舶機具並非得標廠商名下所有即構成非自行履約，該解釋方法顯然流於形式，且無合理

依據，對公共利益亦難想像有任何實質幫助，已違反本法第 6 條第 1 項公平原則。是以，將船舶機具使用費納入後、導致工作項目「浚挖(含堆置及小搬運)」高達 466 萬餘元並逾總價 15%，既然大部分之價額(船舶機具使用費共約 259 萬 2,596 元)組成與得標廠商自行履約無關，則該「浚挖(含堆置及小搬運)」之工作項目，實質上是否屬於逾 15%者，實有待商榷。

(三)綜上，本件工程契約標示主要部分之方式，在未限定船舶機具應由得標廠商自有之招標資格條件，已存有扞格，故「浚挖(含堆置及小搬運)」此項目內，在客觀上有可能涉及得標廠商非自行履行之部分(尚未扣除小搬運)，僅有約 207 萬 2,554 元，尚不足契約總價 10%，故自實質上而言，該工作項目並非屬逾契約總價 15%之項目。

二、招標機關以申訴廠商預定使用未投保於申訴廠商名下之人員操作船舶機具浚挖，即謂申訴廠商非自行履約，其判斷標準未免過於簡陋，亦不符合本法禁止轉包之立法意旨；除前次書狀所述之參考標準外，亦應以「實際參與工程施作人員對申訴廠商指揮監督有無類似僱傭關係之高度使用從屬性」，列入自行履行或代為履行之實質判準。

(一)一般轉包之業者，乃將所標得工程全部或主要部分一概交由其他廠商負責，自己僅置身事外坐收完工之利益，未投入監督管理之注意及成本，並以此賺取差價利潤，甚至盤剝包商、造成工程品質低劣之惡果，此即為本法立法理由明文禁止轉包行為之緣由。

(二)又本法及相關法令，並無如同主要部分般明確定義何種情形屬自為履行、何種情形則不屬自為履行而屬代為履行，而「代

為履行」之詞組亦未見於其他法律，故其內涵有待進一步釐清，相關意見業於前次書狀第3頁以下敘明，不再重複引述，茲補充其他意見如後。

(三)查招標機關主張申訴廠商既自陳預定操作機具人員之投保單位並非申訴廠商，故構成由第三人代為履行之轉包行為，惟此種判斷方式過度簡化，不能解釋為何投保單位並非申訴廠商即為非自行履行；蓋公共工程由法人廠商得標之情形，本即不可能自行履行，且自然人和廠商之人格獨立，自然人在本法的規範下也該當廠商資格，故縱使自然人以得標廠商為投保事業單位，然該投保行為僅能證明「得標廠商有為自然人繳納勞保費、得標廠商和自然人間可能有僱傭之契約關係」，不必然表示得標廠商在法律或契約上有要求自然人完全從屬之權利；而自然人如與得標廠商有僱傭契約，則在工程履行之事項方面，至多也只是「依僱傭契約關係必須受得標法人之指示施作」，與得標廠商仍屬不同二人。是可知，實際參與施工之自然人，其投保事業對象是否為得標廠商，和工程履行根本無關，因為該自然人是依據「勞務/僱傭契約」受得標廠商指揮施工，而非投保行為。故招標機關僅以「預定操作機具人員投保事業單位並非申訴廠商」為認定本件工程有交由第三人代為履行之判準，尚難謂有據。

(四)併前所述，由招標機關認同與申訴廠商有僱傭關係之自然人參與工程施工乃屬於申訴廠商自行履行，但認為申訴廠商以僱傭以外之契約類型使用輔助人則一概構成代為履行之判斷標準，亦流於表面化；蓋民法上勞務契約，就選任監督關係之程度，由嚴到鬆(亦即使用從屬性由高到低)排列，在民法

光譜上大致可分為「僱傭」、「承攬」、「委任」三大基準點，惟實際上之勞務契約可能因約定內容同時兼有不同屬性、或介於某兩種類型，並非在契約用語為承攬者即不可能帶有如同僱傭般之高度使用從屬性，茲有最高法院 89 年度台上字第 1301 號民事判決要旨可供參照。

(五)又查，一般咸認施工人員若與得標廠商係僱傭關係、則可認為屬於得標廠商自行履行而非第三人代為履行之邏輯，乃植基於「施工人員依僱傭契約，應完全從屬於得標廠商之指揮施作，具有高度之從屬性，故得視為得標廠商自行履行」；此外，得標廠商所使用輔助履約之工程師或其他專業人員，可能與得標廠商僅屬委任關係而非僱傭關係，卻未見有任何機關詳究或要求得標廠商提供進場人員之勞務契約書以判斷是否屬於僱傭關係，足證在工程契約履行過程中，是否屬於得標廠商自行履行、或由第三人代為履行，並非以工作人員與得標廠商間之勞務契約名稱而定，應自(1)「實際參與工程施作之人員，是否可認為有等同或類似於僱傭關係般高度從屬於得標廠商指揮監督施作之契約義務」，以及(2)「在履約過程中，得標廠商是否有親自指揮監督參與工程施作之人員」兩點標準判斷，始有合理基礎。

(六)經查本件工程契約因履約糾紛之故，並無實際施作，是申訴廠商無從證明履約過程有親自指揮監督施工，惟申訴廠商所使用之協力廠商○○及○○工程，契約名稱雖使用承攬字樣，然申訴廠商皆有透過契約約定協力廠商應完全接受申訴廠商指派工程師之到場指揮監督，且申訴廠商得隨時通知撤換不符資格或不聽指揮之工作人員，故協力廠商○○及○○

工程(包含其使用人)，在本件工程協助申訴廠商履約之使用從屬地位，實與僱傭契約無甚差異，僅係報酬計算方式與承攬契約同爾。

(七)綜上，申訴廠商原預定使用之協力廠商，僅屬於手足般地位，受申訴廠商高度之指揮監督，其使用從屬性與申訴廠商雇用之員工尚無二致，且申訴廠商本即無置身事外、坐收完工利益之意思，應無本法欲禁止之轉包行為。

三、申訴廠商名下有多台挖土機具及載運卡車，就堆置及小搬運之履行尚無需外求協助；招標機關僅以「尚須第三人提供岸上挖土機 1 部」等語，即謂申訴廠商亦有將堆置及小搬運部分交由第三人處理，惟本件並未經實際施作，招標機關並無事證可作為意見憑據，亦未見其詳述推論過程，可知招標機關所言空泛，洵無足採。

綜上所述，以實際參與施工人員投保事業單位作為判斷申訴廠商係自行履行或代為履行，不免流於簡陋，且無合理依據，蓋工程施作成敗繫於有無依施工規範指揮監督，與實際施工人員與得標廠商之勞務契約類型究屬何者、有無投保關係等，均無關連；申訴廠商在「浚挖(含堆置及小搬運)」工項中，僅預定請協力廠商協助施作水上挖方部分，且預定指派工程師至現場實際監督指揮施工，並非自己就「浚挖(含堆置及小搬運)」此一工作項目全然撒手、任由協力廠商自行施作；協力廠商依契約處於受申訴廠商完全指揮監督之手足地位，從屬性與申訴廠商自己雇用之員工並無二致，故本件仍應屬於「自行履行」而非由其他廠商「代為」履行之態樣，且申訴廠商發包價格顯高於契約價格，更無謀取不當利差可言，自不構成本法欲禁止之轉包行為。

為此具狀，補充理由，澄清申訴廠商並非置身事外任由協力廠商施作，亦無破壞工程品質或謀取不正價差之行徑，與本法禁止之轉包行為相去甚遠，懇請 貴委員會參酌，不勝感禱！

□申訴廠商 103 年 8 月 7 日申訴補充理由（續一）書意旨

- 一、本件工程契約第 9 條第 11 項關於契約主要部份之標示方法，除與確保公共工程品質無直接關聯外，實難謂已達明確清晰之程度。
 - （一）查本件工程契約標示主要部分之方式，不能謂達明確清晰之程度，除先前書狀陳述外，今再予以補充。
 - （二）本件契約工程第 9 條第 11 項用以標示主要部分之要件，乃「契約總價 15%」以及「工作項目」兩者，契約總價雖尚屬明確得以確定，但「工作項目」則無進一步明確界定；蓋參照招標文件中詳細價目表、單價分析表、資源統計表三者，可知「工作項目」之範圍可大可小，大至「壹.一.1 客船航道整理工程」在項次編列為一工作項目，而小至「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」中之「小搬運」、「挖方船機使用費」等，也有對應之工項名稱及代碼。
 - （三）且查，資源統計表內之工作項目，皆有個別之名稱、單位、數量、單價等，且為獨立不同之工作內容，僅係歸於詳細價目表中某一項次編號內，而工作項目在招標文件內之資源統計表中，亦呈現有工項代碼之獨立項目外觀；易言之，詳細價目表中項次編號「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」固然為一「工作項目」，然其中細部工作項目諸如「小搬運」、「挖方船機使用費」等，在招標文件資料中，自一般客觀合理之觀點及文義解釋而言，亦無從將第 9 條第 11 項「工作項目」

之範圍排除「資源統計表/細部工作項目」之理。

(四)此外，若以詳細價目表之項次而言，「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」，雖項目及說明欄皆記載「浚挖(含堆置及小搬運)」，然此三者分屬「壹.一.1 客船航道整理工程」、「壹.一.2 原拋淤區清除整理工程」、「壹.一.3 紅樹林區航道疏濬工程」，在設計圖說上亦分屬三部同區域，數量亦不相同，是故若由詳細價目表項次編號來認定工作項目，此三者應屬三工作項目而非同一，僅係於單價分析表一併計算、以「壹.一.1.2」之項次編號代表顯示爾。

(五)綜上，本件工程契約之「工作項目」內涵，至少即有從詳細價目表項次編號認定，以及從資源統計表中細部工作項目認定此兩種不同方式，惟此兩種方式對於主要部分之認定即有相當大之分別，自不能謂第9條第11項已就主要部分標示明確清晰。

二、自招標機關陳述意見補充說明(二)書，可凸顯本件契約就「工作項目」沒有明確界定、以致招標機關亦將編列為不同項次、僅項次名稱相同之工作項目混為一談，進而錯誤推論申訴廠商有轉包行為。

(一)查招標機關103年7月7日陳述意見書補充說明(二)狀，提出「浚挖(含堆置及小搬運)」水上作業工項單價分析表，將開挖機三台列入水上作業範圍內，並說明「挖方船機載運一台、運土船機載運一台、岸上挖方一台」，惟該說明內容依據為何，尚未見有進一步說明。

(二)退步言，姑且將開挖機列入水上作業範圍內，惟就招標機關於上開書狀附件所製作之表格，若依詳細價目表項次編號之

方式認定工作項目，則「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」三不同工作項目水上作業部分之複價，分別為 355 萬 4,400 元、66 萬 6,450 元、44 萬 4,300 元，均未超過契約總價 15%即 377 萬 4,000 元。

(三)至於招標機關將「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」混為一談、以加總計算方式推論已超過契約總價 15%，無異係刻意將單價計算及工作項目之差異混淆，蓋「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」三者單價計算方式或可約略通用，然此三者不論施作位置及目的皆有不同，且在詳細價目表項次編列亦顯然不同，實無勉強將三者視為相同工作項目之理。

(四)綜上，若非招標機關欲強將申訴廠商置於不良廠商之地位，即為招標機關就「工作項目」之認定標準模糊或有認知錯誤，亦可證明本件工程契約第 9 條第 11 項之標示方法，即使以詳細價目表項次編列方式認定工作項目，仍有使預先擬定契約書及相關文件之招標機關自己都陷於錯誤或難於分辨之情形，豈能謂該標示方法對於申訴廠商而言已達明確清晰之程度？

三、縱使以契約總價任比例標示主要部分之方式堪採，惟應參照資源統計表，以「細部工作項目」作為工作項目之認定標準，較為明確合理，而申訴廠商預定由○○及○○工程協助之工作項目，皆未逾契約總價之 15%，自不構成轉包行為。

(一)相較於以詳細價目表之項次編號作為認定工作項目之方式，以資源統計表中有獨立代碼、數量、價格且不可再細分之細部工作項目作為認定工作項目之方式，則更為明確。

(二)例如就「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」之項次而言，其

中細部工作項目內容，皆屬可獨立施作，甚至占比例最重者乃無關乎施作廠商能力及所有權歸屬之「機具使用(租賃)費」(詳先前書狀)，惟將施工用機具限制必須由申訴廠商自己所有，並無任何合理性及必要性，更進而影響到「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」究竟是否屬於逾契約總價 15%之工作項目之認定(例如應扣除各項機具使用費)。

(三)反觀以資源統計表之細部工作項目認定，就文義而言即符合工作項目之要件，同時也可調和本件工程契約只為標示便利而未顧及契約施工內容之問題，不致發生解釋上疑義，而實際上也確實有細部工作項目超過契約總價 15%，故此種認定方式不至於架空第 9 條第 11 項之標示方法，對申訴廠商而言，毋寧為一更為公平明確符合本法第 6 條第 1 項之認定標準。

(四)若參照資源統計表，可知詳細價目表編號「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」之項次中，關於水上作業細部工作項目(比照招標機關 103 年 7 月 7 日陳述意見補充說明二狀所整理之表格)，所占契約總價比例分別如【附表 1】、皆未逾 15%；而契約內容全部之細部工作項目中，逾契約總價 15%者，則有「臨時堆置場及土方整理費」此一工作項目，惟此工作項目申訴廠商並未預定請第三人協助處理。

(五)是以，如就水上作業部份而論，各該細部工作項目皆未逾契約總價 15%，即非契約主要部分，自無討論是否構成由第三人代為履行之必要。

綜上所述，縱使認為本件有第三人代為履行之情形，然工作項目之認定方式，不論係以詳細價目表項次編號為準，抑或以資源統計表中各細部工作項目為認定，仍應視由第三人實際參與施作之

範圍有無逾契約總價 15%而定；若以詳細價目表項次編號認定，「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」此三工作項目水上作業部分，均未達契約總價 15%，故不應認定為經標示主要部分者；而若以資源統計表細部工作項目認定，則關於「壹.一.1.2」、「壹.一.2.2」、「壹.一.3.2」水上作業部分之細部工作項目，均未逾契約總價 15%，亦即未涉及主要部份，自無從論斷有無轉包行為。

申訴廠商絕非本法欲禁絕之不肖廠商，本預定以協力廠商為手足加速履約，並非為賺取中間差價利潤而轉包；招標機關明知申訴廠商並非無履約誠意，亦明知申訴廠商並非盤剝其他包商，卻一再欲置申訴廠商為不良廠商而後快，完全無視個案實質內容及轉包行為認定之妥適性。申訴廠商提出歷次書狀陳述，敘明本件工程契約標示主要部分之疑慮、招標機關論述之謬誤，以及申訴廠商之意見，為此具狀，懇請 大會鑒核，將原異議處理結果予以撤銷，不勝感禱！

招標機關陳述意旨

程序事項之陳述

○○工程有限公司(申訴廠商)請求新北市政府○○局(招標機關)於 103 年 3 月 20 日○○○字第 1030435○○號函所為之異議處理結果應予撤銷。

事實

申訴廠商於 102 年 8 月 2 日採購申訴補充理由(三)書之貳，自陳「就浚挖土方部分業已發包予第三人『○○工程有限公司』，並支付訂金 115 萬 7,625 元」，又依系爭工程契約書第 9 條第 11 項略以「符合下列之採購標的，屬契約主要之部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15%之工作項目。」；查系爭工程

浚挖部分相關工項總價計 892 萬 5,000 元，申訴廠商發包浚挖相關工項予第三人之金額已達系爭工程契約總價之 35%，係屬契約主要之部分，轉包情事明確，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形。

理由

- 一、系爭工程之招標文件包含系爭工程契約樣稿，又該契約樣稿已於第 9 條第 11 項「符合下列之採購標的，屬契約主要之部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15% 之工作項目。」載明契約主要部分為何，是以達契約總價 15% 之工作項目為系爭工程之主要部分；又前述規定自系爭工程上網招標起至中止契約，申訴廠商均無對前述轉包相關規定提請疑義，是以申訴廠商可自行履行系爭工程主要部分，應無疑慮。
- 二、系爭工程浚挖相關工項包含「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」，複價計 680 萬元、「壹.一.2.2 浚挖(含堆置及小搬運)」，複價計 127 萬 5,000 元、「壹.一.3.2 浚挖(含堆置及小搬運)」複價計 85 萬元，是故浚挖相關工項計 892 萬 5,000 元，已達契約總價之 35%，為系爭工程之主要部分，應由乙方自行履行，不得轉包。
- 三、本府採購處前於 102 年 12 月 18 日以北採工字第 1023062309 號函詢本法第 65 條執行疑義，後行政院公共工程委員會於 103 年 1 月 6 日以工程企字第 10200456540 號函示略以「得標廠商不得將契約之全部或主要部分以約定而轉包予其他廠商之情形，不以受轉包之廠商已實際履行契約之全部或主要部分為必要」，因此，本案其他廠商雖尚未履行系爭工程之主要部分，惟申訴廠商將主要部分以約定而轉包予其他廠商之情事明確，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形，申訴廠

商所言，顯不足採。

□招標機關 103 年 6 月 17 補充說明意旨

- 一、 系爭工程浚挖相關工作項目為「浚挖(含堆置及小搬運)」，單價為 85 元/B. M3，小搬運及堆置之費用編列於前述工項單價分析表內之「小搬運」工項，占前述工作項目之比例為 24.94%，計 21.2 元/B. M3，是以「浚挖(含堆置及小搬運)」工項扣除小搬運及堆置之費用，單價為 63.8 元/B. M3。
- 二、 有關 103 年 5 月 27 日會議中申訴廠商聲稱僅浚挖土方部分發包予第三人「○○工程有限公司」，堆置及小搬運部分將由申訴廠商自行施作，然扣除小搬運及堆置之費用，系爭工程浚挖相關工項包含「壹.一.1.2 浚挖(含堆置及小搬運)」，複價計 510 萬 4,000 元、「壹.一.2.2 浚挖(含堆置及小搬運)」，複價計 95 萬 7,000 元、「壹.一.3.2 浚挖(含堆置及小搬運)」複價計 63 萬 8,000 元，是故浚挖相關工項計 669 萬 9,000 元，已達契約總價之 26.63%，亦屬契約主要之部分，轉包情事明確，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形。
- 三、 另補充系爭工程之招標文件清單及申訴廠商發包予第三人「○○工程有限公司」之工程承攬契約書。

□招標機關 103 年 7 月 7 日補充說明(二) 意旨

- 壹、綜觀系爭工程之目的、廠商應給付之標的及工作事項及工程名稱「八里淡水航道暨碼頭疏浚工程」等，以「達契約總價 15% 之工作項目」標示「主要部分」之方式，已達明確程度：
- 一、 按「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。」
「前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」為本法第 65 條第 1 項、第 2 項所明定。又同法施行細則第 87 條規定：「本法第 65 條第 2 項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標

文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。」是以，本法及其施行細則對於轉包之認定有明確規定，得標廠商將契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行，即構成所謂「轉包」。而所謂「主要部分」，除招標文件標示為主要部分者外，凡招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分亦屬主要部分（最高行政法院 98 年度判字第 453 號判決意旨參照）。

二、查本件系爭工程主要係為解決八里淡水航道清除河道淤積，以確保船運安全，並改善其周邊環境，此觀諸系爭契約第 2 條所定之廠商應給付之標的及工作事項：「為八里淡水航道清除河道淤積」自明。而依系爭工程契約書第 9 條第 11 項明定：「符合下列之採購標的，屬契約之主要部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15% 之工作項目。」可知系爭契約之主要部分，自應與清除河道淤積即浚挖有關，不因系爭採購案之契約樣稿以「達契約總價 15% 之工作項目」標示「主要部分」，即謂非妥當之標示方式或籠統不清。是以，本件雖以契約價金比例標示主要部分，惟綜觀系爭工程之目的、廠商應給付之標的及工作事項及工程名稱，系爭採購案之主要部分清楚且明確。況且，他造當事人招標時，提供單價分析表及契約書樣稿作為招標文件內容，申訴廠商均未提出「主要部分」標示不明確之疑慮，自是認同系爭工程「主要部分」標示並無不妥。

貳、由申訴廠商補充理由書所稱「僅負監督」、「操作機具人員之投保單位為何人」及與○○工程有限公司、○○工程有限公司之合約內容可知，申訴廠商確為轉包行為：

- 一、招標機關辦理系爭採購案，於 100 年 10 月 20 日決標予申訴廠商，並於 100 年 12 月 1 日與申訴廠商簽訂總價 2,516 萬元之系爭契約。嗣後，申訴廠商分別與○○工程有限公司、○○工程有限公司簽訂契約，不僅工程名稱為「八里淡水航道暨碼頭疏浚工程」，與系爭契約完全相同外，並於系爭承攬契約第 3 條約定「工程範圍：詳如明細表及圖說說明。」之圖說與系爭工程圖書完全相同，可見申訴廠商係將依系爭契約所承作之系爭工程「主要部分」轉包予○○工程有限公司、○○工程有限公司。
- 二、復查，申訴廠商於申補充理由書貳（第 4 頁至第 5 頁）表示其對○○工程有限公司、○○工程有限公司所派工地負責人及工人、施工方式等負監督之責，足徵依系爭承攬契約第 10 條之約定，申訴廠商係將依系爭契約所承作之系爭工程「主要部分」轉包予○○工程有限公司、○○工程有限公司施作，其就系爭工程依約無須自行施工，而係僅負監督之責甚明。
- 三、至於申訴廠商辯稱其原本只欲租賃船隻機具、後為計價明確使改由申訴廠商指揮協力廠商人員操作自有船隻機具，再以實際挖方數量計酬，「單純租賃船隻機具」以及「令協力廠商操作其自有船隻」僅有「操作機具人員之投保單位為何人」之差別云云（申補充理由書貳第 4 頁至第 5 頁）。惟查，「單純租賃船隻機具」以及「令協力廠商操作其自有船隻」分屬二事，二者大不相同。「令協力廠商操作其自有船隻」意即「操作機具人員為協力廠商所雇用」，而該等「操作機具人員之投保單位為協力廠商」，申訴廠商並非操作機具人員之雇主，亦非操作機具人員之投保單位，申訴廠商所言益證其並非自行履行系爭契約之主

要部分，已為違法轉包行為。換言之，協力廠商操作機具人員之勞保及勞退基金之支出則未列在「申訴廠商名稱」項下，該等人員並非申訴廠商之「員工」，是以，申訴廠商之轉包行為明確，其主張上情，洵不足採。

四、又申訴廠商辯稱其與○○工程有限公司、○○工程有限公司簽定系爭承攬契約所約定金額高於系爭契約，無法賺取差價，並非轉包行為等語。然查，申訴廠商與上述 2 公司簽訂系爭承攬契約，縱使金額高於系爭契約，無法賺取差價，惟此為申訴廠商與上述二公司間價金對價，並不影響申訴廠商將系爭契約主要部分轉包予上述二公司之違法行為。是申訴廠商所述上情，亦不足採。

參、由申訴廠商與○○工程有限公司、○○工程有限公司之合約內容可知，申訴廠商將「浚挖（含堆置及小搬運）」工項委由第三人履行，非如申訴廠商所述單純租賃船隻機具或交由第三人操作自有機具施作。

一、申訴廠商辯稱預定交由第三人操作自有機具施作浚挖工項。然申訴廠商僅口頭陳述無相關證據，又查系爭承攬契約第三人需附岸上挖土機 1 部，且申訴廠商與○○工程有限公司、○○工程有限公司簽訂系爭承攬承攬契約，每方單價計 105 元及 110 元，僅由第三人操作機具顯不合理，申訴廠商所述洵不足採。

二、至於申訴廠商辯稱其僅向第三人租賃船隻機具，惟申訴廠商應提出向第三人租賃船隻機具之租賃契約，然其無法提出。退步言若僅單純租賃機具，計價方式應依租賃時間按日或按月計價，然查系爭承攬契約計價方式係以浚挖土方量計價。並非單純機具租賃，顯然申訴廠商係將系爭工程之主要部分轉包第三人，申訴廠商所述僅向第

三人租賃船隻機具顯與事實不符，故申訴廠商將含機具及人工均委由第三人履行之事實明確。

三、申訴廠商辯稱僅浚挖部分委由第三人履行，小搬運部分將自行施作，惟申訴廠商僅口頭陳述無相關證據，又查系爭承攬契約第 3 條約定，尚須第三人提供岸上挖土機 1 部，顯見岸上堆置及小搬運部分亦由第三人履行。

四、退步言，縱然申訴廠商僅水上作業部分委由第三人施作，然查系爭工程契約工作項目「浚挖（含堆置及小搬運）」單價分析表中，屬水上作業者為「挖方船機，浮筒組裝及拆卸（1 式/複價 76,124.92 元）」、「挖方船機使用費（1 月/複價 253,750.5 元）」、「運土船機，浮筒組裝及拆卸（1 式/複價 50,749.95 元）」、「運土船機使用費（1 月/複價 142,099.83 元）」及「開挖機，0.70~0.79m³（533.33 時/複價 365,936 元）」等（其餘不計），水上作業單價為 44.43 元，以 10 萬 5,000 立方土石量計算，總價達 466 萬 5,150 元，已逾系爭工程契約總價 15%，為系爭工程主要項目。

肆、另行政院工程會函文重申轉包意旨，以杜不良廠商之違法行為，並建立廠商間之良性競爭環境：

一、本法立法宗旨，乃為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質。而同法第 101 條之立法理由，明定廠商有違法或重大違約情形時，機關應將其情形通知廠商，並經異議及申訴之處理程序後，視其結果刊登於政府採購公報，以作為各機關辦理其他採購案之依據，以杜不良廠商之違法、違約行為，建立廠商間之良性競爭環境。故本法第 65 條第 1 項有關得標廠商不得轉包之規定，

解釋上應包括得標廠商不得將契約之全部或主要部分簽約轉包予其他廠商之情形在內，亦即得標廠商僅須將契約之全部或主要部分簽約轉包予其他廠商，即足該當違反上開禁制規範，而不以受轉包之廠商已實際履行契約之全部或主要部分為必要，至於得標廠商於轉包後，是否因故（如改變心意、情事變更等）解除或終止轉包契約，均非所問，始符合上開本法相關規定之立法意旨。簡言之，得標廠商違反本法第 65 條所定禁止轉包工程之行政法上義務之行為係屬行為犯，一有行為發生即屬違法，本件申訴廠商既以與○○○公司簽訂契約，將原應自行履行之工程予以轉包，則該契約簽訂時轉包行為即已成立而屬違法，至於後續工程之施作，乃屬轉包後之履約行為，並不影響前開轉包行為係屬行為犯之認定（參照高等行政法院 102 訴字 1282 號判決、100 年訴字 1428 號判決）。

二、行政院公共工程委員會 103 年 1 月 6 日工程企字第 10200456540 號函係重申上述意旨，並無不妥。

判 斷 理 由

一、按本法第 101 條第 1 項第 11 款：「機關辦理採購，發現有下列情形之一者，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登採購公報：…十一、違反第 65 條之規定轉包者。…」定有明文。

二、申訴廠商主張：

申訴廠商在系爭工程「浚挖(含堆置及小搬運)」工項中，僅就水上作業部分與第三人○○○工程有限公司及○○○工程有限公司分別簽定承攬契約，以求施工後能盡快完工，且於承攬

契約中明文約定將由申訴廠商指派工程師現場實際指揮施工，並非自己就「浚挖(含堆置及小搬運)」此一工作項目全不履行、任由協力廠商自行施作，協力廠商僅處於受完全指揮之手足地位，故非由其他廠商「代為」履行，且發包價格顯高於契約價格，更無謀取不當利差可言，自非本法欲禁止之轉包行為。招標機關認定申訴廠商有本法第 101 條第 1 項第 11 款規定之情事，將刊登於政府採購公報，係屬違法，自應撤銷該處分云云。

三、招標機關主張：

申訴廠商於 102 年 8 月 2 日採購申訴補充理由(三)書之貳，自陳「就浚挖土方部分業已發包予第三人『○○工程有限』，並支付訂金 115 萬 7,625 元」，又依系爭工程契約書第 9 條第 11 項略以「符合下列之採購標的，屬契約主要之部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15% 之工作項目。」；查系爭工程浚挖部分相關工項總價計 892 萬 5,000 元，申訴廠商發包浚挖相關工項予第三人之金額已達系爭工程契約總價之 35%，係屬契約主要之部分，轉包情事明確，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形等語。

四、有關申訴廠商是否構成本法第 101 條第 1 項第 11 款規定：「違反第 65 條之規定轉包者。」一節，本府申訴會判斷如下：

- (一) 依本法第 65 條第 1 項、第 2 項規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」本法施行細則第 87 條亦規定：「本法第六十五條第二項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。」另依行政院

公共工程委員會 89 年 3 月 23 日(89)工程企字第 89006979 號函釋之要旨：「政府採購法中所稱轉包，係指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行，如主要部分不明，則視廠商有無將原契約中應自行履行之『全部』由其他廠商代為履行，以認是否有轉包之情事。」。查本件工程之招標文件包含系爭工程契約條款(樣稿)，又該契約第 9 條第 11 項「符合下列之採購標的，屬契約主要之部分，應由乙方自行履行；不得轉包：達契約總價 15%之工作項目。」是以，本件契約已依規定記載定義主要部分(達契約總價 15%之工作項目)。

(二)按本法第 65 條禁止轉包之立法理由為「工程、勞務採購，為避免廠商變相之借牌，應禁止得標廠商轉包，爰於第一項明定不得轉包。」，亦即為避免得標廠商將標案轉予不具參標資格之其他廠商施作，以牟取中間差價，且恐造成無法確保公共工程品質之結果，始立法禁止由非得標之其他廠商施作主要部分；至於同條第 2 項關於「由其他廠商代為履行」應如何界定，則應參照「禁止變相借牌」及「維護採購品質」之立法目的以審究「轉包之代為履行」之實質內涵為何。

(三)查申訴廠商就系爭工程「浚挖」工項，分別與第三人○○工程有限公司(下稱○○公司)及○○工程有限公司(下稱○○公司)簽定承攬契約，且該項次(浚挖)之合約金額各為 1,102 萬 5,000 元(參照申訴廠商與○○、○○公司間工程承攬契約)，就形式觀察該項目確實已達合約總金額(2,516 萬元)之 43.82%，惟查：

1、如前述，本法第 65 條第 2 項關於「由其他廠商代為履行」之界定，仍應參照該條「禁止變相借牌」及「維

護採購品質」之立法目的來審究廠商究竟有無「轉包之代為履行」。因此本件申訴廠商將系爭工程「浚挖」工項分別與○○及○○兩家公司，是否構成轉包仍應判斷申訴廠商就「浚挖」工項有無作行政管理與監督以確保履約品質？以及申訴廠商是否有利用此次承攬合約獲取不當之價差？以為判斷。就前者而言，本件工程契約因履約爭議，在未及實際施作即已解約，申訴廠商自無從證明履約過程有親自指揮監督施工，本府申訴會只能依合約相關規範據以判斷其是否自始有親自指揮、監督施工之情事。經查申訴廠商與○○及○○兩家公司之契約第 10 條規定略以：『工程監督』（一）甲方施工督導人員依據本工程合約所定範圍執行下列任務：1. 審核乙方所提出之工程進度表及監督實際施工。2. 對乙方所選派之監工人員及工人有監督之權，如發現技能低劣，工作怠忽或不聽指揮者，得隨時通知乙方更換之。3. 就工程圖樣及施工說明書範圍內監督施工，倘所作工程草率、材料（導航燈）標劣窳等不合規定時，得通知乙方拆除重做，甲方概不予補償。…」及第 11 條：工地管理「乙方應選派富有工程經驗之工程人員駐於工程地點按照『工程預定進度表』負責施工及管理，並應遵照甲方監督工程師（依施工規範）之指示施工，如有不聽從指揮或不稱職情形經甲方通知乙方後應於 7 日內撤換之。」等部分所載，皆明文約定由申訴廠商派遣監督工程師直接指揮協力廠商○○公司及○○公司施工，此有工程承攬契約書附卷可徵，足見在工程契約履行過程中，申訴廠商對於協力廠商之施工有實際參與，且對整體施作有監督

管理及指揮之權限，對工程品質之維護具有積極之地位，並非直接消極靜待協力廠商完成工作即直接報驗，此行為並非本法第 65 條禁止轉包立法上所欲禁止者自明，亦即本件協力廠商於施工中依合約之規定來看乃高度從屬於申訴廠商，僅居於手足之協助履約地位，難認其有轉包之情事。此亦有行政院公共工程委員會第 1020484 號履約爭議調解案例之調解建議對於「…相關人員係在申請人指揮、監督下進行工作，則似難據此認申請人未自行履行相關『全車組裝工作』」之法理精神可資參照。

2、再者，就前述禁止轉包之第二個判斷點即申訴廠商是否有利用次承攬合約獲取不當之價差？經查申訴廠商將系爭之「浚挖」工項分別與○○及○○兩家公司簽約，且各自簽約之數量均已達合約數量，而單價亦均高於其契約得標單價，申訴廠商顯係欲透過兩家次承包商之履約情形來作管控履約進度，否則如有轉包之意圖焉需與兩家下包廠商簽約，且各自之簽約數量均已達合約之預定數量，再佐以其簽約單價已高於契約單價，本府申訴會無從據以認定申訴廠商有利用次承攬合約獲取不當之價差之情事，是本件情形與前述立法意旨禁止轉包之目的並不牴觸。

(四) 基上，申訴廠商與協力廠商○○公司及○○公司間簽訂契約之名稱雖為承攬，然皆透過契約約定協力廠商應完全接受申訴廠商指派工程師之到場指揮監督，且申訴廠商得隨時通知撤換不符資格或不聽指揮之工作人員，顯見協力廠商○○公司及○○公司(包含其使用人)，依合約規範而言僅立於手足般地位，在本件工程受申訴廠商

高度之指揮監督，具有從屬性，且未透過此次包商之合約來坐收不當之利益已如前述，是以，本府申訴會認定申訴廠商與○○公司、○○公司等協力廠商間所簽訂之契約，並未構成轉包。

五、綜上所述，本件招標機關通知申訴廠商將依本法第 101 條第 1 項第 11 款規定予以刊登政府採購公報，於法尚未有合，原異議處理結果為相同之認定，亦有未洽，應予撤銷。兩造其餘之主張與陳述，均無礙前述之判斷結果，爰不逐一論述。

六、據上論結，本案申訴有理由，爰依本法第 82 條第 1 項前段規定，判斷如主文。

新北市政府採購申訴審議委員會	主任委員	陳伸賢
	副主任委員	許育寧
	委員	李得璋
	委員	李滄涵
	委員	林家祺
	委員	吳從周
	委員	孟繁宏
	委員	蘇丁福
	委員	邱惠美

中 華 民 國 1 0 3 年 9 月 9 日