新北市政府採購申訴審議判斷書

案號：114購申15050號

申訴廠商：○○營造股份有限公司

招標機關：新北市政府○○局

上開申訴廠商就「新北市泰山地區污水下水道系統工程第四標工程」採購事件，不服招標機關114年12月1日○○○○○字第1142397600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115年4月16日第156次委員會審議判斷如下：

主　　文

申訴駁回。

事　　實

緣申訴廠商參與招標機關之「新北市泰山地區污水下水道系統工程第四標工程」（下稱系爭工程）採購案，雙方並於111年12月5日簽訂「新北市泰山地區污水下水道系統工程第四標」契約書（下稱系爭契約），嗣招標機關認申訴廠商於履約期間涉有轉包及工程逾期等情事，據此審認申訴廠商有政府採購法（下稱本法）第101條第1項第11款「違反第65條規定轉包者」及同條項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者」之情形，以114年10月31日○○○○○字第1142164763號函（下稱原處分）通知申訴廠商將刊登政府採購公報。申訴廠商不服，向招標機關提出異議，招標機關則以114年12月1日○○○○○字第1142397600號函（下稱異議處理結果）復異議結果維持原處分，申訴廠商仍不服其異議處理結果，遂於合法期間內向本府申訴會提出申訴，並據招標機關陳述意見到會。茲摘錄雙方申訴及陳述

意見要旨如次：

壹、申訴廠商申訴要旨

一、請求：原異議處理結果撤銷。

二、事實及理由

（一）有關系爭工程工地主任僱用違反系爭契約及本法禁止轉包之相關規定一節：

1、經查 114 年 3 月申訴廠商因受部分相關協力廠商之財務危機造成上下游廠商連動發生財務違約問題之困擾造成系爭工程之原工地主任因現場壓力突然離職，系爭工程立即要求系爭工程員工林○○前往工地主任回訓單位進行回訓（林○○當時之工地主任資格因未完成回訓而不符資格），以利接替更換。申訴廠商於林○○回訓並取得回訓合格證書期間，為維護工程安全及推動進度之需要，積極尋找合格之工地主任，而協力廠商（下稱意○公司）之甲○○因具有合格之工地主任資格，故申訴廠商於徵得甲○○同意後即將其加保入申訴廠商並委託甲○○短暫（約 1.5 個月）遂行系爭工程工地主任之職務。申訴廠商因維護工程之安全及推動進度之需要，徵請委託甲○○短暫（約 1.5 個月）遂行系爭工程工地主任之職務，如有不當可給予要求申訴廠商更換之裁處，應尚無本法第 65 條之適用，申訴廠商有以 114 年 9 月 10 日○○○○○○○○字第 00179 號函向招標機關陳述意見在案。

2、有關與意○公司 114 年 8 月 22 日之存證信函副本及所簽訂之工程合約，申訴廠商與意○公司之合作期間有關合約內容之執行，申訴廠商提供系爭工程之所有工程材料及相關人員、機具，而將部分工項分包給予意○公司，故此工程合約為分包性質尚非屬轉包。另申訴廠商已於 114 年 7 月 2 日刑事告訴狀向意○公司提起刑事詐欺、背信之確認及訴訟在案，意○公司與申訴廠商之商業合作關係已成為刑事訴訟之敵對關係，而意○公司於 114 年 8 月 22 日之存證信函應屬敵意之不實對抗，然其所附之工程合約因訴訟亦已終止，並以 114 年 7 月 14 日○○○○○○○○字第 00161 號函通知解約。招標機關不應逕以終止之合約認定轉包，否則可能被意○公司之訴訟策略所利用，進而損及申訴廠商之權益，以 114 年 11 月 20 日○○○○○○○○字第 00182 號函向招標機關異議在案。

3、綜上，招標機關認為申訴廠商違反本法第 65 條及其施行細則第 87 條有關禁止轉包之相關規定，而有本法第 101 條第 1 項第 11 款之情形，實無理由。

（二）有關查有本法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者」一節：

1、經查系爭工程之施工日誌，申訴廠商於終止契約日 114 年 7 月 28 日落後進度僅 11.104%，系爭工

程之施工進度雖然緩慢，但並非完全停擺。申訴廠商有以 114 年 11 月 20 日○○○○○○○○字第 00182 號函向招標機關異議在案。

2、綜上，足證系爭工程尚未達到本法第 101 條第 1 項第 12 款後段之「情節重大者」規定，逕發函終止系爭契約，實無理由。申訴廠商另於 114 年 7 月 30 日向本府採購申訴審議委員會申請調解，請求確認「申訴廠商對系爭工程契約關係存在」在案。

（三）申訴廠商再以115年2月25日補充理由（一）書陳報表示：

1、招標機關 115 年 1 月 12 日採購申訴陳述意見書，陳述理由二之（三）之 3 說明略為：「再據監造中○工程顧問股份有限公司 114 年 7 月 1 日至 28 日之公共工程監造報表，直至 114 年 7 月 28 日招標機關函告申訴廠商終止契約時，工程進度停滯於 33.356%已逾 1 個月餘，均顯示申訴廠商無故不履行系爭工程契約。」一節，系爭工程 114 年 7 月 1 日至 114 年 7 月 11 日皆有進行明志路二段 360 號前之人孔編號 TSB0106 至人孔編號 TSS01 間之推進地下管線之障礙排除(招標機關之 114 年 7 月 1 日至 11 日之監造日報表之二、監督依照設計圖說及核定施工圖說施工之記載)，為因套管施工確認無法排除障礙後，另與監造中○工程顧問股份有限公司（下稱監造中○公司）及招標機關研討變更設計中，故系爭工程進

度停滯係屬地下障礙因素造成，並非申訴廠商無故不履行契約至明，請鑒察。

2、依招標機關 114 年 7 月 18 日○○○○○字第 1141426214 號函檢送之確認會勘紀錄，其中招標機關認定可以讓申訴廠商進場施工之後巷計有 5 條，如後：「中華街 10 巷 2~16 號」、「民權街 16~22 號及民權街 24 巷 2~4 號及民權街 14 巷 1 號」、「民權街 26~28 號及民權街 24 巷 1~11 號」、「民族街 10 巷 1~23 號及民生路 17 巷 36~62 號」、「民權街 13 巷 1~7 號」。而這 5 條後巷其中「民權街 16-22 號及民權街 24 巷 2-4 號及民權街 14 巷 1 號」、「民權街 26~28 號及民權街 24 巷 1~11 號」此 2 條後巷：等待瓦斯管線臨遷，尚不能進場；「民族街 10 巷 1-23 號及民生路 17 巷 36~62 號」、「民權街 13 巷 1~7 號」此 2 條後巷：住戶自拆尚未完成，尚不能進場。上開 4 條後巷申訴廠商以 114 年 7 月 23 日○○○○○○○○字第 00165 號函向招標機關說明障礙因素尚非可歸責於申訴廠商在案。招標機關將很多工作面可以施工而申訴廠商不進場施工，進而引起民怨之責任全部歸屬申訴廠商，與事實明顯不符。

3、而 5 條後巷其中之「中華街 10 巷 2~16 號」是系爭工程唯一可以立即施作之後巷，申訴廠商於 114 年 7 月 21 日即動員進場，雖監造中○公司以未完成人員報核，於監造中○公司之公共工程監造日報表中記載未出工，而申訴廠商確實於 114

年 7 月 21 日、23 日、24 日及 28 日出工進行現場之地面鑿除以利進行後巷管線之埋設，其中 114 年 7 月 22 日係為調整施工報核人員，未進場，而 114 年 7 月 25 日因天候因素無法進場施工，114 年 7 月 26、27 日因為假日不准施工，故系爭工程自 114 年 7 月 21 日後巷施工每天都有出工，陸續可將系爭工程進度推進，故招標機關因進度停滯之終止契約之主張，對於申訴廠商之權益已造成巨大且不可回復之損害。

（四）綜上，招標機關主張申訴廠商違反第101條第1項第11、12款之規定，並無理由。

貳、招標機關陳述要旨

一、申訴廠商該當本法第101條第1項第11款「違反第65條規定轉包者」陳述理由，說明如下：

（一）按「…是政府採購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，凡招標文件標示或應由得標廠商自行履行之部分，亦屬主要部分，尚不以標示於招標公告為必要。…依政府採購法第65條第1項之立法理由：『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。』及同條第2項之規範意旨，凡將原契約中應自行履行之全部或其主要部分之履行，由其他

廠商代為履行，即符合『轉包』之要件，轉包行為，將使公共工程有變相借牌、賺取差價或其他影響工程品質之虞；至於得標廠商與代為履行之其他廠商內部關係為何，以及得標廠商是否從中牟取差價利益，則均非所問。」最高行政法院109年度第597號判決意旨參照。

（二）次按「…而政府採購法第101條第1項第11款所謂『違反第65條之規定轉包者』，其行為本質係屬即成犯，一有轉包行為發生，除已違反契約本旨，亦已構成違法。」臺北高等行政法院高等庭106年度訴更一字第1號判決意旨參照。

（三）申訴廠商嚴重違反本法第65條及其施行細則第87條、系爭契約第9條第10款、11款之有關禁止轉包規定，說明如下：

1、按系爭契約第9條第10款規定「轉包及分包(一)乙方（即申訴廠商）不得將本契約轉包…。(二)乙方擬分包之項目及分包廠商，甲方得予審查。」，第11款「依採購法第65條及採購法施行細則第 87 條規定，本採購標的之下列部分及依其他法規規定應由乙方自行履約之部分，不得由其他廠商代為履行：屬營造業法第3條第1款之營繕工程，且乙方為營造業者，其主要部分尚包括：工地主任、工地負責人、專任工程人員、安全衛生人員均應為乙方雇用之人員。」合先敘明。

2、然經新北市政府勞動檢查處(下稱勞檢處)於 114

年6月19日、7月1日派員赴系爭工程施工現場辦理勞檢，竟查悉系爭工程自114年3月18日至4月30日期間派駐現場之工地主任甲○○，雖由申訴廠商投保勞健保，然甲○○實由意○公司僱用，每月由意○公司支付薪資8萬元及投保勞健保外之保險。參酌系爭契約第9條第11款之規定，「工地主任」為系爭契約之主要部分，不得由其他廠商代為履行，又參酌目前穩定之實務見解，「轉包」行為為即成犯，一經違反即構成轉包，本件申訴廠商雖於聲明異議中主張招標機關對「委請甲○○君短暫遂行本工程工地主任之職務，如有不當 貴局應該給予要求本公司更換之裁處」。惟查，申訴廠商委請意○公司員工甲○○擔任工地主任乙節，係勞動處114年6月19日勞檢後，於同年8月12日（系爭契約已終止）函告招標機關始查悉前情，招標機關除已無從糾正外，蓋因申訴廠商違法違約行為已完成，也無事後補正阻卻行為該當之事由。

3、承上，勞檢處檢查紀錄含申訴廠商與意○公司於113年10月16日簽立之「工程承攬契約書」（下稱意○公司承攬契約），主旨記載「甲方（即申訴廠商）向新北市政府水利局（以下簡稱業主）（即招標機關）承攬新北市泰山地區污水下水道系統工程第四標 工程交由乙方承攬，經雙方同意訂立本契約，共同遵守…」，顯示雙方約定由意○公司承攬「系爭工程」，另參酌意○公司承攬契約附

件所列工程項次幾乎已將系爭工程所有主要項目，包括揚水站、推進工程、道路明挖及用戶接管等轉包予意○公司，轉包金額逾新臺幣(下同)2 億元，均與一般分包契約迥異。

4、再依據意○公司 114 年 8 月 22 日高雄草衙郵局 000067 號存證信函（正本寄予申訴廠商，並副知招標機關）檢附之附件，亦包含內容相同之意○公司承攬契約。

5、對照申訴廠商聲明異議中主張「本公司已於民國 114 年 7 月 2 日刑事告訴狀向意○公司提起刑事詐欺、背信之確認及訴訟在案，並經臺灣臺北地方檢察署民國 114 年 7 月 8 日北檢力霽字…通知調查中，意○公司與本公司之商業合作關係已成為刑事訴訟之敵對關係，而意○公司於民國 114 年 8 月 22 日之存證信函應屬敵意之不實對抗，然其所附之工程合約亦非本公司與意○公司為本工程所訂定之工程契約，貴局不應逕以該合約認定轉包…」，查勞檢處製作 114 年 6 月 19 日對申訴廠商之勞檢紀錄即附有與意○公司存證信函相同之 113 年 10 月 16 日意○公司承攬契約，且 2 份契約立合約人均蓋有與系爭工程契約相同之申訴廠商大小章，申訴廠商聲明異議所稱，顯為飾言辯詞，難以令人信服。

6、再查，意○公司承攬契約轉包工項已包含系爭工程揚水站、推進工程、道路明挖及用戶接管等主要工項，其中揚水站工程已如前述為系爭工程重

要里程碑，原訂應於 113 年 6 月 23 日前完成，該工程攸關上游端相關工程銜接，申訴廠商不但未於期限內完成，竟於 113 年 10 月 16 日全數轉包予意○公司，截至系爭工程 114 年 7 月 28 日終止契約時，系爭工程揚水站主體及機電設備仍未完成，因此衍生申訴廠商與轉包商意○公司支付貨款爭議，更足證申訴廠商就系爭工程已毫無履約能力可言，核已違反本法第 65 條、系爭工程契約第 9 條第 10 款之規定情節重大。

7、據此，招標機關認定申訴廠商該當政府採購法第 101 條第 1 項第 11 款，洵屬有據。

二、申訴廠商該當本法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者」陳述理由，說明如下：

（一）按「政府採購法第101條第1項第12款規定：『機關辦理採購發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報…十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。…。』而依政府採購法第1條規定及同法第101條之立法理由可知，政府採購法之目的在於建立公平、公開之採購程序，維護公平、公正之競爭市場，並排除不良廠商，以達有效率之政府採購。而採購契約成立後，得標廠商即負有依債務本旨給付之義務，苟未依債務本旨為給付，並有可歸責之事由，致延誤履約期限，或採購契約被解除或終止，即該當於第1項第10款所稱『因可歸責於廠

商之事由，致延誤履約期限』，或第12款所稱『因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約』，不以全部可歸責為必要。至是否予以刊登政府採購公報，仍應審酌違約情形是否重大（參照政府採購法第101條之立法理由)及符合比例原則。亦經本院103年3月份第2次庭長法官聯席會議決議在案」最高行政法院 107年度判字第642號判決意旨參照。

（二）系爭工程自112年起，即因申訴廠商工班人力、管理人員不足，導致系爭工程進度持續落後，其中情節重大者屬系爭工程里程碑之揚水站工程及用戶接管工程，經招標機關及監造中◯公司於每週工地進度協調會多次催辦申訴廠商，截至114年7月底系爭工程揚水站主體及機電設備等工程均未完工、用戶接管工程出工情形均未見改善，顯見申訴廠商並無適足人力、物力履行系爭工程契約，說明如下：

1、 系爭工程主要工項，包含揚水站工程、推進工程、道路明挖工程、後巷用戶接管工程，並依據系爭工程契約規定，應有揚水站 1 個工作面、推進 1 個工作面、明挖及用戶接管 4 個工作面，先予敘明。

2、 其中，揚水站工程為系爭工程里程碑，為銜接系爭工程後續用戶接管之必要工程，依據系爭工程契約第 7 條第 8 款「系爭工程訂有里程碑：乙方（即申訴廠商）應於開工之日起 364 工作天內完成揚水站工程。」系爭工程於 112 年 1 月 3 日開工，原定申訴廠商應於 113 年 6 月 23 日前完成

本工項，且申訴廠商依據系爭工程網圖應於 112 年 10 月 23 日進場施工，因申訴廠商現場管理人員及派工均嚴重不足，施工進度緩慢，招標機關已於 112 年 10 月起至 114 年 7 月間每週工地催辦逾 56 次，並於 9 次整體進度會議輔導催辦，申訴廠商均未依限改善，截至 114 年 7 月底申訴廠商仍未完成屬系爭工程里程碑之揚水站主體及機電設備等工程。

3、 除此，系爭工程用戶接管工程前置作業繁多，因申訴廠商無法確實控管工程整體執行進度，且無法即時增派人力辦理用戶接管施工前置作業（包含與住戶之溝通協調、各階段文書資料彙整及提送等），致工作面無法順利推展，工程進度數次落後，雖用戶接管工程需住戶配合方可施作，具有履約能力之承攬廠商，因應工程執行階段所發生之問題，應具備協調調度能力，針對推動較緩慢之工項（如用戶接管工程），必須積極辦理住戶訪談及提高追蹤進度之頻率，以減縮前置作業時間，惟經招標機關自 113 年 8 月起至 114 年 7 月間每週工地催辦逾 29 次，申訴廠商始終無法派足人力滿足系爭工程契約規範之工作面，招標機關另於 113 年 12 月間針對後巷用戶接管工程工作面辦理 4 次會議協助申訴廠商推動用戶接管工程，並於後續 9 次整體進度會議要求限期改善，詎料申訴廠商從未按期完成。且自 114 年 4 月起申訴廠商施工進度已逾 5%，申訴廠商不但

未依系爭工程契約提出趕工計畫，甚至無能力依約準時提送估驗資料辦理估驗申請，系爭工程發包工程費 5 億 1,200 萬元，工期約 62 個月，每月計價須達 826 萬元才可符合工程進度，查各期估驗計價金額，113 年 8 月起申訴廠商提送估驗計價金額皆未達預期，且估驗計價資料僅提送至 114 年 1 月，顯示工程幾近停擺，申訴廠商對於工程之管控能力、資源及協調能力嚴重不足，已不具備完成系爭工程之履約能力。

4、 綜上等情，均足見申訴廠商無人力、能力、物力履行系爭工程契約，幾經招標機關催辦，申訴廠商仍無法加派人力依系爭工程契約滿足各個工作面，顯示申訴廠商對於系爭工程之管控能力、資源及協調能力嚴重不足，已不具系爭工程之履約能力。

5、 再者，因申訴廠商於 114 年 6 月底已無法派工進場施作，招標機關於 114 年 7 月 3 日以○○○○○字第 1141317287 號函告申訴廠商限期進場施工及提送相關文書作業，並告知無正當理由不履約將依據系爭契約第 20 條第 1 款辦理；惟申訴廠商遲未辦理，爰招標機關於 114 年 7 月 15 日以○○○○○字第 1141404704 號函告申訴廠商針對無正當理由未予派工施工乙節，擬依系爭契約第 20 條辦理，然申訴廠商仍未派工。

6、 招標機關於 114 年 7 月 8 日召開「新北市泰山地區污水下水道系統第三標、第四標工程」整體進

度落後會議，申訴廠商於會中自陳「本公司因財務狀況不佳，暫無法派工進場施工及提送工程相關文書資料，…。」

7、綜上，系爭工程因申訴廠商財務問題無法派工及辦理相關文書作業，且於114年6月底已顯現無工可派之窘境，歷經招標機關及監造中○公司多次催告仍未改善，因可歸責於申訴廠商之原因無法履行系爭契約，招標機關依系爭契約第20條第1款第8目通知終止契約，自屬有據。

（三）申訴廠商至招標機關於114年7月28日函告終止系爭契約前，未施作工項及未派工情形說明如下：

1、系爭工程截至114年7月，違建已拆除之後巷已擱置達3個月尚未進場施工，道路施工後之臨鋪路面亦逾2個月未銑鋪，招標機關於114年7月3日以○○○○○字第1141317287號函通知申訴廠商尚有多處可施作未施作之推進、道路明挖、後巷、揚水站等工作面，以及趕工計畫、估驗計價等相關文書作業尚未辦理，並限期申訴廠商於114年7月7日前安排人員進場施工，於114年7月14日前提送未完成之文書作業。

2、另招標機關於114年7月15日以○○○○○字第1141404704號函，即已向申訴廠商表達因泰山區民眾、里長及議員等已多次反映污水施工進度緩慢，且拆除完成之後巷及未銑鋪之道路恐有致生公共安全危險之疑慮，故招標機關針

對「已拆除完成或即將拆除完成位施工之後巷」、「已無施工需求位銑鋪之道路」等具急迫性之工項限期派工施作。

3、再據監造中○公司 114 年 7 月 1 日至 28 日之公共工程監造報表，直至 7 月 28 日招標機關函告申訴廠商終止契約時，工程進度停滯 35.356%已逾一個月餘，均顯示申訴廠商無故不履行系爭契約。

（四）申訴廠商該當本法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者」及同條第4項之說明如下：

1、招標機關受損害之輕重：

（1）系爭工程揚水站工程原預定 113 年 6 月完成，然因申訴廠商未能依契約規定如期施工，導致工程進度嚴重延誤，迄 114 年 7 月終止契約時，揚水站主體及機電設備仍未完成，造成上游端相關工程無法如期銜接，嚴重影響上游端、整體工程進度安排及後續用戶接管工程。

（2）自 114 年 3 月起，民眾多次向招標機關反映申訴廠商未能即時針對已拆除之後巷派工進場施工，導致居民生活受到嚴重影響，至 114 年 7 月終止契約前，尚有 5 條已完成或近完成退縮作業可施工之後巷，以及 5 條無施工需求但未銑鋪的道路仍未處理，以上工程擱置逾 5 個

月，現地處於施工半完成狀態，除對市民日常生活造成不便，更存在潛在公安疑慮，嚴重損害招標機關聲譽。

（3）申訴廠商未施作完成之工程重新發包，所需經費約需增加 9,000 餘萬元，除增加新北市府財政負擔外，更使系爭工程因重新設計、發包、結算等因素延宕，嚴重影響市政推動，損害情節重大。

2、申訴廠商可歸責之程度：

（1）系爭工程因申訴廠商財務問題無法派工及提送相關文書作業，經招標機關及監造單位多次催辦仍未見改善，無正當理由不履行契約，違約情節重大。

（2）申訴廠商雖於申訴書中辯稱「截至 114 年 7 月 28 日落後進度僅 11.104%，…施工進度雖然緩慢，但並非完全停擺」云云，然實於工程執行階段，申訴廠商自 113 年 11 月起，除揚水站未依系爭契約規定如期完工外，工作面多次無法達到系爭契約規定之施工標準，文書資料如趕工計畫、估驗計價資料等未能按期提送，招標機關多次催辦，督促申訴廠商依約履行，申訴廠商卻遲無法確實控管工程執行情形並積極研議解決方案，終至無法派工，為可歸責於申訴廠商之事由，情節重

大。

3、申訴廠商之實際補救或賠償措施：

（1）招標機關為確保系爭工程如期如質完工，於114年7月3日函請申訴廠商，限期於7月7日前派員進場施工，並於同月14日前提送未完成之文書作業，惟申訴廠商始終未能於期限內派工進場及提送資料。

（2）申訴廠商雖於114年7月8日函復招標機關，擬依本法第67條第2、3項設定權利質權予分包廠商，惟依系爭契約第9條第11款規定，屬營造業法第3條第1款之營繕工程不得由其他廠商代為履行；另查申訴廠商於系爭工程皆無分包廠商報備予招標機關，因此爰無政府採購法第67條第2項之適用，足證申訴廠商所為並非具體有效之補救措施，且申訴廠商自114年8月18日後函復招標機關之陳述意見，仍無提出實際補救或賠償措施。

（五）據此，招標機關認定申訴廠商該當政府採購法第101條第1項第12款及第4項之要件，洵屬有據。

三、本案經招標機關審酌上揭情事，認申訴廠商確有本法第101條第1項第11款『違反第65條規定轉包』及第12款『因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，且情節重大』之情事，爰依同條第4項規定，以114年10月31日○○○○○字第1142164763號函通知申訴廠商將刊登政

府採購公報。申訴廠商雖於114年11月20日提出異議，然其主張與事實多有衝突及違誤，故招標機關仍維持原處分，駁回其異議。

四、綜上所陳，本件招標機關綜合前揭事由認申訴廠商該當政府採購法第101條第1項第11款、第12款及同條第4項之要件，洵屬有據，且招標機關已予申訴廠商陳述意見及聲明異議之機會，惠請鈞會鑒察核予駁回申訴請求。

五、招標機關後以115年2月25日補充陳述意見（二）書陳報事項如下：

（一）謹遵貴會115年1月27日本案第1次預審會議會議紀錄結論事項三、「請招標機關針對下列事項向本府申訴會提出補充說明及相關證據資料：（一）本案招標須知是否有記載本案主要部分為何；（二）提供終止契約之函文及送達證明」指示辦理，合先敘明。

（二）本案系爭工程投標須知壹、重要條款二、採購標的已列明系爭工程主要項目，除此，於重要條款二十二、招標文件清單（二十六）亦列有「廠商參與公共工程可能涉及之法律責任」2切結書2（營造業專任工程人員）、3切結書3（營造業工地主任）等項目，均要求得標廠商必須就系爭工程工地主任、專任工程人員應為得標廠商雇用之人員，並簽署切結書，另本案系爭工程招標文件中，附有系爭契約，其中第9條第11款亦已列明系爭工程應由得標廠商自行履約之部分，不得由其他廠商代為履行：屬營造業法第3條第1款之營繕工程（係指土木、建築工程及其相關業務。）

且得標廠商為營造業者，其主要部分尚包括：工地主任、工地負責人、專任工程人員、安全衛生人員均應為得標廠商雇用之人員。

（三）末依前揭指示事項補陳招標機關終止契約函文即招標機關114年7月28日○○○○○字第1141498786號函文影本1份，又前揭函文採電子公文交換，依據新北市政府第二代公文自動化系統資訊截圖畫面顯示，前揭函文業於114年7月28日14時36分送達申訴廠商，俾便審閱鑒察，核予駁回申訴請求，至感德便。

判斷理由

一、按「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：…十一、違反65條規定轉包者。十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。」、「機關為第1項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第1項各款情形之一。」、「機關審酌第1項所定情節重大，應考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形。」、「依前條第3項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商：…三、有第101條第1項第7款至第12款情形者，於通知日起前5年內未被任一機關刊登者，自刊登之次日起3個月；已被任一機關刊登1次者，自刊登之次日起6個月；已被任一機關刊登累計2次以上者，自刊登之次日起1年。但經判決撤銷原處分者，應註銷之。」、「機關依本法第101條第3項規定給予廠商陳述意見之機會，應以書面告

知，廠商於送達之次日起10日內，以書面或口頭向機關陳述意見。」本法第101條第1項第11、12款、第3項、第4項、第103條第1項第3款及本法施行細則第109條之1第1項分別定有明文。

二、招標機關認定申訴廠商有本法第101條第1項第11款及第12款所定情事，於114年8月13日及同年9月3日以○○○○○字第1141568966號、第1141762870號函通知申訴廠商陳述意見；申訴廠商接獲上開函文，即以114年8月18日及同年9月10日○○○○○○○○○字第00170號、第00179號函，向招標機關陳述意見；而招標機關於接獲申訴廠商之書面陳述意見後，即依本法第101條第3項規定，成立採購工作及審查小組就本案情形及申訴廠商所陳述之意見審議之後，認定申訴廠商該當同條第1項第11款、第12款及第4項所規定之要件，爰以原處分通知申訴廠商將刊登政府採購公報3個月，依此，堪認招標機關作成本案原處分，於程序上應屬適法；嗣申訴廠商不服原處分，以114年11月20日○○○○○○○○○字第00182號函，向招標機關提出異議；其後，經招標機關以異議處理結果駁回申訴廠商之異議後，申訴廠商復不服異議處理結果，於接獲上開函文後，在114年12月15日向本府申訴會提出申訴，就此，應認申訴廠商已於本法第102條第1、2項規定之20日及15日法定期限內提出異議及申訴。

三、申訴廠商主張略以：(一)申訴廠商因維護工程之安全及推動進度之需要，委託意○公司甲○○短暫（約1.5個月）遂行系爭工程工地主任職務，應無本法第65條之適用。(二)申訴廠商提供系爭工程之所有工程材料及相關人員、機具，將部分工項分包予意○公司，意○公司承攬契約為分包性質尚非屬

轉包。(三)查系爭工程之施工日誌,申訴廠商至終止契約日114年7月28日落後進度僅11.104%,系爭工程之施工進度雖然緩慢,但並非完全停擺。(四)工程進度停滯係屬地下障礙、住戶自拆尚未完成、天候及假日不得施工等因素造成,並非申訴廠商無故不履行契約。

四、招標機關則以:(一)勞檢處於114年6月19日、7月1日派員赴系爭工程施工現場辦理勞檢,系爭工程自114年3月18日至4月30日期間派駐現場之工地主任甲○○,雖由申訴廠商投保勞健保,然甲○○實由意○公司僱用,每月由意○公司支付薪資8萬元及投保勞健保外之保險。(二)勞檢處檢查紀錄含申訴廠商所簽訂之意○公司承攬契約,顯示雙方約定由意○公司承攬「系爭工程」,另參酌意○公司承攬契約附件所列工程項次幾乎已將系爭工程所有主要項目,包括揚水站、推進工程、道路明挖及用戶接管等轉包予意○公司,轉包金額逾2億元,均與一般分包契約迥異。(三)申訴廠商現場管理人員及派工均嚴重不足,施工進度緩慢,招標機關已於112年10月起至114年7月間每週工地催辦逾56次,並於9次整體進度會議輔導催辦,申訴廠商均未依限改善,截至114年7月底申訴廠商仍未完成屬系爭工程里程碑之揚水站主體及機電設備工程、違建已拆除後巷已擱置達3個月尚未進場施工,道路施工後之臨鋪路面亦逾2個月未銑鋪等情。(四)再據監造中○公司114年7月1日至114年7月28日之公共工程監造報表,直至114年7月28日招標機關函告申訴廠商終止契約時,工程進度停滯於35.356%已逾1個月餘,均顯示申訴廠商無故不履行系爭工程契約。

五、本府申訴會參酌申訴廠商及招標機關前開申訴及陳述意旨,

認本件兩造之爭點厥為：招標機關以申訴廠商有本法第101條第1項第11款、第12款之情形，通知將刊登不良廠商，招標機關之處分是否合法妥適？論述如下：

（一）申訴廠商應有本法第101條第1項第11款所定之情事：

1、 按本法第65條：「(第1項)得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。(第2項)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。(第3項)廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定。」、本法施行細則第87條：「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。」亦為明定。

2、 次按本法第101條第1項第11款所稱「違反第65條規定轉包者」，其行為本質係屬即成犯，一有轉包行為發生即構成違法；又本法第65條第1項、第2項雖規定，得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（即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），惟所謂「主要部分」乃不確定法律概念，在涵攝事實關係時，可能發生多種不同意義，但其中只有一種正確而符合立法之本旨，故行政機關將抽象之不確定法律概念經由解釋而具體化適用於特定事實關係時，自應探求立法本旨，揆諸本法第65條立法理由載明「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1項明定不得轉包。」可知，將原契約之全部，或將其主要部分（

招標文件標示為主要部分者,或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）之全部，交由其他廠商代為履行者，可謂為轉包，固無疑義，惟如僅將招標文件標示為主要部分者之一部分,交由其他廠商代為履行,是否構成轉包,則應視其與主要部分之其他成分是否具不可分性而構成契約之重要部分,有變相借牌、賺取差價或其他影響工程品質之虞而定(最高行政法院105年度判字第660號判決參照)。

3、 依系爭工程採購案之投標須知「壹、重要條款」第2條:「採購標的：內容主要包括支(分)管工程及用戶接管工程…詳如詳細價目表及圖說說明等。」、第22條:「招標文件清單：…(十六)契約樣稿(含承攬廠商品質管制規定)：1冊。…」等規定，以及本案招標文件之一之「契約樣稿」即系爭契約條文(以下條文中所稱「甲方」為招標機關,「乙方」即得標廠商)第2條第1款:「乙方應給付之標的及工作事項：乙方給付甲方之標的，詳如本案投標須知。」、第9條第10款第1目:「轉包及分包：(一)乙方不得將本契約轉包。」、第11款:「依採購法第65條及採購法施行細則第87條之規定,本採購標的之下列部分及依其他法規規定應由乙方自行履約之部分,不得由其他廠商代為履行:屬營造業法第3條第1款之營繕工程,且乙方為營造業者，其主要部分尚包括：工地主任、工地負責人、專任工程人員、安全衛生人員均應為乙方僱用之人員。」、系爭契約條文所附「表1、結算及契約變更預算

調整原則」所列「公共管網工程」及「揚水站工程」，可知系爭工程之主要部分包括「用戶接管工程」、「支(分)管工程」、「公共管網工程」、「揚水站工程」及「工地主任、工地負責人、專任工程人員、安全衛生人員均應為得標廠商僱用之人員」；而對照申訴廠商針對系爭工程，與案外人意○公司簽訂之「新北市泰山地區污水下水道系統工程第四標工程合約」之詳細價目表約定由該公司承攬之工程項目，即係系爭工程之「公共管網工程」、「分管工程」、「用戶接管工程」及「揚水站工程」(此有上開合約之詳細價目表第1、3、4、6頁可稽)，顯見申訴廠商幾乎已將系爭工程之主要部分全部交由其他廠商代為履行。

4、 再者，勞檢處於114年6月19日指派訪查員對系爭工程實施勞工檢查，針對系爭工程自114年3月18日起至4月30日止擔任工地主任之甲○○是否受僱於申訴廠商之疑問，接受檢查訪問之申訴廠商人員答覆稱：「(問：請問…甲○○是否為貴單位僱用之勞工…？若是，請說明其任職期間及工作內容？)…甲○○(工地主任)係由本公司之分包廠商『意○實業有限公司』僱用…」、「(問：請問貴單位是否有全額給付…甲○○114年4月工資？何時給付？如何給付？)如前所述…甲○○之實際僱主為本公司之分包廠商『意○實業有限公司』…」等語，而申訴廠商亦於接受勞動檢查當日，向該處出具說明書表示：「…與甲○○由意○實業有限公司僱用，僱用前個人薪資商談及核定，非本公司與二位確認，相關薪資非本公司給付，是由意

◯實業有限公司給付。」，經該處勞動檢查結束後，於114年8月12日以新北檢一字第1144687031號函通知招標機關，招標機關始悉此事，由是，可見申訴廠商亦已違反前開招標文件之一之契約樣稿即系爭工程契約第9條第11款規定，將屬於系爭工程主要部分之一之工地主任，任命非由自己僱用之人擔任。

5、 綜上，申訴廠商將系爭工程之主要部分交由其他廠商代為履行，並任命非受僱於己之人擔任系爭工程之工地主任，應認有違反本法第65條規定之轉包行為；至於申訴廠商雖主張由非其僱用之人擔任工地主任之期間短暫，且招標機關未通知其更換，應尚無本法第65條之適用云云，惟查，申訴廠商任命非其僱用之甲◯◯擔任系爭工程工地主任之期間為114年3月18日至同年4月30日，而如前所述，招標機關係遲至同年8月12日經勞檢處發函通知後，始悉此事，因而未能及時發現並要求申訴廠商更換，且轉包行為之性質屬於即成犯，一有此行為即構成違法，故縱使申訴廠商之上揭由非其僱用人員擔任工地主任之期間短暫，亦已構成轉包行為，而違反本法第65條之規定。總此，申訴廠商有違反本法第65條規定之轉包行為，應有同法第101條第1項第11款所規定之情事，洵堪認定。

（二）申訴廠商應有本法第101條第1項第12款所定之情事：

1、 按本法第1條規定及同法第101條之立法理由可知，本法之目的在於建立公平、公開之採購程序，維護公平、公正之競爭市場，並排除不良廠商，以達有效率之政府採購；而採購契約成立後，得標廠商即負有依債

務本旨給付之義務，苟未依債務本旨為給付，並有可歸責之事由，致採購契約被解除或終止，即該當本法第101條第1項第12款所稱「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約」，不以全部可歸責為必要(最高行政法院107年度判字第642號、108年上字第671號判決參照)，而所謂「因可歸責於廠商之事由」則係指廠商履行契約客觀上發生違反約定或法定事由，因其欠缺必要之注意，以致契約無法有效履行，達於可以指責之程度，是廠商就其履約事由，應事先規劃，妥為控制，避免違約結果發生(最高行政法院108年度判字第594號判決參照)；至是否予以刊登政府採購公報，仍應審酌得標廠商之違約情形是否該當該款及同條第4項所定「情節重大」之要件而定。

2、 又依系爭契約第9條第10款第1目前段：「乙方不得將本契約轉包。」、第5目：「乙方違反不得轉包之規定時，甲方得解除本契約、終止本契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。」、第20條第1款第8、11目：「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙方終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之損失：(八)無正當理由而不履行本契約者。(十一)乙方未依本契約規定履約，自接獲甲方書面通知日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」之約定，申訴廠商如有違約或違法轉包之情事，或有無正當理由而不履行契約，抑或未依約定履約而經招標機關以書面通知改善，於接獲通知時起10日內仍未改正之情形，招標機關即可依上開約定，以書

面通知申訴廠商終止系爭契約，合先敘明。

3、 經查，除申訴廠商有違反本法第65條規定之轉包行為，已如前述外，招標機關於114年7月3日以○○○○○字第1141317287號函通知申訴廠商：「旨揭工程(即系爭工程)截至114年6月30日止，預定進度44.800%，實際進度35.352%，經監造單位查有多處可施作未施作之推進、道路明挖、後巷、揚水站等工作面，歷經多次催辦未派工進場施作，且相關文書資料亦未配合辦理，請貴公司於114年7月7日前安排人員進場施工，並於114年7月14日前提送未完成之文書作業，以利工進。」，亦即招標機關於114年7月3日業以書面通知申訴廠商應安排人員進場施工，以改正預定進度44.8%、實際進度卻僅35.352%（依114年7月3日之「公共工程監造報表」，實際進度應為35.356%)之施工進度落後之情形，然而，依據系爭工程自114年7月3日起至同年7月28日之「公共工程監造報表」，系爭工程之實際進度始終停留在「35.356%」，即該工程於上開期間毫無進度可言，且系爭工程於上開期間之實際進度均持續落後於預定進度，可見申訴廠商自接獲上揭招標機關之114年7月3日函文時起至同年7月28日為止，均無依系爭契約履約施作，亦已逾10日而仍未改正進度落後之情形。

4、 又依招標機關於114年7月8日為系爭工程整體施工進度所召開之會議紀錄，申訴廠商雖於會議上表示意見稱：「本公司因財務狀況不佳，暫無法派工進場施工及提送工程相關文書資料，為利順利完成本公司承攬

之『新北市泰山地區污水下水道系統第三標工程』、『新北市泰山地區污水下水道系統第四標工程』，本公司欲請求貴局同意專款專用事宜(詳附件意見書)，建請貴局同意。」等語，且依上揭意見所稱「意見書」所載：「五、為此，廣○與履約保證人京○，比照桃園航空城案例，研議出專款專用方案以確保所有後續施工之協力廠商因可保證收到工程款，進而全力加速完工。…七、倘貴局同意專款專用提案，廣○將立刻通知京○及所有協力廠商盡速完成與貴局之相關手續並復工…」，亦即申訴廠商表示因自身財務狀況不佳，以無資力繼續履約施作系爭工程，並以此為由，央請招標機關同意保證其所謂「協力廠商」可收到工程款，始能加速完工；且依系爭工程於114年7月16日之「現場施工情形確認會勘紀錄」，申訴廠商固於會勘期間表示意見稱：「1.已有檢核表未進場係因公司於114年7月8日及114年7月11日發文建請貴局同意質權設定函文尚未回覆，故無法立即派工進場。2.尚未有檢核表部分係因現場尚未拆除完成及住戶同意書尚未提供，實非本公司不願意進場趕工。」等語，亦即申訴廠商表示系爭工程雖有無其他障礙(即拆除完成並完成住戶同意書收集)而可施工之工地現場，卻因招標機關仍未同意上揭「意見書」，即保證其所謂「協力廠商」可收到工程款，而拒絕派員進場施工，惟查，申訴廠商參與本案招標程序之初，並於得標後與招標機關簽立系爭契約之前，本應預先妥善規劃其財務管理事宜，確保自身有完成履約之財務能力，且於履約過程中適當控制財務支出，以利依約履行系

爭工程之施作，然申訴廠商捨此不為，導致自陷於財務狀況失控而無法依約履行施工之困境，此顯係客觀上可歸責於申訴廠商之事由所致，招標機關實無協助申訴廠商改善其財務之義務，是以，申訴廠商以財務狀況不佳且招標機關遲未同意上開「意見書」為由，拒絕派員進場施工，應認已符合系爭契約第20條第1款第8目所約定「無正當理由而不履行本契約」之要件。

5、 再者，申訴廠商於114年7月23日以○○○○○○○○字第00165號函，就系爭工程與另案即同地區污水下水道系統工程第三標工程，固說明以：「四、貴局依監造單位審查施工人員報核資料，分別以職安卡逾期及不足為理由(詳後附件一、二)，視同未派工。…仍請貴局同意後續回訓補齊相關施工人員資料，以利貴我雙方共同解決民怨並推動工進。五、貴局倘持續以施工人員之相關資料報核阻擋而未給合理之改善時間，本公司之工人及協力商將會因而無意願進場施工，則請貴局及監造協助提供立即合格之廠商協助本公司報核履約。」等語，亦即申訴廠商要求招標機關同意欠缺「職安卡」及「職安卡」逾期之「協力廠商」施工人員進場施工，或直接提供其僱用合格施工人員之「協力廠商」，以協助其履約，然查，依系爭契約第9條之2第6款第2目：「工程開工前，乙方向甲方報備工作場所人員名單(含分包廠商員工)，並提報該等人員之勞工保險資料(依第13條第12款得以其他商業保險代之者，提報該等人員之商業保險資料)及依

職業安全衛生法規應完成之安全衛生教育訓練紀錄送甲方備查，方可使勞工進場施工；人員異動時，亦同。」之約定，申訴廠商本有義務指派具有依職業安全衛生法規規定之安全衛生訓練紀錄之勞工履行系爭工程之施工，是申訴廠商未能指派具有上開紀錄之勞工，以致無法履約施工，難認有不履約之正當理由，應認已符合系爭契約第20條第1款第8目約定之要件。

6、 綜上，申訴廠商因財務狀況不佳及未能指派具有依職業安全衛生法規規定之安全衛生訓練紀錄之勞工，以致自接獲前揭招標機關之114年7月3日函文時起至同年7月28日為止，均無依系爭契約履約施作，且逾10日而仍未改正進度落後之情形，應認申訴廠商係因可歸責於己之事由，致發生該當系爭契約第20條第1款第8目及第11目約定之要件，基此，招標機關於114年7月28日以○○○○○字第1141498786號函（於當日以新北市政府第二代公文自動化系統送達申訴廠商）通知申訴廠商終止契約，洵屬有據，經核已該當本法第101條第1項第12款規定所稱「因可歸責於廠商之事由，致終止契約」之事由；至於自114年7月3日起至同年7月28日止雖有部分天數遇有降雨或例假之情形，惟上開規定之事由本不以全部可歸責於廠商為成立之要件，是縱有上開情形，亦無礙於申訴廠商該當上開規定事由；又因終止系爭契約，不僅導致該契約前言所揭系爭工程欲解決新北市泰山地區之污水排放污染問題，改善其環境衛生，建立污水下水道管線

資料，並改善該地區周邊環境之目的無法達成，更造成工地現場處於尚未完工之狀態，衍生該地區居民之生活不便及公安危險，亦使招標機關必須將系爭工程未完成部分再行編列預算，重新辦理公開招標程序，受有增加經費支出及因工程延宕所招致新北市泰山地區民怨之損害，而申訴廠商迄今從未提出實際補救或賠償措施，是以，堪認申訴廠商該當本法第101條第1項第12款事由已達「情節重大」之程度。

（三）綜合以上所述，申訴廠商已該當本法第101條第1項第11款及第12款規定之事由，至堪認定。

六、綜上所述，招標機關依本法第101條第1項第11款、第12款及第103條第1項第3款規定，通知申訴廠商將刊登政府採購公報，並無違法不當，原異議處理結果為相同之認定亦無不洽，應予維持。兩造其餘之主張與陳述，均不影響前揭判斷結果，爰不逐一論究。

七、據上論結，本件申訴為無理由，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　朱惕之
副主任委員　邱惠美
委　員　王伯儉
委　員　江獻琛
委　員　李永裕
委　員　孟繁宏
委　員　周嫕容
委　員　孫丁君

委　　員　　陳尤佳
委　　員　　黃　立
委　　員　　蔡榮根
委　　員　　賴宇亭
委　　員　　蔡庭榕

本審議判斷視同訴願決定，申訴廠商不服者得於本審議判斷書送達之次日起2個月內向臺北高等行政法院（臺北市士林區福國路101號）提起行政訴訟。

中　華　民　國　1　1　5　年　4　月　2　1　日