

新北市政府採購申訴審議判斷書

案號：112購申33010號

申訴廠商：○○○即○○企業社

招標機關：新北市○○區公所

上開申訴廠商就「○○區103年度各里環境清潔維護僱工案、○○區105年度各里環境清潔僱工案」採購事件向招標機關提出異議，不服招標機關民國（下同）112年3月21日○○○○字第1122291060號函之異議處理結果，申訴廠商於法定期間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112年8月1日第130次委員會議審議判斷如下：

主 文

申訴駁回。

事 實

申訴廠商參與招標機關辦理「○○區103年度各里環境清潔維護僱工案（下稱甲案）、○○區105年度各里環境清潔僱工案（下稱乙案）」採購案，嗣招標機關依臺灣新北地方檢察署新北地檢署111年偵續字第394號緩起訴書，審認申訴廠商有違反政府採購法（下稱本法）第87條第3項、第6項之情事，爰依108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款之規定，以112年2月21日○○○○字第1122286736號函（下稱原處分）追繳押標金新臺幣（下同）64萬元。申訴廠商不服，向招標機關提出異議，惟招標機關以112年3月21日○○○○字第1122291060號函（下稱異議處理結果）復異議處理結果，申訴廠商仍不服其異議處理結果，遂於法定期間內向本府申訴會提出，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：原異議處理結果及原處分均撤銷。

二、事實

(一) 緣申訴廠商成立於92年1月間，寶○企業社即甲○○(為獨資商號，下稱寶○企業社)則成立於96年9月間，兩者均有從事病媒蚊防治業、廢棄物清除處理、景觀工程、環境衛生及汙染防治等業務，並多承攬鄰里長發包之清潔、消毒、景觀美化工程。

(二) 承上，有關○○區各里環境清潔或消毒業務，早期無須依本法規定經由公開招標、投標程序發包，係由各里里長以鄰里經費各自覓得廠商承作即可，申訴廠商高○企業社及寶○企業社均有各自零星承攬○○區鄰里之環境清潔、消毒、水溝清理、景觀工程等。嗣約102年間，○○區就「環境清潔維護」之採購案件改由招標機關依本法相關規定統一公開招標，就本案之經過可概述如下：

1、招標機關於102年底分二區辦理「○○區103年度各里環境清潔維護僱工案(案號：1021120A1，甲案)之公開招標，斯時申訴廠商及寶○企業社不諳政府採購法相關法令，本著二企業社本即均有從事承攬環境清潔維

護勞務業務之原則，而均有參與甲案之投標，然甲案經一次流標後，於第2次招標時由「佰〇〇〇〇行」及「大〇有限公司」得標，申訴廠商及寶〇企業社均未得標。

2、嗣後，該採購業務之招標、開標等程序於103年底移交新北市政府採購處辦理，新北市政府採購處於103年底辦理「〇〇區104年度各里環境清潔維護僱工案」全區環境清潔維護僱工案之公開招標，申訴廠商及寶〇企業均未參與投標。

3、承前，新北市政府採購處於103年底-104年初辦理「〇〇區105年度各里環境清潔僱工案（案號：1050121-3，乙案）」之公開招標時將〇〇區各里分為3大區域分別招標，各廠商均得參與所有區域之投標，但單一廠商以得標1區為限；因清潔維護僱工勞務案之利潤本即不高，有意願投標承作之廠商不多，新北市政府採購處又將新莊全區分為3大區域、利潤與成本不成比例，是以，參與投標之廠商更寥寥無幾，此可觀諸寶〇企業社標得乙案第3區採購案、申訴廠商標得乙案第2區採購案後，該案第1區採購案歷經6次流標公告、始於第七次公告招標時決標，且新北市政府採購處自此後辦理〇〇區各里環境清潔僱工勞務採購案時，即未再分區招標而採全區招標，等於只有該年度招標時是將〇〇區分為3區招標

等情，即可得知新北市政府採購處於辦理乙案時分3區招標之政策不妥（之後旋即改善），大大降低廠商之利潤及投標意願。

4、承上，新北市政府採購處辦理乙案時分3區招標，○○區各里里長或有擔心無法順利發包，而希望申訴廠商及寶○企業社可以投標，申訴廠商及寶○企業社不諳本法之規定、且主觀上又認知申訴廠商及寶○企業社屬二稅務分離之獨立商號，本著二企業社本即均有從事承攬環境清潔維護勞務業務，且若得標二區可以統一管理、壓低成本之原則，而均參與乙案之投標，於105年1月21日開標時，先由寶○企業社標得乙案第3區之勞務採購案，再由申訴廠商同意減價後標得乙案第2區之勞務採購案，並均於當年度依約履約完畢。

5、嗣後因新北市政府旋即改回「○○區全區招標」，無統一管理、壓低成本之考量，申訴廠商即未再參與○○區清潔維護僱工勞務案之投標，而著重於從事消毒、鄰里水溝清潔、景觀工程等業務，僅由寶○企業社持續投標、承作清潔維護僱工勞務案。

（三）承上所述，申訴廠商及寶○企業社持續承作招標機關及地方、鄰里業務迄今已有十多年，向來兢兢業業恪守職責，不料申訴廠商及寶○企業社竟於111年5月間突遭調查局人員逮捕調查後移送新

北地檢署偵查，告知申訴廠商及寶○企業社因前揭多年前甲案、乙案之投標而涉犯本法第87條第3項之罪名，申訴廠商及寶○企業社奉公守法、依約履約，對莫名冤涉政府採購法罪名實感冤枉！惟當日檢察官即當場諭知本案事證明確但情節輕微，如申訴廠商及寶○企業社願意認罪，可以給予緩起訴之處分，對於檢察官諭知之事實部分（即申訴廠商及寶○企業社均有投標甲乙案及資金金流來源等過程）並不爭執，又唯恐偵查、審判程序曠日廢時造成終日惶惶不安，乃同意認罪換取緩起訴處分，然此與申訴廠商及寶○企業社前揭所述流程並無齟齬，應予辨明！

- (四) 詎料，申訴廠商及寶○企業社收受緩起訴處分書後，竟又接獲招標機關原處分（送達申訴廠商之日期為112年2月22日，寶○企業社則遲至3月底才送達），來函主旨略以：「通知申訴廠商高○企業社、寶○企業社，追繳『案名：○○區103年度各里環境清潔維護僱工案第1區、第2區（案號：1021120A1）；案名：○○區105年度各里環境清潔僱工案（案號：1050121-3）』2件採購案（以下稱採購案）押標金共計新臺幣64萬元整...」等語，並以該函通知申訴廠商及寶○企業社繳回系爭採購案之押標金各64萬元（二人合計共128萬元）；惟該函通知之處分內容顯於法不符，申訴廠商爰於法定期間內聲明異議，請求招標機關撤銷該影響聲明異議人權益之處分，然經招標機關

異議處理結果認申訴廠商之異議無理由，申訴廠商及寶○企業社只得依法提起本件申訴。

三、理由

(一) 申訴廠商及寶○企業社雖因突遭調查局逮捕心生恐懼，且檢調均未提示事證無從答辯，申訴廠商唯恐偵查、審判程序曠日廢時致終日惶惶不安，乃於刑事偵查程序同意認罪換取緩起訴處分，惟細鐸甲案、乙案之招標、開標、履約過程，申訴廠商及寶○企業社實無該當本法第87條第3項之詐術圍標罪，析述如下：

1、甲案部分：申訴廠商於投標甲案時未附資格文件、未實質參與政府採購案之投標與價格競爭流程，即屬「未有於投標文件為不實記載等詐術或有其他不法行為」，則申訴廠商等二人並未該當本法第87條第3項之「詐術圍標罪」甚明：

(1) 按「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者」，為本法第87條第3項所明定；另按，「刑法第26條規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。此即學理上所謂之不能犯，以行為不能發生犯罪之結果，又無危險為要件，有無危險，則應依客觀事實認定之。故已著手於犯罪行為之實行而不遂者，必其行為在客觀事實

上無具體危險，致根本不能完成犯罪者，始得謂為不能犯…本件台○公司及華○來公司投標時之未檢附押標金、相關文件，以及投標金額高於投標須知所載預算金額，從表面上觀之，顯有政府採購法第五十條第一項第一款『未依招標文件之規定投標』、第二款『投標文件內容不符招標文件之規定』之開標前發現者不予開標，於開標後發現者應不予決標予該廠商之情形，其似無於投標文件為不實記載等詐術或其他不法行為，能否認係以詐術或其他非法方法為之，即非無疑。」、「再政府採購法第3項之『以詐術或其他非法之方法，使開標發生不正確結果罪』，須行為人所為係詐術或其他非法方法，倘其行為不符此要件，自不得令負此刑責。本件，台大公司及華德來公司投標時未檢附押標金、相關文件，以及投票金額高於投標須知所載預算金額，從表面觀之，固屬同法第50條第1項第1款之『未依招標文件之規定投標』、第二款之『投標文件內容不符招標文件』，如於開標前發現者不予開標，於開標後發現者應不予決標之情形。但其等並未有於投標文件為不實記載等詐術或有其他不法行為，自與上開規定之客觀要件不該當，不成立該款之罪。」，則

分別有最高法院98年度台上字第5823號刑事判決、臺灣高等法院98年度上更（一）字第490號刑事判決著有明文，可資遵循。

(2) 承上可知，縱投標廠商有共同投標之行為，然因其中廠商有本法第50條第1項第1款及第2款規定「未依招標文件之規定投標」或「投標文件內容不符招標文件」之形式上顯然可見之瑕疵，即「於開標前發現者不予開標，於開標後發現者應不予決標」之情形，導致實際上只有一家廠商參與投標及開標、而無詐術圍標之客觀行為者，因未參與開標之廠商並未有於投標文件為不實記載等詐術或有其他不法行為，自與上開規定之客觀要件不該當，不成立該款之罪，而該僅存一家廠商實質參加投標及開標，客觀上即不可能發生本法第87條第3項所謂：「使廠商無法投標或開標發生不正確之結果」之危險，則該共同投標之廠商，客觀上均不該當本法第87條第3項之構成要件而不成立犯罪。

(3) 經查，依甲案決標公告所載，申訴廠商及寶○企業社雖均有參加甲案之投標，惟申訴廠商因「資格文件未附」、有形式上顯然可見之瑕疵，經審標人員於開標

前發現並剔除參與投標資格不予開標，故申訴廠商之標價金額記載為「0元零元」，即未實質參與甲案之投標競價，依前述實務見解可知，申訴廠商並未有於投標文件為不實記載等詐術或有其他不法行為，自與本法第87條第3項規定之客觀要件不該當，不成立該款之罪。至寶○企業社則係實質出價參與標案，然因申訴廠商業已遭剔除於甲案之投開標程序，是寶○企業社則為單獨以自己名義參與甲案投標，在客觀事實上根本無「詐術」或「圍標行為」存在，亦無「使廠商無法投標或開標發生不正確之結果」之具體危險，根本不能完成犯罪者，是縱認該行為有涉犯本法第87條第3項罪名之嫌，亦應自始無具體危險而為不能犯，依刑法第26條「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」之規定，不應處以該條項之罪刑，至為灼然。

2、乙案部分：申訴廠商、寶○企業社參與乙案之投標時，因乙案為複數決標標案且得分區得標，申訴廠商及寶○企業社均有投標、承作系爭標案之真意，並非為使單一廠商得標而「製造價格競爭之假象」，且申訴廠商及寶○企業社均未對參與投標之其他廠商或招標機關為上述之詐術或其他非法行為，致使其

他投標廠商無法投標或使開標發生不正確結果，實不該當本法第87條第3項「詐術圍標罪」之構成要件，至為明確：

- (1) 按本法第87條第3項之立法理由明載：「第3項明定以詐術、藥劑、催眠術或其他不法之方法妨礙廠商使不能投標者之處罰。」；次按，「政府採購法第87條第3項之規定，係以『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』為犯罪構成要件，亦即行為人須施以『詐術或其他非法之方法』為手段致其他參與投標之廠商『無法投標或開標發生不正確結果』始構成犯罪；而本罪所稱之『詐術』乃例示規定，且『其他非法之方法』必須與『詐術』等同觀之，即指詐術以外之一切非法方法（例如廠商為達到得標目的與審標人員勾串，塗改他廠商標單造成無效標，參見羅昌發著政府採購法一書第443頁），足以使廠商無法投標或使開標發生不正確結果始足當之。」此分別有台灣高等法院94年上訴323號刑事判決、同院96年上訴218號刑事判決、台灣高等法院94年上訴3292號刑事判決意旨可稽；此外「政府採購法第87條第3項之罪，必須行為人主觀上具備使廠商無法投標或開標發生不

正確結果之故意，而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，始足以構成本罪。至所謂『開標發生不正確結果』，乃指行為人使開標之結果，與真實之結果不相符合之意，則倘行為人所採取之方法，根本無從使開標發生正確與否之可能，尚無所謂既、未遂之問題，應不屬於已達著手程度（類似見解參照最高法院91年度臺上字第376號判決意旨）...艾銳公司、○○公司既均有投標之真意，自無單純借用或容許他人借用之虛偽投標以影響投標結果或獲取不法利益之行為，核均與政府採購法...之情形不符」，亦有臺灣新竹地方法院96年度矚訴字第1號刑事判決著有詳文，可供遵循。

- (2) 承上可知，本法第87條第3項主要規範之型態在於「行為人對『其他有意願參與投標之廠商』施用詐術、藥劑、催眠術或其他不法之方法」，致使其他廠商無法投標而言；查本件申訴廠商、寶○企業社並未對其他有意願投標乙案之廠商施以詐術、藥劑、催眠術，或有為達到得標目的與審標人員勾串、塗改他廠商標單造成無效標等「與詐術」等同觀之之其他不法方法之行為，實無法論以本法

第87條第3項罪名之餘地！

(3) 至實務見解雖有闡釋：「…如有陪標，虛增投標家數，形式上藉以製造出確有3家公司以上廠商參與競標之假象，係意圖使市場上競爭之狀態不復存在，使政府採購法所期待建立之競標制度無法落實，即屬以欺罔之方法致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果。是以借牌圍標方式參與政府採購法之工程案投標，而製造該工程確有3家公司以上廠商參與競標之假象，使該工程承辦機關陷於錯誤，誤認該工程投標合於開標之條件因而決標，即屬政府採購法第八十七條第三項規定以詐術使開標發生不正確結果之罪。」等意旨（參最高法院100年度臺上字第6650號、101年度臺上字第5879號、97年度臺上字第6855號等判決意旨），惟查：

①該實務見解內容乃係揭示「特定廠商為製造確有3家以上廠商參與競標而有價格競標制度之假象，因而尋覓『並無參與競標真意、僅單純陪標』之其他廠商進行陪標…」者，始該當該法第3項「以其他非法之方法」致招標機關誤信競爭存在，足使開標發生不正確結果之行為態樣。

②惟查，本件申訴廠商及寶○企業社均有參與價格競標之真意而非單純陪標或意圖製造價格競爭之假象，已與前揭判決要旨有間，更遑論申訴廠商及寶○企業社分別標得乙案第3區、第2區標案後，均依約履約完畢迄今已近10年，則依前述臺灣新竹地方法院96年度矚訴字第1號刑事判決意旨以觀，申訴廠商及寶○企業社投標乙案時並未對廠商或招標機關施行「詐術或其他非法之方法」，亦未生「使廠商無法投標或開標發生不正確結果」之結果，實不該當本法第87條第3項之構成要件，彰彰明甚！

3、綜上所述，觀諸申訴廠商及寶○企業社參與甲案、乙案等2案之招標、開標及履約過程之客觀情狀，均未有該當本法第87條第3項之詐術圍標罪構成要件之情，不應論以該罪，更不得基此認申訴廠商及寶○企業社有「影響採購公正之違反法令行為」；迺原處分機關不察，逕以「依台灣新北地方法院檢察署…緩起訴處分書認定貴公司有影響採購公正之違反法令行為」為由，依本法第31條第2項第8款規定，追繳申訴廠商及寶○企業社就甲案、乙案所繳納之押標金共計128萬元，並駁回申訴廠商之聲明異議云云，實有法律上重大違誤，則原處分及原異議處理結果均應予撤

銷，懇請本府申訴會明鑑！

(二) 其次，申訴廠商及寶○企業社投標甲案時，甲案之投標須知未就本法第31條第2項第8款「影響採購公正之違反法令行為」事先載明具體特定行為類型，依法招標機關即招標機關不得向申訴廠商及寶○企業社追繳押標金：

1、按：本法第31條係有關押標金應否及如何退還之規定，有該條第2項所定事由經於招標文件中規定者，廠商所繳納之押標金，不予發還，其已發還者並予追繳，其中第8款規定「其他『經主管機關認定』有影響採購公正之違反法令行為者」，非如同法第48條第1項第2款規定「足以影響採購公正之違法…行為」及第50條第1項第7款規定「其他影響採購公正之違反法令行為」，並無「經主管機關認定」之要件，顯然立法者有意區別。該法第31條第2項第8款係授權主管機關就特定行為類型，事先一般性認定屬「影響採購公正之違反法令行為」，以補充該款發生不予發還或追繳押標金法律效果之構成要件，主管機關所為認定具法規命令性質，須明確具體，始符法治國家法律明確性之要求；「所謂其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為」，係指特定之行為類型，事先經主管機關一般性認定屬於影響採購公正之違反法令行為，且須事先公布俾人民所能預見，始足當之

；而非於具體個案發生後，始由主管機關認定該案廠商之行為是否為影響採購公正之違反法令行為。」此分別有最高行政法院110年度上字第28號行政判決及最高行政法院104年度判字第213號行政判決分別著有明文，另最高行政法院105年度判字第160號行政判決更於判決理由詳予闡釋，亦同斯旨，均可資遵循。

2、次按，「政府採購案中廠商所繳納之押標金，僅於廠商有政府採購法第31條第2項各款法定情形，且經機關明文於招標文件中規定不予發還及其已發還並予追繳押標金者，機關始得不予發還或追繳押標金。倘招標文件並未記載押標金不予發還或追繳之事由，縱令廠商有前開規定之各款情事，機關仍不得不予發還或追繳押標金。而本件上訴人並未能舉證確於招標文件中規定不予發還及其已發還並予追繳押標金，從而縱令被上訴人有政府採購法第31條第2項各款情事，上訴人仍不得追繳被上訴人所繳之押標金…」、「政府採購法第31條係關於押標金應否及如何退還之規定，有該條第2項所定事由經於招標文件中規定者，廠商所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳，其中第8款規定其他『經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者』，係授權政府採購法之主管機關就特

定之行為類型，事先一般性認定屬於『影響採購公正之違反法令行為』，主管機關所為之認定，具有法規命令性質（另參照最高行政法院103年度7月份第1次庭長法官聯席會議決議），自應具備法規命令之生效要件，始可謂發生該款之認定效力。基此，招標機關依政府採購法第31條第2項之規定對廠商予以追繳押標金，須具備□廠商有政府採購法第31條第2項所定各款之事由；□經招標機關於招標文件中規定；□如為第8款之情形，須經主管機關事先認定有影響採購公正之違反法令行為。上開三要件缺一不可，否則招標機關即不得對廠商予以追繳押標金。」，亦分別有最高行政法院108年度判字第50號行政判決及臺中高等行政法院104年度訴字第245號行政判決分別闡釋在案，亦足供參照。

3、經查，本件申訴廠商及寶○企業社因甲案未得標、乙案已履約完畢多年，故手上均未保留該二案之投標及履約、驗收等資料，申訴廠商雖已分別向招標機關及新北市政府採購處申請閱覽抄錄資料，然迄今未獲回覆，申訴廠商及寶○企業社為於法定期間內提出申訴，乃先行提出第一份申訴書，待申訴廠商取得其餘文書資料後，再補充其他申訴理由，合先敘明。

4、次查，行政院公共工程委員會（下稱工程會

）係於104年7月17日始以工程企字第10400225210號令頒布「依政府採購法第31條第2項第8款認定屬『其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者』情形」之具體特定行為類型，以法規命令補充該31條第2項第8款「發生不予發還或追繳押標金法律效果」之構成要件，並自發布日期起向後生效；查甲案係於102年11-12月間公開招標、於103年1月3日決標，斯時工程會尚未作成前揭函釋並公告之、以補充政府採購法第31條第2項第8款之規定，是以甲案之投標須知勢必無法載明「經招標機關於招標文件中規定」及「如為第8款之情形，須經主管機關事先認定有影響採購公正之違反法令行為」等二要件，則依前揭判決闡釋要旨，招標機關不得沒收或追繳申訴廠商及寶○企業社針對甲案所繳納之押標金各40萬元（合計共80萬元），灼然至明！

（三）另查，本件經招標機關認定申訴廠商及寶○企業社「有影響採購公正之違反法令行為」係發生於103年至105年間，且招標機關「客觀上」自始即可確知申訴廠商及寶○企業社間有「重大異常關聯」，是無論自「押標金發還日」起算，或自「可合理期待招標機關為請求時」起算，均已罹於5年之公法上請求權時效；是以，本件採購案之「追繳押標金請求權」已罹於消滅時效，原招標

機關即招標機關實不得再命申訴廠商及寶○企業社繳回該等已發還之押標金：

- 1、查申訴廠商及寶○企業社於聲明異議狀主張：「本法第31條規定於108年5月22日曾為修正，經比較新舊法，係以舊法31條之規定對聲明異議人較為有利，自應依前揭『從新從輕』或『從新從優』原則，適用行為發生時之法律即『舊法』之規定起算本件請求權時效」，並援引最高行政法院101年度判字第679號行政判決主張：「舊法時期實務上就本法31條請求權之時效起算點，係類推適用民法第128條規定而採用『客觀說』起算時效，於『押標金發還日』即開始起算五年之請求權時效，且未有『因得追繳之原因發生或可得知悉在後者』，得延長請求權時效之『不確定因素』存在，而應依行政程序法『從新從輕』或『從新從優』原則，適用行為發生時之法律即『舊法』之規定起，自『押標金發還日』起算本件請求權時效。則本件自招標機關分別於103年及105年發還押標日起起算『追繳押標金』之請求權時效，該請求權五年時效業已分別於108年及110年間均已屆滿而已罹於時效，招標機關自不得再依本法第31條等相關規定命申訴廠商繳回本採購案之押標金…」等語。

- 2、就申訴廠商及寶○企業社前開主張，原異議

處理結果略以：「本所援引政府採購法第31條第2項及最高法院102年11月份第1次庭長法官聯席會議之決議文：自可合理期待權利人為請求時效起算等規定，起計追繳押標金之消滅時效，無從新從輕原則之適用…」云云，認申訴廠商聲明異議無理由；惟查：

(1) 按「旨揭情形於採購法新舊法適用原則，說明如下：採購法第31條部分…機關於採購法修法生效前已公告招標案件，押標金之性質及不發還條件於公告時即已確定，廠商依招標文件所載條件參與投標，機關應依招標文件所載押標金不予發還或追繳之情形，行使該等權利。」，行政院109年8月11日工程企字第1090015438號函釋著有明文；亦即，該會已明揭本法第31條規定確有「從新從輕」原則之適用，則原異議處理結果認本件「無從新從輕原則之適用」云云，於法已有違誤。

(2) 次查，行政法院組織法舊法第16條固有規定「最高行政法院之裁判，其所持之法律見解，各庭間見解不一致者，於依第一項規定編為判例之前，應舉行院長、庭長、法官聯席會議，以決議統一其法律見解。」，然該規定已於108年1月4日修正時予以刪除，立法理由說明「現

行判例及決議均係將最高行政法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨或決議內容，使其具有通案之法規範效力，冀能達成統一終審法院法律見解之目的，但此與權力分立原則未盡相符，且本法修正增訂大法庭制度，已可達到終審法院統一法律見解之目的，故現行判例選編、變更及決議制度自無再予維持之必要，爰刪除原條文規定。」，明文揭示「以最高行政法院之決議解釋法律發生通案之法規範效力」係有違權力分立原則，不應予維持。是以，異議處理結果援引法官聯席會議決議文認申訴廠商之異議並無理由，實違背權力分立原則，並有違前揭最高行政法院101年度判字第679號行政判決之意旨，而有適用法律之違誤。

(3) 綜上，本件應依本法舊法之規定，自「押標金發還日」起算本件請求權時效，始為正辦；是以，本件甲案、乙案之招標金追繳請求權均已罹於時效，招標機關不得再向申訴廠商及寶○企業社追繳該2案之押標金，方屬正確。

3、退萬步言，縱以「可合理期待權利人為請求時」起算時效，本件亦已罹於5年消滅時效，

蓋以：

- (1) 按「惟所謂合理可期待，並非繫於採購機關『主觀上』何時發現投標廠商有違法情事以為判斷；而係綜合採購機關之組織權責『應』可接觸之資訊管道及獲取之資訊量等各項事證，以採購機關『客觀上』可確認廠商該當追繳押標金情事之時點為準據。因此，何時可合理期待機關得為追繳時，固為事實問題，應依個案具體審認之，但所審認者並非採購機關實際上何時發現投標廠商有該當於追繳押標金之情事，而係審認採購機關何時『應』發現該等情事，並以此為消滅時效起點，課予其及時行使權利之義務。否則，無異於容認採購機關以主觀認知為說詞，置應行使之職權而不為，任意延宕消滅時效之起算點，有失於時效制度之意旨。」、「縱使臺○總公司98年4月8日函檢送審計部製作之『異常採購缺失彙整表』並未檢送附件A-1之歐長發之勞工保險卡及其名片影本，因該名片影本註明係臺○總公司臺北菸廠物料課98年1月10日洽賀慶公司歐先生傳真等語，被告即得請求臺○總公司或該公司臺北菸廠傳真歐長發之勞工保險卡及其名片影本。又被告為系爭5件採購案之

招標機關，依政府採購法相關規定，及行政程序法第36條至第43條之規定，本得依職權調查投標廠商有無違反採購公正及法令規定事宜，亦可合理期待被告於數日內，向同為投標廠商之賀慶公司及原告投標代表人歐長發，或函請勞工保險局，提供歐長發有無任職於賀慶公司之事證，為職權行政調查及事實認定，不須俟系爭緩起訴處分為依據。從而，本件被告主張其並無調查權，無法掌握原告所涉案情，迄臺○總公司103年3月17日收受財政部103年3月17日函並通知後，始得知高雄地檢署以系爭緩起訴處分確認原告代表人有違反政府採購法87條第3項規定之情事，自無可採。」，分別有臺北高等行政法院108年度訴字第1730號行政判決及臺中高等行政法院103年度訴字第469號行政判決意旨，可供遵循。

- (2) 經查，招標機關認申訴廠商及寶○企業社有「影響採購公正之違反法令行為」，無非係因認申訴廠商及寶○企業社實質上均為乙○○實質掌握的公司而為不具競爭關係之同一家廠商，然竟以二廠商名義分別投標意圖製造競爭假象…云云，惟申訴廠商及寶○企業社未曾向招標

機關隱瞞2廠商為乙○○（父）與甲○○（女）同時經營運作之企業社之事實，亦即，如謂「申訴廠商及寶○企業社經營之二企業社顯係同一人或同一廠商」，且以該二廠商名義分別投標甲案、乙案係屬違反本法第87條第3項之行為（申訴廠商否認之），然招標機關對此應早得知悉；蓋以：

- ①工程會就「判斷不同投標廠商間是否有重大異常關聯之參考標準」，早於91年11月27日頒布工程企字第099100516820號令，謂以：機關辦理採購有下列情形之一者，得依政府採購法第50條第1項第5款「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者」處理：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。
- ②承上，本件申訴廠商尚未取得甲案乙案之招標、投標、開標及決標公告，亦尚未取得乙案相關驗收紀錄，然於另案刑

事偵查程序調查局人員曾詢以：「(問) 甲案投標文件寶○外封標29979559 (傳真) 及電話均同高○企業社，是否如此？」、「乙案投標文件，二間公司字跡都是同一人，此文件是由誰製作？」、「病媒蚊同業公會網站記載高○負責人為甲○○，電話0***2，EMAIL：pleasure***@yahoo.com.tw，均同標單所載，為何如此？」「高○企業社彰化銀行帳戶於102年12月10日領出40萬，102年12月14日存入匯票，這筆錢是寶○公司押標金返還，表示高○、寶○的押標金都是高○出的？」等語可知，申訴廠商及寶○企業社於投標甲案、乙案時，都由甲○○製作、繕寫文件，筆跡相同，於甲案投標時外封標單電話號碼、傳真機號碼、聯絡人或電子郵件網址均相同，且亦均委託甲○○從事投標、開標、填具申請書領回押標金，均符合前揭「不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者」，斯時負責投標、開標者及招標機關均為招標機關，則公所人員依其組織權責「應」可接觸之資訊管道及獲取之資訊量等各項事證，「客觀上」顯然輕易可以得知高○企業社及寶○企業社屬「有重大異常關聯者」，而可確認廠商該當追繳押標金

情事；是以，甲案至遲於甲○○填具申請書領回押標金時，招標機關不經調查即可確知二廠商有「實質同一」之嫌，且可行使押標金追繳請求權，是應自斯時起即起算押標金追繳之5年時效。

③至乙案除前揭招標文件之資訊外，因該案係由申訴廠商高○企業社及寶○企業社分別標得第2區及第3區之採購案，斯時申訴廠商等二人履約期間均係統一由甲○○與○○區公所聯繫、製作驗收文件並統一辦理二區之驗收，招標機關人員更無諉為不知之理，而早自斯時即可起算請求權時效，此部分待申訴廠商取得相關資料，再予補充。

4、綜上論述可知，無論自「押標金發還日」起算，或自「可合理期待招標機關為請求時」起算，本件甲案、乙案均已罹於5年之公法上請求權時效；是以，本件採購案之「追繳押標金請求權」已罹於消滅時效，招標機關實不得再命聲明異議人繳回該等已發還之押標金。

(四) 本件招標機關對申訴廠商及寶○企業社追繳押標金之甲案(案號1021120A1)確屬「客觀事實上不能發生犯罪之結果又無危險」之「不能犯」，客觀構成要件不該當而不得以政府採購法第87條

第3項規定處罰；招標機關稱申訴廠商及寶○企業社援引之判決與本件事實不同，並不足取：

1、查就申訴廠商及寶○企業社主張甲案客觀上屬「不能犯」，依刑法第26條規定該行為不罰，招標機關係辯稱：「台灣高等法院98年度上更（一）字第490號刑事判決，係以查無證據證明被告等人有使開標發生不正確結果之詐術或足以影響決標價格之『合意方式』，而認被告並無觸犯政府採購法…不同於本案緩起訴處分書認定…乙○○與甲○○『議定』…以此方式製造形式上寶○企業社、高○企業設有為價格競爭之假象…犯罪事實不同…」、「申請人所引…判決所載被告未檢附押標金、相關文件及投標金額高於投標須知所載之預算金額…申訴人二人既已備齊所需文件參與投標，已屬實施犯罪之階段行為…如緩起訴處分書所認定乃屬政府採購法第87條第3項、第6項之未遂犯，而非不能犯…」云云。

2、惟按，「…不能犯雖已將其主觀惡意表現於外，但客觀上對於其行為對象之客體，絕無可能發生行為人所希望之實害或危險，又對於整體之法秩序，亦不致產生不安或干擾，是其反社會性實微不足道，不致惹起法律上所欲保護之一切法益有所變動或影響，刑法第26條乃予容忍，不加處罰，具有與社會相當性原則相通之法理；復因係自法益保護之立

場著眼，是無論為刑法分則（含特別刑法）之實害犯、具體危險犯或抽象危險犯，均同有適用。」，此有最高法院98年度台上字第6175號刑事判決（附件十四）著有明文，可資遵循。據此可知：

- (1) 刑法上所謂不能犯著重於「客觀上」是否能發生實害或危險，與行為人「主觀上有無犯罪故意」並無相干，縱行為人已有主觀惡意表現於外，然其行為無生實害或危險之可能，行為人均得援引刑法第26條之規定，主張不應加以處罰。
- (2) 查本件甲案進行投標程序時，申訴廠商確因「營業項目未有清潔服務業」而屬資格不符，有形式上顯然可見之瑕疵，經審標人員於開標前發現並剔除參與投標資格不予開標，根本沒有參與競標，故申訴廠商之標價金額記載為「0元零元」，此亦為招標機關所不爭執（招標機關採購申訴答辯書第2頁第5行、第8行參照）；亦即，申訴廠商根本未實質參與甲案之投標競價程序，則依申訴廠商前份書狀援引附件一及附件二之實務見解可知，不論申訴廠商及寶○企業社二人主觀上有無表現於外之惡意（即招標機關所稱『合意議定』等節），然因申訴廠商之行為絕無可能實質發生「圍標或陪標」

之實害或危險，不應予以處罰；至寶○企業社則係實質出價參與標案，然因申訴廠商業已遭剔除於甲案之投開標程序，是寶○企業社則為單獨以自己名義參與甲案投標，在客觀事實上根本無「詐術」或「圍標行為」存在，亦無「使廠商無法投標或開標發生不正確之結果」之具體危險，根本不能完成犯罪者。是以，縱認申訴廠商及寶○企業社該行為已有表現於外之主觀惡意（僅假設語氣），而有涉犯本法第87條第3項罪名之嫌，亦應自始無具體危險而為不能犯，依刑法第26條之規定，不應處以申訴人等二人該條項之罪名，至為灼然。

- (3) 承上，招標機關僅辯稱「申訴廠商所引案例是行為人無主觀犯意。本件緩起訴處分書已認申訴人等二人有主觀犯意…」云云，顯然未慮及刑事處罰是將主觀構成要件及客觀構成要件分別以觀，任一要件未該當則不應以刑法相繩，而係對刑法罪刑法定主義有所誤解，所辯不足採信；更遑論附件二刑事判決係於結論載稱：「…甲、乙、丙…之投標行為，難認係施用詐術或其他不法方法，且並無證據足認被告三人有合意不為價格競爭或共同使開標發生不正確結果之犯意

聯絡，且投標價格高於預算金額…等行為，客觀上亦無從影響決標價格或使開標發生不正確結果，自與政府採購法第87條第3項、第4項之構成要件尚屬未合…」等語，同時闡述該案被告之行為「主觀要件、客觀要件」均不該當，並非招標機關所稱「該判決係以行為人主觀上無使用詐術之合意而認定無罪」之內容，更足證申訴廠商前述「主觀客觀構成要件缺一不可、始可成立犯罪」之主張，始為正確。

- 3、至招標機關辯稱「開標過程中，因申訴廠商所附文件之營業項目並無清潔服務業經判定為資格不符，與申訴廠商所引判決所載被告未檢附押標金、相關文件及投標金額高於投標須知所載之預算金額迥不相同，申訴人二人已備齊所需文件參與投標，已屬實施犯罪之階段行為」云云，則更屬無理；蓋以，刑法上所稱「不能犯」其中「有無危險」應依客觀事實認定之（附件一參照），不論行為態樣為何，只要不能發生犯罪之結果又無危險即可適用刑法第26條之規定，斷無囿於判決所列行為態樣、主張一定要與判決所例示行為態樣相同始可主張不能犯之理。本件申訴廠商參與甲案投標時確屬資格不符，有形式上顯然可見之瑕疵，經審標人員於開標前發

現並剔除參與投標資格不予開標而未能參與甲案實質競價流程、根本無影響開標正確性之危險，此如申訴廠商歷次書狀所載，且為招標機關所不爭執，並有其答辯狀所檢附附件3之開標紀錄明載可稽，亦足證本件申訴廠商之行為確屬不能犯而不應處罰。

(五) 其次，依招標機關所提附件1可知申訴廠商及寶○企業社投標甲案時，甲案之投標須知未就該法第31條第2項第8款「影響採購公正之違反法令行為」事先載明具體特定行為類型、亦未將工程會89年1月19日工程企字第89000318號函（下稱89年1月19日函）列明於投標須知，自不得依工程會89年1月19日函向申訴廠商及寶○企業社追繳押標金：

1、招標機關主張略以：「系爭89年函文已明定廠商人員有涉犯政府採購法第87條之罪者，依第31條第8款之規定，可認定該廠商有影響公正之違反法令之行為，招標機關自得依第31條規定，沒收或追繳押標金…故本所就甲標案部分，依政府採購法第31條第2項第8款，即投標須知之規定，追繳申訴人之押標金…」云云。

2、惟查，本法第31條第2項第8款係授權主管機關就特定行為類型，事先一般性認定屬「影響採購公正之違反法令行為」，以補充該款發

生不予發還或追繳押標金法律效果之構成要件，主管機關所為認定具法規命令性質，須明確具體，始符法治國家法律明確性之要求；且政府採購案中廠商所繳納之押標金，僅於廠商有本法第31條第2項各款法定情形，經機關明文於招標文件中規定不予發還及其已發還並予追繳押標金者（亦即：須具備一、廠商有政府採購法第31條第2項所定各款之事由；二經招標機關於招標文件中規定；三、如為第8款之情形，須經主管機關事先認定有影響採購公正之違反法令行為。上開三要件缺一不可，否則招標機關即不得對廠商予以追繳押標金），機關始得不予發還或追繳押標金，此已如申訴廠商申訴書所載，並有諸多實務見解可稽。

- 3、經查，依招標機關自行提出甲案之投標須知（附件1參照）第7頁第三點（三）以觀，招標機關只有將本法第31條第2項全文列載於招標須知，並未依法將「特定具體行為類型」或「工程會89年1月19日函」之內容列明於投標須知，顯然未依法載明本法第31條第2項第8款規定之「特定具體行為類型」；亦即，招標機關並未於甲案投標須知揭示或告知投標廠商「經主管機關事先認定有影響採購公正之違反法令行為」之內容為何，則依申訴廠商檢附之附件八實務見解（台中高等行政法

院104年度訴字第245號行政判決)可知，因招標機關未事先於投標須知諭示本法第31條第2項第8款內容為何，自不得據以向廠商沒收或追繳押標金，始符合法規命令之具體明確性。

4、此亦可觀諸工程會於104年7月17日針對本法第31條第2項第8款之具體內容作成工程企字第10400225201號函、並依行政程序法相關規定依法公告以生法規命令效力後，招標機關即○○區公所於105年制定乙案招標須知時，確有將該函令內容明載於招標須知中（招標機關檢附之附件6第8頁下方參照），即可知工程會之函令亦應列載於招標機關之投標須知中，始得對補充本法第31條第2項第8款之內容，而對投標廠商發生具體、特定之法規命令效力。

5、綜上所述，本件甲案之投標須知確實未載明具體特定行為類型，亦未將工程會89年1月19日函內容列載於投標須知中，招標機關實不得以依空泛、無具體內容之本法第31條第2項第8款規定對申訴廠商及寶○企業社追繳押標金，懇請 貴會明鑑！

(六) 退萬步言，縱依招標機關之主張以「可合理期待權利人為請求時」起算時效，亦已罹於5年消滅時效，蓋以：乙案除前揭招標文件之資訊外，因

該案係由申訴廠商及寶○企業社分別標得第2區及第3區之採購案，斯時申訴廠商及寶○企業社履約期間均係統一由甲○○與招標機關聯繫、製作驗收文件並統一辦理2區之驗收(僅有一、二次甲○○有事而由乙○○出席驗收外)，相關文件均為甲○○書寫、制作、簽署、與招標機關人員偕同驗收程序，招標機關人員更無諉為不知之理，而早自斯時即可起算請求權時效；茲依驗收文件內容析述如下：

- 1、查乙案第2區及第3區採購案之履約期間為105年3月至105年12月31日、按月驗收，驗收方式為：由廠商製作「環境清潔人員勤務暨簽到退簿、施工三對比(即施工前、施工中、施工後之對比照)」等資料遞交予招標機關，經招標機關審核文件並抽查後完成初驗，再連絡廠商辦理正式驗收；正式驗收當天，會請廠商到招標機關公開驗收，由廠商、主驗人員、監驗人員、記錄人員等招標機關之承辦人員共同辦理驗收無誤後，各自於驗收紀錄簽名完成當月份驗收。
- 2、承上，因乙○○年事已高不會使用電腦，且105年間申訴廠商及寶○企業社除清潔雇員外，只有乙○○及甲○○2位工作人員，故乙案所有驗收文件、施工三對比等文書資料都是甲○○負責製作，部分文件並有記載製表人均為甲○○，招標機關一望即知該2廠商之製

表人均為甲○○。其次，因該年度第2區及第3區係由申訴廠商及寶○統一施作及製作文件，故驗收時也是一併驗收，每次驗收幾乎都是甲○○一人同時代表申訴廠商及寶○企業社到招標機關，一起會同到場主驗人員、監驗人員及記錄人員辦理該月份之驗收流程及簽名，縱偶有一兩次甲○○無法到場，也是由乙○○一人到場同時代表兩家廠商辦理驗收；亦即，該年度兩家廠商辦理驗收時，都只有一人代表兩家廠商到場辦理驗收，招標機關承辦人員均在場可見可聞，斷無不知申訴廠商及寶○企業社其間關係之理！

- 3、就申訴廠商以上所述，自乙案驗收紀錄即可發現，2廠商不同月份之驗收都是同一天進行，主驗人員、監驗人員、記錄人員也都完全相同，顯然都是同一天進行驗收
- 4、綜上驗收紀錄可知，申訴廠商於承作乙案第2區、第3區僱工案時，均是統一施作、管理雇員、製作驗收文件，2家企業社每一個月份都是同一天、由同樣的承辦人員及記錄人員會同該2家廠商一併辦理驗收，申訴廠商等2人每次都只有派1人同時為兩家廠商辦理驗收、簽名（有時是乙○○、有時是甲○○，但都只會由一人代表出席驗收），於此期間，招標機關經手主驗、監驗、協驗、記錄等人員超過10人，每次都只有看到1名人員代表2廠商

辦理驗收，斷無不知「申訴廠商及寶○企業社實為乙○○及甲○○父女共同經營之企業社、並一併承作乙案第2區、第3區僱工案」之理！

- 5、查本件招標機關認申訴廠商等2人有「影響採購公正之違反法令行為」，無非係因認「申訴廠商及寶○企業社實質上均為乙○○實質掌握的公司而為不具競爭關係之同一家廠商，然竟以2廠商名義分別投標意圖製造競爭假象…」云云，惟申訴廠商及寶○企業社等2人未曾向招標機關隱瞞2廠商為乙○○(父)與甲○○(女)同時經營運作之企業社之事實，甚且，依前述種種論述及事證可知，招標機關招標機關對此情亦早已知悉。是以，如謂「申訴廠商及寶○企業社經營之二企業社顯係同一人或同一廠商」，且以該2廠商名義分別投標甲案、乙案係屬違反本法第87條第3項之行為（申訴廠商否認之），然招標機關對此早得知悉，是本件縱依招標機關之主張自「可合理期待招標機關為請求時」起算，然本件甲案、乙案亦均已罹於5年之公法上請求權時效。是以，本件甲案、乙案採購案之「追繳押標金請求權」已罹於消滅時效，原招標機關實不得再命聲明異議人繳回該等已發還之押標金，至為明確。

（七）綜上所述，原處分命申訴廠商繳回系爭採購案押

標金之處分內容及駁回申訴廠商聲明異議之異議處理結果均顯然於法不符，申訴廠商爰依申訴處理結果之諭示及本法第76條、行政程序法第131條等相關規定，提出申訴如上，懇請本府申訴會鑒察，撤銷原處分及異議處理結果，以維申訴廠商之權益是禱！

貳、招標機關陳述要旨

一、事實

(一) 甲案招標及開標過程如下：

- 1、招標機關於102年採公開招標2區分標方式辦理103年採購第1區（約21里）、第2區（約16里）預算金額分別為496萬、336萬元，合計採購預算832萬元整，開放合於招標文件規定之廠商投標，繳納押標金第1區第24萬元、第2區16萬元，並得參與所有區域投標，但單一廠商以得標1區為限，並公告預算單價為每小時160元及預告採低於底價單價決標。
- 2、因第1次開標未達法定廠商家數流標，招標機關遂於102年12月11日辦理第2次開、決價，寶○負責人甲○○、申訴廠商負責人乙○○均出席。第1區投標廠商計大○有限公司、佰○○○○行（以下分稱大○、佰○）、寶○企業社及申訴廠商等4家，經審標申訴廠商營業項目未有清潔服務業資格不符，決標予低於底價151元之最低標佰○；第2區投標廠商計

大○、帝○○工程行（下稱帝○○）、寶○企業社及申訴廠商等4家，經審標帝○○標價210元逾預算單價、申訴廠商營業項目未有清潔服務業等2家資格不符，決標予低於底價151元之最低標大○，是（11）日寶○企業社、申訴廠商均分別領回第1區押標金24萬元及第2區押標金16萬元。

（二）乙標招標及開標過程如下：

- 1、招標機關於105年採公開招標3區分標方式辦理105年採購，第1區（約24里）、第2區（約25里）第3區（約22里）預算金額分別為488萬、512萬、520萬，合計採購預算1,520萬元，開放合於招標文件規定之廠商投標，繳納定額押標金24萬元，並得參與所有區域投標，但單一廠商以得標1區為限，並公告預算單價為每小時160元及預告採低於底價單價決標。
- 2、招標機關洽新北市政府採購處於105年1月21日按投標須知依各區預算金額由高至低之順序辦理第1次開、決標，寶○企業社、申訴廠商及洸美有限公司（下稱洸美）等3家廠商，就第1至3區均有投標，惟經審標洸美未依投標須知於外標封內裝入估價單資格不符，第3區決標予標價在底價152元以內之最低標寶○企業社，第2區決標價高於底價152元之申訴

廠商優減於在底價以內決標。

- (三) 新北市政府政風處110年3月22日新北政三字第1110059930號函，函旨說明：「案緣審計部清查106年至108年度全國各機關學校之付款資訊檔案，其中『受款人名稱』不同，惟『受款帳號』相同之組合廠商，同時投標貴所辦理之同一政府採購案件，存有異常關聯情事，疑涉違反政府採購法第50條第1項第3款至第5款等規定，可能有借牌圍標之嫌，影響採購公平性。」該函檢送審計部編製「相同付款地址之不同廠商參與同一採購標案情形表」，請招標機關查處報核。
- (四) 招標機關於調查招標過程相關文件、資料後，認申訴廠商有涉及觸犯本法第87條第3項規定之嫌，乃依職權函送新北地方檢察署告發。
- (五) 就申訴廠商所涉違反本法第87條第3項詐術圍標等罪案件，經新北地方檢察署以111年度偵續字第394號緩起訴處分書為緩起訴處分。嗣該處分書經台灣高等檢察署撤銷發回續查，新北地檢署再以112年度偵續一字第3號緩起訴處分書，以申訴廠商觸犯本法第87條第3項、第6項之罪，經申訴廠商坦承不諱，而為緩起訴處分。
- (六) 招標機關於接獲新北地檢署111年偵續字第394號緩起訴處分書後以112年2月21日○○○○字第1122280736號函，追繳申訴廠商及寶○企業社甲、乙兩標案之押標金，各64萬元。申訴廠商對招

標機關追繳押標金之處分不服，於112年3月2日聲明異議。期間，招標機關接獲新北地檢署112年度偵續一字第3號緩起訴處分書，再於112年3月21日以○○○字第1122291060號函駁回申訴廠商之異議，申訴廠商乃提起本件採購申訴。

二、理由

(一) 申訴廠商確有觸犯本法第87條第3項、第6項之詐術圍標既遂、未遂罪：

1、招標機關於接獲新北市政府政風處函文後，就申訴廠商參與甲、乙案投標過程，進行調查，調查結果說明如下：

(1) 甲案部分：

①招標機關監視器畫面僅保留14天，雖尚無法直接證明申訴廠商及寶○企業社投標顯係同一廠商或同一人所為，惟查渠等投標外標封之投標時點相同，均為102年12月11日上午10時22分，過於巧合。

②復查，申訴廠商投標文件，標單、投標廠商聲明書之投標廠商名稱「高○企業社」及廠商負責人姓名「乙○○」、退還押標金申請書之廠商名稱「高○企業社」均為手寫，惟該字跡卻與申訴廠商退還押標金申請書之領取人資料或開標簽到簿上署名為「乙○○」之簽署字跡

不同，反與寶○企業社退還押標金申請書之領取人資料及開標簽到簿上署名為「甲○○」之簽署字跡相同；次查彰化商業銀行新莊分行（下稱彰化商銀）函復申訴廠商申辦供作押標金使用且之支票碼為KB1568033、KB1568034等2張本行支票申請書影本，其署名為「乙○○」之簽署字跡，亦與前開寶○企業社退還押標金申請書之領取人資料所載之「甲○○」字跡高度相近，足顯寶○企業涉及申訴廠商之投標文件，均係由寶○企業社甲○○同一人所為。

③再查，寶○企業社投標文件內標單之標價、投標廠商聲明書之投標廠商名稱及投標廠商負責人姓名、外標封之投標廠商名稱及廠商負責人均以蓋印方式標註，亦顯示寶○企業社甲○○欲使招標機關於投、開標時陷於未能即時辨別寶○企業社及申訴廠商之投標文件實出自於同一人之錯誤，以促成開標發生不正確結果。

④末查，寶○企業社標單第1、2區標價均為每小時148元，均低於申訴廠商第1、2區標價每小時155元（如附件13），彰顯乙○○、甲○○意圖製造寶○企業社標價低於申訴廠商之假性競爭，以增加

寶○企業社得標機率。

(2) 乙案部分：

①查，寶○企業社、申訴廠商投標外標封之投標時點分別為105年1月21日上午9時31分、9時33分，復查寶○企業社、申訴廠商分向新莊區農會、彰化商銀查復之第一類票據信用資料查覆單，查詢日皆為105年1月20日、資料截止日皆為105年1月14日，有相同或過於相近之情形。

②次查，新莊區農會、彰化商銀函復寶○企業社、申訴廠商之押標金申辦書文件，同於105年1月20日申請，另查申訴廠商申辦供作押標金使用且支票號碼為KB1568553之本行支票申請書影本，其申請人「高○」及姓名「乙○○」均為手寫，惟該字跡與申訴廠商所投文件標封、標單、投標廠商聲明書上署名為投標廠商名稱「高○企業社」及廠商負責人姓名「乙○○」，或退還押標金申請書之領取人資料上署名為「乙○○」之簽署字跡不同，反與寶○企業社投標103年案之退還押標金申請書之領取人資料或開標籤到簿上署名為「甲○○」之字跡相同，足顯寶○企業社、申訴廠商之

押標金申辦文件，係同一人寶○企業社負責人甲○○所為。

③再查，寶○企業社投標文件內標單之標價、投標廠商聲明書之投標廠商名稱及投標廠商負責人姓名、外標封之投標廠商名稱及廠商負責人均以蓋印方式標註，亦顯示寶○企業社負責人甲○○欲使新北市政府採購處投、開標時陷未能即時辨別寶○企業社及申訴廠商之投標文件實出自於同一人之錯誤，以促成開標發生不正確結果。

④末查，寶○企業社標單第3、2區標價均為每小時152元，均低於申訴廠商第3、2區標價每小時153元，彰顯寶○企業社負責人甲○○意圖製造寶○企業社標價低於申訴廠商之假性競爭，以增加寶○企業社得標機率。

2、申訴廠商所犯違反本法第87條第3項、第6項詐術圍標罪部分，經新北地方檢察署偵查，乙○○、甲○○均坦承犯罪，犯罪事實明確，以112年度偵續一字第3號處分書為緩起訴處分，處分認定犯罪事實如下：「乙○○與甲○○為父女，乙○○即高○企業社負責人，甲○○即寶○企業社負責人，均係受政府採購法第8條規範之人。緣新北市○○區公所（下稱○○區公所）辦理103年度各里環境清潔

維護僱工勞務採購案（案號：1021120A1、下稱甲案）、105年度各里環境清潔維護僱工勞務採購案（案號：1050121-3、下稱乙案）時，乙○○與甲○○共同基於違反政府採購之犯意聯絡，為下列犯行：（一）○○區公所就甲案係將所轄各里採購分2區招標、各廠商得就各分區分別投標、但單一廠商以得標1區為限，乙○○與甲○○議定由甲○○領取、準備甲標案之相關文件，乙○○則提供寶○企業社、高○企業社投標甲案所須之押標金，而寶○企業社與高○企業社均同時投標甲標案之各分區標案，乙○○與甲○○並欲使寶○企業社得標，故將寶○企業社之標價定為略低於高○企業社，乙○○與甲○○即以此方式製造形式上寶○企業社、高○企業社有為價格競爭之假象，致○○區公所之承辦人員陷於錯誤，誤信寶○企業社、高○企業社間確有競爭關係存在，完成甲標案之開標程序。然於民國102年12月11日○○區公所辦理甲案之第2次開、決標作業時，因寶○企業社、高○企業社就甲案均未得標而未遂。（二）○○區公所就乙案係將所轄各里採分3區招標、各廠商得就各分區分別投標、但單一廠商以得標1區為限，乙○○與甲○○議定由甲○○領取、準備乙標案之相關文件，乙○○則提供寶○企業社、高○企業社投標乙標案所須之押標金，而寶○企業社與高○企業社均

同時投標乙標案之各分區標案，乙○○與甲○○並欲使寶○企業社得標，故將寶○企業社之標價定為略低於高○企業社，乙○○與甲○○即以此方式製造形式上寶○企業社、高○企業社有為價格競爭之假象，致○○區公所之承辦人員陷於錯誤，誤信寶○企業社、高○企業社間確有競爭關係存在，完成乙標案之開標程序。嗣於105年1月21日○○區公所辦理乙案之開、決標作業時，寶○企業社標得乙標案第3區、高○企業社則標得乙標案第2區，使乙標案之開標發生不正確之結果。」可證申訴廠商及寶○企業社違法之事實明確，不容狡飾，招標機關追繳押標金，於法有據。

3、申訴廠商於申訴書主張並無違反本法第3項、第6項之罪之理由，招標機關反駁如下：

(1) 甲案部分申訴廠商之主張：申訴廠商雖均有參加甲案之投標，惟申訴廠商因「資格文件未附」、有形式上顯然可見之瑕疵，經審標人員於開標前發現並剔除參與投標資格不予開標，故申訴廠商之標價金額記載為「0元零元」，即未實質參與甲案之投標競價，依法院實務見解可知，申訴廠商並未有於投標文件為不實記載等詐術或有其他不法行為，自與本法第87條第3項規定之客觀要件不該當，

不成立該款之罪。至寶○企業社則係實質出價參與標案，然因申訴廠商業已遭剔除於甲案之投開標程序，是寶○企業社則為單獨以自己名義參與甲案投標，在客觀事實上根本無「詐術」或「圍標行為」存在，亦無「使廠商無法投標或開標發生不正確之結果」之具體危險，根本不能完成罪者，是縱認該行為有涉犯本法第87條第3項罪名之嫌，亦應自始無具體危險而為不能犯，依刑法第26條「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」之規定，不應處以該條項之罪刑…云云。

(2) 惟查：

- ① 申訴廠商所引台灣高等法院98年度上更(一)字第490號刑事判決，係以查無證據證明被告等人有使開標發生不正確結果之詐術或足以影響決標價格之「合意方式」，而認被告並無觸犯本法第85條第3項、第6項等罪。不同於本案緩起訴處分書認定申訴廠商及寶○企業社坦承之犯罪事實，係為乙○○與甲○○「議定」由甲○○領取、準備甲案之相關文件，乙○○則提供寶○企業社、申訴廠商投標甲案所須之押標金，而寶○企業社與申訴廠商均同時投標甲案之各分

區標案，乙○○與甲○○並欲使寶○企業社得標，故將寶○企業社之標價定為略低於申訴廠商，乙○○與甲○○即以此方式製造形式上寶○企業社、申訴廠商有為價格競爭之假象，致招標機關之承辦人員陷於錯誤，誤信寶○企業社、申訴廠商間確有競爭關係存在，完成甲標案之開標程序。緩起訴處分認定乙○○與甲○○所為犯罪行為，與申訴廠商所引之法院判決認定犯罪事實不同，申訴廠商所述，尚無可採。

- ②又，申訴廠商及寶○企業社係於102年12月11日上午10時22分，同將投標文件投送招標機關，即已完成投標行為。而開標過程中，因申訴廠商所附文件之營業項目並無清潔服務業經判定為資格不符。與申訴廠商所引最高法院98年度台上字第5823號、台灣高等法院98年度上更（一）字第490號刑事判決所載被告未檢附押標金、相關文件及投標金額高於投標須知所載之預算金額，迥不相同。則申訴廠商與寶○企業社既已備齊所須文件參與投標，已屬實施犯罪之階段行為，申訴廠商與寶○企業所為係如緩起訴處分書所認定乃屬本法第87條第3項、第6項之「未遂犯」，而非申訴廠商

所主之「不能犯」，至為灼然。

2、乙案部分申訴廠商主張：申訴廠商參與乙案之投標時，因乙案為複數決標標案且得分區得標，申訴廠商及寶○企業社均有投標、承作系爭標案之真意，並非為使單一廠商得而「製造價格競爭之假象」，且申訴廠商及寶○企業社均未對參與投標之其他廠商或招標機關為上述之詐術或其他非法行為，致使其他投標廠商無法投標或使開標發生不正確結果，實不該當本法第87條第3項「詐術圍標罪」之構成要件，…云云。

惟查：經招標機關調查，申訴廠商及寶○企業社有異常之關聯，如前所述。新北地方檢察署之緩起訴處分書，亦認定申訴廠商及寶○企業社有構成本法第87條第3項之罪，有緩起訴處分書可參。而申訴廠商所引之法院判決案例係為圍標、陪標、虛假投標之情形，與申訴廠商及寶○企業社之犯罪手法、違法類型並不相同，申訴廠商比附援引，並無可採。

(二) 就甲標案部分，招標機關依行為時之本法第31條第2項第8款規定，追繳申訴廠商押標金，於法並無不合：

1、申訴廠商主張，甲案之投標須知未就該法第31條第2項第8款「影響採購公正之違反法令行為」事先載明具體特定行為類型，依法招

標機關不得向申訴廠商追繳押標金…云云。

2、惟查：

(1) 本法（100年1月10日修正）第31條第2項第8款定：「機關得於招標文件中，規定：廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳…八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」甲案之投標須知，將上開條文載明於貳、一般條款第三條（三）。

(2) 又，關於本法第31條第8款之適用，經最高行政法院103年7月份第1次庭長法官聯席會議，決議：

①依本法第9條第1項前段規定，工程會係政府採購法之主管機關，其基於同法第31條第2項第8款之授權，得補充認定該條項第1款至第7款以外其他「有影響採購公正之違反法令行為」，以為機關不予發還押標金或追繳已發還押標金之法令依據。廠商之人員涉有犯本法第87條之罪者，業經工程會依上開規定，以89年1月19日（89）工程企字第89000318號函通案認定該廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金應不發還或追繳。

② 「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者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」為本法第87條第3項所規定；同條第6項並罰其未遂犯。廠商於投標前基於使開標發生不正確結果之犯罪目的，合議不為競價，營造係不同廠商競標之假象，分別參與投標，足使招標機關之審標人員誤認彼等與其他廠商間確有競爭關係，破壞招標程序之價格競爭功能，縱因無法預知有若干競爭者及競爭對手之競標價格為何而未必能決定性左右決標結果，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險。甲、乙關聯廠商之代表人既以合議不為競價之假性競爭方式，分別以甲、乙廠商參與採購案投標，雖開標結果為流標或未得標，彼等代表人仍應成立共同犯本法第87條第6項、第3項之以詐術使開標發生不正確結果未遂犯，而非不能犯。採購機關自得據之對甲、乙廠商分別為追繳押標金之處分。

(3) 再，工程會於104年10月20日以工程企字第10400288400號函，訂定「機關處理廠商有政府採購法第31條第2項第8款情形之方式」，其說明欄第二、三、四點載明

：「…二、最高行政法院104年度4月份第1次庭長法官聯席會議決議（於104年6月1日公開於司法院網站），略以：「政府採購法（下稱本法）第31條第2項第8款『其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為』…主管機關依此款所為之認定，屬於對多數不特定人民，就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法第150條第1項），具有法規命令之性質。而各機關基於法律授權訂定之命令應發布，且依90年1月1日起施行之行政程序法第157條第3項規定，法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙，此為法規命令之生效要件。…行政院公共工程委員會92年11月6日工程企字第09200438750號函，將機關辦理採購，發現廠商有本法第50條第1項第5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，依本法第31條第2項第8款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，僅在網站上公告，未刊登政府公報或新聞紙，不能認已踐行發布程序，欠缺法規命令之生效要件，尚未發生效力。」三、按上開最高行政法院決議，本會業以104年7月17日工程企字第10400225210號令就本會依採購法第31條第2項第8款認定屬「其

他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者」情形，刊登於行政院公報，並修正投標須知範本。機關於104年7月17日後辦理之採購，請依修正後之投標須知範本辦理，如有需執行採購法第31條第2項第8款之情形者，依投標須知所載之上開令通知廠商並附記採購法規定之廠商救濟途徑、期間及受理機關等教示內容。四、另本會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函說明二略以：「…廠商有本法第四十八條第一項第二款或第五十條第一項第三款至五款情形之一，或其人員涉有犯本法第八十七條之罪者，茲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，其押標金亦應不發還或追繳。」（該函所稱第50條第1項第5款規定「影響採購公正之違反法令行為」，經91年2月6日總統華總一義字第09100025610號令修正公布之條文，業移列為第50條第1項第7款），該函係於90年1月1日行政程序法施行前為之，行政程序法並無溯及適用於該函釋（參照最高法院104年度判字第456號判決），爰機關非依104年7月17日本會修正投標須知範本辦理之採購案，發現有採購法第31條第2項第8款不發還或追繳押標金之

情事，請依據招標文件、採購法第31條第2項第8款及該函處理。至於本會94年3月16日工程企字第09400076560號、96年7月25日工程企字第09600293210號、98年12月2日工程企字第09800513840號、101年1月10日工程企字第10000460700號及101年4月10日工程企字第10100102920號計5函所認定之情形，已涵蓋於（89）工程企字第89000318號函所認定之情形，爰請以（89）工程企字第89000318號函為通知，勿再援用上開工程企字第09400076560號等5函為通知。

- (4) 又，最高行政法院103年度判字第481號判決認為：「原判決以緩起訴處分所認定之犯罪事實為基礎，並審酌該案被告與證人之供述均與事實相符，得作為認定上訴人參與系爭採購案，其代表人有觸犯政府採購法第87條第3項、第6項罪責之依據；並論明投標廠商之人員涉有犯政府採購法第87條之罪者，業經工程會據政府採購法第31條第2項第8款之授權，以工程會89年1月19日函通案認定該廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金應不發還或追繳；又投標廠商於投標前基於使開標發生不正確結果之目

的，合議不為競價，營造係不同廠商競標之假象，而實質係屬假性競爭，無論採購案最終開標有無發生不正確之結果，該參與投標廠商之人員，均分別涉犯政府採購法第87條第3項之以詐術使開標發生不正確結果罪或同條第6項、第3項之未遂罪，且上開欺罔或不正之方法，自足以影響採購之公正，而屬經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為，符合政府採購法第31條第2項第8款之規定，從而，被上訴人以原處分向上訴人追繳押標金242萬元，於法洵無不合，暨上訴人在原審之主張如何不足採等事項，均已敘明其證據取捨、認定事實及得心證之理由，並無違反經驗法則及證據法則等情事。原判決因而駁回上訴人在原審之訴，經核其所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與解釋、判例，亦無牴觸，並無所謂原判決有違背法令之情形。」該判決之見解與前述決議及公共工程委員會函文意旨一致。

- (5) 綜上所述，工程會89年1月19日之函文，已明定廠商人員有涉犯本法第87條之罪者，依第31條第8款之規定，可認定該廠商有影響公正採購之違反法令之行為，招標機關自得依第31條規定，沒收或追

繳押標金。且廠商有違反第87條第3項、第6項之罪，經緩起訴處分者，法院亦肯定得以緩起訴處分認定之事實，依前述工程會89年函文，予以沒收或追繳廠商之押標金。故招標機關就甲標案部分，依本法第31條第2項第8款，及投標須知之規定，追繳申訴廠商之押標金，洵屬適法。

(三) 招標機關所為追繳申訴人押標金之處分，並未逾5年之公法上請求權時效：

1、申訴廠商復主張：本件經招標機關認定申訴廠商及寶○企業社「有影響採購公正之違反法令行為」係發生於103年至105年間，且招標機關「客觀上」自始即可確知申訴廠商及寶○企業社間有「重大異常關聯」，是無論自「押標金發還日」起算，或自「可合理期待招標機關為請求時」起算，均已罹於5年之公法上請求權時效；是以，本件採購案之「追繳押標金請求權」已罹於消滅時效，原招標機關實不得再命申訴人繳回該等已發還之押標金…云云。

2、惟查：

(1) 最高行政法院102年11月5日102年度11月份第11次庭長法官聯席會議決議：「一、依政府採購法第30條第1項本文、第31條

第1項前段規定，機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金，並於決標後將押標金無息發還未得標廠商。是廠商繳納押標金係用以擔保機關順利辦理採購，並有確保投標公正之目的，為求貫徹，政府採購法第31條第2項乃規定機關得於招標文件中規定廠商有所列各款所定情形之一者，其所繳納之押標金不予發還，已發還者，並予追繳。法文明定機關得以單方之行政行為追繳已發還之押標金，乃屬機關對於投標廠商行使公法上請求權，應有行政程序法第131條第1項關於公法上請求權消滅時效規定之適用。二、政府採購法第31條第2項各款規定機關得向廠商追繳押標金之情形，其構成要件事實既多緣於廠商一方，且未經顯現，猶在廠商隱護中，難期機關可行使追繳權，如均自發還押標金時起算消滅時效期間，顯非衡平，亦與消滅時效制度之立意未盡相符。故上述公法上請求權應自可合理期待機關得為追繳時起算其消滅時效期間。至可合理期待機關得為追繳時，乃事實問題，自應個案具體審認。」

(2) 又，最高行政法院110年度上字第155號判決亦認為：「1.按招標機關作成行政處

分追繳押標金，性質上係行使公法上財產請求權，依行政程序法第131條第1項及第3項規定，其請求權時效期間為5年，其時效因機關為實現該權利而作成行政處分而中斷。而消滅時效應自請求權可行使時起算，此參照民法第128條前段規定可明。故時效期間必須權利人處於可行使權利之狀態，始能起算。又衡諸行為時政府採購法第31條第2項規定機關得向廠商追繳押標金之各款事由，大多為廠商具隱密性及偽裝性之不正行為，在事證未明確顯現前，機關殊難行使其請求權，故一概以決標或發還押標金之時點起算消滅時效期間，明顯與消滅時效制度之本旨相扞格，自須視個案情形之不同異其起算時點，而應以機關可合理期待行使該請求權時，始起算其時效期間為允洽。2.準此以論，行為時政府採購法第31條第2項第8款所稱「有影響採購公正之違反法令行為」係屬概括性規定，且為不確定法律概念，必須經主管機關依法律授權就各種行為態樣為具體認定，招標機關始得據以執行。故廠商或其從業人員是否符合工程會89年1月19日函所認定「涉有犯政府採購法第87條之罪」之情形，因招標機關不具刑事犯罪案件之偵查與審判權限，無從為犯

罪與否之認定，且本於無罪推定原則，凡未經偵查或審判機關為終局認定廠商或其從業人員觸犯政府採購法第87條之罪者，辦理招標機關無由作成行政處分追繳已發還之押標金。故招標機關認定廠商或其從業人員犯有政府採購法第87條之罪，該當工程會89年1月19日函所認定之情形，而適用行為時政府採購法第31條第2項第8款規定，行使追繳押標金請求權，當以知悉廠商或其從業人員業據檢察官緩起訴處分或法院刑事判決認定觸犯政府採購法第87條之罪確定時，方具合理期待可能性。」

- (3) 關於得依本法第31條第2項各款沒收或追繳押標金之各款事由，因廠商之不正行為多具隱密性、偽裝性，未於事證明確顯現前，機關實難行使請求權，為最高行政法院之見解，如前所述。以本件申訴廠商投標文件筆跡之異常情形、相關押標金支票申請、票據信用查詢資料，均非招標機關於開標之時所得查知。而申訴廠商及寶○企業社是否有合議為本法第87條第3項之行為，亦非待司法機關進行偵辦後，招標機關實難得悉。招標機關獲悉檢察官之緩起訴處分書所認定犯罪事實所載申訴廠商及寶○企業社二

人之犯罪行為後，方得以行使追繳押標金之權利。故招標機關追繳押標金並未罹於公法上請求權之5年時效。

(4) 再，甲、乙案招標及招標機關追繳押標金之期間，關於行政程序法第131條公法上請求權時效5年之規定並無不同。申訴人所稱有行政法從新從輕從優原則之適用，乃曲解法律之說詞，不足採信。

(四) 綜上所述，申訴廠商違反本法第87條第3項、第6項規定，事實明確，招標機關依第31條第2項第8款規定及招標須知條款，追繳申訴廠商之押標金，於法有據，申訴應予駁回。

判斷理由

一、按108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款：「機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：…八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」、系爭甲案投標須知「一般條款」第3點第3款第8目：「押標金之其他規定：…（三）投標廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：…8、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」、系爭乙案投標須知「一般條款」第3點第4款第8目：「押標金之其他規定：…（四）投標廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：…8、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。」分別定

有明文。108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款規定，該款於108年5月22日修正公布後，僅係將原該第8款移列為第7款，實質內容並無變動，對於申訴廠商之權益亦無影響，基於實體從舊之原則，本案應適用修正前本法第31條第2項第8款之規定，合先敘明。

二、招標機關依臺灣新北地方檢察署檢察官111年度偵續字第394號緩起訴處分書，認定申訴廠商有本法第87條第3項、第6項規定之犯罪情事，爰於112年2月21日以原處分通知申訴廠商有本法第31條第2項第8款情形，依規定追繳押標金共64萬元（系爭甲案第1區押標金24萬元、同案第2區押標金16萬元，以及系爭乙案押標金24萬元），申訴廠商不服，撰具112年3月2日「聲明異議書」，向招標機關提出異議；嗣又不服招標機關112年3月21日異議處理結果，爰向本府申訴會提出本件申訴。據此，應認申訴廠商已於本法第75條第1項第3款、第76條第1項規定之10日、15日不變期限內提出異議及申訴。

三、申訴廠商主張略以：（一）申訴廠商參與甲案部分，因營業項目未有清潔服務業而資格不符，經審標人員於開標前發現，剔除於甲案之投開標程序，在客觀事實上根本無詐術或圍標行為存在，屬「不能犯」；參與乙案部分，因乙案為複數決標標案且得分區得標，申訴廠商及寶○企業社均有投標、承作系爭標案之真意，而無使單一廠商得標而製造價格競爭之假象，據此，申訴廠商不該當本法第87條第3項之構成要件。（二）甲案之投標須知未就本法第31條第2項第8款事由先載明具體特定行為類型、亦未將工程會89年1月19日函文列明於投標須知，自不得依89年函文向申訴廠商追繳押標金。（三）招標機關認定申訴廠商有影響採購公正之違反法令

行為係發生於103年至105年間，且招標機關「客觀上」自始即可確知申訴廠商及寶○企業社間有「重大異常關聯」，是無論自「押標金發還日」起算，或自「可合理期待招標機關為請求時」起算，均已罹於5年之公法上請求權時效。

四、招標機關則以：(一) 申訴廠商與寶○企業社既已備齊所須文件參與投標，已屬實施犯罪之階段行為，申訴廠商與寶○企業社所為係如緩起訴處分書所認定乃屬本法第87條第3項、第6項之「未遂犯」，而非申訴廠商所主張之「不能犯」。(二) 依工程會89年1月19日函，招標機關就甲案部分，依本法第31條第2項第8款，及投標須知之規定，追繳申訴廠商之押標金，洵屬適法。(三) 申訴廠商投標文件筆跡之異常情形、相關押標金支票申請、票據信用查詢資料，均非招標機關於開標之時所得查知，申訴廠商與寶○企業社是否有本法第87條第3項之行為，亦非待司法機關進行偵辦後，招標機關實難得悉，故招標機關追繳押標金並未罹於請求權時效。

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：(一) 關於甲案第1區、第2區之投標，申訴廠商是否因其有「營業項目未有清潔服務業」之資格不符情事，而不成立本法第87條第3項、第6項規定之詐術使開標發生不正確結果未遂罪？招標機關就該案適用工程會89年1月19日函之規定為其追繳申訴廠商押標金之依據是否適法？(二) 關於乙案之投標，申訴廠商是否成立本法第87條第3項規定之犯罪？(三) 招標機關以原處分通知追繳押標金，是否罹於5年消滅時效？從而招標機關之處分是否合法妥適？論述如下：

(一) 關於系爭甲案第1區、第2區之投標：

1、申訴廠商縱有資格不符之情事，亦無礙於其該當本法第87條第3項、第6項規定之詐術使開標發生不正確結果未遂罪：

(1) 按「採購機關承辦人員於標案投標截止後開標前，固應依政府採購法第48條第1項、第50條第1項規定為審查，惟在開標時間前，不得『開啟』廠商投標文件之標封，因之機關承辦人員僅得就標封之外觀審查投標廠商有無依上開規定應不予開標之情形，經形式審查如未發現有上開不應開標情形，而有3家以上合格廠商投標者，即應依招標文件所定時間開標決標，是以本案於開啟廠商投標文件之標封後，審查提交文件時，金林土木固有資格不符之情形，亦僅不應決標予金林土木，而非不應開標決標，金林土木仍應計入政府採購法第48條第1項之3家以上合格廠商投標中之1家」(最高法院109年度台上字第3546號刑事判決參照)。準此，投標廠商雖有本法第50條第1項規定之情形，惟該情形如非得由機關承辦人員於標封外即可審查得知者，僅屬不應決標予該廠商，而非其所投之標不應開標，先予敘明。

(2) 次按「政府採購法制訂之目的，在建立公平、公開之政府採購程序，以提升採購效率與

功能，確保採購品質，使政府採購程序回歸市場競爭機制，藉以節省國庫支出。因之，倘參與投標之各廠商係行為人所掌控、決策，並於投標時，實際決定以其中一家廠商投標金額略高於另一家廠商之方法，製造形式上價格競爭，而實質上不為競爭，致發包機關誤信所參與投標之廠商間確實有競爭關係存在，破壞招標程序之價格競爭功能，足使開標發生不正確之結果，即該當政府採購法第87條第3項規定之罪。至行為人無法預知有若干競爭者，及競爭者之價格如何，而未必能左右決標結果，然客觀上已實質增加得標機會，仍有使開標發生不正確結果之危險，其未達到開標發生不正確之結果者，同條第六項設有未遂犯之處罰規定，僅為犯罪既遂或未遂之問題。」(最高法院106年度台上字第460號刑事判決參照)。

- (3) 經查，就系爭甲案第1區及第2區之投標，申訴廠商乙○○即高○企業社與另一投標廠商甲○○即寶○企業社已於另案刑事偵查中坦承：「○○區公所就甲案係將所轄各里採分2區招標、各廠商得就各分區分別投標、但單一廠商以得標1區為限，乙○○與甲○○議定由甲○○領取、準備甲標案之相關文件，乙○○則提供寶○企業社、高○企業社投標甲標案所需之押標金，而寶○企業社與高○

企業社均同時投標甲標案之各分區標案，乙○○與甲○○即以此製造形式上寶○企業社、高○企業社有為價格競爭之假象，致○○區公所之承辦人員陷於錯誤，誤信寶○企業社、高○企業社間確有競爭關係存在，完成甲標案之開標程序。然於民國102年12月11日○○區公所辦理甲案之第2次開、決標作業時，因寶○企業社、高○企業社均未得標而未遂。」(此有臺灣新北地方檢察署112年度偵續一字第3號緩起訴處分書第1頁、第2頁可稽)，可見申訴廠商業於刑事偵查中承認其與另一投標廠商甲○○即寶○企業社確有製造形式上價格競爭，而實質上不為競爭，致招標機關誤信其等確實有競爭關係存在之情事，而有導致開標發生不正確結果之虞，僅因均未得標而未遂，凡此，經臺灣新北地方檢察署檢察官核對偵查所得事證之後，認定申訴廠商上揭坦承之內容核與事證相符，爰作成111年度偵續字第394號緩起訴處分；而此緩起訴處分送請再議後，經臺灣高等檢察署發回續偵，嗣經臺灣新北地方檢察署檢察官續行偵查後，維持申訴廠商涉犯本法第87條第3項、第6項所定犯罪之認定，作成112年度偵續一字第3號緩起訴處分確定在案(此有該緩起訴處分書及臺灣新北地方檢察署112年5月9日新北檢貞常112貞續一3字第1129052342號函可稽)。

(4) 至於申訴廠商投標系爭甲案，雖有「只附營利事業登記證影本資格不符」之情形，惟此情形並非招標機關之承辦人員得於開啟投標文件之標封前所得察知者，且依系爭甲案開標決標紀錄之「審標結果」列第2點所載：「本案投標廠商計5家，開標前合格廠商計5家，審標結果3家符合招標文件規定，其餘2家不合格。」亦徵申訴廠商之上揭「資格不符」情形係於招標機關開標後始察知其事，是以，上揭情形僅屬不應決標予申訴廠商，以致其涉犯本法第87條第3項之犯行未遂，而非其所投之標不應開標而無對開標發生不正確結果之危險，故而申訴廠商主張其自始無該當本法第87條第3項犯罪之具體危險而為不能犯，不應處以申訴廠商該條項之罪名云云，核屬無據。

(5) 綜上，申訴廠商雖於招標機關開標後發現有資格不符之情形，仍該當本法第87條第3項、第6項之詐術使開標發生不正確結果未遂罪，應堪認定。

2、招標機關適用工程會89年1月19日函作為追繳申訴廠商關於甲案押標金之依據，應屬適法：

(1) 按「如貴會發現該3家廠商有本法第48條第1項第2款或第50條第1項第3款至5款情形之一，或其人員涉有犯本法第87條之罪者，茲依

本法第31條第2項第8款規定，認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，其押標金亦應不發還或追繳。」、「本會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函，該函係於90年1月1日行政程序法施行前為之，行政程序法並無溯及適用於該函釋（參照最高法院104年度判字第456號判決），爰機關非依104年7月17日本會修正投標須知範本辦理之採購案，發現有採購法第31條第2項第8款不發還或追繳押標金之情事，請依據招標文件、採購法第31條第2項第8款及該函處理。」工程會89年1月19日函、104年10月20日工程企字第10400288400號函明釋在案。

- (2) 次按，工程會訂頒之「依政府採購法第31條第2項辦理不發還或追繳押標金之執行情序」第9點第2項第3款：「其他注意事項：…（二）機關於108年5月24日前招標之採購案（政府採購法部分條文修正案業經108年5月22日總統華總一義字第10800049691號令公布，108年5月24日生效）：…3. 機關於104年7月17日前辦理之採購案，發現有修法前採購法第31條第2項第8款不發還或追繳押標金之情事，請依據招標文件、修法前採購法第31條第2項第8款及工程會89年1月19日（89）工程企字第89000318號函處理。」亦為明定。

(3) 復按「工程會89年1月19日函作成時，行政程序法尚未施行，工程會將上開函釋於該會網站公告，使一般不特定人得上網查悉，行政機關利用網際網路公布資訊，自亦屬主動公開行政資訊方式，應認已踐行中央法規標準法第7條規定之發布程序。準此，工程會89年1月19日函係於行政程序法90年1月1日施行前之函釋，依中央法規標準法第13條規定，以公布或發布為生效要件，本件函釋業經工程會依法發布，其已依法生效，對於該函釋於89年發布生效後發生之具體案件，均有適用」(最高行政法院105年度判字第577號判決參照)。是以，上揭工程會89年1月19日函釋於性質上係屬該會依108年5月22日修正公布前之本法第31條第2項第8款規定授權訂定之法規命令，且以依訂定當時之發布程序為發布，應已依法生效，本府申訴會自得予以適用。

(4) 準此，就系爭甲案第1區及第2區之投標，申訴廠商該當本法第87條第3項、第6項之詐術使開標發生不正確結果未遂罪，業如前述；且依上揭工程會89年1月19日函釋，投標廠商有涉犯本法第87條之罪者，應依108年5月22日修正公布前之本法第31條第2項第8款規定予以不發還或追繳押標金，是故，招標機關適用上揭工程會89年1月19日函作為追繳

申訴廠商押標金之依據洵屬適法，堪以認定。

(二) 關於系爭乙案之投標，申訴廠商應已該當本法第87條第3項之詐術使開標發生不正確結果罪，招標機關依108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款規定追繳其押標金，應屬適法：

1、按工程會基於108年5月22日修正公布前本法31條第2項第8款規定之授權，得補充認定該條項第1至7款以外之其他「有影響採購公正之違反法令行為」而訂頒之104年7月17日工程企字第10400225210號令（下稱工程會104年7月17日令）：「機關辦理採購，廠商有下列情形之一者，依政府採購法第三十一條第二項第八款認定屬『其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者』情形，並自即日生效：一、有政府採購法第四十八條第一項第二款之『足以影響採購公正之違法行為者』情形。二、有政府採購法第五十條第一項第三款至第五款、第七款情形之一。三、容許他人借用本人名義或證件參加投標。四、廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員有政府採購法第八十七條各項構成要件事實之一。五、廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，就有關招標、審標、決標事項，對公務員行求、期約或交付賄賂或其他不正利益。」基此，投標廠商於104年7月17日以後，參與政府採購案之投標而有涉犯本法第87條各項規定之犯罪者，招標

機關得依108年5月22日修正公布前之本法第31條第2項第8款規定予以不發還或追繳押標金，先予敘明。

- 2、經查，申訴廠商乙○○即高○企業社與另一投標廠商甲○○即寶○企業社於另案刑事偵查中坦承：「○○區公所就乙案係將所轄各里採分3區招標、各廠商得就各分區分別投標、但單一廠商以得標1區為限，乙○○與甲○○議定由甲○○領取、準備乙標案之相關文件，乙○○則提供寶○企業社、高○企業社投標乙標案所需之押標金，而寶○企業社與高○企業社均同時投標乙標案之各分區標案，乙○○與甲○○並欲使寶○企業社得標，故將寶○企業社之標價訂為略低於高○企業社，乙○○與甲○○即以此方式製造形式上寶○企業社、高○企業社有為價格競爭之假象，致○○區公所之承辦人員陷於錯誤，誤信寶○企業社、高○企業社間確有競爭關係存在，完成乙標案之開標程序。嗣於105年1月21日○○區公所辦理乙案之開、決標作業時，寶○企業社標得乙案第3區、高○企業社則標得乙案第2區，使乙標案之開標發生不正確之結果。」(此有臺灣新北地方檢察署檢察官112年度偵續一字第3號緩起訴處分書第2頁可稽)，可見申訴廠商業於刑事偵查中承認就系爭乙案之投標，其與另一投標廠商甲○○即寶○企業社確有製造形式上價格競爭，而實質上不為競爭，致招標機關誤信其等確實有競爭關係存在，

而有導致開標發生不正確結果之情事，凡此，經臺灣新北地方檢察署檢察官核對偵查所得事證之後，認定申訴廠商上揭坦承之內容核與事證相符，爰作成111年度偵續字第394號緩起訴處分；而此緩起訴處分經再議發回後，經臺灣新北地方檢察署檢察官續行偵查後，維持申訴廠商涉犯本法第87條第3項所定犯罪之認定，作成112年度偵續一字第3號緩起訴處分確定在案（此有該緩起訴處分書及臺灣新北地方檢察署112年5月9日新北檢貞常112貞續一3字第1129052342號函可稽）。

3、是以，申訴廠商涉犯本法第87條第3項之詐術使開標發生不正確結果罪，故招標機關適用工程會104年7月17日令，依108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款規定，以原處分通知追繳申訴廠商之押標金，於法尚無不合，洵堪認定。

（三）招標機關以原處分通知追繳申訴廠商之押標金，尚未罹於行政程序法第131條第1項規定之5年消滅時效：

1、按行政程序法第131條第1項前段、第3項：「（第1項）公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅…（第3項）前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」定有明文。

2、次按「一、依本法第30條第1項本文、第31條第1項前段規定，機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金，並於決標後將押標金

無息發還未得標廠商。是廠商繳納押標金係用以擔保機關順利辦理採購，並有確保投標公正之目的，為求貫徹，本法第31條第2項乃規定機關得於招標文件中規定廠商有所列各款所定情形之一者，其所繳納之押標金不予發還，已發還者，並予追繳。法文明定機關得以單方之行政行為追繳已發還之押標金，乃屬機關對於投標廠商行使公法上請求權，應有行政程序法第131條第1項關於公法上請求權消滅時效之適用。二、政府採購法第31條第2項各款規定機關得向廠商追繳押標金之情形，其構成要件事實既多緣於廠商一方，且未經顯現，猶在廠商隱護中，難期機關可行使追繳權，如均自發還押標金時起算消滅時效期間，顯非衡平，亦與消滅時效制度之立意未盡相符。故上述公法上請求權應自可合理期待機關得為追繳時起算其消滅時效期間。至可合理期待機關得為追繳時，乃事實問題，自應個案具體審認。」（最高行政法院102年11月份第1次庭長法官聯席會議決議參照）。

- 3、復按「招標機關作成行政處分追繳押標金，性質上係行使公法上財產請求權，依行政程序法第131條第1項及第3項規定，其請求權時效期間為5年，其時效因機關為實現該權利而作成行政處分而中斷。而消滅時效應自請求權可行使時起算，此參照民法第128條前段規定可明。故時效期間必須權利人處於可行使權利之狀態，始能起算。又衡諸

行為時政府採購法第31條第2項規定機關得向廠商追繳押標金之各款事由，大多為廠商具隱密性及偽裝性之不正行為，在事證未明確顯現前，機關殊難行使其請求權，故一概以決標或發還押標金之時點起算消滅時效期間，明顯與消滅時效制度之本旨相扞格，自須視個案情形之不同異其起算時點，而應以機關可合理期待行使該請求權時，始起算其時效期間為允洽。」（最高行政法院110年度上字第155號判決參照）。

- 4、準此，108年5月22日修正公布前之本法第31條第2項第8款所稱「有影響採購公正之違反法令行為」係屬概括性規定，且為不確定法律概念，必須經主管機關依法律授權就各種行為態樣為具體認定，招標機關始得據以執行。故廠商或其從業人員是否符合工程會89年1月19日函所稱「涉有犯政府採購法第87條之罪」或該會104年7月17日令第4項所定「廠商或其代表人、代理人、受雇人或其他從業人員有政府採購法第八十七條各項構成要件事實之一」之情形，因招標機關不具刑事犯罪案件之偵查與審判權限，無從為犯罪與否之認定，且本於無罪推定原則，凡未經偵查或審判機關為終局認定廠商或其從業人員觸犯本法第87條之罪者，辦理招標機關無由作成行政處分追繳已發還之押標金。故招標機關認定廠商或其從業人員犯有本法第87條之罪，該當工程會89年1月19日函或104年7月17日令所規定之情形，而適用108年5月

22日修正公布前本法第31條第2項第8款規定，行使追繳押標金請求權，當以知悉廠商或其從業人員業據檢察官緩起訴處分或法院刑事判決認定觸犯本法第87條之罪時，方具合理期待可能性。

5、是以，申訴廠商因涉犯本法第87條第3項及第6項規定之詐術使開標發生不正確結果罪及未遂罪，經臺灣新北地方檢察署檢察官偵查終結認定屬實後，招標機關至早應於111年11月7日該署檢察官作成111年度偵續字第394號緩起訴處分書時，方可合理期待招標機關行使對申訴廠商之押標金追繳權，是以，核諸上揭說明，自111年11月7日至招標機關作成原處分之112年2月21日為止，尚未逾公法上請求權之5年消滅時效，自堪認定。故申訴廠商主張招標機關對其追繳本件押標金，已罹於5年之消滅時效云云，為無理由。

六、綜上所述，招標機關依108年5月22日修正公布前本法第31條第2項第8款規定，為通知追繳申訴廠商押標金共64萬元之處分應屬適法，原異議處理結果續予維持，於法尚無不合，亦應維持。至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	王麗鳳
委	員	李永裕
委	員	宋裕祺
委	員	林佳穎
委	員	孟繁宏
委	員	孫丁君
委	員	張琬萍
委	員	黃立
委	員	劉雅洳
委	員	賴宇亭
委	員	吳宗憲

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 2 年 8 月 7 日