高雄市政府採購申訴審議判斷書【97 申 009 號】

上列申訴廠商因不服招標機關就「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區」採購案所為之異議處理結果，向本府提出申訴，經本府採購申訴審議委員會 97 年 12 月 15 日第 4 次委員會議審議判斷如下：

主文

原異議處理結果撤銷。

事實

緣申訴廠商○○工程有限公司參與招標機關高雄市政府○○局○○處所辦理「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區」採購案，因不服招標機關 97 年 8 月 28 日通知其將依政府採購法（下稱本法）第 101 條第 1 項第 11 款規定，將其刊登政府採購公報，於 97 年 9 月 15 日以書面向招標機關提出異議，復不服招標機關 97 年 9 月 24 日高市○○字第 0970017573 號函異議處理結果，於 97 年 10 月 9 日向本府申訴，並據招標機關陳述意見到府。

□申訴廠商申訴意旨

請求

原異議處理結果撤銷。

事實

一、緣申訴廠商承攬「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區及○區」案，招標機關於 97 年 8 月 28 日以高市○○字第 0970015272 號函通知申訴廠商因申訴廠商將所承攬之兩工程全數轉包予○○企業有限公司（下稱○○公司）承

作，已違反本法第 65 條及工程採購契約，招標機關將依本法第 101 條規定刊登政府採購公報云云。申訴廠商深感不服，乃於民國 97 年 9 月 15 日以（九十七）○○路○區字第 970034 號函提出異議。惟近日申訴廠商又收到招標機關 97 年 9 月 24 日高市○○字第 0970017573 號函，說明對申訴廠商上開異議之處理結果如下：「(1)經查　貴公司並未依契約第 24 條第 5 項規定略以『…將分包的工作項目及分包廠商，先送請甲方審查…』,故　貴公司現今所提送之資料，本處不予認定。(2)本處仍以　貴公司與○○企業有限公司所簽訂之合作協議書認定　貴公司將本處『高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區』及『高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區』兩工程案轉包，並將依政府採購法第 101 條規定刊登政府採購公報…」。

二、申訴廠商業於 97 年 10 月 6 日先以「○○工程有限公司(九十七）○○路○區字第 970035 號函」提出申訴，業經本府採購申訴審議委員會（本府工務局）收文在案，收文字號:高市府工務局收文字第 0970031290 號，合先敘明。

理由

一、查本工程案「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區」於 96 年 12 月 19 日得標，97 年 3 月 7 日申報開工。

二、又查，招標機關於 97 年 8 月 28 日以高市○○字第 0970015272 號函附件之「合作協議書」,係申訴廠商於 97 年 1 月 8 日先與○○公司簽定之「合作協議書」,只能算是並無拘束力之草約或合約初稿，因施工項目、金額等具體事項全部欠缺，且協議條件雙方均有異議，而○○公司又正進行改組(變更負責人)，故嗣於 97 年 1 月 28 日申訴廠商才與○○公司新任負責人重新簽訂正式「分包工程合約」。

三、因上開所舉之『合作協議書』應為申訴廠商與○○公司之合

約初稿，僅止於雙方將來簽訂正式合約之參考，檢附正式分包工程合約影本供　貴府參考，以澄清轉包事宜。

四、再者，依申訴廠商與○○公司 97 年 1 月 28 日所簽訂之分包工程合約書，○○公司分包之工程總價款，○區部份計新臺幣（下同）2,568 萬 2,086.5 元，○區部份計 3,759 萬 8,405 元，而申訴廠商向招標機關承攬之「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區及○區」，其工程總價為○區 8,818 萬元，○區 1 億 2,180 萬元，合計 2 億 998 萬元整。故申訴廠商分包予○○公司之工程總價只占申訴廠商所承攬工程總金額百分之三十而已。

五、再者，依申訴廠商與○○公司 97 年 1 月 28 日所簽訂之分包工程合約書，其備註條款１約定工程材料由甲方負責供應，備註條款２約定乙方（指○○公司）進行所有業務時，需經甲方之工地主任或有責人員監管之下進行。而申訴廠商就○區與○區部份之材料採買，另與其他廠商簽訂材料合約，就○區部份，申訴廠商分別與○○營造有限公司、台灣○○工業有限公司、○○預拌股份有限公司、○○企業股份有限公司、○○有限公司、○○鑄業有限公司簽訂材料合約書；就○區部份，申訴廠商分別與○○營造有限公司、台灣○○工業有限公司、○○預拌股份有限公司、○○企業股份有限公司、○○企業有限公司、○○鑄業有限公司簽訂材料合約書。由以上事實足以證明申訴廠商並未將所承攬之「高雄市○○路區域用戶接管及寬頻管道工程-○區及○區」轉包予○○公司，○○公司與申訴廠商之關係乃係代工之性質或者說「分包」之性質。

六、又按，無論是「代工」或「分包」均非本法所禁止之行為，依本法第 67 條第 1 項規定：「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份由其他廠商代為履行」，而依同法施行細則第 89 條規定：「機關得視需要於

招標文件中訂明得標廠商應將專業部分或達一定數量或金額之分包情形送機關備查」。又依行政院公共工程委員會 88 年 7 月 8 日（88）工程企字第 8809535 號函示說明第四項：「關於本法第 67 條第 1 項及第 2 項之規定，得標廠商將採購分包予其他廠商者，得不將分包契約報備予採購機關」。故將工程「分包」，並非法令所禁止之行為，亦不強制要向採購機關報備。

七、末查，招標機關 97 年 9 月 24 日高市○○字第 0970017573 號函說明第二項第一點稱申訴廠商未依工程採購契約第 24 條第 5 項規定將分包之工作項目及分包廠商送請甲方（即指招標機關）審查，故申訴廠商所提送分包契約之資料，招標機關不予認定云云。經查招標機關與申訴廠商簽訂之工程採購契約第 24 條第 5 項約定如下：「乙方（指申訴廠商）不得將本工程轉包。乙方非依政府的規定，亦不得將工程之一部分分包。上述工程分包，乙方應將分包的工作項目及分包廠商，先送請甲方審查，工程雖經分包，仍應由乙方負其全責」。惟查上開契約條款約定應將分包的工作項目及分包廠商，先送請甲方「審查」之規定，明顯已經違反本法第 67 條、同法施行細則第 89 條「報備」或「備查」之規定，應屬無效。況且，依前揭行政院公共工程委員會 88 年 7 月 8 日（88）工程企字第 8809535 號函示說明第四項之意旨，申訴廠商縱使未先將分包的工作項目及分包廠商向招標機關報備，亦不影響採購契約之履行與分包契約之效力。況且，縱使申訴廠商未將「分包」之工作項目及分包廠商向採購機關「報備」、「備查」或「送請審查」，亦不能直接認定申訴廠商與○○公司就當然構成轉包之情形。

八、綜上，本件並無轉包之情形，申訴廠商並未抵觸本法第 65 條之規定，故不應依本法第 101 條規定刊登政府採購公報。招標機關所為異議之處理結果，顯有違法不當，應予撤銷。

□招標機關陳述意旨

事實及理由

一、本案經法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄市調處）於 97 年 8 月 19 日檢送申訴廠商與○○公司簽訂之合作協議書，佐證申訴廠商將全部工程轉包予○○公司承作，招標機關亦於 97 年 8 月 28 日通知申訴廠商違反本法第 65 條規定，將依本法第 101 條規定將刊登政府採購公報。

二、申訴廠商於 97 年 9 月 15 日對招標機關所為之通知提出異議，並辯稱其與○○公司之關係為「代工」或「分包」並非轉包，招標機關以申訴廠商並未依契約第 24 條第 5 項約定略以「…將分包的工作項目及分包廠商，先送請甲方審查…」，故申訴廠商所提送之資料，不予認定。

判斷理由

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。」本法第 65 條第 1 項及第 2 項，分別訂有明文。「本法第 65 條第 2 項所稱主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行部分。」「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，並附既如為提出異議者，將刊登政府採購公報：…十一、違反第 65 條之規定轉包者。」本法施行細則第 87 條及本法第 101 條第 1 項第 11 款亦定有明文。

二、據高雄市調處 97 年 8 月 19 日高市肅字第 09768046600 號函送招標機關之「合作協議書」，及該處 97 年 11 月 18 日函覆本府之高市肅字第 09768067100 號函可知，申訴廠商於標得系爭工程後，確曾因人力調度不足之故，而與○○公司實際負責人○○○議定合作協議，約定由○○公司支付申訴廠商按工程總價一定比例

計算之管理費與發票費，由申訴廠商供應材料，○○公司則負責所有施工及各項文書作業之事實存在。

三、申訴廠商主張前述合作協議書僅係草約，欠缺具體事項，其已於97年1月28日與○○公司新任負責人○○○重新簽訂「分包工程合約」，約定承攬範圍僅限於施工，而不及於材料供應，材料部分均由申訴廠商分別向各材料供應商簽約採買，工地監工與管理亦由申訴廠商自行負責，且○○公司並無應付發票費或管理費之義務，業據其提出分包工程合約、材料合約數份及付款發票影本等資料為證。

四、查，○○公司於97年1月23日辦理公司負責人變更登記為○○○，有○○公司基本資料查詢紀錄可稽。又依○○公司現任負責人○○○及原協議時之實際負責人○○○於97年12月10日到府陳稱，在○○○擔任公司負責人後，其認為合作協議書難以履行，故要求變更該協議書改訂分包合約，且○○○於97年8月7日至高雄市調處說明時即已出具分包合約，說明伊只負責承攬施工部分，並未照已廢棄之原合作協議書執行等語；再佐以招標機關並未能提出其他舉證以推翻分包工程契約之真正等情，故申訴廠商主張其與○○公司已於97年1月28日變更為分包契約應可採信。從而，招標機關在招標文件與工程採購契約中既未標示系爭工程之「施工」係屬招標工程主要部分，或應由得標廠商自行履行部分，故申訴廠商分包予○○公司施工尚非屬本法第65條第1項及第2項規定之轉包行為。

五、至招標機關主張申訴廠商違反分包契約應事先送審之約定，故不予認定乙節，實屬廠商違反契約義務之另一問題，與本件爭議事項即申訴廠商有無轉包事實無涉，併予敘明。

六、綜上所述，本件招標機關認定申訴廠商有違反本法第65條規定，而欲依本法第101條第1項第11款規定將其刊登政府採購公報，於法尚有未合，原異議處理結果仍持相同見解，亦有未洽，應予撤銷。

據上論結，本件申訴為有理由，爰依本法第 82 條第 1 項前段判斷如主文。

採購申訴審議委員會主任委員　郝建生
審議委員　楊富強
陳樹村
李玲玲
黃平志
宋明山
賴溪松
張順雄

中　華　民　國　97　年　12　月　15　日

高雄市政府

市長　陳　菊

本審議判斷視同訴願決定。