

美國公共契約法制之研究

——我國政府採購及委辦制度 興革建議

研究主持人：湯 德 宗 博士

協同主持人：簡 資 修 博士

研 究 員：洪 家 殷 博士

 曾 錦 源 先生

助理研究員：李 昭 融 小姐

 宋 承 恩 先生

 謝 仁 和 先生

行政院研究發展考核委員會編印

中華民國八十四年十二月

序 言

目前政府正積極推展各項重大建設，並規劃精簡機關組織員際，而應如何鼓勵民間參與公共建設，以及擴大委託民間辦理行務，已成為當前推動行政革新的一項重要課題。惟各機關委辦事務據之現行法令不一，且營建工程的招標與採購法制亦常為各界所批均亟待研究改進。

本會有鑑於美國政府機關向民間採購「物品」及「服務」（含營繕）的公共契約法制可供參考者甚多，乃委請中央研究院人文社學研究所湯德宗教授主持「美國公共契約法制之研究—我國政府採委辦制度興革建議」乙案。謹將本報告的主要發現及建議事項摘

一、研究發現：

(一)美國聯邦政府有關公共契約的法令甚多，但主要規範是由「競爭法」、「聯邦採購政策局法」、「契約爭議法」及「聯邦採購系統」所構成。規範的標的包含「物品之採購」及「行政業務之委（含工程之營繕）。規範的架構採組織法、作用法、程序法及救濟活運用的綜合法體例，有利於立法、修法的效率，與我國行政法體所不同。

(二)美國於一九八四年制定「締約競爭法」，主要係規定公共契約締結，原則上須透過完全而公開競爭的程序。此外，並規定採購計招標、審標、決標等程序應注意事項。

(三)依據「聯邦採購政策局法」，聯邦政府於白宮所屬管理暨預公室下，設立「聯邦採購政策局」，以全盤檢討聯邦採購政策及作並規定該局職權行使的程序。

(四)一九七八年所制定的「契約爭議法」則確立了公共契約爭議定、申訴及訴訟制度。

二、建議事項：

(一)美國聯邦政府公共契約法制對政府各項採購及委辦政策、作業程序及公共契約爭議處理的規範，規定內容甚為詳細，值供我國立法借鏡參考。

(二)訂定行政院所屬各機關委託民間辦理行政業務的統一作業法規，明定得委託民間辦理事項的範圍及委辦作業流程。

(三)訂定「公務人員因公務禮儀受贈財物管理辦法」及「公務人員執行職務避免利益衝突辦法」，明確規定公務人員合法接受饋贈的範圍及申報程序，以及辦理採購與委辦事項時，因有利益衝突應行迴避的範圍。

本研究報告初稿完成後，經本會於八十一年十一月六日邀請有關機關代表及學者專家座談研商，並於同年十二月三十日提報本會第二七一次委員會議審議，座談會及本會委員會議意見，均送請研究主持人參酌修正原報告，惟本研究報告之內容與建議事項，基本上仍屬研究人員意見。

本研究報告業經本會整理竣事，爰鉛印成冊，以供政府有關機關及社會各界參考。本案除由湯德宗教授主持，中央研究院簡資修教授協同主持外，另有洪家殷、曾錦源、李昭融、宋承恩、謝仁和等先生參與研究工作，本會研究發展處專員張淑彩負責聯繫及行政工作，特此誌明。

行政院研究發展考核委員會主任委員 孫得雄
中華民國八十二年九月

美國公共契約法制之研究

——我國政府採購及委辦制度興革建議

目 次

提 要	1
緒 論	7

第一篇 美國聯邦公共契約法之研究

第一章 主要法規架構	21
第一節 締約競爭法	21
第二節 聯邦採購政策局法	32
第三節 契約爭議（處理）法	40
第四節 聯邦採購規則系統	49
第二章 聯邦公共契約法總則	54
第一節 公共契約成立要件	54
第二節 締約之權力及限制	62
第三節 不當商業慣例與個人利益衝突之禁止	67
第四節 公共契約之種類	78
第三章 招標與投標	100
第一節 採購規劃	100
第二節 標的物規格之設定	110

第三節 招標競爭	114
第四節 包商資格審查	125
第四章 審標與決標	137
第一節 秘密標	137
第二節 企劃標	153
第三節 小額採購簡易程序	169
第四節 決標爭議處理	173
第五章 社會暨經濟政策之配合	178
第一節 小型企業扶持政策	178
第二節 勞工保護政策	185
第三節 環保暨能源政策	191
第四節 國外採購政策	193

第二篇 美國加州公共契約法制之研究

第一章 加州公共契約法體系	197
第一節 一九七七年加州公共契約研究方案	197
第二節 加州公共契約法典之制定	200
第三節 加州公共採購諮詢委員會	200
第二章 加州公共契約法通則	202
第一節 締約主體及內容	202
第二節 公共契約上之特殊責任	203
第三節 締約競爭之原則	206
第四節 次承包之規定	207
第五節 社會暨經濟目標之配合	210
第六節 契約爭議之處理	212
第三章 州政府機關之採購	213
第一節 營繕工程之採購	213
第二節 物資之採購	223
第三節 服務之採購	228

第四節 資訊、通訊系統之採購	233
第四章 地方政府機關之採購	236
第一節 通則	236
第二節 學區之採購	238
第三節 城市之採購	239
第四節 郡道路工程之採購	241
第五節 公共工程成本會計統一法	241

第三篇 美國麻州公共契約法制之研究

第一章 總則	247
第一節 麻州公共契約法體系	247
第二節 採購總務署	248
第三節 採購人員之操守	249
第四節 社會及經濟目標之配合	250
第二章 物資服務之採購	252
第一節 採購規範之目的	252
第二節 採購之準備	252
第三節 承包商之選取	253
第四節 契約之簽訂	258
第五節 契約之管理	258
第六節 廠商之除權	258
第三章 資訊設備之採購	260
第一節 採購規範之目的	260
第二節 資訊系統之規劃	260
第三節 採購之準備	261
第四節 承包商之選取	262
第五節 契約之簽訂	267
第六節 爭議程序	269

第四篇 我國政府採購及委辦所依據之法規及現況

第一章 概念之界定	271
第一節 我國得進行採購及委辦業務之政府	271
第二節 政府委託民間處理業務之性質	273
第二章 我國政府採購及委辦之法規依據	274
第一節 以政府之職務作區分	274
第二節 以法規之性質作區分	277
第三節 以委託之內容作區分	284
第三章 我國政府採購之現況及檢討	290
第一節 一般採購	290
第二節 軍事機關之採購	302
第三節 對現行採購制度之檢討	310

第五篇 美國法制之省思與借鏡

——我國採購及委辦法制革新芻議

第一章 關於「公共契約法」草案的大體意見	326
第一節 「公共契約法」適用範圍	326
第二節 「公共契約法」立法體例	331
第三節 公共契約法制專責機構之設立	333
第二章 關於「公共契約法」草案的細部意見	343
第一節 「公共契約法」草案目次	343
第二節 「公共契約法」草案立法目的	344
第三節 公共契約基本原則	344
第四節 不當商業慣例與個人利益衝突之禁止	354
第五節 契約形成	357
第六節 契約管理	363
第三章 可即採行之興革建議	366

附 錄

附錄一	重要法規目次	371
附錄二	出國訪問報告	379
附錄三	「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」專案研究學者專家座談會紀錄	383
附錄四	「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」專案研究學者專家座談會指教意見擬辦說明	391
附錄五	行政院研考會第二七一次委員會會議審議「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」一案審議意見	403
附錄六	行政院研考會第二七一次委員會會議審議「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」一案審議意見辦理說明	405
附錄七	美國聯邦政府委託民間辦理業務項目分類表	409
參考書目		425

圖 次

圖0-1	美國公共契約法與德國相關法制之比較.....	11
圖0-2	美國聯邦政府採購契約金額統計圖.....	15
圖0-3	美國聯邦行政部會一九九一會計年度採購金額統計圖...	16
圖1-1	公共契約爭議流程.....	48
圖1-2	(傳統)企劃標作業流程.....	155
圖4-1	特權介入公共營造工程簡圖.....	320
圖5-1	美國公共契約法上之「採購」概念.....	326
圖5-2	美國聯邦公共契約法「完全而公開競爭」原則之適用...	346
圖5-3	廠商與採購官員之關係圖.....	355

表 次

表0-1	美國聯邦行政部會一九九一會計年度「研究發展」契約統計表.....	17
表0-2	美國聯邦行政部會一九九一會計年度「研究發展」以外之服務契約統計表.....	18
表1-1	統一契約格式.....	119
表1-2	前端負載型不平衡投標.....	145
表1-3	數量預估誤差型不平衡投標.....	146
表4-1	政府職務性質分類表.....	274
表4-2	政府職務得否委辦分析表.....	276
表4-3	採購方式利弊分析表.....	301

提 要

一、研究緣起與目的

鼓勵民間參與公共建設、提供公共服務，以彌補政府公力之不足，乃政府當前施政的重要政策。尤其六年國建計畫涵蓋範圍至廣、所需經費至鉅（初步估計約需新台幣八兆二千億元），民間之參與益為迫切。鑒於落實政策目標須由健全法規、確立制度著手，我國現行採購及委辦法令亟待大幅革新，本研究小組爰接受行政院研究發展考核委員會之委託，進行「美國公共契約法制之研究——我國政府採購及委辦制度興革建議」，希就美國政府（含聯邦及若干州政府）委託民間從事業務（包括產製物品、營建工程、及提供其他服務等）所依據之法令，做一系統分析，並檢視我國相當之現制，提出興革建議。

二、研究方法與步驟

本研究所涉及者為體系極為龐大、規範十分細膩的美國「公共契約法」（public contract law），或稱「政府契約法」（government contract law）。因時間及人力甚為有限，爰以文獻（含法令、釋示、判決、學說）之研析為主，而以人物（包括國內、外主管官員、學者、業者）之訪談及座談為輔，力求論述正確。整個研究共分為六個階段進行：

（一）美國聯邦公共契約法法典之搜集、研讀

由於國內現有之文獻有限且時間急迫，第一階段的工作重點在於就對美國聯邦政府採購及委辦所依據之法令架構做一概略的理解，以決定出國考察之機構及訪談對象。

(二)赴美訪問考察

計劃主持人湯德宗教授與協同主持人簡資修教授於一九九二年一月間赴美，分別拜會了聯邦採購政策局（Office of Federal Procurement Policy）局長柏曼博士（Administrator Dr. Allan V. Burman）、喬治華盛頓大學（George Washington University）政府契約研究中心主持人納許教授（Prof. Ralph C. Nash）、麻州州政府行政暨財政廳（Executive Office for Administration and Finance）、及加州州政府總務廳採購處（Office of Procurement, Department of General Services），請教實務運作情形，並搜集最新統計資料及加州、麻州之採購法令。

(三)定期研討，提出期中報告

訪問考察歸來，研究小組首先確定責任分工，計劃主持人湯德宗教授負責美國聯邦公共契約法制、協同主持人簡資修教授負責加州、麻州公共契約法制、研究員曾錦源先生（後因出國進修，改由洪家殷博士接替）負責國內相關法令之檢討。繼而決定每週集會一次，交換心得、發掘問題，同步進行美國聯邦公共契約法體系及我國採購及委辦現制缺失之研究，完成後提出期中報告。

(四)按計劃進度定期研討，提出期末報告初稿

期中報告提出後，研究小組訂定新的工作進度，延長每週研討時間。除繼續聯邦法制之研究外，並增加加州及麻州公共契約法制之研究，我國現制之檢討部分除依據期中報告審查意見修改之外，並配合各次美國聯邦及加州或麻州法制研討子題之進展，逐步進行比較及補充。完成後提出期末報告初稿四百五十頁。

(五)舉辦期末座談會，接受批評指教。

期末報告初稿提出至座談會召開期間，研究小組繼續定期集會，除改正初稿中之印刷錯誤外，並修正、重印結論（第五篇）部分。座談會承蒙司法院楊大法官日然教授、考試院城委員仲模教授、政治大

學法律學系系主任法治斌教授、交通部主任秘書林石根博士、臺灣省營造工業同業公會王朝枝先生等人親臨指教，並承立法院郁慕明委員、行政院環保署法規會符參事樹強先生提出書面意見指教。會後研究小組針對各方指教意見，擬具「指教意見擬辦說明書」（參見附錄四）送行政院研考會。

(六)參酌學者專家座談會指教意見及行政院研考會審議意見修正報告初稿，提出研究報告定稿付梓。

其間曾應行政院研考會之請求，緊急聯繫華府補充有關美國聯邦政府委託民間辦理行政業務之最新資料。

三、主要建議

研究小組依據其對美國聯邦、加州、麻州公共契約制度研究之心得，審酌我國採購及委辦之現制，提出以下十點建議：

(一)行政院宣布成立「公共契約法制革新委員會」，限期完成「公共契約法」草案之研擬。

(二)「公共契約法」草案因內容牽涉至廣，宜突破慣例，改採綜合立法體例，融合組織法、作用法、程序法及救濟法於一爐，畢法制之創新及現行法之修正於一役。

(三)「公共契約法」草案所稱之「公共契約」應包括下列各行政主體為採購物品、營繕工程或委託辦理行政業務等目的，與私人締結之契約活動：

1. 中央政府各機關及其所屬機關；
2. 中央政府獨資經營之事業機關；
3. 地方政府辦理採購或委辦，其所需經費百分之五十以上係由中央補助者。

(四) 行政院應設立公共契約法制專責幕僚機關，主管下列事項：

1. 關於公共契約政策及法規之擬訂事項；
2. 關於各類公共契約標準條款、表格及用語之擬訂事項；
3. 關於公共契約爭議之調查、處理事項；
4. 關於重大公共契約之計劃審議、履約監督及績效考核事項；
5. 關於公共契約專業管理人才之培訓事項；
6. 關於公共契約資訊之建立、管理及運用事項；
7. 關於承包商之評鑑、管理事項。

(五) 建議「公共契約法」草案各章節目次如下：

第一章 總 則

第一節 立法目的、定義及適用範圍

第二節 公共契約基本原則

第三節 不當商業慣例及個人利益衝突之禁止

第四節 公共契約之種類

第二章 公共契約委員會

第三章 契約計劃

第四章 招標、投標

第五章 審標、開標

第六章 決標、訂約

第七章 履約管理

第八章 交貨驗收

第九章 契約爭議處理

第十章 附 則

(六) 「公共契約法」草案應明定下列基本原則：

1. 完全而公開競爭之原則。未來應在現有之「公告招標」、「比價」及「議價」之外，增加「企劃標」；並嚴格限制「比價」及「議價」之使用。
2. 公共利益優先之原則。明文禁止使用「按成本外加一定百分比

作為利潤再合為價金之契約」(cost-plus-a-percentage-of-cost contract)、限制預先付款、採用強制稽察(包商賬目)條款、管制轉包等。

3. 本質上屬於政府之職能(inherently governmental functions)禁止委託民間辦理之原則。明定行政事務委託民間辦理之界限；並確立「非本質上屬於政府之職能」須經過「成本比較」(cost comparison)程序，確認外包(民營)較(政府)自營經濟始得委由民間辦理。

(t) 為矯正金權政治之弊病，樹立廉能政治之基石，「公共契約法」草案應針對現行法之疏漏，增訂條款禁止各級民意代表參與公共契約之競標或分享契約利益，並限制卸任公職人員介入契約遊說活動。

(v) 「公共契約法」草案應針對契約計畫、招標、投標、審標、開標、決標、締約、履約監督、驗收付款等各個階段之作業程序詳為規定，以利遵循並杜弊端。

(w) 「公共契約法」草案之設計除為適時滿足政府之需求外，並應注意以政府雄厚之採購力量，配合推動既定之經濟及社會政策(例如扶植中小企業、保護環境、節約能源等)。

(x) 「公共契約法」草案應建立一套既能配合現行行政爭訟制度、提供締約機關自省機會，又富有彈性、可以調解等非訟方式，迅速消弭爭議之契約爭議處理程序。

緒 論

本研究旨在透過美國公共契約法（以聯邦為主，加州、麻州為輔）的體系性介紹，對照發掘我國現行政府採購和委辦制度的缺失，提出興革建議。

公共契約法（public contract law）顧名思義乃在規範公共契約的形成和履行，而公共契約的核心在於「採購」（acquisition/procurement）。由於法系的差異，美國法上的「公共契約」和「採購」概念，在我國法上或屬闕如或不盡相同，應先予澄清，以界定本研究範圍。其次，公共契約在美國運用的情況，亦應有所說明。最後並附帶說明本研究小組報告撰寫的分工情形。

一、美國公共契約法中之「採購」概念

廣義的「公共契約」（public contract），一稱「政府契約」（government contract），係指政府（機關）作為一方當事人與民間（含個人及團體）所締結之契約。政府於契約中扮演之角色可為賣方（如出售國有林地產出之木材），亦可為買方（如空軍向洛克希德公司購買戰鬥機）。（註1）然一般稱「公共契約」僅指政府作為買方，

註1：實際上，聯邦政府從事之交易活動，除了物品及服務之採購外，尚有：

- (1)不動產之採購（purchase of real property）。由於本研究以下所討論之各採購立法皆將「土地」之購買排除於「採購」範圍之外，聯邦機關欲購置土地須有其他法律之授權始得為之。惟實務上認為承租不動產仍屬「採購」之範圍（參見 *Forman v. U.S.*, 767 F. 2d 875 (Fed. Cir. 1985)）

以預算撥款換取民間提供物品或服務者而言，是即所謂「政府採購」(government procurements)。本研究所探討的範圍即採購此為限。

所謂「採購」(acquisition/procurement)，至少有兩個正式的定義。按聯邦採購政策局法(Office of Federal Procurement Policy Act)(註2)的定義，「採購」(“procurement”)係指：「獲取物品(supplies)或服務(services)之全部過程，始於(政府機關)認定有為採購之需要，終於契約履行完畢。」(註3)按聯邦採購規則(Federal Acquisition Regulation = FAR)之定義，「採購」(“acquisition”)，係指：「為供聯邦政府使用之目的，以(預算)撥款經由買賣或租賃契約，獲得物品(supplies)或服務(services)(含營繕工程在內)之行爲；至物品或服務為既已存在者，抑或猶待創造、開發、展示及評估者，則在所不問。」又「採購始自機關需求確定之時，包括滿足機關需求之要件描述、招標、審標、決標、契約融資、契約履行、契約管理、以及其他與運用契約滿足機關需求之目的直接相關之技術及管理功能。」(註4)

所謂「物品」(supplies)依同條之定義係指：「除土地或土地利益以外之財產，包括(但不限於)公共工程、建築物、設施，船舶

(2)出售動產及不動產。除了按「聯邦財產暨行政服務法」(Federal Property Management and Administration Service Act)之一般性授權外，其他法律並有對特定機構處分特定財產的個別授權(例如 16 U.S.C. § 477a 授權農業部長出售國有森林出產之木材)。

(3)補助款及合作協定(Grants and Cooperative Agreements)。聯邦政府經常提供一定的款項或財產，用以協助私人組織(或各州及地方政府)。如受領人不負有任何相對義務，則為單純之贈與；但通常聯邦政府會要求受領人只能將補助之款項或財產用於特定目的，並限制其使用方式，如此政府與受領人實際上是一種合作的契約關係。類此關係受到許多法律和法規命令的規範，例如聯邦補助款暨協定法(Federal Grant and Agreement Act)。

(4)人員雇傭。聯邦政府原則上應循公務員法(civil service laws)(See generally 5 U.S.C. § 2101 et seq.)任用人員，但也有可能透過服務採購的方式雇用人員(參見本文第一篇第二章第四節(三)之說明)。

註2：詳見本文第一篇第一章第二節之說明。

註3：41 U.S.C.A. § 403(2)(1990).

註4：FAR 2.101 “Acquisition”.

、飄浮設備、各式艦隻、及其零件與附件，飛機、飛機之零件、附件及設備，工具機等。」（註5）所謂「服務」（services）按聯邦採購規則（註6）及聯邦採購政策局發布之相關「政策令函」（policy letters）（註7）之定義，係指「投入時間及精力，完成可得辨識之工作（identifiable tasks），而非交付某項終端物品（an-end item of supply）」之活動。

上述定義有兩點特別值得注意。第一，美國法上的「採購」是個活動過程的總稱，不限於「締約」。第二，美國法上的「採購」概念，就其標的或客體而言，要比中文裡習稱之採購大得多。質言之，中文習稱的採購只及於「物品」，勉強可擴及「工程營繕」；但美國法所謂的採購則兼括土地以外的一切「物品」及「服務」（包括工程營繕）（註8）。「服務之採購」在我國一般稱為「委託民間辦理行政業務」稱之（註9）。美國將「服務」之獲取列為「採購」之一種，乍看之下似覺怪異，然稍假思索，亦覺有理。蓋民間所以接受政府委託辦理行政業務，每因其自政府受有報酬使然。準此，政府實際上係動支預算購買民間所提供之特定服務。惟語言發展多賴約定俗成，非可一日遽變。為避免不必要的混淆和誤會，本研究報告在主題上標示

註5：FAR 2.101 "Supplies" .

註6：FAR 37.101 .

註7：See e.g., OFPP Policy Letter 91-2 (April 9, 1991).

註8：常見的服務類型包括：

- (1)物品、系統或設備之維護、檢查、修理、搶救、變更。
- (2)不動產之例行、定期維護。
- (3)房舍、基地之守護。
- (4)建議及協助服務。
- (5)公有設備、設施之操作。
- (6)通訊服務。
- (7)建築（設計）及工程服務。
- (8)交通及相關服務。
- (9)研究暨發展。

Id. 並參見本報告附錄七。

註9：參見黃茂榮等，行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討（行政院研考會，80年3月）。

「公共契約」，而在副題中則將「政府採購及委辦」並舉。（註10）

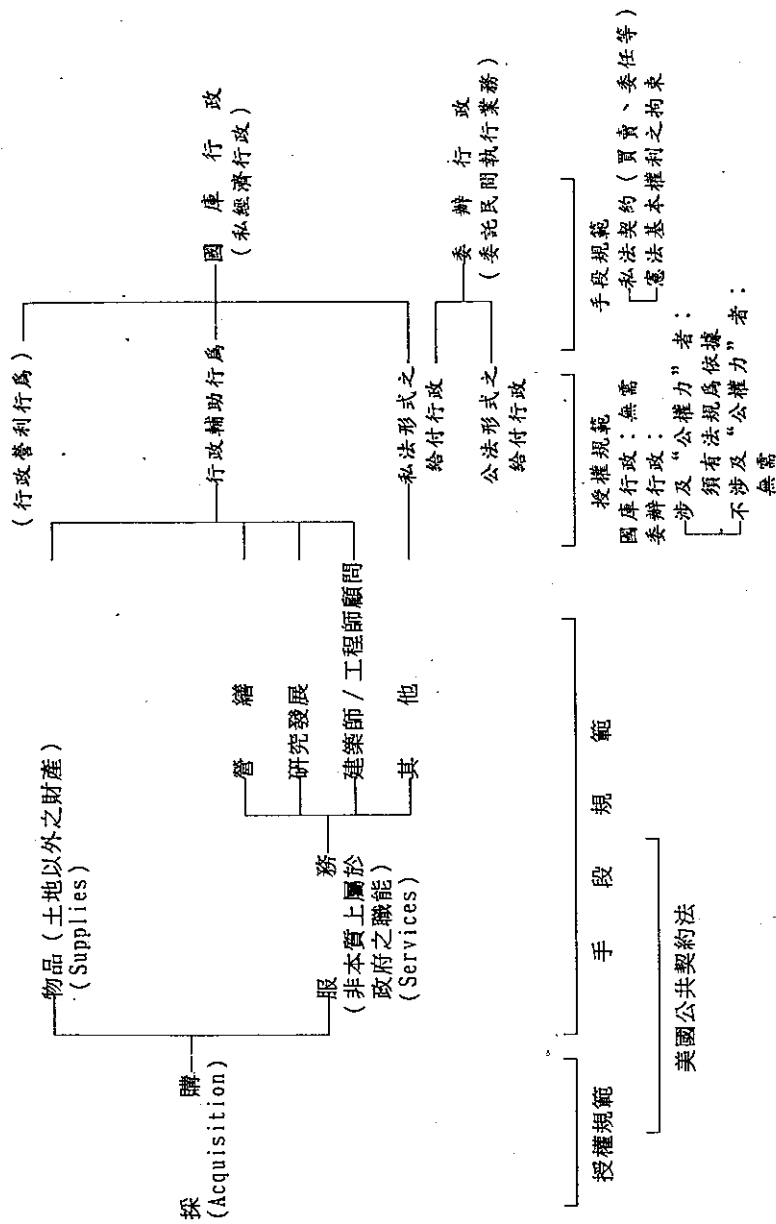
二、美國公共契約法制之內涵及其與德國法制之比較

美國聯邦政府進行「物品」採購或「服務」採購（含工程營繕）時，所依據之法令一般統稱之為「公共契約法」（Public Contract Law），又名「政府契約法」（Government Contract Law）。其立法雖有數個，然法規命令（即「聯邦採購規則」（Federal Acquisition Regulation））則只有一套。公共契約法內容可大別為兩大部分：一為授權政府機關得進行物品及服務採購之規定，吾人姑且稱為「授權規範」；另一為有關於如何獲取物品及服務之手段之規定，包括招標、投標、審標、決標等各個階段之流程及一套標準化契約條款，吾人姑且稱之為「手段規範」。此與我國現制下僅於「物品」採購有若干法規可循，而「服務」採購（委辦）少有法規可循；且一般認為「（物品）採購」與「委辦」性質不同，應循兩套不同的規範辦理者大不相同。

茲進一步將美國聯邦公共契約法制與大陸法系的母國——德國聯邦相關法制做一比較，庶幾事理益明。

註10：至於加州、麻州的採購法令中對於「採購」之客體雖無明文定義，但從有關規定觀之，應與上述聯邦公共契約法之定義相同。另全美法曹學會（ABA）為劃一各州採購法而草擬的「各州及地方政府模範採購法典」（Model Procurement Code for State and Local Governments）（4th Printing, 1987）亦明白定義：「採購」（procurement）包括以購、租或以其他方式取得物品（supplies）、服務（services）或工程營繕（construction）。亦即仿聯邦法例，將「土地及土地上之永久利益」排除於「物品」（supplies）之外。

圖0-1 美國公共契約法與德國相關法制之比較



德國法上有所謂「國庫行政」(fiskalische Verwaltung)或稱「私經濟行政」(Privatwirtschaftsverwaltung)，用以與「公權力行政」(oeffentliche Verwaltung)相區別，指國家位於相當於私人之地位，並依私法而為之各種行政作為。「國庫行政」一般又可分為三類。一為行政營利行為(erwerbsswirtschaftliche Betaetigung der Verwaltung)，如各種公營事業之活動。二為行政輔助行為(Pilfsgeschaeftte der Verwaltung)，一稱「後勤行政」(Bedarfsverwaltung)，例如行政機關為達成行政任務而採購公務用品、建築辦公廳舍、委請學術單位進行研究專案等。兩相對照，前述美國公共契約法中所規範之物品採購及服務採購，泰半歸於行政輔助行為。國庫行政的第三種態樣為私法形式之給付行政(privatrechtsformige Leistungsverwaltung)，例如對無住屋者提供低利購屋貸款或出售國宅。(註11)

就規範體系而言，德國並沒有一套相當於美國聯邦公共契約法的規範。質言之，在授權規範方面，一般以為行政機關基於職權，可視其需要採取行政輔助行為，無待乎法律之授權。(國家自為給付行政時亦同，惟此非本文研究之範圍。)至國家委託民間為給付時，如涉及「公權力」之行使，則必須有法律或法規命令為依據始得為之(亦即須受「法律保留原則」之拘束)。其次，在手段規範方面，國庫行政(私經濟行政)之特色為依照私法活動。準此，行政機關所為之物品採購仍適用民法有關之規定(如買賣)，在法律概念上並未另行區別「公共契約」。與私人契約不同者，國庫行政交易對象之選擇及交易之進行，須受憲法基本人權條款規定(特別是平等權及自由權)之

註11: Vgl. I. —. Muench in Erichsen/Martens(Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl., 1988, § 2III; 並參見吳庚，行政法之理論與實用，頁12-19(民國81年)；許宗力，「基本權利對國庫行為之限制」(輯於氏著，法與國家權力，頁1以下)，頁3-10(民國81年)。

註12: 參見吳庚，前揭(註11)書，頁145；黃茂榮等，前揭(註9)書，頁21。

羈束。(註13)受委託之民間執行行政業務時，亦同。(註14)至於委託機關與私受託者間之關係則仍須藉委任(委託)契約加以界定。(註15)

綜上所述，兩個法系對於本研究之主題約有如下之概念差異：

(一)美國法制以“acquisition”(「採購」)為上位概念，統攝物品之採購及行政業務之委辦(「服務之採購」)；同樣的行為在德國法制下則分屬國庫行政(「行政輔助行為」及「私法形式之給付行政」)及委辦行政(可為私法，亦可為公法性質)，並無一統攝之上位概念。

(二)美國聯邦公共契約法之內容包括授權規範(授權政府機關「得」為物品採購及服務採購)及手段規範(包括如何選擇交易對象之程序，及界定政府機關與交易對象間關係之標準化契約)。若由德國法系觀之，美國之「公共契約法」當屬公法，實際上各式標準化公共契約與私法契約多有出入。大陸法系僅於涉及公權力之委託時始須有法律或法規命令作為授權規範，至手段規範方面，僅限制交易對象之選擇不得違反基本人權之保障，至於其間各階段之流程似無法律詳加規定；又行政機關與交易對象間之權利義務亦藉簽訂私法契約來界定。

註13：參見Erichsen in Erichsen/Martens, aaO., § 32；吳庚，前揭(註11)書，頁16；許宗力，前揭(註11)文，頁71(不同類型的國庫行政行為雖皆受基本權利之拘束，然其強度可有不同)。

註14：參見黃茂榮，前揭(註9)書，頁21。

註15：參見黃茂榮，前揭(註9)書，頁195及205。

猶需一言者，受託執行行政業務之受託人，就該業務之執行立於自主之地位，相當於獨立之機關(參見國家賠償法第四條第一項)。其與行政輔助人(Verwaltungshelfer)之應依行政機關指示，協助該機關處理事務，而不具有獨立之官署地位者不同，應予區別。例如，法人團體依商品檢驗法第二十六條受託從事檢驗係屬委辦之「受託人」；而民間拖吊公司之人員依交通警察之指示，拖吊違規車輛，僅為「行政輔助人」而已。

(三)關於行政機關於何種情形下始得委託民間執行業務，尤其那些公權力不得委託民間行使一點，德國法系似無明確之規定。一般僅提出須符合「民主原則」與「效率原則」等抽象之準則。美國聯邦公共契約法除明白限制「本質上屬於政府之職能」(inherently governmental functions)不得委託外，並以例示之方式，明確界定不得委託之政府職能。其次，關於得委託之政府職能究竟委託民間辦理與否，猶需經過「成本比較」以為決定。凡此皆較大陸法系進步，而有參採之必要。(註16)

茲值政府全力推動六年國建之際，各種工程弊端頻傳，工程品質堪憂，迫切需要一套足以支持政府硬體建設的完善軟體法規，美國聯邦公共契約法之研究當可提供國人寶貴之啓示。

三美國聯邦採購業務概況

公共契約法在美國發展成一門專門的學問，重要的原因之一在於其間所牽涉的是一張金額可觀的大餅。圖0-2顯示自一九八三年以來，美國聯邦政府採購總值每年約在一千五百億美元至二千億美元之間。圖0-3顯示一九九一年的國防採購總值約為同時期其他(文)聯邦機關採購總值的三倍。表0-1及表0-2分別顯示「服務採購」中之「研究發展」與「其他」服務(含營繕)項目之契約件數與總金額。

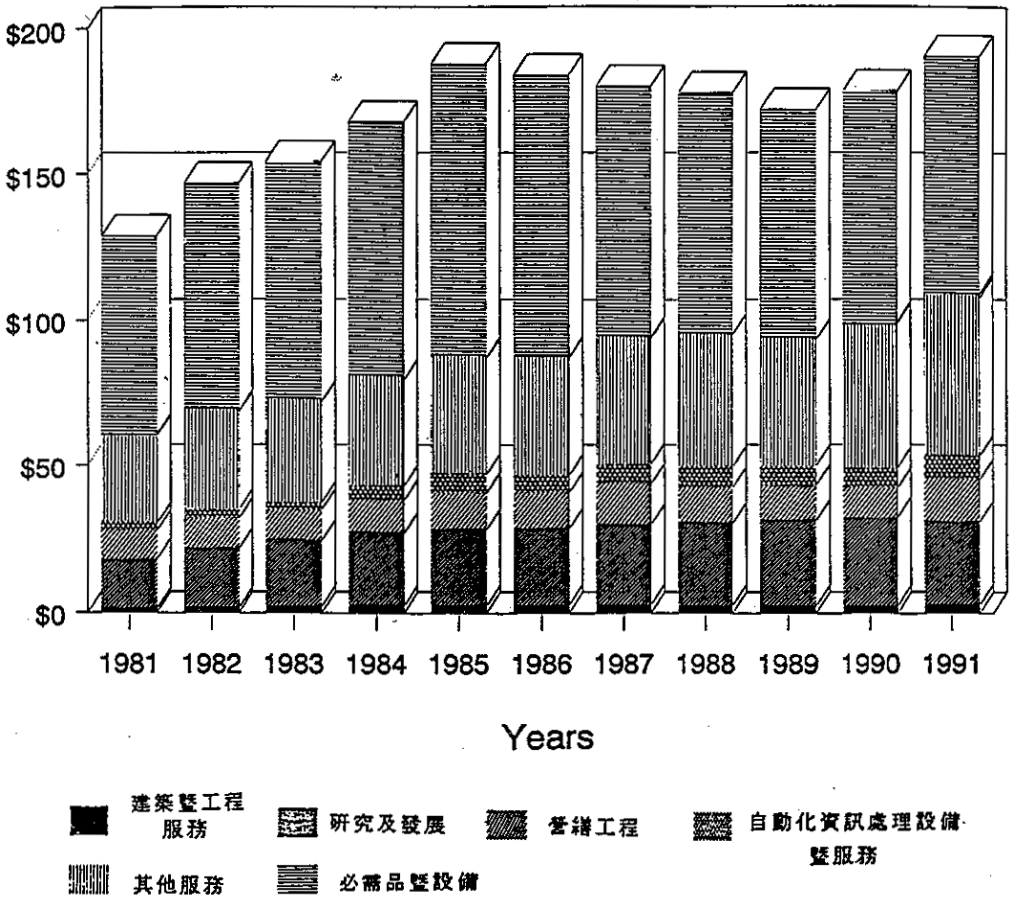
註16：為求名符其實，爰徵得行政院研考會同意，將本報告之名稱由原定「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」修正為：

「美國公共契約法制之研究

——我國政府採購及委辦制度興革建議」。

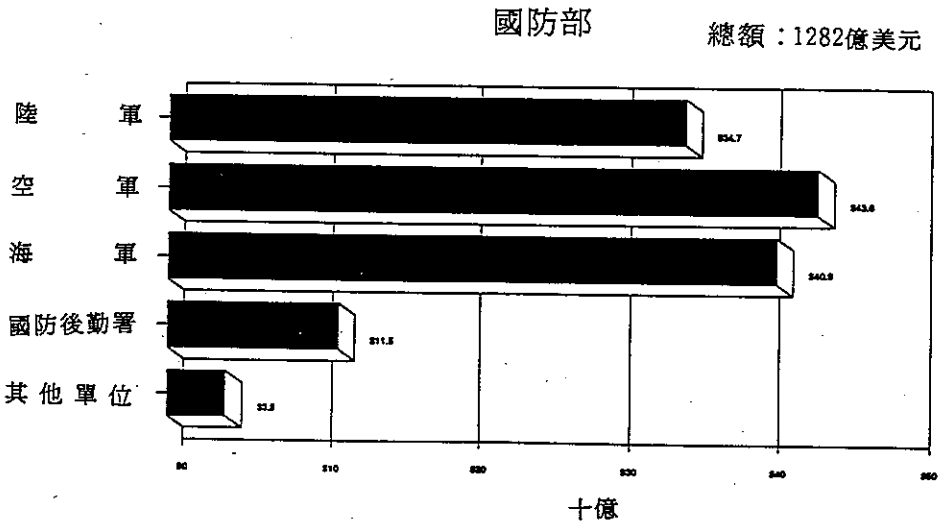
圖0-2 美國聯邦政府採購契約金額統計圖

單位：十億美元

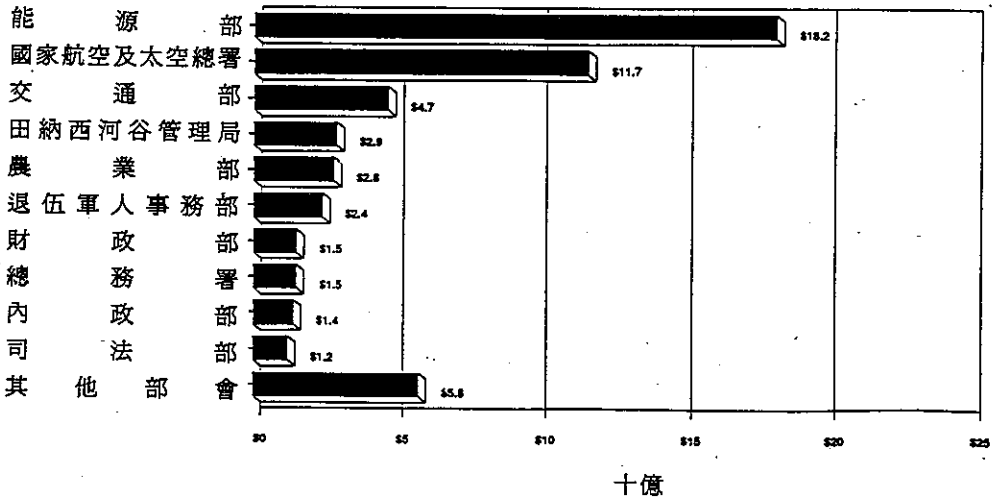


資料來源：OFPP, FEDERAL PROCUREMENT REPORT 6 (1992).

圖0-3 美國聯邦行政部會一九九一會計年度採購金額統計圖



採購總額最高的前十名 其他聯邦(文)機關 總額：430億美元



資料來源：OFPP, FEDERAL PROCUREMENT REPORT 5 (1992).

表0-1 美國聯邦行政部會一九九一會計年度
「研究發展」契約統計表

	採 購 件 數	金 額 (千美元)
總 計	34,442	27,936,738
AA 農 業	40	20,681
AB 社區服務暨發展	11	5,388
AC 國防系統	9,901	12,419,239
AD 國 防 (其他)	10,088	4,483,064
AE 經濟成長暨生產力	229	134,258
AF 教 育	121	19,964
AG 能 源	790	1,148,842
AH 環境保護	733	120,800
AJ 總務暨科技	1,220	252,430
AK 住 宅	8	1,143
AL 就業安全	0	0
AM 國際事務暨合作	2	894
AN 醫療服務	1,644	1,022,868
AP 天然資源	132	10,915
AQ 社會服務	3	1,450
AR 太空活動	4,865	6,070,551
AS 交 通 (一般通用)	91	22,057
AT 交 通 (總 體)	752	113,552
AV 採 礦	37	1,122
AZ 其 他	3,775	2,087,522

表0-2 美國聯邦行政部會一九九一會計年度
「研究發展」以外之服務契約統計表

	採購件數	金 額 (千美元)
總 計	258,374	76,359,041
B 特殊研究暨分析 (非一般「研究發展」)	2,590	462,118
C 建築暨工程服務—營 繕	18,045	2,926,334
D 自動化資訊處理暨電訊服務	13,798	3,495,330
F 天然資源管理	6,329	1,169,026
G 總 務	3,355	493,914
H 品質管制、測試暨查驗服務	1,566	577,256
J 設備之維護、修理暨重建	24,584	7,648,861
K 設備之改良	961	1,217,523
L 技術說明服務	2,177	707,392
M 公有設施之操作	6,026	19,400,064
N 設備之安裝	1,480	467,123
P 救援服務	1,480	129,867
Q 醫療服務	14,408	983,304
R 專(職)業、行政暨管理支援服務	30,141	10,386,127
S 公用服務暨家管服務	22,229	5,071,194
T 照相、製圖、印刷暨出版服務	2,160	230,002
U 訓練服務	3,650	1,014,944
V 交通暨旅遊	10,234	4,690,400
W 設備之租賃(承租、出租)	3,355	514,315
X 設施之租賃(承租、出租)	15,215	1,260,499
Y 構造物暨設施之興建	18,735	7,703,922
Z 不動產之維護、修理或變更	55,856	5,809,526

四 撰作分工

本研究工程浩大，端賴全體研究人員及研究助理通力合作始克完成。各篇報告係由研究人員分別撰寫，並同意就其撰述部分負責。本報告之寫作分工如下：

提 要	(湯德宗)
緒 論	(湯德宗)
第一篇 美國聯邦公共契約法	(湯德宗)
第二篇 美國加州公共契約法	(簡資修)
第三篇 美國麻州公共契約法	(簡資修)
第四篇 我國政府採購及委辦制度	(洪家殷、曾錦源)
第五篇 美國法制之省思與借鏡	
第一章 關於「公共契約法」草案的大體意見	(湯德宗)
第二章 關於「公共契約法」草案的細部意見	
第一節 「公共契約法」草案目次	(湯德宗)
第二節 「公共契約法」草案立法目的	(湯德宗)
第三節 公共契約之基本原則	(湯德宗)
第四節 不當商業慣例與利益衝突之禁止	(簡資修)
第五節 契約形成	(洪家殷)
第六節 契約管理	(簡資修)
第三章 可即採行之興革建議	(湯德宗)

五 謝 啓

The authors of this report wish to express their sincere thanks to Administrator Dr. Allen V. Burman of the Office of the Federal Procurement Policy, Office of the Management and Budget, Executive Office of the President of the United States; Professor Ralph C. Nash of Government Contract Program, George Washington University; Deputy Director John Babich of the Procurement Division, Department of General

Service, State of California; and Assistant Secretary Robert Hutchinson of the Executive Office for Administration and Finance, the Commonwealth of Massachusetts for their kindness in providing valuable materials.

第一篇 美國公共契約 法制之研究

第一章 主要法規架構

美國聯邦公共契約法涉及為數甚多的法令，但是主要係由本章以下簡介的幾個法律，以及據此衍生出來的法規命令——聯邦採購規則系統 (Federal Acquisition Regulation System = FARs) 所構成。主要的聯邦立法約可分為三類。第一類是授權各該機關締約採購的母法。這些授權法對於採購作業之一般程序設有原則性的規定。第二類立法堪稱前類母法之改革法，主要目的在設立新的法制決策機構，劃一前此各機關自行其是的採購政策與流程。第三類立法乃為順利履行契約而制定的契約爭議處理法。以下三節分別簡介這三類主要聯邦採購立法，第四節簡介聯邦採購規則系統。

第一節 締約競爭法

二次世界大戰之後，第一個授權美國聯邦行政機關締結公共契約的立法為一九四七年軍事採購法 (Armed Services Procurement Act

of 1947)。(註1)該法授權國防部(Department of Defense)、陸軍部(Department of the Army)、海軍部(Department of the Navy)、空軍部(Department of the Air Force)、海岸防衛隊(Coast Guard)及國家航空暨太空總署(National Aeronautics and Space Administration)等機關，得基於美國之利益，締結除依照成本外加一定百分比作為利潤再合為價金(cost-plus-a-percentage-of-cost)之契約以外之任何契約，以獲取土地以外之財產及各種服務。(註2)至於締約程序方面，該法要求採購契約應經正式廣告(formal advertising)及競標之程序，並以最低標者決標；但有緊急情形或總額在二萬五千美元以下之小額採購等，亦得以議價方式代替競標。(註3)國防部及國家航空暨太空總署分別依據該法之授權，訂頒了「軍事採購規則」(Armed Services Procurement Regulations = ASPR)及「國家航太採購規則」(National Aeronautics and Space Administration Procurement Regulations = NASAPR)，進一步規範所屬機關採購作業的程序。

一九四九年聯邦財產暨行政服務法(Federal Property and Administrative Services Act of 1949)(註4)以一九四七年軍事採購法為範本，授權其他的聯邦行政機關(註5)締約採購動產及各種非屬人性質之服務。總務署(General Services Administration = GSA)亦根據本法之授權，訂頒有「聯邦採購規則」(Federal

註 1 : Pub. L. 413, 62 Stat. 21 (1948).

註 2 : 10 U.S.C. § 2303 (1982).

註 3 : 10 U.S.C. §§ 2304 & 2305 (1982).

註 4 : Pub. L. 152, 63 Stat. 378 (1949).

註 5 : 40 U.S.C. § 472 (a) 定義「行政機關」(“executive agency”)為任何行政部會(executive department)、行政部門下之獨立機關及完全由聯邦政府所有(國有)之公司。但41 U.S.C. § 252 (a)又將國防部、海岸防衛隊、國家航空暨太空總署、及其他法律規定不適用本法者，排除於本法適用範圍之外。因此，大致上說，一九四七年軍事採購法適用於軍事機關之採購，一九四九年聯邦財產暨行政服務法適用於一般行政機關之採購。其他法律另有規定而不適用本法採購者如郵局(見39 U.S.C. § 410 (a))、田納西河谷管理局(TVA)等(見16 U.S.C. § 831 h (b))。

Procurement Regulations = FPR)，進一步規範採購作業程序。

鑒於上述兩個採購授權法及其衍生的三項採購規則後來發展差異愈來愈大，國會於一九七一年成立「政府採購委員會」（Commission on Government Procurement），對採購制度進行通盤檢討，謀求改進之道。該委員會自一九七二年起提出多份報告，指陳諸多缺失，終於促成了一九八四年的兩個改革法：締約競爭法（Competition in Contracting Act of 1984）（註 6）及聯邦採購政策局法（詳見下節）。

一九八四年締約競爭法將前述兩大採購授權法做了大幅度的修正，力求貫徹「完全而公開競爭」（full and open competition）之原則。其主要內容包括：

一、使用競爭性程序締約之原則

為落實完全而公開競爭之原則，公共契約之締結原則上必須透過競爭性程序（competitive procedures）為之。競爭性程序又分祕密標與企劃標二種（註 7）：

註 6：Pub. L. 98-369, 98 Stat. 1175 (1984) .

另外一些強化締約競爭的規定則分別散見於一九八四年小型企業暨聯邦採購競爭促進法（Small Business and Federal Procurement Competition Enhancement Act of 1984）（適用於文機關）與一九八四年國防採購改革法（Defense Procurement Reform Act of 1984）（列在一九八五年國防部授權法（Department of Defense Authorization Act of 1985）第十二篇（Title X II）（適用於國防部及其所屬機關）。本法於一九八八年和一九九〇年曾會有小幅修正，見 1988 U.S. Code Cong. and Adm. News, p. 5969; 1990 U.S. Code Cong. and Adm. News, p. 2931.

註 7：41 U.S.C.A. § 253 (a) (2) (1991) .

按 41 U.S.C. § 259 (b) & 10 U.S.C. § 2302 (2) 之規定，所謂「競爭性程序」（competitive procedures）還包括：

- ① 依本法第九章（即 40 U.S.C. § 541 *et seq.*）所定程序辦理的建築師／工程師服務採購。
- ② 對於經由普遍邀約所收到的基礎研究計劃所為之競爭性篩選。
- ③ 總務署署長訂頒之該署復數決標流程計劃（multiple awards schedule program）程序，如

(一) 祕密標 (sealed bids)

凡時間上允許辦理祕密標之招標、審標；決標係以價格及其相關因素作為基礎，沒有必要與投標人就投標內容進行討論；且可期待會接到一個以上之投標時，行政機關即應徵求祕密標。

(二) 競爭性企劃標 (competitive proposals)

如不適於徵求祕密標，應改以競爭性企劃標代之。採行競爭性締約程序時，有下列情形之一者，機關首長得禁止某個人或行號參加投標（註 8）：

1. 禁止其參加將可增加或維持競爭，並可望降低採購之總成本者；
2. 基於國防利益，為使某一設施（或生產人、供應人）於國家緊急情況發生時或工業動員時，提供財產或服務者；
3. 基於國防利益，為使教育機構或其他非營利機構具備或維持基本工程、研究或發展之能力者。

三、非競爭性程序之使用

公共契約之締結以循競爭性程序辦理為原則，例外情形始允許使用非競爭性程序 (noncompetitive procedures)。例外情形以下列七者為限（註 9）：

1. 政府所需之財產或服務只有一個可靠的供應來源 (only one responsible source)（是即所謂「只此一家，別無選擇」之

① 該計劃開放予所有可靠廠商參加；且

② 該等程序下之訂單及契約導致符合政府需求之最低總價代替方案時。

(4) 為促進小型企業法第十五條 (15 U.S.C. § 644) 之目的所為之採購，且允許一切可靠的企業得參與競爭者。

(5) 依小型企業法第九條 (15 U.S.C. § 638) 規定，對經由普遍邀約所收到的研究計劃所為之競爭性篩選。

註 8：41 U.S.C.A. § 253 (b) (1991).

註 9：41 U.S.C.A. § 253 (c) (1991).

情形)；(註10)

2. 政府之需求異常緊急，非限制投標（含祕密標及企劃標）人數，將導致嚴重損害者；
3. 為使某一設施、生產人、製造人或供應人於國家緊急情況發生時提供財產或服務；或為實行工業動員，而必須將之決標與某特定供應來源者；
4. 美國與外國政府簽訂國際條約，明定使用非競爭性程序者；
5. 法律明定應透過其他機關為採購，或向某特定供應來源採購者；或機關之所需係某項商標物品之合法轉售者；
6. 非限制投標人（家）數，將因透露行政機關之需求而損及國家安全者；
7. 為公共利益計，機關首長認為有必要使用非競爭性程序，並於決標前三十日以書面將上述認定通知國會者。上述裁量權須由機關首長親自行使，不得轉授他人。

使用非競爭性程序前，應由契約官（contracting officer）以書面說明使用該種程序之理由（written justification）並保證該理由說明之正確與充分，再視其採購金額之大小經不同層級長官核准（approval）。（註11）須特別說明的是，所謂「非競爭性程序」並不當然等於（選定一家廠商進行）「議價」。首先，法律明文規定（註12）以上述第(二)（緊急採購）及第(六)（國家安全）款為理由採行非競爭性程序時，仍應視其情形儘可能邀約最多數廠商前來競價。其次，聯

註 10：因某一未經公開徵求之研究計劃案具有獨特及創新之觀念而決標者，視為「僅有一個可靠的供應來源」。又，於「主要系統」（參見本報告第一篇第二章第四節一(一)之說明）或高度專業設備之持續性發展或生產，因後續契約（follow-on contract）如決標予原供應人以外之人可能造成政府成本之重覆或不能容忍之遲延，而必須由原（同一）供應人決標時，亦同。41 U.S.C.A. § 253 (d) (1) (1991)。

註 11：41 U.S.C.A. § 253 (f) (1991)；並參見本文第一篇第二章第二節一之說明。在上述第二項事由（緊急需用時），可在事後為書面認定及核准。41 U.S.C.A. § 253 (f) (2) (1991)。

有關理由說明書之內容及核准之授權，詳見FAR 6.303 & 6.304。

註 12：41 U.S.C. § 253 (e) & 10 U.S.C. § 2304 (e)。

邦採購規則（註13）又進一步補充：「當未為完全而公開之競爭時，契約官應視其情形儘可能邀約最多數廠商前來競價」，因此上述七種例外，除第一種情形（「只此一家」）因本質上使然外，其餘都不能逕行獨家議價，仍需尋求最大可能之競爭。（註14）此外，由於採購機會依法必須公告於「每日商情公報」（Commerce Business Daily）（後詳），欲以「非競爭性程序」辦理者並須說明理由及法律依據（上述七種例外中之那一種）；而契約官所為應採用非競爭性程序之理由說明書須備公眾閱覽，故決定（獨家）議價相當不容易。（註15）

三、小額採購應用簡易程序

為促進締約效率，避免予承包商不必要之負擔，本法規定聯邦採購政策局（詳見下節）應訂定簡易程序，辦理總額在二萬五千美元以下之小額採購。

四、採購計劃與招標

為進行財產或服務之採購，行政機關應先擬定採購計劃，包括：以市場調查（market research）確定需求，並具體設定所需物品之規格。物品規格可以作用（function）、效能（performance）或設計要件（design requirements）等方式界定。（註16）為鼓勵完全而公開

註 13：FAR 6.301 (d) .

註 14：See, e.g., Design Pak, Inc., Comp. Gen. Dec. B-212579, 83-2 CPD #336 (1983)（有證據顯示採購機關確有時間可評估其需求並辦理更具有競爭性之採購時，不得以緊急為由，而捨競爭性程序不用）；Daniel H. Wagner Associates, Inc., 65 Comp. Gen. ----, 86-1 CPD #166 (1986)（進行獨家議價時，採購機關必須能令人信服地證明顯然此間只有一家可能的廠商。……本（聯邦會計總署）對於獨家採購案一向嚴加審查。）。

註 15：41 U.S.C. § 253 (f)(4) & 10 U.S.C. § 2304 (f) (4); 41 U.S.C. § 416 (b)(5).

註 16：41 U.S.C.A. § 253 a (a)(1991).

政府對物品規格的要求甚至可以包括禁止承包商以不符政策之方式生產該採購商品。Crown Zellerbach Corp. v. Marshall, D.C. La. 1977, 441 F. Supp. 1110 (1977) .

之競爭，每一份採購要約之誘引（solicitation，俗稱「招標須知」）中應說明行政機關在決標時將考慮之各種要素（包含價格因素在內），以及各個因素相對之比重。（註17）祕密標的招標須知中並應載明（註18）：

1. 不擬與投標人討論即逕自決標之意旨；及
2. 開標之時間及地點。

企劃標的招標須知中應載明（註19）：

1. 擬與企劃案提出人（即要約人）討論，並將討論結果列入決標考量；但也可能不經討論逕行決標之意旨；及
2. 提出企劃案之時間及地點。

五 審標與決標（註20）

(一)行政機關只能依據招標須知上所列因素審查祕密標與企劃標。

(二)各機關首長得以公共利益為由，退回所有收到的祕密標與企劃標（相當我國所謂之「廢標」）。

(三)祕密標之開標應在招標須知上指定之時間、地點公開為之。除前述以公共利益為由將收到投標悉數退回之情形外，行政機關應以符合招標須知所列條件，且在價格及其他價格相關因素考量下，對美國最有利之投標為得標。決標之決定應以書面通知得標人。

(四)企劃標方面，行政機關得於接到投標後、決標前任何時間與投標人進行討論，但為充分競爭及公平計，凡是依價格及其他招標須知上所載之因素考量後具備一定競爭力之投標人，皆應受邀為書面或口頭

註 17：41 U.S.C.A. § 253 b (1) (1991).

註 18：41 U.S.C.A. § 253 b (2) (1991).

註 19：41 U.S.C.A. § 253 b (3) (1991).

註 20：41 U.S.C.A. § 253 b (a),(b),(c) & (d) (1991).

討論。如企劃標之內容清楚顯示，不需經過討論，即可由原始企劃案中認定孰為對政府最為有利者，亦可不經討論逕行決標。

六 投標人資格審查

原則上各機關首長在決標前，應就投標人（要約人）之資格進行審查。

(一)為建立投標人資格要件 (qualification requirements)，各機關首長應（註21）

1. 以書面說明規定資格要件之必要性，及必需在決標前審查投標人資格之理由。
2. 以達成目的所必要之最少限制，定為資格要件。
3. 將一切資格要件載在書面，備可能之投標人索取。
4. 估計為證明符合資格要件而為之測試與評估，對可能之要約人將造成之成本負擔。
5. 確保可能之要約人提出請求即可迅速獲得機會，以自己之費用，證明其具有使用合格人員與設備，達到所定資格標準之能力。
6. 確保可能之要約人迅速得知其是否符合資格要件；如不符合，應併說明理由。

(二)資格要件每七年應重新檢討一次。（註22）

(三)合格之廠商少於兩家時，機關首長應

1. 定期在每日商情公報 (Commerce Business Daily = CBD) 刊登啓事，徵求廠商前來投標，但契約官認定公開採購資訊將損害國家安全者例外；
2. 負擔測試與評估所需之費用，輔助小型企業參與投標，但僅限

註 21：41 U.S.C.A. § 253 c (b) (1991).

註 22：41 U.S.C.A. § 253 c (e) (1991).

於更多廠商參與競標可望減少政府採購之支出，且因此節約之成本可抵銷為進行測試與評估所增加之費用時，始得為之。（註23）

(四)各機關一旦開始實施上述資格審查制度後，除其首長認定之緊急事故外，不得任意中止執行。苟有中止，必須重新履行前述(一)之程序，才能恢復實施。（註24）

(五)可能之要約人雖尚未被認定為符合資格要件，但只要向契約官釋明其能在決標日前符合所定之要件，亦應許其參加投標。（註25）

七、非競爭程序中之售價限制

行政機關採用非競爭性程序締約採購商品時，其價格不得高於該承包商將同種商品售予大眾之最低價格。但契約官認為上述限制因國家安全之考慮，或政府採購之數量、品質、交付方式或其他條件與商業契約有別，並不適當時，則可不受此限制。（註26）

八、採購之經濟規模

為使政府採購在數量上達到經濟規模，行政機關採購商品時應儘可能以能獲致最有利於美國之總價及單價之數量為之。在招標須知中應併籲請投標人（要約人）於投標時就政府預定採購之數量是否符合經濟規模惠示意見，建議經濟上最為有利之數量，並附上各種數量之單價與總價。（註27）

註 23：41 U.S.C.A. § 253 c (d) (1991).
 註 24：41 U.S.C.A. § 253 c (f) (1991).
 註 25：41 U.S.C.A. § 253 c (c) (4) (1991).
 註 26：41 U.S.C.A. § 253 e (1991).
 註 27：41 U.S.C.A. § 253 f (1991).

九 承包商不得限制次承包商與美國直接進行交易

為鼓勵競爭，避免政府之浪費，本法明定政府締約採購財產或服務時，應在契約中約定：承包商不得合理地限制次承包商將其製造或提供之商品（包括電腦軟體在內）直接售予美國政府。（註28）

十 契約條款約定之限制

本法為確保公共利益，對於公共契約之內容有許多限制：

(一) 祕密標以外之決標禁止收受回扣

以祕密標以外之方式決標之契約，固得出之以任何一種機關首長認為最能促進美國政府利益之形式，但須於契約中載明一項保證條款，即包商保證未曾有任何人以獲取佣金（commission）、比例金（percentage）、仲介費（brokerage）或後謝金（contingent fee）為條件促成此一契約之締結。違反此一保證者，政府得無償終止契約，或依其裁量自行將該等佣金、比例金、仲介費或後謝金由契約價款中全數扣除。（註29）

(二) 契約計價方式之限制

為免造成弊端與浪費，本法對於公共契約計價之方法做了不同的限制。以成本外加一定百分比作為利潤再合為價金之契約（cost-plus-a-percentage-of-cost contract）一律禁止。（註30）以成本外加

註 28：41 U.S.C.A. § 253 g (1991).

聯邦採購規則規定契約官應在招標須知與契約書中載入「限制次包商直銷政府」（Restrictions on Subcontractor Sales to the Government）的標準條款（見 FAR 52.203-6），使主包商同意不限制次包商將商品直接售予美國政府。

註 29：41 U.S.C.A. § 254 (a) (1991).

註 30：41 U.S.C.A. § 254 (b) (1991).

判斷契約是否為「成本外加一定百分比作為利潤再合為價金」之基準包括：價金是否取決於預定之百分比，預定之百分比是否以實際契約履行之成本為準，承包商得受領之價金於締約時是否不確定，以及承包商得受領之價金是否隨契約履行成本之增加而等比增加等。Urban Data Systems, Inc. v. U.S., C.A. Fed. 1983, 699 F. 2d 1147 (1983).

固定費用（按：此所謂「費用」即「利潤」之意）合為價金之契約（cost-plus-a-fixed-fee contract），該固定費用（利潤）原則上不得超過契約預估成本（不含該固定費用）的百分之十；試驗性及研究發展性質之契約，得放寬至百分之十五。至於公共工程或設施之建築師或工程師服務（architectural/engineering service）契約，採用成本外加固定費用合為價金者，其固定費用（含承包商之成本在內）不得超過契約預估成本（不含該固定費用）的百分之六。又，除機關首長認為可能導致較為便宜之結果，或非如此不切實際者外，原則上不得採用成本外加固定費用合為價金之契約，或任何一種誘因形式的契約。（註31）

（三）強制稽查賬目條款

使用祕密標以外之方式決標之契約，應包括一個條款，准許聯邦主計長（Comptroller General）或其授權之人，在契約尾款交付後三年內，就承包商或參與交易之次承包商有關簿冊、文件及記錄進行檢查。（註32）

（四）成本及價格資料之提出（註33）

公共契約中應明定：有下列情形之一者，主承包商或次承包商應提出成本或價格資料，並保證所提出之資料就其所知確為確實、完整且最新：

1. 以祕密標以外之方式決標之契約，其總額估計在十萬美元以上者，在決標前應為上述申報及保證；
2. 契約變更，其變更之金額估計在十萬美元以上者，在重新定價之前，應為上述申報及保證；
3. 主契約中有上述申報及保證之規定，且次承包契約（轉包契約

註 31：41 U.S.C.A. § 254 (b) (1991). 並請參見本文下述第一篇第二章第四節之二的說明。

註 32：41 U.S.C.A. § 254 (c) (1991).

註 33：41 U.S.C.A. § 254 (d) (1991).

）之金額估計在十萬美元以上者，在次承包契約決標之前，應為上述申報及保證；

4. 前項次承包契約變更，其變更之金額估計在十萬美元以上者，在重新定價之前，應為申報及保證。

為確保上述申報資料之正確及完整，公共契約中並應明定：准許締約機關所授權之公務員，在契約尾款交付後三年內，就主包商或次包商有關本契約之簿冊、紀錄及文件進行檢查。惟契約之定價係本於適當之價格競爭，或依據商品售予大眾之市場價格或手冊價格，或係由法律或命令所規定者，不適用前述申報及保證之規定。

去付款方式之限制（註34）

行政機關得預付採購契約之價款，或限制對小型企業承包商為預付款，惟預付金額不得超過未付金額，且以承包商提供適當之擔保，及機關首長認為預付確係符合公共利益者為限。

去約定給付遲延損害賠償之免除（註35）

公共契約中即使有給付遲延損害賠償之約定，主計長仍得依締約機關首長之請求，退還依其裁量認為公平之賠償額之全部或一部。

第二節 聯邦採購政策局法

為改進聯邦政府的採購作業，美國國會於一九七四年制定了「聯邦採購政策局法」（the Office of Federal Procurement Policy Act）（註36），在白宮所屬管理暨預算辦公室（Office of Manage-

註 34：41 U.S.C.A. § 255 (1991).

註 35：41 U.S.C.A. § 256 a (1991).

註 36：Pub. L. 93-400, 88 Stat. 796 (1974). 該法後於一九七九年、一九八三年及一九八八年三度修正，見 Pub. L. 96-83, 93 Stat. 648 (1979); Pub. L. 98-191, 97 Stat. 1325 (1983); Pub. L. 100-679, 102 Stat. 4055 (1988).

ment and Budget) 下，設立「聯邦採購政策局」(Office of Federal Procurement Policy)，全盤檢討聯邦採購政策及作業。該法主要內容如下：

一、立法目的 (註37)

本法開宗明義揭示，欲以下列方法提升聯邦行政部門採購（財產及服務）作業之經濟性、效率及有效性：

1. 促成完全而公開之競爭(full and open competition)(註38)；
2. 確立政策、程序及作業，俾政府能在需用時限內，以最低合理價格，獲得所需品質之財產及服務；
3. 倡議研擬簡化、統一之採購程序；
4. 協助小型企業參加採購；
5. 持續培養精幹、專業的採購人才；
6. 消弭採購過程中之舞弊與浪費；
7. 消除加諸承包商與政府採購官員之冗贅行政要件；
8. 促進公平交易及政府與私當事人間之對等關係；
9. 確保契約價金及時交付，惟應以已受領之契約給付之價值為限；
10. 儘可能以商品滿足政府之需要；
11. 規定應循有關公務員任用程序，而非契約，獲得屬人性質之服務 (personal services) ；
12. 確保採購政策之研發能兼顧緊急情況、戰時及平時之需要；
13. 儘力倡導規格之使用，即以應達成之作用或應具備之效能來描述政府之需要。

二、聯邦採購政策局之組織

聯邦採購政策局設有局長 (Administrator) 一人，由總統提名經

註 37：41 U.S.C.A. § 401 (1991).

註 38：所謂「完全而公開之競爭」係指所有可靠之廠商(responsible sources) 皆可提出祕密標或競爭性企劃標參與競爭合約之謂。41 U.S.C.A. § 403(6).

參議院同意後任命（註39），支領行政薪給表（Executive Schedule）第四級俸（註40），屬於高級行政人員（Senior Executive Service）。（註41）目前全局約有人員四十名。立法原意只想設立一個小型機構，故一方面規定除非其他法律另有規定，不得在本法明文賦予的權力（任務）以外，再增加該局的職掌（任務）（註42）；另一方面並規定其他行政機關有應該局局長請求，儘力提供人力及設備，協助該局遂行法定任務之義務。（註43）

三 聯邦採購政策局之職掌

聯邦採購政策局主要職掌計有下列九項（註44）：

1. 領導各聯邦行政機關（註45）發展、維持一套統一、簡化的採購規則，並化解此一發展過程中各機關之歧見。當國防部、國家航空暨太空總署與總務署未能達成協議時，聯邦採購政策局局長得訂頒政策與規則，命各機關在採購既存不動產以外之財產、各種服務（含研究發展在內）、及委託民間進行不動產之興建、變更、修繕與維護時一體遵行（註46）。

註 39：41 U.S.C.A. § 404 (b) (1991).

註 40：5 U.S.C.A. § 5315 (1991).

註 41：所謂「高級行政人員」係一九七八年文官改革法（Civil Service Reform Act of 1978）所創設的新公務員類型，其薪給率為普通文官之冠，然不及政務官；其身分保障亦介乎政務官與普通（常任）文官之間。參見拙著，論美國公務員不受恣意免職之保障（政大法學評論32期，頁253以下），頁264（74年12月）。

註 42：41 U.S.C.A. § 405 (g) (1991).

註 43：41 U.S.C.A. § 406 (1991). 此種規定頗值吾國借鏡。

註 44：U.S.C.A. § § 405 (d) & 405 a. (1991).

註 45：本法所稱「行政機關」（executive agencies）包括

(1) 5 U.S.C. § 101 所列之行政部會（executive departments），

(2) 5 U.S.C. § 102 所列之軍事部會（military departments），

(3) 5 U.S.C. § 104 (1) 所定義之獨立機關（independent establishments），
及

(4) 31 U.S.C. § 9101 (3) 所定義之完全國有（聯邦政府所有）之公司。

41 U.S.C.A. § 403 (1) (1991).

註 46：41 U.S.C.A. § § 405 (a), (b) & (d) (1) (1991).

2. 領導並協調行政部門各機關形成關於採購立法的立場。
3. 在總務署下設立「聯邦採購資料系統」(Federal Procurement Data System)，以電腦化方式蒐集、開發及散佈採購資訊。(註47)
4. 在總務署下設立「聯邦採購所」(Federal Acquisition Institute)，培訓專業的採購人才，並協調進行通盤的研究，以改進採購程序、立法及政策。(註48)
5. 建立基準及程序，以確保在採購規則制定過程中，有效而及時地獲悉利害關係人之觀點。
6. 發展標準契約表格及用語，以減少政府及私人之採購成本。
7. 執行政府採購委員會(Commission on Government Procurement)所提出之適當建議。
8. 規定聯邦補助款受領人採購時應遵守之政策、規則及程序(註49)。
9. 經由白宮管理暨預算辦公室(OMB)主任，審查各機關研擬之採購規則。凡違反本法立法目的或聯邦採購政策局依本法發布之採購規則者，應予廢棄或拒絕發布(註50)。

四 採購政策制定與採購決定分別的原則

本法設立聯邦採購政策局之用意，主要在形成並維持一套聯邦行政機關一體適用的採購規則，已如前述。以我國法之概念說明，此乃為形成一套採購作業的法規通則，或為制定一套的法規命令。至各機關認為有無為採購之必要，及如何設定標之物之規格始能滿足其需要等具體的採購決定權，則仍由各機關掌有，非聯邦採購政策局所得干

註 47：此時總務署依法乃聯邦採購政策局局長之行政代理人(executive agent)。41 U.S.C.A. § 405 (d) (4) (1991).

註 48：此時總務署依法乃聯邦採購政策局局長之行政代理人。41 U.S.C.A. § 405 (d) (5) (1991).

註 49：41 U.S.C.A. § 405 (i) (1) (1991).

註 50：41 U.S.C.A. § 405 (f) (1991).

預（註51）。

五行政程序

本法關於聯邦採購政策局行使職權時應遵行之行政程序，設有許多規定，性質上為行政程序法（Administrative Procedure Act）（註52）之特別法，應優先適用。

（一）事前諮商義務

聯邦採購政策局在執行使本法授權，尤其訂頒採購規則時，應與相關部會，含小型企業署（Small Business Administration）在內，進行諮商（註53）。

（二）會議公開

為使採購規則制定之過程儘量接受公眾監督，本法規定聯邦採購政策局局長應訂頒規則，使該局為訂定採購規則及政策所召開之正式會議向公眾開放。會議公開之公告至遲應在會議召開前十日為之（註54）。

（三）預告及評論程序

凡是會對契約官或要約人（投標人）造成重大成本或行政影響（a significant cost or administrative impact）之採購政策、規則、程序或表格，皆須刊登於聯邦公報（Federal Register）接受各界評論至少三十日後，始能生效。亦即非經刊載於聯邦公報，並經至少三十日之評論期間（comment period），草擬之規則不能開始生效。至於在聯邦公報上刊載之預告（notice）應包括以下內容：

註 51：41 U.S.C.A. § § 405 (c) & 405 (i) (2) (1991).

註 52：參見拙著，「美國行政程序法概要」（載行政程序法之研究，行政院經建會經社法規研究報告1007號，頁181以下，79年12月）。

註 53：41 U.S.C.A. § § 405 (e) & 405 a. (1991).

註 54：41 U.S.C.A. § 412 (b) (1991).

1. 規則草案全文；其刊登草案之節文者，應註明可向何人（姓名、電話、地址）索得草案全文；
2. 利害關係人得於指定之期間內，以書面向指定之機關人員（姓名及地址）陳述意見之意旨（註55）。

六國會監督

聯邦採購政策局就其施政向國會負責之方法有二。

(一)年度報告

本法規定聯邦採購政策局應使國會及其主管委員會（參議院之「政府事務委員會」及眾議院之「政府運作委員會」）經常瞭解其主要作為，每年並應向參、眾兩院提出一份年度報告（註56）。

(二)規則送交

聯邦採購政策局局長依本法訂頒之採購政策及規則，應在生效日前至少三十天報告於國會。報告中應載明（註57）：

1. 政策或規則之全文；
2. 訂頒該政策或規則之理由；
3. 於該政策或規則生效前，國會主管委員會得就此與之諮商之政府官員姓名及職稱。

七採購公告（procurement notice）（註58）

本法對採購作業設有若干補充規定，採購公告即為其一。採購公告視預定採購總額之大小，有兩種公告方式。第一種係由採購機關透

註 55：41 U.S.C.A. § 418 b. (1991). 如有急迫情況，致行政機關遵行上述預告／評論程序顯非適當時，機關首長得決定不履行上述程序。Id.

註 56：41 U.S.C.A. § 407 (a) (1991).

註 57：41 U.S.C.A. § 407 (b) (1991). 如情況急迫，總統得免聯邦採購政策局履行此一事前報告程序，但仍應儘早在生效日或生效日之前向國會報告。

41 U.S.C.A. § 407 (c) (1991).

註 58：41 U.S.C.A. § 416 (1991).

過商務部，登載於聯邦政府每日商情公報（Commerce Business Daily = CBD）；第二種係由各機關自行張貼招標公告（notice of solicitation）。

(一)每日商情公報公告

凡採購金額估計在小額採購門檻金額（目前為二萬五千美元）以上者，採購機關應備妥公告，送請商業部部長，刊登於聯邦政府每日商情公報。公告中應載明：

1. 有關預定採購之財產或服務之精確描述；
2. 投標所需之科技資料是否由政府隨同招標須知一併提供；如果是，應向政府中何人索取；
3. 對投標人（要約人）、其產品或服務是否設有資格要件（qualification requirements）；如果有，應向那個單位查詢細節；
4. 契約官之姓名、辦公地址及電話號碼；
5. 歡迎所有可靠廠商前來投標之意旨；
6. 不採競爭性程序者，其理由。

(二)自為招標公告

凡國防採購案金額估計在五千萬美元以上，二萬五千美元以下者；或其他（文）行政機關之採購案金額估計在一萬美元以上，二萬五千美元以下者，應在締約機關之公開場所張貼招標公告至少十日。公告之內容同前述在每日商情公報所載者。採購機關依法應在每日商情公報刊登公告者，可並自為招標公告，但須在每日商情公報刊登公告之日起十五日後，始得為之。又，投標截止日期不可定在自為招標公告之日起三十日內。

八競爭倡導官（註59）

為了進一步落實「完全而公開」競爭的原則，本法於一九八四年修正時，規定各個行政機關必須指定一名官員為競爭倡導官（advocate

註 59：41 U.S.C.A. § 418 (1991).

for competition)。其職權包括：

1. 掃除有礙完全而公開競爭之障礙；
2. 審查機關採購活動；
3. 建議高級採購官員採取行動，以促成完全而公開之競爭；找出採購作業中不當限制競爭之行爲；
4. 向高級採購官員提出年度報告，建議爲增加競爭宜採取之新行動，並指陳現存妨害競爭之障礙；
5. 建議高級採購官員在各該會計年度，爲增加競爭應達成之目標與計畫；
6. 建議高級採購官員採取個人及組織的競爭責任制度，使採購官員樂於尋求競爭；
7. 建議在採購訓練及研究計畫中強調競爭的方法。

九採購紀錄存檔（註60）

各行政機關應將所有採購的紀錄鍵入電腦，保存五年。並傳輸至前述總務署的聯邦採購資料系統（Federal Procurement Data System）中。

十成本會計標準委員會（註61）

自一九八八年十一月十七日起算一百二十日內，應在聯邦採購政策局下成立一獨立之成本會計委員會（Cost Accounting Standards Board），除聯邦採購政策局局長爲當然委員兼主席外，另外四名委員應分別由國防部部長、總務署署長各指派一人，聯邦採購政策局局長就業者代表及成本會計專家中各遴選一人。除聯邦採購政策局局長外，委員之任期爲四年。成本會計標準委員會主要的任務在於訂定、

註 60：41 U.S.C.A. § 417 (1991).

註 61：41 U.S.C.A. § 422 (1991). 此爲一九八八年修法時新增之規定。在此之前，自一九七〇年至一九八〇年主計長也曾主持過一個成本會計委員會。參見 W. KEYES, GOVERNMENT CONTRACTS UNDER THE FEDERAL ACQUISITION REGULATION § 30.2 (1986)

修正及廢止成本會計標準 (cost accounting standards)，以劃一公共契約裡的成本計算與分配。凡是美國政府簽訂之採購契約(包括主契約和轉包契約)價金在五十萬美元以上者，即須適用該委員會所頒布的成本會計標準，但契約價金係按商品銷售予大眾之確定市場價目表計算，或係由法律或命令所訂定者，不在此限。委員會頒佈各項成本會計標準時應經兩個回合的公告暨評論程序，每次接受各界評論的期間不得少於六十日，且應徵詢聯邦主計長 (Comptroller General) 之意見。

第三節 契約爭議 (處理) 法

鑒於公共契約相關立法一向偏重締約過程的規範，忽略締約後契約履行的問題，美國國會於一九七八年制定「契約爭議法」(Contract Dispute Act of 1978) (註62) (本節以下簡稱「本法」)，確立了公共契約爭議之裁定、申訴及訴訟制度。全文計有十三條，主要內容可分六個部分說明。

一、適用範圍

本法適用於各行政機關 (註63) 為

1. 採購現存不動產以外之財產；或
2. 購買各種服務；或
3. 委託進行不動產之興建、變更、修繕或維護；或
4. 處分動產 (註64) 。

註 62: Pub. L. 95-563, 92 Stat. 2383 (1978), See 41 U.S.C.A. § 601 et seq. (1991)。

註 63: 所謂「行政機關」(executive agency) 除包括各行政部會、獨立的行政機關、軍事部會及完全國營之公司外，尚包括郵局 (因郵局的業務費中有相當部分係來自於政府的撥款)。41 U.S.C.A. § 601 (2) (1991)。

註 64: 此項締約事由與前舉三項不同，蓋此時聯邦政府係立於賣方，而非買方，之地位。實務上這種所謂「剩餘 (物品) 出售」契約 ("surplus sales" contracts) 之締結完全由總務署 (GSA) 包辦。多年來總務署在契約裡已訂有所謂「標準爭議條款」，本法爰將之一併納入。

而締結之成文或不成文契約。(註65)準此規定，本法並非適用於一切公共契約；或者，更精確地說，本法主要是適用於為「採購」目的而締結的公共契約。(註66)又，本法只適用於締約後之契約爭議(即關於契約內容解釋及履行所生之爭議)，而不及於決標之爭議(contract award disputes)。(註67)

二、救濟程序

本法設有三道解決爭議的程序。首先，契約之爭議，不論係由承包商或行政機關提出，一律應由契約官(contracting officer)做成裁定(decision)。承包商不服上述裁定者，得選擇於法定期間內向各締約機關之(公共)契約申訴委員會(agency board of contract appeals)申訴，或向聯邦賠償法院(U. S. Claims Court)起訴。最後，承包商或行政機關不服申訴委員會之決定或聯邦賠償法院之判決，還可向聯邦特區巡迴上訴法院(U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit)上訴。茲分別說明如下。

(一)契約官之裁定

在契約履行過程中，承包商對政府有所請求(如請求付款、請求調整契約)時，應以書面送契約官裁定。他方面，行政機關就承包商有所請求(如請求履行債務或調整契約)時，亦應由契約官裁定。契

註 65: See 41 U.S.C.A. § 602 (a) (1991). 田納西河谷管理局(Tennessee Valley Authority)及國際合約(與外國政府或國際組織所締結者)原則上並不適用本法, See 41 U.S.C.A. § 602 (b) & (c) (1991).

註 66: 郵局與顧客間因郵遞而生之爭議不適用本法, 蓋此時政府單位(郵局)乃立於「提供」服務而非「採購」(獲取)服務之地位。See *Rider v. U.S.*, 7 Cl. Ct. 770, *affirmed* 790 F. 2d 91 (1985). 印地安人事務局(Bureau of Indian Affairs)提供修繕經費予印地安學校, 並非「採購」之性質, 因此所生之爭議亦不適用本法。See *Busby School of Northern Cheyenne Tribe v. U.S.*, 8 Cl. Ct. 596 (1985).

註 67: See, e.g., *Straga v. U.S.*, 8 Cl. Ct. 61 (1985). 關於決標爭議之處理, 見 48 C.F.R. 33 (1990) 及本報告第一篇第四章第四節之說明。

約官應以書面做成裁定，並記明理由、教示承包商權利救濟之途徑，送達承包商。（註68）承包商如未於法定期間（下詳）內申訴或起訴，裁定即告確定，不得再行爭議。（註69）行政機關對於契約官之裁定不得主動聲明不服。為免契約因爭議而中斷履行，行政機關得在契約內載明：契約爭議未決之前，承包商仍應依約忠實履行義務。（註70）為使爭議迅速解決，本法規定爭議之金額在五萬美元以下（含五萬美元）者，契約官應在收到請求（主張）後六十日內做成裁定。至於金額在五萬美元以上之爭議，承包商應先「保證」（certify）其請求（主張）係本諸善意，並已盡力提出完整及正確之資料支持其請求，且請求之金額未有浮誇。然後契約官應在六十日內或在其指定並通知承包商之合理期間內做成裁定。如契約官逾期不為裁定，承包商得請求機關契約申訴委員會指定契約官應做成裁定之期限，逾期不為裁定視同駁回請求，承包商得選擇逕向機關（公共）契約申訴委員會申訴，或向聯邦賠償法院起訴。（註71）

(二)向機關公共契約申訴委員會申訴

承包商不服契約官關於公共契約爭議之裁決時，得選擇自收到裁決書起九十日內向締約機關之公共契約申訴委員會申訴。（註72）各機關首長應於徵詢聯邦採購政策局局長之意見後，視該機關公共契約爭議案件之多寡，決定是否設立一至少由五人組成之專職契約申訴委員會。（註73）因此一委員會旨在裁決爭議，本法明定其委員選任與

註 68：41 U.S.C.A. § 605(a) (1991)。

契約官在決定書中無需載明具體的事實認定，即使載明亦無拘束其後申訴裁決或訴訟判決之效力。Id.

註 69：41 U.S.C.A. § 605 (b) (1991)。

註 70：Id.

註 71：41 U.S.C.A. § 605 (c) (1991)。惟此時受理申訴之委員會或受理訴訟之法院得暫停申訴或訴訟程序，靜候契約官之書面決定。

註 72：41 U.S.C.A. § 606 (1991)。

註 73：如其案件不多，不必自立申訴委員會受理時，該機關首長應使不服決定之承包商得利用其他機關之契約申訴委員會進行申訴。如該機關首長無法與其他機關達成此種安排時，應請聯邦採購政策局局長代為安排申訴之管道。

服務之方式應與行政法官 (administrative law judges) (註74) 相同，除禁止擔任與裁決不相容之其他職務外，並至少應有從事公共契約工作五年以上之經驗。(註75)

契約申訴委員會有權受理一切因不服契約官裁決而申訴之案件，同時得提供與承包商選擇在聯邦賠償法院起訴時可以獲得的相同的各種救濟。(註76) 每一位委員皆得採擇證言、調查證據 (包括簽發傳票命出席作證或命提出文件)。對於拒不服從傳票者，契約申訴委員會得經由聯邦司法部部长 (Attorney General)，向聯邦地方法院聲請發布命令。不按法院命令出席作證或提出文件者，即以藐視法庭罪論處。(註77)

為使行政救濟發揮其迅速及彈性之優點，本法規定申訴委員會應儘可能利用非正式的、便捷的及廉價的方法解決爭議。(註78) 同時規定各機關契約申訴委員會應在規則中，就繫爭金額在五萬美金以下之爭議，另設簡易程序，俾能在一百八十日內解決爭議。(註79)

註 74：所謂「行政法官」實際上係一特種公務員，並非美國憲法第三條之「法官」。為使其能獨立、公正地主持聽證、採擇證據、建議裁決決定，法律規定其懲戒 (含免職) 僅能由功績制度維護委員會 (Merit System Protection Board) 經聽證後為之 (5 U.S.C. § 7521)；其薪給原則上亦由人事管理處 (Personnel Management Agency) 決定，不受各該任用機關首長左右。

註 75：See 41 U.S.C.A. § 607 (a) & (b) (1991)。委員會主席與副主席由機關首長於委員中指定，主席應支領一般薪給表第十八級 (GS-18) 之薪俸，副主席支第十七級 (GS-17) 薪俸，其他委員支第十六級 (GS-16) 薪俸。41 U.S.C.A. § 607 (b) (1) (1991)。

註 76：41 U.S.C.A. § 607 (d) (1991)。承包商不服契約官之裁定而申訴時，行政機關固可提出反主張 (counter claims)，但該反主張如與契約官之原裁定無關，則非申訴委員會所得受理，當然也非聯邦特區巡迴上訴法院所得管轄之案件。See, e.g., *Joseph Morton Co. v. U.S.*, 3 Cl. Ct. 780 (1983), affirmed 757 F. 2d 1273 (Fed. Cir. 1985)。

註 77：41 U.S.C.A. § 610 (1991)。

註 78：41 U.S.C.A. § 607 (e) (1991)。聯邦採購政策局已依法 (41 U.S.C.A. § 607 (h) (1991)) 於一九七九年訂頒了各機關公共契約申訴委員會統一適用的程序。44 Fed. Reg. 12,514 & 34,277 (1979)。

註 79：41 U.S.C.A. § 607 (f) (1991)。至於是否使用此種簡易程序則完全由承包商決定。

(三)向聯邦賠償法院起訴

承包商不服契約官之書面裁定，除向各機關（公共）契約申訴委員會申訴外，亦可選擇司法救濟，即於收到裁定書之日起十二個月內向聯邦賠償法院提起訴訟。（註80）但行政救濟與司法救濟途徑只能擇一行使，一旦選擇前者（向申訴委員會申訴），即不得再向聯邦賠償法院起訴。（註81）

聯邦賠償法院（United States Claims Court）係依據一九八二年聯邦法院改進法（Federal Courts Improvement Act of 1982）所設立之憲法第一條的「立法院」（“Legislative Article I” court）（註82），共有十六名法官，皆由總統提名，經參議院同意後任命，任期十五年。非有心神喪失、怠忽職守（neglect of duty）、從事律師業務等法定事由，並由聯邦特區巡迴上訴法院經過聽證後以多數決議決，不得加以免職。（註83）

聯邦賠償法院調查證據之程序與各機關公共契約申訴委員會相若。不過前者主要是依循聯邦民事訴訟程序規則（Federal Rules of Civil Procedure）。由於採取當事人進行主義，訴訟一方當事人有權命對造提出文件，無待乎法院主持。（註84）拒不提出文件供政府檢

註 80：41 U.S.C.A. § 609 (a) (1991).

註 81：See, e.g., *S. J. Groves & Sons Co. v. U.S.*, 661 F. 2d 170, 228 Ct. Cl. 598 (1981); *Sealtite Corp. v. General Services Admin.*, 614 F. Supp. 352 (1985).

此時，當然亦不得向其他聯邦法院起訴（因其他法院就此等案件並無管轄權）。

註 82：憲法第一條的法院係相對於憲法第三條之法院而言，後者所屬法官享有終身任期及不得減俸之保障。美國聯邦最高法院承認在三種例外情形下，立法者可以立法創設所謂「立法院」，用以裁判有關「公權利」（public rights）的案件。See *Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982).

聯邦賠償法院自成立以來即繼受其前身 United States Court of Claims（1855年設立）之判決。

註 83：28 U.S.C.A. § § 176-177.

註 84：Fed. R. Civ. P. Rule 26ff.

查的承包商，可能遭到駁回請求的處罰。（註85）

（四）向聯邦特區巡迴上訴法院上訴

承包商或行政機關不服各機關（公共）契約申訴委員會之申訴決定者，得自收悉決定書之日起一百二十日內，向聯邦特區巡迴上訴法院起訴。（註86）承包商先前選擇逕向聯邦賠償法院起訴而不服其判決者，或行政機關不服聯邦賠償法院之判決者，皆得自接悉判決書起六十日內向聯邦特區巡迴上訴法院提起上訴。（註87）

聯邦特區巡迴上訴法院（Court of Appeals for the Federal Circuit）係根據一九八二年聯邦法院改進法所設立的新的（也是第十三個）上訴法院。所屬十二名法官皆為上訴法院法官，且與其他上訴法院法官享有同等薪俸與保障。至其與其他上訴法院不同之處包括：較其他上訴法院更為專業；依法須全院合議或至少三名法官合議；雖設址於哥倫比亞特區（華府），但得在其他十二個上訴法院所在地開庭審案。（註88）

各機關公共契約申訴委員會之決定在事實認定部分，除有詐欺、恣意、任意、顯示惡意之重大錯誤、或欠缺實體證據（substantial evidence）之支持者外，即屬確定，聯邦特區巡迴上訴法院不得變更之。（註89）亦即，聯邦特區巡迴上訴法院對機關公共契約申訴委員會決定之審查，原則上為法律審。惟本法對於不服聯邦賠償法院之判決，而上訴至聯邦特區巡迴上訴法院時，應採何種標準進行審查一點

註 85：See, e.g., *Metadure Corp. v. U.S.*, 6 Cl. Ct. 61 (1984).

註 86：41 U.S.C.A. § 607 (g) (1) (A) (1991).

為免行政機關濫行上訴，其向聯邦特區巡迴上訴法院起訴前，須先經過聯邦司法部長（Attorney General）同意。41 U.S.C.A. § 607 (g) (2) (1991).

註 87：Fed. R. App. P. Rule 4.

註 88：28 U.S.C.A. § § 44 & 1295 (1991).

註 89：41 U.S.C.A. § 609 (B) (1991).

所謂「實體證據」只需神智正常之人（a reasonable person），就行政機關所提出之相關及可信之證據觀之，可以贊同其決定時，即為已足；即使其他神智正常之人並不贊同該決定，亦不發生妨礙、參見 BLACK'S LAW DICTIONARY 745 (abridged 5th ed., 1983).

未有規定。實務上聯邦特區巡迴上訴法院係採用所謂「顯然錯誤」(clearly erroneous)標準,亦即「雖有證據支持(賠償法院之)事實認定,但審查法院審酌全盤證據,確信原審法院犯有錯誤時」(註90),仍得予以推翻。換言之,聯邦特區巡迴上訴法院對於公共契約爭議,實際上是採用雙重標準進行審查的,視其為各機關公共契約申訴委員會之決定或聯邦賠償法院之判決而異。實務上,由於聯邦最高法院幾乎完全拒絕對公共契約法案件頒發「移審令」(certiorari),聯邦特區巡迴上訴法院殆成終審法院。

三、鼓勵和解

本法設有契約爭議之行政爭訟與司法爭訟途徑已如前述,但無害於政府鼓勵以和解代替爭訟之政策。(註91)契約官在做成最後裁決前,通常會與當事機關及承包商會晤,尋求和解的可能。依照本法及聯邦採購規則之規定,契約官擁有廣泛的裁量權,可代表政府(締約機關)與承包商締結並執行和解契約。(註92)即使在裁定之後,只要申訴之法定期間尚未屆滿,契約官仍可與承包商達成和解。(註93)當爭議進入機關契約申訴委員會申訴時,即使委員會已做成決定,只要法定的上訴(於聯邦特區巡迴上訴法院)期間尚未屆滿,契約官仍可與承包商達成和解。(註94)惟一旦爭議進入法院,便只有聯邦司法部部長才有權代表政府和解了(註95)。

註 90: *Milmark Serv., Inc. v. U.S.*, 731 F. 2d 855 (Fed. Cir. 1984).

註 91: 聯邦採購規則明揭:「嘗試以協議,而非訴訟,在契約官處解決一切契約問題乃政府之政策。」FAR 33.204.

註 92: 主要的限制在於:涉及詐欺之主張(爭議),契約官不得為和解。See 41 U.S.C.A. § 605 (a) (1991); FAR 33.210.

註 93: See, e.g., *Continental Chemical Corp.*, GSBGA 2986, 69-2 BCA 7926 (1969); *Precision Tool & Engineering Corp.*, ASBCA 16652, 73-1 BCA & 9879 (1973); *Roscoe-Ajax Construction Co. v. U.S.*, 198 Ct. Cl. 133, 458 F. 2d 55 (1972); See J. CIBINIC & R. NASH, ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS 984-985 (1986).

註 94: *American Bosch Arma Corp.*, ASBCA 10305, 67-2 BCA 6564 (1967), See J. CIBINIC & R. NASH, *Id.* at 985.

註 95: 28 U.S.C.A. § § 516 & 519 (1991); Exe. Or. 6,166.

四 詐欺／不實主張除外

承包商之主張涉及詐欺或就事實為不實陳述 (misrepresentation of fact) 者，不適用本法處理。承包商除應就不實主張自行負責外，並應賠償政府因審查其不實主張所支出之費用。(註96) 實務上，對於承包商涉嫌詐欺的主張並沒有一定的處理方法。聯邦司法部可以與進行中之刑事偵查發生衝突為理由，請求機關公共契約申訴委員會暫停申訴程序。當政府方面能證明顯有詐欺之虞，或與該不實主張直接相關之問題已在法院進行訴訟時，機關公共契約申訴委員會通常會暫停申訴程序，靜候詐欺嫌疑澄清。(註97)

五 次承包商請求之禁止

為單純與經濟計，本法明確地採用「單點接觸」(single point of contact) 或「資助關係路徑」(sponsorship approach) 作為契約管理的原則。準此，次承包商 (subcontractor) 既與行政機關 (政府) 沒有契約關係，自不許其利用本法之行政救濟程序。除次承包商與政府間存有一種「隱祕契約」關係 ("in privity of contract" with government) 外，不得逕自提出申訴。(註98) 但如次承包商之主張係本於承包商與政府間之契約，則可在承包商之支持下，由承包商代表次承包商提出申訴，或允由次承包商以承包商之名義提出申訴。(註99)

六 整個契約爭議的流程可以繪成下圖示意：

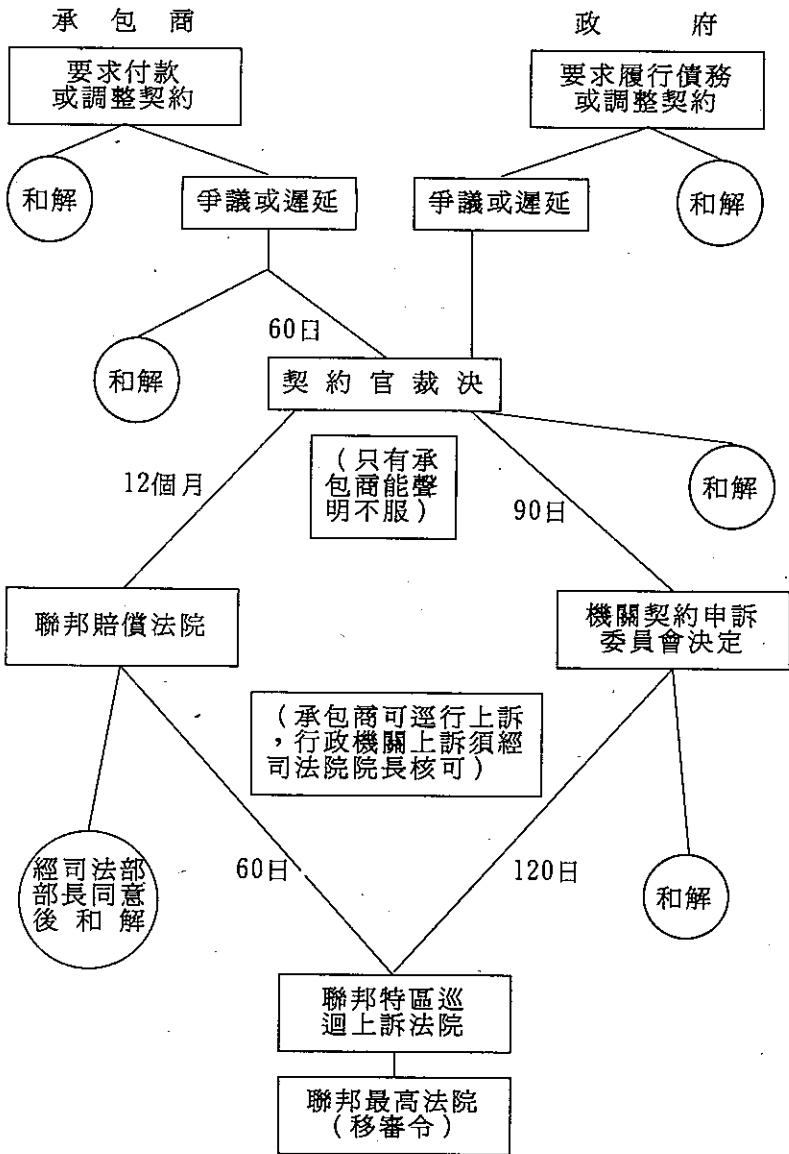
註 96 : 41 U.S.C.A. § 604 (1991).

註 97 : See J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 93, at 956-958.

註 98 : 例如承包商為政府之代理人 (agent) 時，此種關係便能成立，但實務上少有這種代理關係。See, e.g., Turner Construction Co., ASBCA 25171, 81-1 BCA 15,070, mot. for reconsid. denied, 81-2 BCA 15,186 (1981); J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 93, at 964.

註 99 : See, e.g., J.M.C. Mechanical, Inc., ASBCA 26750, 82-2 BCA # 15,878 (1982); Agnew Construction Co., GSBCA 4178, 75-1 BCA # 11,086 (1975); J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 93, at 965.

圖1-1 公共契約爭議流程



資料來源：J. CIBINIC & R. NASH, ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS 949, Fig. 12-1 (1986).

第四節 聯邦採購規則系統

爲落實前述聯邦採購政策局法之規定，劃一各聯邦行政機關採購之政策及程序，並將之公告及法典化，乃有聯邦採購規則系統(Federal Acquisition Regulation System = FARs)之建立。(註100)該系統由一份主要文獻(the primary document)與數十份補充文獻(supplementary document)所構成。前者爲所有聯邦行政機關一體適用之「聯邦採購規則」(Federal Acquisition Regulation = FAR)，後者爲各機關爲適用或補充前者而自行頒佈之細則。前者彙編於聯邦行政規則彙編(Code of Federal Regulations = CFR)第四十八篇第一章(Title 48, Chapter 1)；後者則見於同一彙編同篇第二章至第九十九章。整個系統十分龐大：聯邦採購規則有七百餘頁，各機關發布之補充細則更多達數千頁。限於時間及篇幅，本文介紹僅限於聯邦採購規則。

一、聯邦採購規則之管理體系

由於各聯邦機關進行採購所依據之法源不一，已如前述，目前這一套統一的聯邦採購規則乃由三個主要採購機關——國防部、總務署及國家航空暨太空總署共同研擬、發布並維持。(註101)爲管理之需要，共設有三個委員會及一個祕書處。(註102)

(一)國防採購管制委員會(Defense Acquisition Regulatory Council)

其成員包括各軍部、國防後勤署(Defense Logistics Agency)及國家航空暨太空總署之代表，並以國防部部長之代表爲主席。

註 100 : FAR 1.101.

註 101 : FAR 1.102 (b) & 1.202.

註 102 : FAR 1.201.

(二)文職機關採購委員會 (Civilian Agency Acquisition Council)

其成員包括來自農業部、商業部、能源部、健康暨人群服務部、內政部、勞工部、國務院、交通部、財政部、環保署、小型企業署及退伍軍人事務部之代表，以總務署署長之代表為主席。上述各部會代表應由具備採購經驗及專業才幹之人出任，並皆為全職工作。上述兩委員會先以分工方式，各自研擬聯邦採購規則之修正條文，繼而相互審議另一委員會所提出之修正案。

(三)聯邦採購管制委員會 (Federal Acquisition Regulatory Council)

其成員包括聯邦採購局局長、國防部長、國家航空暨太空總署署長、總務署署長。其主要任務在於協助協調、劃一聯邦政府的採購政策及管制活動。(註103)

(四)祕書處

祕書處工作由總務署負責，主要在提供前述兩委員會所需之幕僚支援，並透過聯邦行政規則彙編系統印製、發行聯邦採購規則。

三、聯邦採購規則適用之範圍

聯邦採購規則除明文排除者外，適用於其所定義之一切「採購」(acquisitions)。(註104)聯邦行政規則彙編第四十八篇第一章共分為五十三節(parts)，第二節為用語之定義(definitions of words and terms)。所列二十二個用語除依其具體情況顯然應為不同之解釋，或在其他節中另有不同之定義者外，概以第二節之定義為準。

註 103：此委員會依法負責「管理、協調、控制及監督聯邦採購規則之發布、修正等事項」。41 U.S.C.A. § 421(f)(1991)。但由於聯邦採購政策局法明文授權該局局長於國防部、國家航空暨太空總署和總務署之間未能化解歧見時，有訂頒統一採購政策及規則之權，實務上此一委員會之重要性遂大減。

註 104：FAR 1.103。

所謂「採購」，係指：「為供聯邦政府使用之目的，以（預算）撥款經由買賣或租賃契約，獲得物品（supplies）或服務（services）（含營繕工程在內）之行爲；至物品或服務係既已存在者，或猶待創造、開發、展示及評估者，則在所不問。」又「採購始自機關需求確定之時，包括滿足機關需求之要件描述、招標、審標、決標、契約融資、契約履行、契約管理、以及其他與運用契約滿足機關需求之目的直接相關之技術及管理功能。」（註105）

所謂「物品」（supplies）依同條之定義係指：「除土地或土地利益以外之財產，包括（但不限於）公共工程、建築物、設施，船舶、飄浮設備、各式艦隻、及其零件與附件，飛機、飛機之零件、附件及設備，工具機等。」（註106）

另外，所謂「行政機關」（executive agency）係指：「依據美國法典彙編第五篇第101條、第102條及第104(1)條所分別定義之行政部會、軍事部會、或獨立機關，以及同一彙編第三十一篇第9101條所定義之完全由聯邦政府所有之公司。」（註107）

總此，聯邦採購規則原則上適用於所有聯邦行政機關（含完全國有之公司）以契約獲取土地以外之財物及各種服務（含營繕工程在內）之行爲。

三訂頒聯邦採購規則之行政程序

聯邦行政機關訂頒法規命令除法律另有規定外，本當遵守行政程序法（Administrative Procedure Act）所規定之預告暨評論程序（notice & comment procedures）。（註108）但因該法（註109）原將「政府契約」排除於其適用範圍之外，聯邦機關訂頒採購作業之規則時，遂可不履行上述程序。事實上，聯邦採購政策局法又規定了一

註 105：FAR 2.101 "Acquisition".

註 106：FAR 2.101 "Supplies".

註 107：FAR 2.101 "Executive agency".

註 108：有關美國行政程序法之一般說明參見拙著，前揭（註52）文。

註 109：5 U.S.C. § 553 (a) (2) (1988).

套與行政程序法大體相同之命令訂定程序。約言之，凡聯邦採購規則之制定或修正將對承包商或要約人造成重大之成本或行政上之影響者，即須履行預告暨評論程序。（註110）

四 聯邦採購規則之權變

除法律、總統行政命令或規則明文禁止者，及聯邦採購規則第30節有關成本會計標準（cost accounting standards）之規定外，其他聯邦採購規則中之規定，於各機關為滿足其需求所必要之範圍內，皆可經機關首長核可後，為異於聯邦採購規則之作爲（例如省略某些招標條款或標準契約條款）。此謂之權變（deviations）（英文或可直譯為「脫軌行爲」）。允許權變的理由原在鼓勵發展、試驗新的採購方法與技術。

權變依其受影響之締約活動為單一或多數，又分為個別權變（individual deviations）與種類權變（class deviations）兩種。種類權變如有必要成爲一種永久性的例外時，採購機關應正式提議修正規則。（註111）但種類權變可以使用多久，始提議正式修正規則；又提議後至完成修正前，可否繼續使用種類權變等，聯邦採購規則皆未有規定。論者以爲權變太易殆已成劃一規則之漏洞。（註112）

五 各機關訂頒之聯邦採購規則補充細則

聯邦採購規則之制定本在劃一並簡化各機關的採購作業程序，故限制各機關非因執行聯邦採購規則所必要，及非為補充聯邦採購規則以滿足機關需求所必要，不得訂頒適用於各該機關之細則。然實務上

註 110：預告內容及方式，同本文第一篇第二章第五節之說明，不贅。惟 FAR 1.501-2 (c) 規定一般情形下，機關應預備60日之期間供利害關係人評論預告之規則。另 FAR 1.501-3 亦保留了與行政程序法類似的預告／評論程序之除外規定，亦即因情事急迫致在生效日前徵求各界評論顯然不切實際者，得不履行一般預告／評論程序。

註 111：FAR 1.404.

註 112：W. KEYES, *supra* note 61, at 11-12 (1986).

，各機關訂頒之細則已厚達數千頁，為採購規則的好幾倍，儼然成為劃一採購規則的另一漏洞。（註113）至其訂頒之行政程序因與聯邦採購規則雷同，不復贅述。

註 113: Id. at 11.

第二章 聯邦公共契約法總則

繼前章體系介紹之後，本章擬說明公共契約法之一般原則。第一節略論契約成立之原則；第二節討論政府締結公共契約之權力及其限制；第三節探討公共契約相關人的行為標準——不當商業慣例與個人利益衝突之禁止；第四節介紹公共契約之類型。

第一節 公共契約成立要件

公共契約雖然另有一套由法律與行政規則交織而成的規範，然其究為一種契約，關於其成立與變更仍然受普通法的規範。在深入研討各締約階段的細節之前，有必要就公共契約成立之原則略作說明。

聯邦採購規則定義「契約」(contract)為：「一種具有相互拘束力的法律關係，賣方負有提供物品或服務(包括工程營繕)之義務，而買方則有給付價金之義務。」(註114)另據契約法新編第二版(THE RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS (1981))第一條之定義，「契約」為「一項或一組承諾；對其違反，法律將予救濟之道，或法律以某種方式承認其履行為一項義務。」一般以為契約成立應具備若干要件，例如：契約當事人須具備締約之法律能力，當事人應有合意，承諾應有約因(consideration)之支持，合意之內容須適法等。茲就其中最關鍵的兩要件，略作申論。

一、合意之表示(manifestation of mutual assent)

契約成立首須當事人就相同條款互為同意。契約法新編第22條規定：

註 114: FAR 2.101 "Contract".

「合意之表示通常以一方當事人爲要約或提議，繼由他方當事人爲承諾之方式展示。

即使無從辨識要約或承諾，亦無法確定成立之時點，仍可爲合意之表示。」

(→) 要約 (Offers)

契約法新編第 2 4 條定義「要約」爲：「願意締結某項交易之表示，其表示使他人以爲如接受該邀請而爲同意，交易即可成立」。聯邦採購規則定義「要約」爲：「對要約之誘引（或稱「招標」）之回應，一經接受將拘束要約人，使負履行契約之義務。對投標邀請所爲之回應稱爲「投標」（bids）或祕密標（sealed bids）；對企劃標邀請所爲之回應稱爲「企劃案」（proposals）；對於報價（議價）邀請所爲之回應稱爲「報價」（quotes）。報價究其性質並非要約。」（註115）準此，要約須能清楚地顯示受要約人一旦爲承諾，要約人即受拘束，勿庸再爲協商或溝通之意思，始足當之。（註116）

在公共契約裡，通常由政府主動發布「要約徵求啓示」（Solicitation for Offers），一稱「要約之誘引」，俗稱「招標須知」。招標之後政府即負有公平考量投標或企劃案之義務。（註117）採購之類型不同，要約之誘引與要約之形式亦有不同：

1. 競標採購：政府以第 3 3 號標準表格（Standard Form 33）作爲投標邀請書（Invitation for Bids = IFB）。廠商回應此一邀請所爲之「祕密標」即爲要約，並以政府之決標爲承諾。
2. 協商採購：在不採用競標方式的採購程序中，因爲協商程序需

註 115：FAR 2.101 "Offer".

註 116：See, e.g., Best Western Quantities Inn Conference Center, Comp. Gen. Dec. B-209500, 83-1 CPD #164 (1983); Primary Metals & Mineral Corp. v. U.S., 214 Ct. Cl. 90; 556 F.2d 507 (1977). 如僅表示邀請對方進行協商之意思，猶不構成要約，See Elkhorn-Hazard Coal Co. v. Kentucky River Corp., 20 F.2d 67 (6th Cir. 1927).

註 117：See, e.g., CACI, Inc. Federal v. U.S., 719 F. 2d 1567 (Fed. Cir. 1983); Caddell Construction Co. v. U.S., 7 Cl. Ct. 236 (1985).

保持彈性，政府也可以為要約人。政府為徵求企劃案，通常發布企劃案邀請書 (Request for Proposal = RFP)。在競爭性協商程序裡，政府一般會給予具備一定競爭力之企劃案以口頭或書面協商之機會，此時提出企劃案之要約人可再次提出所謂「最佳及最後要約」 (best and final offer)。此一協商程序可重覆進行多次，直到政府滿意並接受某個企劃案為止。至於非競爭性協商程序，如政府不滿意原始企劃案，一般多逕行協商至協議產生為止，孰為要約人須視契約書上簽名之先後而定。先簽名者為要約人。

3. 報價邀請：政府不期待要約之回應時，通常發布報價邀請書 (Request for Quotation = RFP)。廠商所為之報價一般只作為協商 (議價) 之基礎，協商有了結果政府始將契約送予廠商簽字，再由廠商送回政府簽署承諾。惟小額採購裡，政府在接獲報價之後即開發採購單 (purchase order)，此採購單方為要約，報價本身猶非要約。(註118)

(二) 要約之撤回或修正

按契約法之一般原則，除要約人有相反之表示外，要約人本可自由撤回要約。契約法新編第 4 2 條規定：「受要約人為承諾之權利，於其接悉要約人不願締約之表示時終止。」上述原則在公共契約受到許多限制。質言之，要約可否撤回須視契約之類型及採購進行之階段而定。在祕密標採購程序裡，要約 (祕密標) 在開標之前皆可撤回 (撤標) 或修正。(註119) 至協商採購時，在決標前企劃案可以撤回，

註 118: See MPI Enterprises, Inc., ASBCA 25339, 83-2 BCA #16,761 (1983); FAR 13.108 (a).

註 119: FAR 14.303 (a).

至於開標後則不可再行撤回或修正, Refining Associates, Inc. v. U.S., 124 Ct. Cl. 115, 109 F. Supp. 259 (1953).

但未必可以修正。(註120)

(三) 承 諾

契約法新編第 50(1) 條定義「承諾」(acceptance) 爲：「受要約人依要約所定之方式，就要約之內容所爲同意之表示。」承諾之方法可爲承諾之通知，亦可爲契約之履行。前者爲典型之情形，例如政府在承包商(要約人)已簽字之標準表格(定型化契約)上簽名。後者只見於小額採購；政府以採購單提出要約，承包商可逕行給付以爲承諾。(註121)至於承諾之期限，依契約法新編第 41 條之規定

「(1)受要約人爲承諾之權利於要約所載之時點屆至時終止，未載明承諾期限者，於合理期間經過後終止。

(2)所謂合理期間(a reasonable time)乃事實問題，應依要約時及期待承諾時存在之各種情況決定。」

使用標準表格第 33 號作爲「投標邀請書」及「企劃案邀請書」者，一般都載明承諾須自「開標」或「企劃案截止收件」之日起六十日內爲之。非在承諾期限內爲承諾，即無法成立契約。(註122)未訂有承諾期限者，須在合理期間內爲承諾，而所謂「合理期間」常生爭

註 120：FAR 52.215-10 (h).

至其修正，原則上僅限於政府要求要約人再提出「最佳及最後之要約」(best and final offers)時始加以考慮。

FAR15.412。但在被選定進行協商之要約人與政府協商過程中所爲之所謂「尋常修正」(normal revisions)，按聯邦採購規則也被允許。Id.

註 121：See Michigan Hardware Co., ASBCA 24419, 80-2 BCA #14,670 (1980); VEP Associates, Inc., ENGBCA 4915, 84-1 BCA #16,958 (1983).

除政府在要約中明定須以書面爲承諾之通知外，受要約人(承包商)提出要約內容之給付即是承諾，而有拘束政府之效力。Sunshine Fruit Juice Co., ASBCA 13,761, 69-2 BCA #8,055 (1969); ITT Defense Communications Div., ASBCA 13,420, 69-1 BCA #7548 (1969).

註 122：承諾期間經過後，政府即喪失以承諾締結契約之權利，同時投標人即有拒絕履行得標契約之權利。See 46 Comp. Gen. 371, at 273 (1966).

議。(註123)

承諾發生效力之時點因要約所定承諾方式及傳達方法之不同而異。以對話為要約者(包括面對面之溝通、電話或電傳溝通),承諾以受要約人以陳述或簽字表示同意時生效。(註124)至以電報或郵遞為承諾者,普通法採發送主義,即以受要約人發出承諾時為承諾生效時點,之一稱「信箱法則」(“mailbox rule”)(註125);聯邦賠償法院之判例則採到達主義,即以承諾通知到達要約人時為承諾生效之時點。(註126)然政府輒在招標須知中載明:於決標之通知「寄達或以其他方式送達」(“mailed or otherwise furnished”)於要約人時,契約成立。(註127)直接以履行作為承諾者,以履行之始為承諾生效之時點。(註128)

承諾主要應顯示「合意」,詳言之:

1. 承諾之內容須與要約內容一致。(註129)
2. 須表明願受拘束之意旨。契約官必須清楚地表達政府願意接受要約內容拘束之意旨,如僅通知要約人已中選為「最低價回應標」(the lowest responsive bid)猶不足以構成承諾。(註

註 123: *International Graphics v. U.S.*, 4 Cl. Ct. 515 (1984) 謂「合理期間至少應有14日」。*National Movers Co. v. U.S.*, 181 Ct. Cl. 419, 386 F. 2d 999 (1967) 認為限制在開標後兩天之星期五下午三點以前為承諾係合理之期間,即使下週一上午即須開工。又, *Garcia Concrete, Inc., AGBCA* 78-105, 80-1 BCA #14,237 (1980) 認為23天之期限「要非過長」。

註 124: *RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS* § 64 (1981).

註 125: *RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS* § 63 (1981).

註 126: *See Rhode Island Tool Co. v. U.S.*, 130 Ct. Cl. 698, 128 F.Supp. 417 (1955).

註 127: FAR 52.214-19 & 52.215-16.

註 128: FAR 13.108 (b).

註 129: *See U.S. v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947); *RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS* § 58 (1981).

在祕密標採購,承諾須係勿庸經協商,亦未與要約內容有實質差異者,始足當之。*CRF v. U.S.*, 224 Ct. Cl. 312, 624 F.2d 1054 (1980).

130)

3. 合意之內容應確定，俾給付之內容得以合理確定。如政府需要承包商立刻提供物品或服務，而一時間無法協商出完整之合意時，可採用所謂「授權契約」(letter contract)，將內容確定的工作留待日後協商，惟政府因授權契約所負擔之責任不得超過最後議定之正式契約預估價金的百分之五十。(註131)
4. 附條件之承諾：契約官得以獲得支付契約價金所必要之預算款項，或以獲得機關首長指定之人之同意，作為條件而承諾。條件成就時，承諾發生效力。(註132)

二、拘束雙方當事人之原則 (binding the parties)

英美契約法與大陸法系契約法最大之不同，在於僅有雙方當事人之合意尚不足以成立契約。欲使合意對雙方當事人產生拘束力，或謂欲使法院以公力確保合意獲得執行，猶需某種用以換取承諾之事物存在，此即所謂「約因」；或雖無約因存在，但承諾係可合理信賴者，此即所謂「禁止反悔」。(註133)

(一) 約 因

為換取對方承諾而同意支付之代價(對價)謂之約因(consideration)。按契約法新編之定義(註134)：

1. 須為被期待之履行(performance)或對應承諾(a return promise)，始為約因。

註 130: See *Dematteo Construction Co. v. U.S.*, 220 Ct. Cl. 579, 600 F.2d 1384 (1979); *City of Klewocck v. U.S.*, 2 Cl. Ct. 580 (1983), *aff'd*, 732 F. 2d 168 (Fed. Cir. 1984).

註 131: FAR 16.603-2 (d).

雙方最後未能達成確定之價格協議時，契約官有權逕行決定合理之價格，承包商不服可行申訴。FAR 16.603-2 (c).

註 132: FAR 32.703-2, 52.232-18, 4.103 & 52.204-1 (1991).

註 133: 詳見 M. WHINCUP, *CONTRACT LAW AND PRACTICE: THE ENGLISH SYSTEM AND CONTINENTAL COMPARISONS* 49~71 (1990).

註 134: *RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS* § 71 (1981).

2. 承諾人以其承諾所追求者，受承諾人所用以換取該承諾者，即為被期待之履行或對應承諾。

3. 所謂「履行」包括：

- (1) 承諾以外之其他行為，或
- (2) 自制不行使權利 (forbearance)，或
- (3) 某種法律關係之創設、變更或消滅。

約因之形式主要有二，一為履行義務之承諾，一為自制。當政府為有利於承包商之契約修改而未自承包商處獲取額外、不同之承諾或履行時，即屬欠缺約因。(註135) 契約之一方當事人如可任意終止契約而規避一切契約義務時，亦為欠缺約因。(註136) 此外，一方當事人以放棄某種權利或自制不行使某種權利為手段，由他方當事人換取某些利益時，亦可認為有約因存在。(註137)

法院和各機關公共契約申訴委員會一般只問是否有約因存在，而不深究約因之妥當性。(註138) 但如約因內容顯然不合理時，法院仍可拒絕執行。(註139)

(二) 棄權 (waiver) 與禁止反悔 (estoppel)

為保護他方當事人因信賴承諾所獲得之利益，即使其取得該利益並未支付對價 (約因)，基於衡平與正義的理念，承諾人亦不得收回

註 135: See Joseph J. Jaeger Jr., ASBCA 11413, 66-2 BCA #5757 (1966) (修改契約新增生活補助費，而承包商卻未增加任何義務，此種契約修改無效)；
Preis Co. v. U.S., 58 Ct. Cl. 81 (1923) (政府同意就未曾使用而退還之衣服支付手續費，但因承包商原負有此一義務，上述協議不具執行力)。

註 136: See, e.g., Torncello v. U.S., 231 Ct. Cl. 20, 681 F. 2d 756 (1982).

註 137: See ITT Gilfillan, Inc. v. U.S., 200 Ct. Cl. 367, 471 F. 2d 1382 (1973).

註 138: See Mills v. U.S., 187 Ct. Cl. 696, 410 F. 2d 1255 (1969). 雙方當事人之義務並不一定要相對平等，see U.S. v. American Trading Co, 138 F. Supp. 536 (N.D. Cal. 1956); Aywon Wire & Mental Corp., ASBCA 4966, 1963 BCA #3912.

註 139: 在 Hume v. U.S., 132 U.S. 406 (1889) 案，聯邦最高法院認為以每噸 1,200 美元之價格購買實際上每噸只值 35 美元之玉米皮，乃顯然不合理之交易。遂以違反誠實、公平交易及善良道德之公共政策為由，拒絕執行此一交易。

原承諾或否認原先導致他方當事人信賴之行爲，是謂「禁止反悔」(estoppel)原則。(註140)

賠償法院嘗闡述「禁止反悔」之構成要件(註141)：

1. 被禁止反悔之一方當事人知悉事實真相；
2. 被禁止反悔之一方當事人有意使其行爲爲主張禁止反悔之他方當事人所信賴，或前者行爲之方式使後者有理由相信其有上述意旨；
3. 主張禁止反悔之當事人不知事實真相；
4. 主張禁止反悔之當事人因信賴被禁止反悔之當事人之行爲而受有損害。

什麼樣的政府行爲會使承包商因信賴而受有損害，須在個案中認定；口頭建議或暗示之行爲有時即可使政府受禁止反悔原則之拘束。(註142) 承包商之信賴(政府行爲)及因信賴而致生損害是禁止反悔成立與否的關鍵。(註143)

註 140：“Estoppel”一辭非英美法普通法上面有用語，乃拉丁字“Stupa”演變而來，原意爲「麻」，衍伸爲用以堵住缺口或漏洞的東西。

註 141：*Emeco Industries, Inc. v. U.S.*, 202 Ct. Cl. 1006, 485 F. 2d 652, at 1015 (1973).

註 142：See, e.g., *Peninsular Chemresearch, Inc.*, ASBCA 14,384, 71-2 BCA #9066 (1971) (政府對其先前默示批准之計價方法導致之結果，必須接受)；*Board Avenue Laundry & Tailoring v. U.S.*, 231 Ct. Cl. 1, 681 F.2d 746 (1982) (因契約官不當批准而增加之工資，政府應負責給付)。但聯邦最高法院在 *Heckler v. Community Health Services of Crawford County, Inc.*, 467 U.S. 51 (1984) 卻又質疑可因信賴政府之口頭建議(非書面建議)而禁止反悔。又 *Eastern Marine, Inc., Comp. Gen. Dec. B-213945, 84-1CPD #343* (1984), *aff'd* 5 Cl. Ct. 34 (1984) (因信賴由電話談話所得，且與企劃案邀請書中之明文規定相左之資訊，尚不足對政府主張禁止反悔)。

註 143：See *California-Pacific Utilities Co. v. U.S.*, 194 Ct. Cl. 703 (1971) (承包商明知政府官員無權在契約中加入賠償條款，自不得據此協議要求政府受拘束)；*City of Alexandria v. U.S.*, 3 Cl. Ct. 667 (1983), *rev'd*, 737 F. 2d 1002 (Fed. Cir. 1984) (雖信賴政府之行爲但未受有損害，亦無禁止反悔原則之適用)。

棄權通常見於政府怠於及時終止契約，致使承包商相信政府已放棄契約終止權之行使，故繼續為給付之情形。另，政府允許承包商權變不從契約之原約定時，自不得再以違反該契約約定為由終止契約。棄權與禁止反悔兩辭在實務上經常併用。（註144）

第二節 締約之權力及限制

本節討論政府締結公共契約權力相關的問題，包括：誰有權代表政府締約？未經授權而代表政府締結之契約能否拘束政府？違法的公共契約發生如何之效力？

一、政府締約之權力

締結公共契約獲取物品或服務的權力屬於各機關首長（the agency head）。各機關首長得成立專責單位負責締約活動，並將其締約權力授予該單位主管（the head of the contracting activity）行使；該主管通常為機關之首席契約官，並得將締約權力轉授予所屬契約官行使。職是，聯邦採購規則（註145）乃謂惟契約官（contracting officers）能代表政府締結及簽署契約。

（一）契約官之權限

契約官者有權代表政府締結、管理或終止契約，並為與契約有關之核定及認定（determinations and findings）（註146）之人。（註147）亦即，契約官得行使之權力不限於締約（決標），尚及於契約

註 144：See, e.g., *Nager Electric Co. v. U.S.*, 184 Ct. Cl. 390, 396 F. 2d 977 (1968); *Gresham & Co. v. U.S.*, 200 Ct. Cl. 97, 470 F. 2d 542 (1972).

註 145：FAR 1.601.

註 146：「核定及認定」係指採取某項契約行動前，按法規規定必須取得之特種書面核准。核定者有「認定」支持之結論或決定；「認定」者支持核定所必要之事實陳述或理由說明。認定應包括各種法律及規則所規定之要件。FAR 1.701.

註 147：FAR 2.101 "contracting officer"

之管理及終止。實務上，契約官擁有之權力端視其所獲之授權而定。由於契約官所為之契約活動只在其獲有授權的範圍內才能拘束政府，任命契約官之機關（首長）應以書面載明其授權限制，並使公眾和機關公務員得以輕易查悉該授權限制，以維護交易安全。（註148）僅有締約（決標）權之契約官，俗稱為採購契約官（procuring contracting officers）；僅得代表政府終止契約、處理善後事宜者，俗稱終止契約官（termination contracting officers）。

(二)契約官之選任

各機關應建立選拔、任命及解任契約官之制度。（註149）各機關首長（或其指定之人）選拔契約官時，應注意採購案之複雜程度、採購金額、候選人之經驗、訓練、教育等。（註150）契約官之任命應以第1402號標準表格（SF 1402）「委任狀」（Certificate of Appointment）為之。（註151）除委任狀載有自動終止任命之條款外，終止任命應以書面為之。終止任命之事由包括：另有任用、任期屆滿及表現不佳。終止任命僅能向將來發生效力。（註152）

二、無權代理之效力

公共契約與私人契約最大的不同在於：公務員（含契約官）無權代理（包括根本未有締約授權及逾越締約授權）之行為，對政府不生拘束力。聯邦最高法院在 *Federal Crop Insurance Corp. v. Merrill*

註 148：FAR 1.602-1 (a).

註 149：FAR 1.603-1.

註 150：例示之選拔標準包括：

- (1)從事政府契約之締結、管理、商業採購等經驗；
- (2)商業管理、法律、會計、工程等相關學門之教育或特殊訓練；
- (3)對於採購政策及程序之瞭解；
- (4)對於特定締約領域之專業知識；
- (5)曾接受採購訓練，表現良好。

FAR 1.603-2.

註 151：FAR 1.603-3.

註 152：FAR 1.603-4.

案裡明白宣示「須有實際授權 (actual authority) 才能拘束政府」的原則：(註153)

「不論政府以何種形式作用，凡與政府締結契約之人皆須負擔風險，確實查明有意代表政府行動之人，的確在其授權之範圍內活動。此項授權範圍可能由國會在立法中規定，也可能經由各機關適切行使規則制定權所產生的委任立法所限定。即使，如在本案，代理人自己可能也不知道其授權限制時，上述原則亦不因而有所動搖。參見本院判決先例如：Utah Power & Light Co. v. U.S., 243 U.S. 389, 409 (1916); U.S. v. Stewart, 311 U.S. 60 (1940).」

(二) 隱含授權

「須有實際授權始能拘束政府」的原則主要的用意原在於排除(私)契約法上所謂「表見授權」理論 (theory of apparent authority) (註154) 的適用。然而實務上各機關公共契約申訴委員會和法院，卻常透過解釋，認定有所謂隱含(或稱「默示」)授權 (implied authority) 存在，以給予包商救濟的途徑。由於採用制式任命狀，並載明授權限制的結果，締約權力之有無已少有爭論的空間；所謂隱含授權多半存在於契約管理，涉及契約之修改時。當繫爭之權力可視為某公務員職務上不可分之部分時，通常即可認為政府有默示受拘束之意思

註 153: 332 U.S. 380, at 384 (1947).

See, e.g., *Byrne Organization, Inc. v. U.S.*, 152 Ct. Cl. 578, 287 F.2d 582 (1961) (首都一百五十年慶祝委員會執行副主席及主要行政官員出具之「意願書」不具有拘束政府之效力)；*Jascourt v. U.S.*, 207 Ct. Cl. 955, cert. denied, 423 U.S. 1032 (1975) (勞工部主管勞動關係之副助理部長，或公共僱傭司司長之行爲不能拘束政府，因其人皆無權代表政府締約)。

註 154: 按私法上，如「本人」使「代理人」處於某種地位，致第三人有正當理由相信其具有締約之授權時，縱使其間沒有明示或默示之授權，該被代理之「本人」仍應受「代理人」行爲之拘束。本人之行爲、言語甚或緘默都有可能造成這種「表見授權」。See *RESTATEMENT, SECOND, AGENCY* § 8.

。(註155)

(二)認可 (ratification) (註156)

無權代理之行為除被解釋為有「隱含授權」而拘束政府外；也可經有權官員「認可」而拘束政府。聯邦採購規則規定各機關應採取一切可能的措施，避免有為「認可」之必要。原則上，負責締約之單位主管僅得於下述條件下行使認可權：

1. 物品或服務已經交付，並為政府所接受；或政府已經或即將由該無權行為獲得利益；
2. 為認可之官員在當初本可授權締約，且目前仍有締約之權力；
3. 當初如由適格契約官為之，該無權行為本可成為合法之契約；
4. 契約官審查該無權代理之「契約」後，認定其價金確為公平、合理者；
5. 契約官建議政府付款，且法律顧問亦同意該建議；
6. 目前有預算可供付款，且「締約」之當時亦然；
7. 「認可」符合機關所設之程序限制。

與上述條件不合，不能為認可之案件得依會計總署 (General Accounting Office) 之索賠程序 (註157) 解決。

三、違法契約之效力

聯邦採購規則規定契約官於確定所有的法律、總統行政命令、行政規則所規定之要件、以及一切必要程序 (包括許可及批准) 皆已符合或完備前，不得締結契約。(註158) 但對於違法或違規的公共契約

註 155: See, e.g., Switlik Parachute Co., ASBCA 17,920, 74-1 BCA #10,970 (1974) (稽查員被授權驗收包商之製品，但未被授權變更規格、交付地點或其他契約條款。申訴委員會認為訂定驗收程序之權已隱含在其檢查及驗收之授權內。) WRB Corp. v. U.S., 183 Ct. Cl. 409 (1968) (檢查、拒收、要求更換的權力已隱含有命為建設性變更之權)。

註 156: FAR 1.602-3.

註 157: GAO POLICY AND PROCEDURES MANUAL FOR GUIDANCE OF FEDERAL AGENCIES, Title 4, Chap. 2.

註 158: FAR 1.602-1 (b).

有無拘束政府的效力則未有規定。

理論上說，違反法規之契約應認為契約不存在而予以撤銷（be cancelled）；然實務上卻常以便宜終止（termination for convenience）的方式處理，俾使包商可以請求契約終止前所支出之成本及合理的利潤。聯邦主計長（the Comptroller General）更提出了所謂「顯然違法」理論（doctrine of palpable illegality）（註159）：

「吾人發現不當協商之契約並不導致契約必須無效之結論。撤銷（cancellation）僅適用於違法決標之契約。按照幾則求償法院判決之論理，僅當包商之行爲或陳述違反法律或規則之規定，或包商曾直接收到通知，告知其刻正遵循之程序違反法規之規定時，始構成違法之決標。」

換言之，只當錯誤（瑕疵）爲顯然違法時，契約始不存在，決標應予撤銷；至非爲顯然違法者，契約依然存在，僅能以便宜之故予以終止。（註160）實務上，對於顯然違法之契約有時仍給予包商所謂「應得之賠償」（a recovery in quantum meruit）。例如在Yosemite Park & Curry Co. v. United States（註161）案中，原告與美國國家公園署（National Park Services）簽訂契約，後者同意補償原告支出之成本（包括退還聯邦所得稅款）以及按原告運輸設備的平均總投資額的百分之十二點五計算之利潤。內政部審核官員曾通知原告：契約中有關退還聯邦所得稅款以及利潤超過百分之十的成本加誘因費用契約（cost-plus-incentive-fee contracts）（註162）約定違反聯邦採購法規。求償法院同意該契約違法而無效，但仍准許原告獲得成本加百分之十的（合法）利潤。上述的作法遭到學者的批評。（註163）

註 159：55 Comp. Gen. 693 (1976)；See W. KEYES, *supra* note 61, at 35.

註 160：See John Reiner & Co. v. U.S., 163 Ct. Cl. 381, 325 F.2d 438 (1963), *cert. denied* 377 U.S. 931, 84 S. Ct. 1332, 12 L.Ed 2d 295 (1964)；Waren Bros. Rds. Co. v. U.S., 173 Ct. Cl. 714, 355 F. 2d 612 (1965).

註 161：217 Ct. Cl. 360, 582 F. 2d 552, 554 (1978).

註 162：參見本文第一篇第二章第四節二當中(⇒)3.之說明。

註 163：See, e.g., W. KEYES, *supra* note 61, at 35~39.

第三節 不當商業慣例與個人利益衝突之禁止

為確保民眾對政府採購作業之信賴，避免政府與包商間之利益衝突，公共契約法發展出所謂「締約倫理」(ethics in contracting)。就規範之形式言，締約倫理多半表現為特定行為之禁止；就其禁止之內容觀之約可別為三類：對於政府決策公正性可能產生不良影響之「不當商業慣例」(improper business practices)，政府(公務員)與包商間存在有利益衝突，以及其他妨礙或限制締約競爭之行為。

一、不當商業慣例之禁止

有關法規認定對於政府決策可能形成偏頗而予以禁止之行為主要有下列三種：

(一)行求與收受賄賂

美國法典彙編(United States Codes = U.S.C.)第十八篇第201條(b)項與(c)項分別規定：向公職人員(public officials)直接或間接行求或交付有價之物(anything of value)，意圖影響其職務上之行為或使其為違背職務之行為者；及公職人員對於職務上之行為或違背職務之行為行求、期約或收受有價之物者，為犯罪行為。析言之，構成賄賂(bribery)之客體須是有價之物(註164)；行賄與受賄須有具體之「交易」(a quid pro quo)意圖，亦即以有價之物交換公職人員特定之作爲或不作爲。而所謂「公職人員」包括國會議員、哥倫比亞特區選赴國會之代表、各屬地與託管地選赴眾議院之居民代表(Resident Commissioner)、以及代表聯邦政府各部門執行

註 164：實務上，所謂「有價之物」固多為現金給付(cash payment)(See, e.g., U.S. v. Hollingshead, 672 F. 2d 751 (9th Cir. 1982))，但也可以是其他有價之物，如妓女、相機(U.S. v. Harary, 457 F. 2d 471 (2d Cir. 1972))或汽車(U.S. v. Ellenbogen, 365 F. 2d 982 (2d Cir. 1966), cert. denied, 386 U.S. 923 (1967))。

職務之公務員。(註165)

(二)行求與收受饋贈

美國法典彙編第十八篇第201條(f)項與(g)項分別規定：「為或因 (for or because of) 公職人員職務上之行爲，而直接或間接向現任公職人員、卸任公職人員或已獲選定即將上任之公職人員期約或交付有價之物者；及現任公職人員、卸任公職人員、或經選定即將上任之公職人員為或因其職務上之行爲，而直接或間接行求、期約或收受有價之物者，為犯罪行爲。」饋贈罪與前述賄賂罪主要之差別在於意圖明確之程度不同，前者不須證明有具體交易之意圖，只需「泛泛地影響」(“generally influence”)公職人員即為已足。(註166)惟單純為顯示「友善」(goodwill)而行饋贈，尚不足以構成犯罪。(註167)

聯邦採購規則以公務員不得行求或收受饋贈為應遵守之行爲標準之一 (standards of conduct)。(註168)協助貫徹此行爲標準之輔

註 165: See 18 U.S.C. § 201 (a); also *U.S. v. Hlessio*, 528 F. 2d 1079 (9th Cir.), cert. denied, 426 U.S. 948 (1976) (監獄管理人員); *U.S. v. Johnson*, 647 F. 2d 815 (8th Cir. 1981) (稅務人員) *U.S. v. Carson*, 464 F.2d 424 (2d Cir.), cert. denied, 409 U.S. 949 (1972) (國會議員助理); *U.S. v. Kirby*, 587 F. 2d 876 (7th Cir. 1972) (受政府委託從事檢查之私人); *K & R Engineering Co. v. U.S.*, 222 Ct. Cl. 340, 616 F. 2d 469 (1980) (契約官之代表人)。

註 166: See *U.S. v. Brewster*, 506 F. 2d 62 (D.C. Cir. 1974); *U.S. v. Campbell*, 684 F. 2d 141 (D.C. Cir. 1982)。

註 167: *U.S. v. Arthur*, 544 F. 2d 730 (4th Cir. 1976)。

註 168: 任何公務員不得直接或間接向

- (1)嘗試與其服務機關締約交易之人，或
- (2)活動受其服務機關管制之人，或
- (3)利益可能因該公務員之作為或不作為而遭受實質影響之人，行求、期約或收受任何饋贈 (gratuity)、禮物 (gift)、好處 (favor)、招待 (entertainment)、貸款 (loan) 或其他具有金錢價值之物。

FAR 3.101-2.

對於上述禁止之例外，及違規公務員之懲戒，各機關應訂頒規則加以規定。

FAR 3.101-3.

助措施包括：

1. 規定契約官應在招標須知與契約書中載入禁止饋贈條款。(註 169)
2. 各該機關公務員遇有疑似行求或收受饋贈之情形，應向契約官或其他指定長官報告(舉發)。(註170)
3. 機關首長接獲檢舉後，應行聽證(註171)，確認有違規饋贈之情形者，除應對違規公務員施予懲戒外，並得終止包商繼續履約之權利、暫時或在特定期間內剝奪包商參與競標之資格、或命包商為一定數額之「警告性損害賠償」(exemplary damages)。(註172)

(三)後謝金

後謝金(contingent fees)者係指以成功地促成政府契約之締結為條件，所支付之佣金(commission)、比例金(percentage)、仲介費(brokerage)或其他報酬。(註173)相關立法中原本只規定非以祕密標決標之協議契約(negotiated contracts)裡，應載有包商

註 169：屬人性服務契約(personal service contracts)及軍事機關與外國政府締結之契約，可例外不載入「禁止饋贈條款」。FAR 3.202.

禁止饋贈條款見 FAR 52.203-3.

註 170：FAR 3.203.

註 171：各機關之聽證程序應給予承包商由律師陪同出席、提出書證、傳喚證人、及與官員對質等機會。整個程序應在公平的原則上，力求非正式。FAR 3.204

(b).

實務上，調查之重點在於有無行求、交付或收受饋贈之事實；關於以饋贈獲得契約，或以之爭取較為有利之契約處遇之意圖，法院輒推定其存在，當事人只能以反證推翻。See *U. S. v. Paschall*, 772 F. 2d 68 (4th Cir. 1985), cert. denied 106 S. Ct. 1635 (1986).

註 172：See FAR 3.204 (C).

警告性損害賠償只適用於使用國防部預算付款的公共契約。Id.

註 173：FAR 3.401.

未有後謝金約定之保證。(註174)聯邦採購規則則進一步將之擴大適用於祕密標契約。(註175)質言之，契約官應在招標須知與契約書中載入反對後謝金公約(Covenant Against Contingent Fees)條款。(註176)同時，為使政府在決標前有審查之機會，契約官應在招標須知與契約書中載入後謝金表白及協議(Contingent Fee Representation and Agreement)條款(註177)，令包商(要約人)主動表明是否曾以後謝金雇用某人或某公司招徠或取得該契約；如有後謝金之約定，並同意迅速以第119號標準表格(SF 119)向契約官公開其約定之內容。包商拒不表明有無後謝金之約定者，視為輕微的不合格式(minor informality)。契約官應命其補正，逾期不為補正，應退回其要約或報價。(註178)

註 174: 41 U.S.C. § 254 (a); 10 U.S.C. § 2306 (b).

並參見本文前述第一篇第一章第一節十(一)之說明。

惟包商與善意受雇人(bona fide employees)或善意代辦商(bona fide agency)間之後謝金安排，則不受禁止。所謂「善意受雇人」指由包商雇用並受其監督之個人，未曾或未圖對政府施加不當影響以招徠或取得政府契約者。所謂「善意代辦商」係指包商為鞏固業務而設立之促銷機構，且未曾或未圖對政府施加不當影響以招徠或取得政府契約者。FAR 3.401.

註 175: FAR 3.400.

註 176: 見 FAR 52.203-5. 條款大意為包商保證：除善意受雇人與代辦商外，未曾以後謝金雇用任何人招徠或取得該契約。並同意：如有違反上述保證，政府得無償地終止契約，或依其裁量逕行將後謝金悉數自契約價金或約因中扣除。

註 177: 見 FAR 52.203-4.

有下列情形之一者，招標須知中勿庸載入後謝金陳明及協議條款：

- (1)契約金額在25,000美金以下者(小額採購)；
 - (2)招標契約之內容為計時付費之屬人性服務者；
 - (3)招標契約之內容為公用服務(utility services)，其價格係由聯邦、州或其他管制機關所訂定，且公用事業公司為唯一之供應來源者；
 - (4)契約將於外國進行決標者；
 - (5)其他經國防部部長指定，並向總務署署長報備之國防部契約。
- FAR 3.404 (b).

註 178: FAR 3.405 (b).

契約官應參酌下列準則及有關約定之全盤事項，認定包商雇用之代辦商是否為「善意」：

- (1)約定之後謝金相較於類似商業服務之報酬約定是否合理(偏高與否)？

二、利益衝突之避免

爲了避免政府官員之個人利益與公共職責發生衝突，且爲避免可能之徇私，有關法規對公共契約之決標對象及包商之活動，設有許多限制。

(一) 國會議員禁止獲利

依照法律的規定（註179），絕大多數的公共契約裡皆應載有禁止國會議員（含哥倫比亞特區代表及屬地居民代表）參與契約或分享契約利益之條款。（註180）違反此項禁令之結果，除決標之公務員與得標之議員須接受刑事制裁外，契約亦將因而無效，承包商應返還政府依據契約所爲之對價給付（約因）。（註181）

(二) 公務員非經許可不得承包

原則上，契約官不得明知可能的承包商中有公務員或公務員所有或實質上由其控制之商業組織（公司），而將契約決標予該等個人或組織。（註182）例外情形，如有極強有力之理由支持將契約決標予該等個人或組織時，契約官在決標前必需先取得機關首長（或其所指定

(2) 代辦商對於包商之產品或業務是否有相當之瞭解？是否具備促銷該產品或業務之必要資格？

(3) 包商與代辦商間是否爲一繼續性關係？

(4) 代辦商是否已經存在相當時間？是否以自己之名義或品牌從事業務？

(5) 代辦商之促銷活動僅限於政府契約者，其在政府及商業交易中代表包商之事實，應予以有利之考慮。

FAR 3.408-2.

註 179：見41 U.S.C.A. § 22.

註 180：見FAR 52.203-1.

註 181：見18 U.S.C.A. § § 431-32.

註 182：FAR 3.601 (a).

契約官不察而將契約決標予由某公務員所擁有或控制之公司時，除有偏袒或不公之嫌疑外，主計長（Comptroller General）一般並不予糾正。See *Sterling Medical Associates*, Comp. Gen. Dec. B-209493, 83-1 CPD #215 (1983); *Biosystems Analysis Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-19884 6, 80-2 CPD #149 (1980)。（上舉兩案中，得標之公務員均未曾參與機關內之決標決定）。

之締約業務主管以上階層之人)之許可。(註183)

(三)現職公務員活動之限制

1. 依美國法典彙編第十八篇第 208 條(a)項之規定，公務員不得親身且實質地 (personally and substantially) 介入任何與其正在洽談未來受雇機會之人 (未來可能的雇主) 有財務利害關係之事項。
2. 一九九一年新修正的聯邦採購政策局法 (註184) 禁止採購官員在辦理採購時故意
 - (1) 直接或間接期約、接受競爭包商有關未來工作或商業機會之承諾，或與競爭包商進行有關未來工作或商業機會之討論 (註185)；
 - (2) 直接或間接要求、期約或收受競爭包商為是項採購而提供之金錢、饋贈或其他有價之物 (註186)；
 - (3) 直接或間接將有關是項採購之投標內容 (註187) 洩漏予非經機關首長或契約官核可接觸上述資訊之人。(註188)

註 183: FAR 3.603 (a).

註 184: 41 U.S.C. § 423 (b) (as amended by Sec. 814 of the FY 90/91 National Defense Authorization Act, Pub. L. 101-189, and Sec. 815 of the 1991 National Defense Authorization Act, Pub. L. 101-510.)

註 185: 雖為採購官員，但在自發布採購招標須知至決標 (或取銷採購) 為止之期間內，未曾親身實質參與審標、或契約書之談判者，得向機關首長提出不適合繼續參與和某競爭包商有關之採購案之書面聲請，經首長核可後，與該競爭包商展開有關其個人未來受雇可能性之討論。參見 FAR 3.104-6 (c)~(g).

註 186: 饋贈或其他有價之物 (gratuity or other thing of value) 指一切禮物、好處、招待或其他有金錢價值之物。見 FAR 3.104-4 (f)(1).

註 187: 條文原文為「營業秘密資訊 (proprietary information) 或供應源篩選資訊 (source selection information)」。前者指競爭之包商以投標、企劃案或其他方式提供予政府之資訊；後者指投標價格 (秘密標)、審標計劃、技術評估計劃、得列入決標考慮之競爭範圍 (企劃標) 等。詳見 FAR 3.104-4 (j) & (k).

註 188: 又，不論是否曾經核可，凡接觸到投標內容之人，在是項採購進行期間皆不得直接或間接將上述資訊洩漏予非經機關首長或契約官核可接觸該等資訊之人。41 U.S.C.A. § 423(d) (1991).

(四) 競爭包商活動之限制 (註189)

在某項聯邦採購進行期間，任何競爭之包商（含其受雇人、代理人、顧問）不得故意

1. 直接或間接向採購機關之採購官員要約或承諾未來工作或商業之機會，或直接或間接與採購官員就此進行討論；
2. 直接或間接要約、承諾或交付金錢、饋贈或其他有價之物予採購官員；
3. 直接或間接在決標前自採購機關之公務員處期約或取得有關是項採購之投標內容。

(五) 卸職公務員活動之限制

為免退職公務員不當地利用其任職期間所知悉之資訊及建立之關係，影響政府的採購決定，有關法規對於退職公務員之活動並設有若干限制。

1. 美國法典彙編第十八篇第 207 條設有三種不同程度的限制：
 - (1) 凡曾以公務員身分「親身且實質」(personally and substantially) (註190) 參與之事項，退職後永遠不得在該事項中代表他方當事人。
 - (2) 對於曾為其公務職權範圍內待決之事項，自其退職之日起兩年內，不得為他方當事人之代表。
 - (3) 曾任高級職位之公務員，自其退職之日起一年內不得代表任何人向原任職機關交涉，不論交涉之事項退職前是否有所參與。
2. 新修正的聯邦採購政策局法 (註191) 規定，自一九九一年六月一日起，曾任某宗採購案之採購官員者，自其最後一次親身實質參與採購，或親自審標、決標之日起兩年之內，不得明知而

註 189: 41 U.S.C.A. § 423 (a) (1991).

註 190: 所謂「親身」參與指直接參與及由受其實際監督之屬官所為之參與；所謂「實質」參與指其介入對該事項具有重要作用者。見 5 C.F.R. § 737.5 (d)(1).

註 191: 41 U.S.C.A. § 423 (f)(1991).

(1)以任何一種方式，代表競爭包商參與協商（談判）（註192），以促成該宗採購案之決標、契約修正或延長；或

(3)代表競爭包商，親身實質地參與契約履行（註193）。

- 3.在某宗預估超過十萬美金之採購案進行期間離職之採購官員應向採購官保證：其知悉在該案進行期間仍負有不得洩漏有關該項採購之營業祕密或包商篩選資訊之義務。（註194）

(六)保證及制裁

一九九一年修正的聯邦採購政策局法為確保其新增的利益衝突防止規定（註195）得以落實，同時採取了四項輔助措施：

1. 明定各聯邦機關不得為契約之決標、修正或延長，除非
 - (1)投標廠商以書面向採購官員保證其不知該公司職員有違反上述利益衝突防止之規定者；且
 - (2)負責辦理採購之官員以書面向該機關首長保證其未聞有違反上述防止利益衝突規定之情事。（註196）

上述保證如有不實，應受美國法典彙編第十八篇第1001條之制裁。（註197）

2. 各機關在契約中載入包商（含其受雇人、代理人、顧問）違反前述（四）之限制時，應接受之契約制裁（包括拒絕支付價款之全部或一部，以債務不履行為由終止契約，及其他適當之處罰）。（註198）
3. 民事罰金（civil penalties）：違反上述防止利益衝突規定

註 192：此所謂之協商／談判（negotiations）除代表包商進行締約談判外，尚包括為影響談判策略而提供建議與資訊。至於提供與談判策略無關之科技及其他建議則非所限。FAR 3.104-7 (b).

註 193：所謂契約履行（performance of the contract）不包括一般工程、科學或技術工作，或提供一般性的預算及政策建議。FAR 3.104-7 (c).

註 194：FAR 3.104-7 (a).

註 195：包括本節二(三)2.；(四)；(五)2.及本文註188等四項。

註 196：41 U.S.C.A. § 423(e)(1)&(2)(1991).

註 197：41 U.S.C.A. § 423(e)(6)(1991).

註 198：41 U.S.C.A. § 423(g)(1991).

之個人及公司，得由具有管轄權之美國聯邦地方法院分別判處十萬美元及一百萬美元以下之民事罰金。（註199）

4. 刑事制裁：任何競爭之包商或其受雇人、代理人或顧問「故意」自採購機關之公務員處直接或間接獲取有關採購之營業祕密資訊或廠商篩選資訊者，應處以五年以下有期徒刑，或按美國法典彙編科以罰金或併科之；採購機關之公務員「故意」直接或間接洩漏上述資訊者，亦同。（註200）

三其他限制或妨礙競爭之行爲

(一)惡性低價競標

所謂「惡性低價競標」（buy-in）係指以低於成本之報價爲手段，企圖在得標之後設法增加契約價金（如透過價格調整命令）或以高價承包後續契約，以彌補當初低價競標之損失。（註201）由於惡性低價競標有妨礙競爭、降低契約履行品質之可能，聯邦採購規則爰將之列爲「其他不當商業慣例」。惟並未禁止行政機關接受低於成本之報價，僅指示應採用若干締約技巧（如簽訂多年度之長期契約），儘量減少惡性低價競標發生的機會。（註202）

(二)次承包商贈送回扣

國會在一九八六年制定反回扣法（Anti-Kickback Act）（註203），禁止次承包商（subcontractors）向主包商（prime contractor）或前手次承包商（a higher tier subcontractor）交付回扣；並禁止主包商或前手次承包商收受次包商之回扣。蓋收、贈回扣表面上影響所及者僅主契約之轉包，然實際上回扣終究仍轉嫁到政府（或全體納稅人）身上。反回扣法除對於故意收受、交付回扣之主包商與次包商課

註 199：41 U.S.C.A. § 423(i)(1991).

註 200：41 U.S.C.A. § 423(j)(1991).

註 201：FAR 3.50-1.

註 202：FAR 3.501-2.

註 203：41 U.S.C.A. §§ 51-58.

以刑事責任外，並賦予政府求償手段。締約機關除可透過法院判決，對故意收受、交付回扣之主包商與次包商科處民事罰金（civil penalties）外，並得逕自主契約中扣除主包商由次包商處收受之回扣數額，指示主包商自應付予次包商之價金裡保留相當於政府自主契約價金中扣除之回扣數額。為貫徹執行反回扣政策，契約官應在招標須知與契約書中分別載明「反回扣程序」（Anti-Kickback procedures）條款。（註204）

(三)可能違反反托拉斯法之行爲

採購法（註205）規定各機關發現涉嫌違反反托拉斯法之事實時，應即向聯邦司法部部長報告。凡競爭廠商間有限制市場機制自然運作之協議或共同諒解者，即有違反反托拉斯法之嫌疑。聯邦採購規則例示了一些常見的可疑行爲，包括（註206）：

1. 廠商報價時曾經參考「同業價目表」（industry price list）或「價格協定」（price agreement）。
2. 串通投標（collusive bidding）：競爭廠商間事前串通，致報價突然趨於一致等。
3. 尾隨領導報價（follow-the-leader pricing）：各競標廠商之報價突然間一齊上漲。
4. 輪流低標（rotated low bids）：競爭廠商間達成協議，使彼此輪流成爲報價較低者。
5. 市場瓜分（divisions of the market）：競爭廠商間達成協議，使彼此分別標得不同機關之契約，或標得關於不同地域或不同物品之政府採購契約。
6. 聯合投標（joint bid）：兩家或兩家以上之廠商聯合投遞一份標書，然其中至少有一家實際上具備獨力履行契約之技術及生產能力。

註 204：見FAR 52.203-7.

註 205：41 U.S.C.A. § 253 (B)(e); 10 U.S.C.A. § 2305 (b)(5).

註 206：見FAR 3.303 (c).

本文以下例示之行爲態樣並無明確之定義，彼此間容有若干重疊。

至於競爭廠商間協議組成團隊聯合競標 (teaming arrangement) 的作法，並不當然違反反托拉斯法，須視該項限制相互競爭之協議，由各該廠商之合法目的與利益觀察，是否合理而定。(註207)

違反反托拉斯法者除受到各種刑事、民事及行政制裁外，各採購機關並應依聯邦採購規則暫時或在特定期間內剝奪其參與(主契約及轉包契約)投標之資格。(註208)

為落實自由競爭原則，聯邦採購規則除消極糾察反托拉斯行為外，並積極規定契約官在絕對固定價金契約(a firm-fixed-price contract)與帶有經濟價格調整機制之(相對)固定價金契約(a fixed-price contract with economic price adjustment)之招標須知中應載入「獨立定價保證」(Certificate of Independent Price Determination)條款(註209)，命投標人保證其所提出(要約)之價格及計價相關因素皆係獨立形成，未曾有為限制競爭之目的而與他人諮商、溝通或協議之情事。如有串通報價之情形，契約官應退回要約人(廠商)之投標或企劃案(「退標」)。(註210)

四 契約之無效與撤銷

為使政府對於違反締約倫理之契約有行政救濟的手段，並期以此有效嚇阻類似事件之發生，國會特別授權(註211)總統於契約涉及賄賂、利益衝突及其他美國法典彙編第十八篇第十一章之行為(18

註 207: See, e.g., *Northrop Corp. v. McDonnell Douglas Corp.*, 705 F. 2d 1030 (9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 849 (1983).

所謂「包商組織團隊聯合投標」係指：

- (1)兩個或兩個以上的公司以合夥或合資方式，構成一個主包商；或
- (2)某可能的主包商承諾得標後，將契約轉包予一個或一個以上的公司。FAR 9.601.

註 208: 詳見FAR 9.4 (debarment and suspension). 並參見本報告第一篇第三章第四節之討論。

註 209: 見FAR 52.203-2.

註 210: FAR 3.102-2 (b).

註 211: Sec. 1 (e) of Pub. L. 87-849, 18 U.S.C. § 218.

總統已以第12,448號總統行政命令 (Nov. 4, 1983) 將此權力授予各機關首長行使。

U.S.C. § § 201-224) 經法院判處刑罰確定者，得撤銷而使之無效。按聯邦採購規則之規定，各機關在做成契約無效及撤銷之終局決定前，應以書面預先通知包商，並給予至少三十日之答辯準備期間以及聽證之機會。(註212) 機關之撤銷契約決定書中應包括包商應返還(賠償)該機關之數額。撤銷契約之決定及賠償數額之認定，皆不適用契約爭議(處理)法。(註213)

第四節 公共契約之種類

公共契約依不同的分類標準，可分別為不同的類型。以下即以採購之標的、契約價金約定之方式、及其他特種形式等為準，介紹契約之主要種類。

一、以採購標的物為分類標準

按採購之標的物(客體)，公共契約可分為物品、營繕、服務、以及研究發展四類。

(一)物品契約(supplies contracts)

此所稱之「物品」(supplies)係與「營繕」(construction)對稱之狹義用法，有別於其與「服務」(services)並稱之廣義用法。(註214)所謂「物品」包括各種動產及各式船艦、飛機之製造、修理，但不包括建築物、構造物或其他不動產之興建、變更及修繕。

物品中特殊之項目須適用特別的採購規則，主要系統(major system)即為著例。所謂「主要系統」係能夠履行特定功能，完成機關任務或符合國家需要之相關要項(elements)之集合。所謂「要項」(物件)包括硬體、設備、軟體及三者之組合，但不及於不動產之興建與改良。熟知的主要系統例如C-5A運輸機、F-14及F-15戰鬥機、鳳凰

註 212：FAR 3.705 (c) & (d).

註 213：FAR 3.705 (e).

註 214：見FAR 2.101定義；本報告第一篇第一章第四節二之說明。

飛彈系統等。聯邦採購規則針對國防機關與文職機關設有不同的門檻金額，認定何謂「主要系統」。其屬國防部負責者，凡整個系統之研究、發展、測試及評估之總經費估計在七千五百萬美元（以一九八〇年之幣值為準），或採購總值逾三億美元（以一九八〇年之幣值為準）者，即屬「主要系統」採購。至由文職機關所負責者，凡其總經費估計逾七十五萬美元（以一九八〇年之幣值為準）；或該機關依據白宮管理暨預算辦公室（OMB）第A-109號通告另有門檻金額者，逾其與前述七十五萬美元相較之較高者，即屬「主要系統」採購。為鼓勵研發過程中之創新與競爭，採購機關應描述其需求及所欲達成之目標，而不限定滿足該需求之系統；並應儘力維持各替代系統概念與資源間之競爭關係。聯邦採購規則第34節即為就此目的所設之特別規定。

布魯克斯法（Brooks Act）（註215）授予聯邦總務署以自動化資訊處理設備之專屬採購權。總務署訂頒有聯邦資訊資源管理規則（Federal Information Resources Management Regulation）（註216）補充聯邦採購規則之不足。

(二) 營繕契約 (construction contracts)

所謂「營繕」(construction)係指建築物、構造物或其他不動產之興建、變更或修理。而所謂「建築物、構造物或其他不動產」包括橋樑、水庫、工廠、高速公路、停車場、街道、地下道、隧道、下水道、抽水站、機場、碼頭、運河等，但不包括船艦、飛機或其他動產之製造、修理或裝配。（註217）營繕契約與一般物品契約及服務契約之不同處主要在於：

1. 原則上為絕對固定價金契約 (a firm-fixed-price contract)
 - ：為使工程中各種變數對契約價金的影響減至最小，進而使政府負擔之風險減至最小，營繕契約原則上須為絕對固定價金契

註 215: 40 U.S.C.A. § 759.

註 216: 41 C.F.R. § 201-2.001 & Parts 201-23.

註 217: FAR 36.102.

約。(註218)其計價方式或以總價(又分整個工程總價與工程各部分之總價兩種)約定,或按工作單位之單價加總計定。例外時固可使用具有經濟價格調整機制之相對固定價金契約,惟同一工地同時使用絕對固定價金與其他可因成本變動而調整契約價金之方法計價時,須事先經機關首長核准。(註219)

2. 法定成本限制 (statutory cost limitations) : 國會撥款法案常對某工程價款 (總價或其中特定項目之單價) 設有限制。超過此種法定成本限制之要約, 採購機關應予拒絕。(註220)
3. 包商表現評鑑 (evaluation of contractor performance) : 凡營繕契約之總值逾五十萬美元, 或因債務不履行而終止而其總值逾一萬美元者, 採購機關在最後驗收之前或終止契約前, 應就承包商之整體表現進行評鑑。評鑑結果為「不滿意」者, 締約機關應以書面通知包商, 並許其為書面補充說明, 併卷存檔至少六年。各機關在審標階段, 「得」參考上述包商表現評鑑報告, 以認定包商之「履約可靠程度」(responsibility)。(註221)
4. 先期通知及要約之誘引 (advance notice and solicitations) : 為促使更多可能的投標人前來競標, 各機關對於總值估計逾十萬美元的營繕契約常主動寄發先期通知或先期招標須知給可能的承包商。先期通知及招標須知中應以物理特徵 (physical characteristics) 及預估工程價格範圍 (註222), 說明

註 218 : FAR 36.207.

註 219 : FAR 36.208.

註 220 : FAR 36.205.

註 221 : FAR 36.201. W. KEYES, *supra* note 61, at 572. 認為: 包商表現評鑑報告如已建立, 聯邦採購規則似應規定採購機關「應」, 而非「得」, 參考該報告, 認定該包商之契約履行能力。

註 222 : FAR 36.204設有八個價格範圍:

- (1) 25,000美元以下。
- (2) 25,000美元以上, 100,000美元以下。
- (3) 100,000美元以上, 250,000美元以下。
- (4) 250,000美元以上, 500,000美元以下。
- (5) 500,000美元以上, 1,000,000美元以下。

契約的規模。

5. 工地探勘及資料檢視 (inspection of site and examination of data) : 為協助可能的投標人瞭解施工現場及施工有關情況 (如鑽孔樣本、過去施工紀錄及計畫等), 契約官應在招標須知中載明探勘工地及檢視相關資料的時間、地點。(註223)
6. 履約及付款保證 (performance and payment bonds) : 凡美國境內之管繕工程總值逾二萬五千美元者, 包商須繳交履約及付款保證金。(註224)

(三) 服務契約 (service contracts)

服務契約者包商直接投入時間及精力, 以執行某項可得辨識之工作, 而非產製某項終端物品之契約也。(註225) 服務契約可為屬人契

(6) 1,000,000美元以上, 5,000,000美元以下。

(7) 5,000,000美元以上, 10,000,000美元以下。

(8) 10,000,000美元以上。

為確定工程價格範圍, 各機關應就各預定進行的工程自行以競標人的立場先行精確估算工程價格, 此一精估數字不得公開。

FAR 36.203.

註 223 : FAR 36.210.

註 224 : 40 U.S.C.A. § 270 a (a).

包商拒未繳交付款保證時, 政府並無代包商付款予次承包商之責任。

Arvanis v. Noslo Engineering Consultants, Inc., 739 F.2d 1287 (7th Cir. 1984), cert. denied; 469 U.S. 1191, 105 S. Ct. 964, 83 L. Ed 2d 969 (1985).

註 225 : FAR 37.101.

常見之服務契約包括 :

- (1) 物品、系統或設備之維護、檢修、修理、搶救、變更。
- (2) 不動產之例行、定期維護。
- (3) 房舍、基地之看護。
- (4) 建議及協助服務。
- (5) 公有設備、設施之操作。
- (6) 通訊服務。
- (7) 建築 (設計) 及工程服務。
- (8) 交通及相關服務。
- (9) 研究暨發展。 Id.

約 (personal contracts)，亦可為非屬人契約 (nonpersonal contracts)。前者提供服務之人員須接受政府之監督與控制，實際上酷似公務員；後者則無此種監督關係。除法律另有規定外，政府應依公務員法任用公務員。(註226)是以公共契約中所稱之服務契約殆屬非屬人契約。

各機關應仰賴私人部門提供商業服務 (commercial services)，但不得將本質上屬於政府之職能 (an inherently governmental function) 以契約委由民間行使。(註227)聯邦採購政策局第92號政策令函 (Policy Letter 92) (註228)對於所謂「本質上屬於政府之職能」之意涵有詳盡之闡釋：

「某職能與公共利益密切相關致應由政府公務員執行者，即本質上屬於政府之職能。此等職能包括運用政府權力之際行使裁量之活動，及代政府做成決定時使用價值判斷之活動。

……政府之職能一般可分為兩大類：

1. 統治行為 (the act of governing)。即政府裁量權之行使。其適例包括：刑事偵查、起訴及其他司法職能；須使用價值判斷之政府計劃之管理，如國防指揮、三軍指揮及管理；僅為以戰鬥、戰鬥支援或戰鬥勤務支援身分展開佈署之軍事人員才能遂行之活動；外交工作；各項施政計畫

註 226：FAR 37.104 (a).

屬人性服務契約之特徵包括：

- (1) 在固定地點工作。
- (2) 主要工具與設備由政府提供。
- (3) 服務主要運用在機關或其組織次單位之不可分之努力，以促進其指定任務或功能。
- (4) 與任用公務員之機關提供之服務相當，滿足相似之需求。
- (5) 所提供之服務可合理期待持續達一年以上。
- (6) 鑒於其服務之本質或其提供服務之方式，有必要使政府直接或間接指揮、監督包商之職員，以維護政府利益者。

FAR 37.104 (d).

註 227：FAR 37.102.

註 228：56 Fed. Reg. 65,279 (1991).

優位次序之選定；聯邦公務員之指揮；太空、海洋、可航行水域及其他天然資源之管制；情報及反情報活動之指揮；工業及商業之管制（含食品及藥物管制）。

2. 貨幣交易及享有之資格。例如課稅及稅收分配，國庫賬目及貨幣供給之控制，以及公共信託基金之管理。」

爲了協助各機關辨別何爲政府之本質職能，避免不當地將政府的權責移轉給包商，聯邦採購政策局繼上述政策令函之後，復於一九九二年九月發佈第92-1號政策令函（Policy Letter 92-1）（註229），除在附件A（Appendix A）中例示了十九項「本質上屬於政府之職能」外，並提示了若干認定不在此十九項例示範圍之事務可否及如何委辦之準則。

附件A中例示（註230）之十九項政府職能爲：

- (1) 刑事偵查。
- (2) 公訴及其他司法職能（仲裁及其他替代糾紛解決途徑除外）之控制。
- (3) 軍隊之指揮。
- (4) 外交事務之遂行及外交政策之決定。
- (5) 機關政策之決定（如管制內容及其適用範圍之決定）。
- (6) 聯邦（施政）計劃優位次序或預算請求之決定。
- (7) 聯邦公務員之指揮及控制。
- (8) 情報及反情報活動之指揮及控制。
- (9) 選任或不選任某人爲公務員。
- (10) 聯邦公務員之職位分類之職系說明及考績標準之核定。
- (11) 政府財產之處分及處分條件之決定。
- (12) 在聯邦採購活動中
 - ① 決定採購那些財產或服務；

註 229：57 Fed. Reg. 45,096 (1992).

註 230：所謂「例示」只是提供一些政策準則供各機關行使裁量之際參考，並未創設任何實體上或程序上法律義務。究竟是否爲政府之本質職能，最後的認定權還是操在法院手中。Id. § 9.

- ②參加有關審標、選標作業之投票；
 - ③批准契約文件；
 - ④決標；
 - ⑤管理契約；
 - ⑥決定契約價格是否合理；
 - ⑦終止契約。
- (13)批准機關應督察長、主計長室或其他聯邦稽查單位之請求而提出之說明。
- (14)批准依資訊自由法所提出之閱覽請求。
- (15)召開聽證會決定某人是否可發給通行證，或其他影響個人聲譽或參與政府計劃之資格之事項。
- (16)核發聯邦執照及檢查之批准。
- (17)預算政策、方針及策略之決定。
- (18)規費、使用費、關稅、罰鍰、賦稅及其他公共基金之徵收、控制及分配。
- (19)公共信託之管理。

至不在上述十九項例示之列的政府職能可否以「服務契約」委由民間辦理以及應注意之事項，同一令函提出有如下準則：

- (1)裁量權之行使。雖然政府的本質職能必然涉及許多裁量權之行使，但非謂凡涉及裁量權之行使者，即屬政府之本質職能。當兩個或兩個以上的行動途徑並存（如購買迷你電腦或主機電腦），而行使裁量權的作用係使聯邦政府承諾採取其中某個途徑時，即涉及政府之本質職能。反之，如包商並無決定政府行動途徑之權力，而僅受託開發各種可供選擇的行動途徑提供政府抉擇，則為服務契約（委辦）之範圍。
- (2)各個具體情況的總合觀察。應考慮之因素包括：
 - ①有無法律上之限制或法律上之授權？
 - ②政府裁量權受到限制之程度？
 - ③與具體請求之裁決有關之服務應考慮：
 - (a)包商之行動對於個別請求人或申請人是否有終局之影響

，且包商之決定只能經由上訴才能接受政府官員之審查？

(b)包商之活動是否涉及複雜、曖昧的案例法或其他法源之廣泛性解釋，抑或只侷限在細瑣的法規和程序內？

(c)包商應為決定之事項是否涉及重覆發生的事實抑或獨特之事實？

(d)包商是否有為獎懲之裁量權？

④包商能否採取重大而直接影響國民生命、自由或財產之行動？（註231）

⑤有無特殊的機關權力（如得代理私人）可資利用？

⑥繫爭之職能是否已由私人在行使？

(3)各機關對於某一事務是否為政府本質職能具有最終之認定權，惟必要時白宮管理暨預算辦公室（OMB）得予審查糾正。

(4)是否屬於政府之本質職能乃發出招標通知前應決定之事項。

(5)非屬政府本質職能之事項決標委辦之後，政府機關仍積極參與契約履行之監督，必要時並應採取額外之管理控制，包括：

①依聯邦採購政策局第91-2號政策令函，擬定工作說明及品質保證計劃。

②建立由政府稽查員定期稽查之計劃。

③進行決標前之利益衝突審查，以確保契約履行符合客觀標準及契約標之物之規格。

④在工作場所實施包商員工與政府員工之區隔。

⑤要求包商提出載有建議及代替行動方案之報告。

(6)包商之員工參加會議、答覆電話詢問及在第三人難以辨識其身分之其他情形下，應主動表明身分，避免大眾誤以其為政府公務員。

(7)政府機關依賴包商提供服務的程度本身雖不構成問題，但政

註 231：例如包商需以武力支持某項警察或司法職能之可能性？包商或其他某人是否較可能率先動用武力（尤其是致死武力）？需在公共場所使用武力之程度？

府機關裡須有足夠數量之訓練有素且經驗豐富之公務員可適當地管理各項委辦計劃。政府依賴包商的程度愈深，愈需要對包商進行監督。

- (8)對包商完成之工作，政府保留認可的權力乃屬必要。認可應基於對包商所提出之文件內容之全盤理解，並承認政府對包商之工作成果得以獨立之判斷加以運用。

服務契約中又有特殊的服務契約，除一般規則外並適用特殊之法規。

1. 建築師 / 工程師服務 (architect-engineer services)。所謂「建築師 / 工程師服務」係指 (註232)：

- (1)按各該州州法須由登記執業之建築師或工程師始能提供之建築或工程性質之專業服務。
- (2)與不動產之設計或興建有關之建築或工程性質之專業服務。
- (3)其他有理由認為應由登記執業之建築師或工程師或其受雇人提供之附帶建築或工程性質之專業服務。
- (4)屬於建築或工程性質之專業調查與繪圖服務。依照一九七二年布魯克斯法 (Brooks Act) (註233) 之規定，建築師 / 工程師服務契約應循特殊議價程序競標及決標，不適用祕密標方式。(註234)

2. 建議暨協助服務 (advisory and assistance services)。為支持、改進機關決策、管理及行政，或為支持、改進管理系統之操作而提供之服務，即為建議及協助服務。(註235) 其形式包括由個別的專家、顧問所提供之建議，經由系統的研究、分析及評估得到之結論及建議，以及與系統之設計、操作有關之訓練或直接協助。(註236) 為杜絕機關濫用建議暨協助服務，

註 232 : FAR 36.601-4 (a).

註 233 : Pub. L. No. 92-582, 40 U.S.C.A. § 541 et seq.

註 234 : See FAR 36.6.

註 235 : FAR 37.201. 舊的條文稱為「諮詢服務」(consulting services)，僅限於有關機關行政、管理及計劃管理之建設性服務。Cf. FAR 37.201 (19).

註 236 : FAR 37.203.

除了白宮管理暨預算辦公室（OMB）規定各機關於契約結束時應對包商之表現、及建議（及協助）之效益進行書面評鑑外（註237），聯邦採購規則並限制各機關不得利用建議暨協助服務契約

- ①從事原本應由公務員直接負責之決策性或管理性工作；
- ②規避（機關）員額及（人事）薪俸之限制，破壞公務員競爭任用程序；
- ③嘉惠退職之公務員；
- ④刻意影響某個法案之制定；
- ⑤取得本機關或他機關已有之專業或技術性建議。（註238）

鑒於諮詢服務最易發生利益衝突，一九八八年聯邦採購政策局法修正時乃規定聯邦採購政策局應限期頒佈認定及防止利益衝突之規則（註239）依據該局於一九八九年十二月八日所頒佈之第89-1號政策令函（Policy Letter 89-1），所謂「利益衝突」在此係指：「因與他人有其他之活動或關係存在，致其人無法對政府提供公正之協助或建議之情事，或使其人因而享有不正競爭優勢之情事。」可能存在利益衝突之情形包括：

- ①對包商之產品或服務進行評鑑之人，正參與或曾參與該等產品或服務之行銷工作；
- ②曾經準備或協助準備設定規格或草擬契約條文後，復以包商

註 237：FAR 37.205.

註 238：FAR 37.202 (c).

註 239：41 U.S.C.A. § 405b(a)(1991).

上述規則應適用於下列三種諮詢服務：

- ①為協助政府認定及評估可能對美國利益造成偏頗之利益衝突可能性，所提供之必要建議暨協助服務。
- ②為認定及評估可能對美國之利益造成偏頗之利益衝突可能性，而有必要將為協助聯邦政府締約或招標而提供之準備服務納入上述規則規範者。
- ③其他與聯邦契約有關之服務，為認定及評估可能對美國之利益造成偏頗之利益衝突可能性，而有必要將之納入上述規則規範者。

41 U.S.C.A. § 405b(b)(1991).

顧問的身份協助其決標者；

- (3)曾經接觸過其他競爭者未能閱覽之供應源篩選資訊或營業秘密資訊後，復以包商之顧問身份協助其得標者；
- (4)向機關提供建議及協助，而此等建議及協助可能使包商之其他客戶獲得利益者。

爲防止上述利益衝突之情事，該政策令函規定雇用行銷顧問 (marketing consultants) 之主包商以及提供建議暨協助服務之包商在決標前應保證未有利益衝突或不當競爭之優勢存在，或報告可能有利益衝突之情事 (註240)。政府機關除應將上述保證或報告列入契約檔案外，並應在決標前認定擬提供建議及協助給政府之人有無與政府利益衝突之可能，以及行銷顧問對等候決標之採購案有無取得不當競爭優勢。

(四)研究及發展 (research and development services)

研究及發展 (R & D) 實際上是一種特別的服務，聯邦採購規則將之分爲三類：基礎研究 (basic research)、應用研究 (applied research) 及發展 (development)。(註241) 簽訂研究及發展契約的主要目的在增進科學及技術知識，並儘可能地應用此等知識達成機關與國家目標。與其他物品契約及服務契約不同，研究及發展契約多半只知目標，而無法預先描述研究之成果及方法，對於契約履行的結果亦難逆料。因此，只能用議價 (協商) 的方式決標，並且爲成本補償契約 (cost-reimbursement contracts) 而非固定價金契約 (fixed-price contracts) (下詳)。(註242)

註 240：凡採購金額超過二十萬美金者，包商即有此保證／申報義務。

註 241：「基礎研究」係爲增進科學知識所爲之研究。「應用研究」通常尾隨基礎研究之後，試圖確定某科學上之發現或科技、物質、流程、方法、裝置或技術之改良潛能，並圖改善吾人所處之現況。「發展」者，有系統地使用科技知識於新產品或新服務之設計、發展、測試或評估，以滿足特定效能要求或目標之活動也。FAR 35.001.

註 242：FAR 35.006.

二以價金約定方式爲分類標準

公共契約按價金約定方式之不同，可分爲三大類：固定價金契約、成本補償契約、以及誘因型契約。不同類型的契約，包商負擔之履約成本風險不同，政府對包商達成特定標準或目標所提供之利潤誘因也不相同。

(一)固定價金契約 (fixed-price contracts) (註243)

固定價金契約者，顧名思義，乃契約之價金自始固定。按固定之程度不同，又可分爲絕對固定價金契約、帶有經濟價格調整機制之固定價金契約、固定價金誘因契約、帶有價金再決定機制之固定價金契約、及以包商努力程度作爲付款條件之固定價金契約等五種。後四種可視爲相對固定價金契約。茲分述如下：

1. 絕對固定價金契約 (firm-fixed-price contracts)。指契約價金之約定自始固定，不因嗣後履約過程中成本面上可能之變化而有任何調整。這種契約使包商負擔最大的成本風險，因而提供了包商最大的誘因去控制契約成本、如期履約。另一方面，契約雙方當事人的行政負擔也降至最少。絕對固定價金契約適合用於商品之採購、或契約官自始即能提出合理、確定之效能規格，並釐定公平、合理價格之物品及服務採購。(註244)
2. 帶有經濟價格調整機制之固定價金契約 (fixed-price contracts with economic price adjustment)。即以約定之緊急情況(意外事故)發生作爲條件，調高或降低原定契約價金之契約。經濟價格之調整方式有三(註245)：
 - (1)以既定價格 (established prices) (如標準市價)爲準，依其變動調整約定之契約價金。

註 243：固定價金契約在我國「國軍軍品採購作業規定」中稱爲「固定售價合約」(第247條)；亦有稱之爲「定價契約」者，見匡乃俊，「談美國採購法上之契約種類」(軍法專刊28卷1期，頁17以下)頁18(民國71年)；美國政府採購制度簡介(政府採購研究小組研析報告，80年6月26日)。

註 244：FAR 16.202.

註 245：FAR 16.203-1.

(2)以實際工資或物料價格 (actual costs of labor or material) 爲準，依工資或原料成本變動調整約定之契約價金。

(3)以工資或物料成本指數 (cost indexes of labor or material) 爲準，依該契約所適用之特定工資或原料成本指數之增減調整契約價金。

擔心契約履行期間可能出現市場或勞工條件不穩定的情況時，使用帶有經濟價格調整機制之固定價金契約比較能兼顧包商利益與契約履行的品質。以既定價格爲準調整價金者，通常以同業性的意外事故發生爲條件；以工資或材料成本爲準調整價金者，須以非包商所得控制之意外事故發生爲限。(註246)

3. 固定價金誘因契約 (fixed-price incentive contracts)。這種契約既是固定價金契約，也是誘因型契約的一種。其利潤 (即此所謂之「誘因」) 具有可變 (調整) 性，其最終契約價金須視最終協議的總成本 (total final negotiated cost) 和總目標成本 (total target cost) 兩者比較結果，套入特定公式來決定，惟不得超過當初協議的價金上限 (price ceiling)。因採購之標的 (物品或服務) 之性質，或因採購之其他狀況使然，致令包商負擔某種程度的成本風險，將可誘使其有效控制成本、如期履行契約，且絕對固定價金契約又不合用時，即可考慮使用固定價金誘因契約。(註247) 固定價金誘因契約又分爲兩種：固定目標 (firm target) 與連續目標 (successive targets)。

前者指締約時雙方即議定「目標成本」、「目標利潤」(target profit)、「價金上限」(但非利潤上限)與「利潤調

註 246 : FAR 16.203-2.

以工資或物料成本指數爲準調整契約價金者，一般限用於

(1)契約履行期間長達一年以上，涉及大量成本；

(2)得調整之價金數額龐大；及

(3)勞力及物料之經濟變數過於不穩定，無法將政府與包商之風險作合理的區隔時。FAR 16.203-4 (d).

註 247 : FAR 16.403.

整公式」(profit adjustment formula)。契約履行完畢，雙方議定「最終成本」(final cost)。如最終成本小於目標成本，則套用利潤調整公式的結果，可使包商獲得較目標利潤更大的最終利潤。反之，如最終成本大於目標成本，套用調整公式後，將導致包商較目標利潤為小的最終利潤，甚或損失。如最終成本等於價金上限時，包商即無利潤可言；如更超過價金上限，則包商須吸收超過部分，是即有損失。這種使利潤因實支成本而異的安排，可誘使包商努力控制契約成本。(註248)

連續目標之固定價金契約(fixed-price incentive (successive targets) contracts)在締約時雙方只議定「最初目標成本」(initial target cost)、「最初目標利潤」(initial target profit)、「最初利潤調整公式」(initial profit adjustment formula)(包括確定目標利潤之上限與下限)、生產點(production point)、以及契約價金之上限。當約定之生產點(一般為第一次交貨前)屆至時，雙方應考量成本及其他相關因素變動之情況，協商確定目標成本(firm target cost)，並套用最初利潤調整公式算出確定目標利潤(firm target profit)。此時雙方當事人有兩個選擇：

- (1)以確定目標成本及確定目標利潤為基礎，議定絕對固定之價金；或
- (2)如絕對固定價金不適當，則協商一套運用確定目標成本及確定目標利潤，以建立最終契約價金的公式。(註249)

在訂約時對於履約成本只知大概，但隨著契約履行將趨於明朗者，即可使用這種契約。

- 4.帶有價金再決定機制之固定價金契約(fixed-price contracts with price redetermination = fixed-price redeterminable contracts)。前述2.帶有經濟價格調整機制之固定價金契約係以一定條件之成就(約定意外事故之發生)，為調整價金之

註 248: FAR 16.403-1 (a).

註 249: FAR 16.403-2 (a).

理由；帶有價金再決定機制之固定價金契約則以一定期限之屆至，作為調整價金之理由。其價金再決定之方式又有向後的與溯及的兩種。

帶有向後價金再決定機制之固定價金契約 (fixed-price contracts with prospective price redetermination) 包括兩部分約定：契約最初履行時的絕對固定價金；以及於契約履行期間內約定之時點，再次議定該時點以後的契約價金。當履約之初可以議定一公平、合理之絕對固定價金，但該價金對契約履行後期末必公平、合理時，即可考慮使用這種契約。惟仍須包商之會計制度能配合價金再決定機制才行。(註250)

帶有溯及價金再決定機制之固定價金契約 (fixed-price contracts with retroactive price redetermination) 也包括兩部分約定：契約價金之上限；以及在契約履行完畢後，在價金上限之內溯及地再決定契約價金之合意。這種契約限用於價值在十萬美元以下之研究發展契約，且以包商之會計制度可為價金之再決定者為限。(註251)

5. 以包商努力程度為付款條件之固定價金契約 (firm-fixed price, level-of-effort term contracts) 中規定：包商應在約定期間內投入一定程度(水準)之努力於某項只能以概括用語描述之工作，政府則同意支付包商固定數量之金錢。這種契約適合用於某特定研發領域內之調查或研究，其工作無法精確描述，然努力之程度可以確定。除有締約部門主管之同意外，這種契約之價金不能超過十萬美元。(註252)

(二) 成本補償契約 (cost-reimbursement contracts)

為了因應某些不確定性甚高，難以精確合計成本，而不宜使用任何一種固定價金契約的情形，乃有所謂「成本補償契約」，使廠商在

註 250 : FAR 16.205.

註 251 : FAR 16.206.

註 252 : FAR 16.207.

何一種固定價金契約的情形，乃有所謂「成本補償契約」，使廠商在一定上限以內所支出之合理成本皆可獲得補償。惟廠商須有適於決定成本之合理會計制度，政府（機關）在履約期間並須有適當之監督，才能避免浪費和舞弊。（註253）成本補償契約又分為五種：

1. 成本契約（cost contracts）。成本契約為單純的成本補償契約，包商在成本之外，別無利潤（聯邦採購規則稱之為「費用」（fees））可圖。非營利性質之教育機構承包研究、發展案時適合採用這種契約。（註254）
2. 成本分擔契約（cost-sharing contracts）。成本分擔契約與上述成本契約不同之處在於：政府僅補償契約成本中之部分，而非全部。包商無利潤可言則與成本契約相同。（註255）
3. 成本加誘因費用契約（cost-plus-incentive-fee contracts）。此契約下，政府除補償包商所支出之可核銷成本外，並約定一可隨總目標成本（total target costs）與總核銷成本（total allowable costs）間之差異而調整之「費用」（利潤）。這種契約也是一種誘因型契約，因為包商利潤（「費用」）之高低端視其契約成本管理之成效而定。亦即，如最終可核銷之成本低於總目標成本時，按約定之「費用」調整公式（fee adjustment formula），包商即可獲致較當初議定之「目標費用」（target fee）為大之實際利潤。惟實際利潤須在約定之上限與下限之間。（註256）
4. 成本加獎金費用契約（cost-plus-award-fee contracts）。這

註 253：FAR 16.301-1~16.301-3.

成本補償契約約相當於我「國軍軍品採購作業規定」中之「成本計價合約」（第247條2項）。

註 254：FAR 16.302.

註 255：FAR 16.303.

註 256：FAR 16.304 & 16.404-1.

實際利潤上限並受法律限制：試驗性及研究發展性工作契約，不得超過預估總成本的百分之十五（不包括該項「費用」（利潤）在內）；其他契約中不得逾預估總成本的百分之十（不包括該項費用（利潤）在內）。FAR 15.903 (d) (2); 10 U.S.C. § 2306 (d); 41 U.S.C. § 254 (b).

本費用（基本、不變之利潤，可以小至零）及完全依締約機關之評鑑結果而定之不特定數量之獎金。（註257）獎金之設具有鼓勵包商有效履行契約（包括如期完成、節約成本、確保品質等）之作用，故亦為一種誘因型契約。

5. 成本加固定費用契約（cost-plus-fixed-fee contracts）。這種契約下，政府除應補償包商所支出之可核銷成本外，並應支付約定之不變（固定）利潤（「費用」）。由於利潤是固定的，不因成本變動而異，所以這種契約所給予包商控制（樽節）成本之誘因最小。約定之固定費用（利潤）在試驗性、研發性工作契約，不得逾契約預估成本（不含此項「費用」在內）之百分之十五；在其他契約則不得逾百分之十。（註258）

(三) 誘因型契約（incentive type contracts = incentive contracts）

誘因型契約旨在藉助一定的利潤（「費用」）調整機制，鼓勵包商超越契約原定之目標。亦即，包商之履約表現優於預定目標者，應獲較多利潤之獎勵；其不如預定目標者，應得到較低利潤甚或淨損失之制裁。誘因之內容大別為三：成本誘因（cost incentives），旨在鼓勵包商樽節成本，或有效管理成本；技術效能誘因（technical performance incentives），旨在鼓勵包商使產品達到特殊之性能（如飛彈之射程、飛機之速度、引擎之推力、車輛之操控易度）；及交付誘因（delivery incentives），旨在鼓勵包商儘早交付標的物。一個契約固可兼採這三種誘因，但慮及這三種目標間可能有相互抵銷（trade-off）的作用，多重誘因契約必須載入一項成本誘因的限制，明定當包商獲致較優之科技表現或提前交付所支付的代價（成本）高過

註 257：此所謂「不特定」數量只是相對的，仍需受到同註38所示之法律限制。機關發給包商多少獎金，完全由機關依評鑑結果而定，包商不得爭議。FAR 16.305 & 16.404-2.

註 258：FAR 16.306 & 15.903 (d) (1).

約定之利潤固不可因成本變動而異，然契約工作內容改變則非不得調整。

其為政府帶來之利益（價值）時，政府將不予任何獎勵。（註259）

誘因契約可分為兩大類：固定價金誘因契約（fixed-price incentive contracts）及成本補償誘因契約（cost-reimbursement-incentive contracts）。前者又分為固定目標與連續目標兩種；後者又分成成本加誘因費用與成本加獎金費用兩種。在本節前文已有介紹，不贅。

（四）時間及物料契約（time-and-materials contracts）

時間及物料契約係按特定鐘點率（包括工資、經常費用、一般行政費用）計算的直接工時（direct labor hours），以及材料成本（含必要的手續費）決定價金的契約。其應用僅限於在訂約時無法精確預估工作之範圍或期間，或無法預估確實之成本，經契約官認定別無其他合用之契約形式，並約定有價金上限（包商支用成本逾此上限應自負風險）者，始得為之。（註260）這種契約並未予包商有效控制成本及勞工之誘因，故政府的監督尤其必要。

以上各種契約如何選擇，為締約談判之重要項目，須運用睿智判斷。聯邦採購規則特別提示契約官於裁量之際應注意下列因素（註261）：

1. 價格競爭（price competition）。一般言之，有效的價格競爭可導致合理的計價，而固定價金契約通常最符合政府的利益。
2. 價格分析（price analysis）。
3. 成本分析（cost analysis）。惟有將履約過程中所涉及之不確定性及其對於成本的影響予以確認和分析，才能協商課予包商成本責任的合理程度。
4. 需求的種類及複雜程度（type and complexity of the require-

註 259：FAR 16.402.

註 260：FAR 16.601.

時間及材料契約的變相為「工時契約」（labor-hour contracts）。即僅以工時為準計算價金，而由政府提供材料。

FAR 16.602.

註 261：FAR 16.104.

ment)。複雜的需求，尤其是特異的需求，常使得政府須負擔較大的風險。尤以複雜的研究、發展契約，因履約不確定性或變更可能性很高，使得履約成本無從預先估計。當需求為週期性的，或開始進入量產時成本風險應移轉由包商負擔者，即應考慮採用固定價金契約。

5. 需求急迫的程度 (urgency of the requirement)。如果急迫性成為主要的考慮因素，政府得選擇負擔較大比例的風險，或提供誘因確保契約得以如期履行。
6. 履行期間或產品生產期間 (period of performance or length of production run)。在經濟狀況不穩定時，契約履行期間長者可能須採用經濟價格調整機制。
7. 包商之技術能力與財務狀況 (contractor's technical capability and financial responsibility)。
8. 包商會計制度完善的程度 (adequacy of the contractor's accounting system)。在決定採用絕對固定價金契約以外之契約前，契約官須先確定包商的會計制度可以及時地發展出各該契約類型所需要的成本資料，尤以在履約之際需調整價金之契約以及成本補償契約為然。
9. 競合契約 (concurrent contracts)。研議中之契約履行同時涉及其他契約之履行者，其他契約對本契約之影響（包括計價方式的安排），應併予考量。
10. 預定轉包之範圍及性質 (extent and nature of proposed subcontracting)。包商計畫大幅轉包者，主契約之類型應為能將實際風險歸由主包商負擔者。

三 其他特種形式

(一) 不確定給付契約 (indefinite-delivery contracts) (註262)

註 262：我國國軍軍品採購作業規定第二四八條稱之為「定期供應合約」，分為定期定量及定期不定量兩種。

締約時給付之時間、數量無法確定者，可以選擇不確定給付契約，以降低採購機關之倉儲費用。就其價金約定方式而言，不確定給付契約可為絕對固定價金契約、帶有經濟價格調整機制之固定價金契約、帶有向後再決定機制之固定價金契約。依其內容，不確定給付契約又分為三種。

1. 定量契約 (definite-quantity contracts) (註263)：即在約定期間內，依訂單指定之地點，給付特定數量之特定物品或服務之契約。換言之，給付之內容（含標的物與數量）是自始確定的，所不確定然嗣後可得確定者乃給付之時間與地點。
2. 需求契約 (requirements contracts) (註264)：在約定期間內，按訂單排定之時程，為滿足某特定政府活動之採購需求而給付特定物品或服務。為使廠商有所瞭解，契約官應在招標須知與契約書內提出合理的採購總數量估計，並且儘可能在契約內訂明包商每次須行給付之最大數量以及政府在某一期間內可能訂購之最大數量。這種契約宜用於機關預見有週期性的需求，但又無法預估其確切之數量時。
3. 不定量契約 (indefinite-quantity contracts) (註265)：指在約定期間內，依所發訂單之時程，交付一定限量以下之不定量特定物品或服務之契約。這種契約應規定政府應行採購之最低數量，以及包商接獲訂單（註266）後應行給付之最低數量

註 263：FAR 16.502.

註 264：FAR 16.503.

註 265：FAR 16.504.

註 266：訂單之內容應包括：

- (1) 訂單之日期。
- (2) 契約及訂單編號。
- (3) 物品之編號、說明、數量及單價。
- (4) 給付之日期。
- (5) 給付之地點。
- (6) 包裝及運送之指示。
- (7) 會計及撥款日期。
- (8) 其他有關事項。

FAR 16.506.

最低數量，以及包商接獲訂單（註266）後應行給付之最低數量。當政府對其在某一時期內之需求，只知最低限度之數量，逾此即無從預估，且又不願負擔超過此一最低數量之採購責任（包括倉儲費用）時，即可選用不定量契約。

(二) 授權契約 (letter contracts)

授權契約者授權包商立即開始生產物品或提供服務之書面預約。由於是預約，授權契約裡須載入「契約確定」(Contract Definitization) 條款（註267），俾能在授權契約簽訂後一百八十日內，或工作完成達於百分之四十之前（以兩者中較早屆至者為準），議定正式契約（本約）。如經相當努力，彼此仍然無法就價金或利潤達成協議，則依同一條款，契約官得逕行決定一合理價金或利潤；惟包商就此決定得依爭議條款進行申訴。（註268）

由於授權契約在內容上有許多不確定，為免政府的責任無限擴大，該契約應載入「政府責任限制」(Limitation on Government Liability) 條款（註269），限定政府之責任不得逾確定本約預估成本的百分之五十。（註270）又，合而觀之，授權契約不得使政府承諾簽訂超過該授權契約履行時得動支之預算金額之本約。（註271）授權契約一般用於為爭取時效，使包商立即履約（生產或服務），別無更適合之方法時。

註 267：該條款應包括：

- ①包商應提出價格方案、計價資料、及轉包計劃之期日；
- ②雙方開始就本約進行協商之期日；
- ③確定契約（正式議定本約）之目標期日。

FAR 52.216-25.

註 268：FAR 16.603-2 (c).

註 269：FAR 52.216-24.

註 270：FAR 16.603-2 (d).

註 271：FAR 16.603-3 (a).

(三)基本協議 (basic agreements) (註272)

基本協議並非契約，只是就將來採購契約中可適用的若干條款（通常為法律或行政命令規定之契約要件）預為協商，所獲致之書面共同諒解。基本協議必須在雙方嗣後簽訂契約時予以引用或列為附件，才變成契約之一部分，而生拘束當事人之效力。基本協議得由一方當事人於三十日前以書面通知而終止。除法規修正時須為修正外，基本協議每年應檢討一次；如有修改，修改之協議不生溯及效力。

(四)基本訂購協議 (basic ordering agreements) (註273)

基本訂購協議亦非契約，但較上述基本協議具體。基本訂購協議應載明：

1. 決定價金之方法；
2. 給付（交貨）之條件，或決定給付條件之方法；
3. 得發出訂單之政府活動；
4. 各張訂單變成具有拘束力之契約之時點（例如簽發時，或以特定之方式收悉時，或未在指定期日內拒絕時等）；
5. 關於發出之訂單未能在價金決定前達成其價格協議者，即構成爭議條款所謂之爭議；
6. 訂單適用快速付款程序（fast payment procedures）者，FAR § 13.303 (b)規定之特殊資料。

契約官雖可簽發訂單，但在契約價金決定前不得依據基本訂購協議使政府負擔締約的責任，亦不得命包商開始工作；但訂單中載有契約價金上限，且基本訂購協議中載有得在履約初期決定價金之適當程序，或物品、服務之需求係異常緊急者，不在此限。

註 272 : FAR 16.702.

註 273 : FAR 16.703.

第三章 招標與投標

聯邦機關採購物品與服務的流程可以概分為四個階段：招標、投（競）標、審標、及決標。本章擬探討招標與投標有關之問題，包括採購計劃之擬定、採購標的物規格之設定、招標資訊之公開等。另，投標人資格之審查本為審標階段之重要工作，然因其與投標內容之審查（評估）進而決標，性質迥異，為行文之連貫，爰亦列入本章討論。至於各種競標方式下之審標與決標，則留在下（第四）章討論。

第一節 採購規劃

締約競爭法要求各行政機關應「運用事先採購規劃與市場調查」，為物品或服務之採購進行準備。（註274）「採購規劃」（acquisition planning）者為以最有效、經濟而適時之方法滿足政府需求，透過一綜合計劃整合、協調與某宗採購有關之人員之過程也。（註275）所謂「市場調查」（market survey）指為確定市場上是否尚有其他有能力滿足政府需求之供應來源（廠商）存在所為之努力。（註276）各機關應訂定執行採購規劃與市場調查之程序，以確保各件採購皆經過完全而公開之競爭。（註277）

一、採購計劃

聯邦採購規則授權各機關首長訂定基準及門檻（criteria and

註 274：41 U.S.C. § 254(a)(1)(B); 10 U.S.C. § 2305(a)(1)(A)(ii).

註 275：FAR 7.101.

註 276：*id.*

註 277：FAR 7.102.

threshold)，界定何為複雜、巨額採購，因而須製作書面採購計劃（written acquisition plans）。（註278）

(一) 程序

為研訂採購計劃，計劃人應組織工作小組網羅有關人員（包括締約、會計、法務及技術人員）。計劃人應檢閱前此類似的採購計劃，並與各該採購案之關鍵人士進行討論。此外，計劃人應與決定契約種類、品質、數量及給付要件之需求及後勤人員諮商；並應就整個採購規劃與契約官進行協調，徵得其同意。（註279）

(二) 內容

採購計劃應考慮下列事項（註280）：

1. 採購背景及目標

- (1) 需求說明。
- (2) 有關條件（例如須與現有系統相容、時程須受限制等）。
- (3) 成本（應使用那種成本概念：壽命周期成本（life-cycle cost）？設計最適成本（design-to-cost）？或應耗成本（should-cost）？）。（註281）
- (4) 採購標的物應具備之性能或效能。
- (5) 交付或履行期間。

註 278：FAR 7.103 (c).

註 279：FAR 7.104.

註 280：FAR 7.105.

註 281：壽命周期成本（life-cycle cost）指政府採購、操作、維護及（必要時）處分採購標的物之總成本。

設計最適成本（design-to-cost）係以成本要素作為管理目標，尋求總成本、可接受的標的物性能及時程限制間之最佳平衡。亦即，在設計與發展階段，成本是個設計上的限制；在採購及系統操作的全程中，成本是個管理的紀律。應耗成本分析（should-cost analysis）旨在以評鑑及挑戰包商現有之工作人力、方法、材料、設施或管理、操作系統為方法，找出其不經濟或無效率處，進而促使包商改進其短程與長程之經濟性與效率。

見FAR 7.101 & 15.810.

(6)各種不同成本、履約能力及時程目標間之互易（抵銷）關係。

(7)風險（包括技術、成本及時程之風險）。

2. 行動計劃

(1)供應來源（找出可能的廠商）。

(2)競爭（如何在採購過程中促進競爭）。

(3)廠商篩選程序（包括企劃案提出之時間及其評審，評審因素與達成採購目標兩者間之關係）。

(4)締約考慮（如契約種類之選擇、採祕密標或企劃標）。

(5)預算及籌款。

(6)產品描述（應以何種方法設定標的物之規格）。

(7)優先順位及分配（緊急需求下供應及使用之優位次序）。

(8)外包（委託民間辦理）或自營（由政府自行提供）（詳見第一篇第三章第一節二）

(9)管理資訊要求（政府應使用何種管理體系監督包商履行契約）。

(10)准許轉包與否之考量。

(11)測試及評鑑。

(12)後勤考慮。

(13)政府提供之財產（政府供應材料或設施予包商否）。

(14)政府提供之資訊（政府擬提供予廠商之資訊）。

(15)環保考慮（如是否須進行環境影響評估）。

(16)安全考慮（涉及機密事項之採購，應如何保密）。

(17)其他考慮（如能源節約措施、職業安全及健康法有關規定）。

(18)採購周期重要時程（詳列採購流程大事時程）。

(19)參與製作採購計劃之人員（列明參加計劃製作之人員）。

二、外包或自營

政府需求確定之後，下一個原則性的問題是由誰來滿足這項需求

，私人廠商（所謂「私的商業來源」）抑或政府機關（包括需求機關本身）？

目前決定外包（contracting out）或自營（in-house performance）的主要依據為白宮管理暨預算辦公室（Office of Management and Budget = OMB）一九七九年五月一日所頒佈的第A-76號通告（Circular A-76）及一九八三年八月十六日所頒佈的補充通告。（註282）聯邦採購規則根據上述兩項通告，又做了若干補充，特別是有關於進行成本比較的程序。

（一）原則

為免政府與民間爭利，損及自由企業體系及國家經濟力量，聯邦政府的政策是在符合特定基準的前提下，仰賴私的商業來源（private commercial sources）提供所需之物品及服務；同時，也承認有所謂「本質上屬於政府」（inherently governmental），因而只能由公務員執行之職能。（註283）關於後者，本文前述第二章第四節一（三）論政府以服務契約委託私人辦理之界限時已有說明。以下僅就原則上應由私人進行之商業活動（commercial activities），在那些例外情形下，得由政府自為執行一點，略加說明。

（二）政府得自營商業活動之例外

上述通告第8條授權政府於下列情形下，得執行商業活動：

1. 別無令人滿意之商業來源存在。亦即，沒有商業來源能提供政府所需之物品或服務；或雖能提供但將導致無法忍受之稽延或計畫中輟者。行政機關須曾於九十日內在每日商情公報至少刊載其需求三次，而無人回應，才能認定沒有商業來源能夠提供；至於委諸商業來源將致稽延與中輟之認定，則非由助理部長級官員以書面附具理由，不得為之。
2. 國防理由。國防部部長應建立基準，認定政府何時有必要基於

註 282：48 Fed. Reg. 37,110 (1983).

註 283：FAR 7.301.

國防而執行商業活動。

3. 病患照顧。各機關首長於徵詢其機關醫務室主任之意見後，認其符合病患之最佳利益時，得經營公營醫院所經營之商業活動。
4. 較為廉價。如果經過成本比較 (cost comparison)，證實商業活動由政府自行經營將較締約委由私人經營便宜時，得由政府經營。

(三) 成本比較

依據上述通告，凡某項商業活動使用相當於十名全職公務員 (10 full-time equivalent employees) 人力者，即須進行成本比較，以決定自營或外包。換言之，除研究發展案以外，對於使用相當於十名及十名以下之全職公務員人力之商業活動，各機關得逕自締約外包私人執行，無庸先為成本比較。

在審查採購規劃時，契約官應協助找尋私的商業來源。為此，契約官應將政府需求摘要公告於每日商情公報，並請求小型企業署、商業部及總務署協助，直到尋得合理數目的可能來源 (廠商) 為止。(註284)

在知悉有私商業來源可供應政府所需之物品或服務，且按規定應做成本比較時，需求機關承辦成本比較的人員應即製作「工作說明書」(work statement)，精確地描述等待完成的工作及其預定用以比較政府自營與外包經營之成本之同一履行水平。然後同時展開政府內部估價與徵求廠商競價的工作。政府內部的估價應由各機關承辦人員填妥制式的成本比較表，送交另一獨立的單位稽核後，置於密封且載有日期之信封內，在招標須知所規定之原始企劃案 (initial proposals) 收件之日或祕密標開標之日前，送達契約官。(註285)

另一方面，契約官應依據「工作說明書」，發出招標須知，徵求

註 284：FAR 7.303. 如果找不到足夠數量的廠商，則應做成沒有商業來源存在的認定 (finding)，並取銷成本比較。

註 285：FAR 7.302 (c) & 7.304 (a) & (b).

廠商提出確定之要約，並應註明比價結果如政府自營較為價廉，則無外包（締結公共契約）可言。（註286）迄開標為止，契約官應將雙方估（報）價保密，並應查證雙方皆為獨立形成估（報）價。至決標程序則因其為祕密標或協議標而異。

祕密標之成本比較決標程序為：由契約官

1. 公開開標，紀錄各投標標價；
2. 開啓載有政府估價之密封；
3. 在成本比較表上填入顯然較低標之標價；
4. 根據成本比較表宣佈初步結果，並聲明此一結果猶需經過一系列機關程序後始能確定；
5. 聲明非經過招標須知上所定之公眾閱覽期間（public review period）（至少15日），不擬就自營或外包做成最後決定；又，利害關係人得要求閱覽投標紀要、完整的成本比較表、及政府據以估算成本的詳細資料。
6. 就投標內容是否符合招標須知之規定（所謂「回應性」（responsiveness））及投標人履約可靠度（所謂「負責任性」（responsibility））審核完畢後，將合格之低標標價提報給負責預估政府自營成本之官員，就成本比較表為最後之審查。
7. 主管官員完成前述審查並解決有關爭議（申訴）後，應決定由政府自營或外包私人經營，並以書面通知契約官。契約官應決標締約或取銷招標（廢標），並依聲請提供完整之成本比較分析供利害關係人閱覽。（註287）

至於採用協商方式決標者，契約官應按一般程序接受企劃案、審查企劃案並選出最有利於政府者。惟在公開宣佈決標前，應當製作人面開啓密封之政府估價，將最有利的企劃案價格填入成本比較表，

註 286：如採用祕密標之方式締約，契約官應在招標須知中載入成本比較通知（Notice of Cost Comparison，見FAR 52.207-1）標準條款；採協議方式締約者，應載入另一種成本比較通知（Notice of Cost Comparison，見 FAR 52.207-2）標準條款。FAR 7.305.

註 287：FAR 7.306 (a).

再將該表交還製作政府估價之人。製作人應仔細考量得在兩種執行方式之成本裡增減之各式成本。

如成本比較的結果傾向於外包，且主管官員亦同意外包，則契約官應按各該機關規定之程序決標締約。締約之同時，契約官應公開成本比較結果及有關資料、宣布得標廠商之姓名、並教示利害關係人：在公眾閱覽期間結束前，包商不得開始準備履約。

如成本比較的結果傾向於由政府自營，契約官應通知利害關係人比較之結果、教示其有關資料可供閱覽之事實、並宣布對政府最為有利的要約（企劃案）價格。

公眾閱覽期間自契約官宣布成本比較結果及各利害關係人得檢閱成本比較表（及有關資料）時起算，至少應有十五個工作天，至多三十個工作天。期間屆滿後，主管官員應以書面通知做成成本比較的最後決定。契約官應視其情形，分別通知包商開始準備履約，或撤銷契約（以上為成本比較之初步結果傾向於外包之情形）；或者取銷招標或為決標締約（以上為成本比較之初步結果傾向於自營之情形）。（註288）

關於各機關自為經營或外包經營之決定，以及某一活動是否本質上專屬於政府因而禁止外包之認定，白宮管理暨預算辦公室一向以其為各機關之基本管理責任，拒絕加以審查；聯邦會計總署亦然。（註289）惟各機關應建立非正式的行政審查程序，受理有關成本比較計算方面的申訴（爭議）。（註290）按聯邦特區巡迴上訴法院的判決（註291），求償法院係依據聯邦法院改進法（Federal Courts Improvement Act）唯一有權受理決標前爭議之法院。求償法院亦自認得審查政府所為之自營或外包決定。（註292）

註 288：FAR 7.306 (b).

註 289：64 Comp. Gen. 244 (1985).

註 290：FAR 7.307. 至於有關選擇得標廠商之爭議應依 FAR 14:407-8 規定之決標爭議程序處理。

註 291：U.S. v. John C. Grimberg Co. Inc., 702 F. 2d 1362 (Fed. Cir. 1983).

註 292：See *Advo-System, Inc. v. Kreps*, 471 F. Supp. 116 (D.D.C. 1979).

三 法定禁止外包之活動

除上述白宮管理暨預算辦公室通告所為之一般性規定（尤其第7·C條）外，尚有許多法律禁止特定活動外包。

(一) 國家公園署 (National Park Service)

公園自願服務者法 (The Volunteers in the Parks Act) (註293) 明定OMB第A—7 6 通告不適用於國家公園署、魚類暨野生動物署 (Fish and Wildlife Service) 及土地管理局 (Bureau of Land Management) 之活動，如該活動涉及之人力為相當於十人或十人以下之全職公務員者。

(二) 退伍軍人醫院 (Veterans Hospital)

一九八二年的退伍軍人補償、教育及就業法 (Veteran's Compensation, Education and Employment Act of 1982) (註294) 明定凡直接關係病患醫療之活動及其他有關之活動，皆不得外包私人辦理。上述兩者以外之活動亦僅限於下兩種情形，始得外包辦理：

1. 前五年外包較自營能節省百分之十五以上之開銷，且
2. 病患醫療品質外包後較諸政府自辦，至少維持不變或甚且更佳。

換言之，國會認為關於退伍軍人之醫療服務，原則上應由聯邦自行提供。

(三) 艾德格修正案 (Edgar Amendment) (註295)

該修正案禁止總務署以契約將其警衛、電梯操作員、傳達士及門房等工作外包予私人。

註 293：P.L. 98-540, 98 Stat. 2718 (1984).

註 294：P.L. 97-306, 96 Stat. 1429 (1983).

註 295：P.L. 97-377, 96 Stat. 1830, 1913 (1983).

(四) 國防部授權法

國防部授權法中常有外包之限制，如於一九八六年修正後之一九八一年國防部授權法第 502 條規定，除三種例外情形外，凡目前由國防部人員執行之工作，不得外包私人執行。同法第 307 條禁止將部長認定為「為確保及時因應動員、國防意外狀況及其他緊急需求所必要」之核心後勤工作，外包予私人負責。

四 限定向政府機構採購

許多法律和規則限制各機關在向私的商業來源締約採購前，應先試由政府來源（如其他機關、公營公司）滿足其需求。

(一) 採購來源之優位順序

聯邦採購規則明定各機關應依下列次序考慮滿足其需求之供應來源（註 296）：

1. 物品採購

- (1) 各該機關之財產清冊（即各該機關現有之動產）；
- (2) 其他機關多餘之動產；
- (3) 聯邦監獄工業公司；
- (4) 盲胞及其他重度殘障同胞採購推廣委員會（the Committee for Purchase from the Blind and Other Severely Handicapped）物品採購目錄；
- (5) 政府批發供應來源（如總務署、國防後勤署及退伍軍人事務部之屯儲）；
- (6) 強制性聯邦供給目錄（Mandatory Federal Supply Schedules）；
- (7) 選擇性聯邦供給目錄（Optional Federal Supply Schedules）；
- (8) 商業來源（包括私人廠商、教育暨非營利機構）。

2. 服務採購

- (1) 盲胞及其他重度殘障同胞採購推廣委員會之服務採購目錄；
- (2) 強制性聯邦供給目錄與強制性總務署動產修復定期合約；
- (3) 選擇性聯邦供給目錄與選擇性總務署動產修復定期合約；
- (4) 聯邦監獄工業公司或商業來源。

限於篇幅，以下僅就重要的政府來源略加介紹。

(一) 閒置之動產

依照上述聯邦採購規則，各機關遇有需求首先應思利用其現有之動產，其次應考慮使用其他機關多餘之動產。所謂「多餘動產」(excess personal property) (註297) 係指經機關首長認定非其所需，亦非其履行職務所需，然為該機關所持有之動產。聯邦財產暨行政服務法授權總務署訂頒政策及方法，促進各聯邦機關間多餘財產之流通、利用。總務署備有各機關現有可供利用之多餘財產清冊，並協助需用機關取得此等財產。此外，總務署還訂有聯邦財產管理規則(Federal Property Management Regulations) (註298)，協助各需用機關取得原不需列報之(多餘動產以外之)機關動產。

(二) 政府印刷局(Government Printing Office)

依法(註299)，凡國會、總統行政室、各行政機關(含獨立的行政機關)及最高法院以外的各級聯邦法院之印刷、裝訂工作皆應由政府印刷局負責。然國會印刷聯合委員會(Joint Committee on Printing)得批准政府印刷局將工作外包予私人印刷廠，亦得授權某行政機關逕將印刷工作外包予私人印製或自行印製。

註 297: FAR 8.101.

註 298: 41 C.F.R. § 101-43.312.

註 299: 44 U.S.C.A. §§ 501, 504 & 1121; Government Printing and Binding Regulations (by Joint Committee on Printing).

(四) 聯邦供給目錄 (Federal Supply Schedule)

由總務署指揮及管理的聯邦供給目錄計劃，就各機關通用之物品與服務，預先與私人廠商簽有「不確定給付契約」，並印行「聯邦供給目錄」。各機關需用時直接向目錄廠商 (schedule contractors) 發出交貨訂單即可。(註300) 依其適用又分為強制性與選擇性兩種。前者，目錄上指定之機關需用目錄上所載物品或服務時，必須向目錄廠商訂購；後者指目錄上未被指定為強制用戶之機關，自願向目錄廠商下訂單者而言。(註301)

(五) 聯邦監獄工業公司 (Federal Prison Industries Inc.)

聯邦監獄工業公司是個百分之百公(聯邦)有的自償性公司，專為囚禁在聯邦刑罰與矯治機構中之犯人提供訓練及就業的機會。法律(註302)授權該公司生產刑罰機構消費之商品或出售予政府之商品，但禁止向公眾販售。所有政府機關都有義務向該公司採購其所需之物品或服務。(註303)

第二節 標的物規格之設定

如前所述，採購流程始於機關確認有需求存在，然需求為何須有精確之描述。關於需求物品或服務之描述統稱為「規格」(specifications)。規格之設定在採購過程中具有重要意義。首先，規格乃要約人據以形成要約之基礎，亦為將來據以審查要約人要約內容是否符合招標要求(所謂「回應性」)之基準。一旦決標後，規格與招標須知上所載之其他規定便成為拘束包商履約、確保契約品質之手段。其次，規

註 300：各機關向私人廠商招標前應先確認聯邦供給目錄沒有其需用之物品或服務。
FAR 8.404 (b).

註 301：FAR 8.404-1 & 8.404-2.

註 302：18 U.S.C. § 4122.

註 303：18 U.S.C. § 4124. 該公司有商品目錄發行。FAR 8.603 (b).

格之設定亦爲促進完全而公開之締約競爭政策之手段。(註304)

設定採購標的物(物品或服務)規格之責任原則上分屬總務署(署長)與國防部(部長)。前者將聯邦政府機關通用物品之規格集印爲總務署聯邦規格、標準及商品說明索引(GSA Index of Federal Specifications, Standards and Commercial Item Descriptions);後者將軍品規格集印爲國防部規格及標準索引(Department of Defense Index of Specifications and Standards)。(註305)

以下即簡要說明如何選擇規格種類及採用權變規格。

一、設計規格 (design specifications)

締約競爭法(註306)規定規格得視需要,以作用(function)、效能(performance)及設計要件(design requirement)等方式來設定,但未對三者之意義加以闡釋。

軍事契約申訴委員會(Armed Services Board of Contract Appeals = ASBCA)在Monitor Plastics Co.,案裡嘗試定義設計規格如下:

「載明精確之度量、容忍程度、材料、過程及成品測試、品質控制、檢查要件及其他特定資訊者即爲設計規格。採用此種規格時,政府應爲設計及其相關之疏失、錯誤,以及規格設定與繪圖之瑕疵負責。」(註307)

註 304: 參見 J. CIBINIC & R. NASH, FORMATION OF GOVERNMENT CONTRACTS 337-338 (1986); U.S.C. § 2305 (a) (1) & 41 U.S.C. § 253 a (a).

註 305: FAR 10.003.

「規格」(specification)指針對某種材料、產品或服務之技術要件所爲之描述,包括認定此等要件具備與否之基準。「標準」(standard)指規定品項、材料、流程、方法、設計及工程應用之工程及技術限制之文件。標準可用於規格、招標須知與契約書之中。FAR 10.001.

註 306: 41 U.S.C. § 253 a (2); 10 U.S.C. § 2305 (a) (1) (B).

註 307: Monitor Plastics Co., ASBCA 14,447, 72-2 BCA # 9,626, at 44,971 (1972).

當政府方面的技術要求明確，且可以清楚地傳達予可能的投標人時，即可選用設計規格。一般而言，採用設計規格具有三項優點：

1. 由於政府掌握了設計規格的設定權，最能確保產品符合其需求；
2. 設計規格明確地訂定了接受或拒斥（退回）投標的基準，並且可確保所有合格的投標在設計上都是一致的，因而可完全以價格作為決標的基礎；
3. 設計規格使原先不具備設計能力的廠商也可以參與競標。

其缺點則為：

1. 精確的技術規格可能不慎地限制了競爭並因而抬高了價格。又，具有創意的設計及其他替代方案的設計都將因與設計規格不符，而遭到拒斥；
2. 政府的責任將加重，履約之際出現的問題如係由於設計上之疏失或錯誤，即非包商的責任；

為保存其優點，減少其缺點，實務上政府通常將設計規格與效能規格或作用規格並用。（註308）

二、效能規格（performance specifications）

效能規格與設計規格限制如何建造或設計者不同，只告訴包商最終產品所需具備之效能。軍事契約申訴委員會在 *Monitor Plastics Co.* 案對效能規格亦有所闡釋：

「效能規格規定品項所應具備之操作特性。在此規格下，設計、度量及其他特定細節既未載明，亦非重要，只須具備效能要件即可。某一品項以效能規格採購時，包商對約定效能要件之設計、施工及達成應負全責。包商對一切細節固有完全之裁量及選擇權，政府仍對工作保留最後檢查（驗收）及批准（接受）或拒斥（拒收）之權利。」（註309）

註 308：See J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 93, at 340.

註 309：Monitor Plastics Co., ASBCA 14,447, 72-2 BCA # 9,625, at 44,971 (1972).

三、作用規格 (functional specifications)

作用規格實際上為一種特殊的效能規格，只描述政府最終的需要或目標，而不限定使用何種方法或產品達成該最終目標。相對於作用規格者乃所謂「產品導向」式的效能規格（“product-oriented” performance type specification），即不僅指示政府需求的最終效能目標，並且限定應使用某種產品或方法，以及該種方法或產品必須具備之效能標準。作用規格最大的優點在於允許最大限度的競爭。然而誠如聯邦主計長之分析，其亦有缺點：

「使用作用規格並不能免於複雜、且潛在昂貴的困擾。伊始之際，政府必須花相當力量設定規格。然後要約人須將此「作用」轉化成為其各個設備及軟體的途徑。此事可能涉及相當細瑣之工作，並可能使各種符合政府要求的解決方法變得十分昂貴。接著政府須花費相當的努力審核各種企劃案。」
(註310)

四、規格之權變

原則上總務署聯邦規格、標準及商品說明索引中所列之規格與標準對各機關具有強制拘束效力，但有下列三類例外。

(一) 特殊情事之例外 (註311)

當採購係

1. 為非常且緊急事故所必要，而使用索引之產品說明將遲延採購者；
2. 小額採購；
3. 為在境外使用之產品而為之者；
4. 為採購經授權轉售之品項者（但軍服除外）；
5. 為營繕工程或設置新設施，且已有國家認可之工業或技術來源規格及標準可茲應用者；

註 310：CompuServe, Comp. Gen. Dec. B-188990, 77-2 CPD #182 (1977).

註 311：FAR 10.006 (a).

則可不受限制。

(二)商品例外 (註312)

當機關之需求可由商品滿足時，需用機關應在採購說明 (purchase description) 中描述其需要，即使總務署索引中已有規格設定。

(三)不適用之權變 (註313)

現行規格不能滿足需用機關之最低需要時，自無強制其接受拘束之理。此時各該機關應先研擬需為權變 (deviation) 之理由，經內部審查通過後始可正式核准權變，並應連同規格修正之建議立即送交總務署。此種以不適用為由所為之權變，原則上須是個案、單一之權變，不得連續使用。

第三節 招標競爭

聯邦採購規則明揭：為促進競爭、擴大業者參與，並為協助小型企業、弱勢行業及勞力過剩地區爭取公共契約，契約官應公佈有關締約機會之資訊。就資訊散佈之方法而言，在每日商情公報 (The Commerce Business Daily) 刊載公告固是主要方法，但非唯一方法；至其形式除吾人較為熟知之招標公告 (要約之誘引) 外，還有招標公告前之資訊公開活動 (presolicitation publicity)。

一、招標前締約資訊之公開

招標前，需求機關公佈締約機會資訊主要使用兩種方法：摘要公

註 312：FAR 10.006 (b).

所謂「商品」(commercial product) 係指可以市場價格或目錄價格在一般商業運作中向公眾販售之產品 (包括品項、材料、成分、次系統或系統)。

FAR 11.001.

所謂「採購說明」係指為滿足政府最低需求所須具備之基本物理性格及作用之描述。FAR 10.001.

註 313：FAR 10.007.

告及招標前之通知暨會商。

(一)摘要 (synopsis)

依照小型企業法及聯邦採購政策局法之規定 (註314)，凡採購金額超過聯邦採購規則所規定之小額採購門檻 (註315) (目前為二萬五千美元) 者，契約官應將採購標之物之內容等相關資訊 (註316) 摘要公告於每日商情公報。(註317)

然契約官認定有下列情形之一者，得不為上述摘要公告 (註318)

- 1.摘要之用字遣辭無法避免揭露機關之需求，而機關需求之揭露勢將損及國家安全者；
- 2.按聯邦採購規則6.302-2之規定為非常、緊急採購時，如恪遵一般公告期限 (下詳) 將使政府利益嚴重受損者；
- 3.依外國政府之請託代為採購，而該付款之外國政府曾以書面指定特定包商者；或依國際條約所為採購，而該條約已指定特定包商者；
- 4.依法應由其他機關 (如小型企業署) 代為採購，或依法應由特定來源供應者；
- 5.採購之標之物為電訊 (telecommunication) 以外之公用服務 (utility services)，且供應來源係屬唯一者；

註 314: 15 U.S.C. § 637 (e) & 41 U.S.C. § 416.

註 315: See FAR 13.000. 在此限額以下即屬「小額採購」。

註 316: See 15 U.S.C. § 637 (f) & 41 U.S.C. 416 (b) for details; 並參見本文前揭第一篇第一章第一節之說明。

註 317: 此外，應為摘要公佈之活動尚包括：

- (1)為尋訪私人廠商 (「私的商業來源」)，進行成本比較，以決定自營或外包時 (參見本報告第一篇第三章第一節(一)之說明)；
- (2)修改現有契約，增加採購 (物品或服務) 之數額逾美金25,000者；
- (3)凡有利於政府之契約，不論金額大小。(FAR 5.201 (b))

註 318: FAR 5.202 (a).

另，各機關首長於徵詢聯邦採購政策局局長及小型企業署署長之意見後，得以書面裁定某採購案不適宜履行摘要公告程序，而免為公告。FAR 5.202 (b).

6. 依需求契約發出訂單者；
7. 按一九八二年小型企業創新發展法 (Small Business Innovation Development Act of 1982; Pub. L. 97-219) 接受企劃案而締約者；
8. 因接受某未經公開徵求然確有獨到創見之研究計劃案而締約，且為摘要公告將損及該計劃之原創性或洩露其營業祕密者；
9. 採購標的物為易腐之維生物品，預先公告締約機會並非適當或非合理者；
10. 緊急情況下為進行工業動員，而締約採購商標物品以依法轉售者；
11. 其為依現存契約條款所為之契約活動，而現存契約原先已就該契約活動為摘要公告者；
12. 將在美國領土、屬地或波多黎各以外之地區執行，且限在當地招標之國防部所屬機關採購案。

摘要公告乃招標（要約之誘引）之預告，主要目的在於協助小型企業獲取締約機會資訊，增加其締結主契約與轉包契約之機會。因此，聯邦採購規則限定摘要至遲應於發出招標須知前十五日登載於每日商情公報；又，為使要約人（投標人）得以充分準備，各機關規定之反應期間（response time）--自發出招標須知之日起至開始接受投（祕密與企劃）標之日止--至少應有三十日。（註319）

(二) 招標前之通知暨會商 (presolicitation notices & conferences)

以競爭性協商 (competitive negotiations) 為決標的採購中，為發掘有興趣的廠商、自廠商處獲取初步資訊、向廠商說明複雜的規格及其他要件、或為幫助廠商樽節提出企劃案所需耗費之精力與金錢等，需用機關之契約官得依前述摘要公告之規定，向可能前來競（投

註 319: FAR 5.203.

研究發展契約之反應期間更長，至少需有45日。Id.

標之廠商發出招標前通知。通知書之內容應（註320）：

1. 儘可能地確切說明期望廠商在答覆時提供之資訊；
2. 說明在此「招標前通知」後是否將進行會商或正式招標；
3. 請求在特定期日前表示願意參與競標之意思。

招標前之會商僅於經較契約官更高階之長官批准後始能進行，且不得用以預先過濾可能的投標人。契約官應將會商之細節通知所有答覆招標前通知之廠商，並主持會商、安排必要的技術和法務人員到會、將招標須知分送予所有到會之廠商。（註321）

二 招 標

招標者採購機關徵求有意廠商前來投標、競標之謂也。法律上正式的用語當為「要約之誘引」。其用以徵求秘密標者為「投標邀請書」（invitation for bids = IFB）；用以徵求競爭性企劃案（標）者為「企劃案邀請書」（Request for Proposals = RFP）或「報價邀請書」（Request for Quotations = RFQ）。小額採購或緊急採購得使用非正式或口頭邀請。

(一) 統一契約格式 (uniform contract format)

為使所有投標人立足於同一基礎競標，投標邀請書與企劃案邀請書原則上應使用統一的契約格式（表1-1）。（註322）表中第一部分

註 320：FAR 15.404 (b) (2).

在複雜的採購案裡，招標前通知得請求廠商提供有關管理、工程及生產力方面之資訊。惟精確之繪圖、規格或計劃通常不會載入招標前通知。FAR 15.404 (b) (3).

註 321：FAR 15.404 (c).

註 322：統一契約格式不適用於下列契約活動：

- (1) 基本協議（參見FAR 16.702及本文第一篇第二章第四節三(三)之說明）；
- (2) 營繕契約及建築師／工程師契約；
- (3) 船舶之建造、檢查、修理；
- (4) 維生物品之採購；
- (5) 依聯邦採購規則之規定應採用與統一契約格式不相同之特殊契約格式之契約

第A條之招標 / 契約表格，除規則另有規定者外，應使用第33號標準表格（SF 33: Solicitation, Offer and Award）（註323）或第1447號標準表格（SF 1447: Solicitation/Contract）。（註324）第二部分第I條囊括擬議契約所有的條款（包括法律、聯邦採購規則所定之法定條款及雙方協議加入之合意條款）。聯邦採購規則第一章第52節（FAR Part 52）臚列有各種標準條款，供個別契約援引。（註325）為方便契約之草擬，同一規則52.301條列有詳細對照表，指示那一種契約應包括及得選擇包括那些標準條款。在第三部分第J條，契約官應列示各項所附文件、展示物品及其他附件之名稱、日期及頁碼。第四部分通稱招標條款（solicitation provisions）（註326），第K條所列者需由要約人（或報價人）提出聲明、證明或其他資訊，第L條所列者乃機關並無義務，但主動指導要約人（或報價人）提（企劃）案或報價之教示。第M條詳列決標所依據之各種因素（包括價格、價格相關因素、與價格無關之因素、及其他將併予考量之重要次因素），以及各個因素之相對比重。（註327）

(6) 企劃案邀請函 (Letter Request for Proposals) ；

(7) 機關首長特准不適用統一契約格式之契約；

(8) 使用簡化契約格式之契約；

FAR 15.406-1 (a).

註 323：See FAR 53.301-33.

註 324：See FAR 53.301-1447.

註 325：為簡化公共契約的內容，除FAR 52.102-2所列舉之條款必須全文照錄於各個契約外，其餘的標準條款只需援引條號，註明出處即可。FAR 52.102-1.

註 326：招標條款者僅於招標時使用之條款或條件，只適用於決標前之程序。FAR 52.101.

註 327：FAR 15.406-5.

表1-1 統一契約格式

符 號	名 稱
	第一部分：目 錄
A	招標 / 契約表格
B	物品或服務及價金 / 成本
C	描述 / 規格 / 工作說明
D	包裝及標示
E	檢查及接受
F	交付或履行
G	契約管理資訊
H	特殊契約條款
	第二部分：契約條款
I	契約條款
	第三部分：文件、展示物品及其他附件一覽表
J	附件一覽表
	第四部分：聲明與指示
K	聲明、證明及要約人或報價人之其他陳述
L	給要約人或報價人之指示、條件及通告
M	決標評比因素

資料來源：FAR 14.201-1 (Table 14-1) &
 FAR 15.406-1 (Table 15-2).

猶需一言者，小額採購案中政府如只是想開始與廠商議價時，一般應使用第 18 號標準表格 (SF 18: Request for Quotations) (註 328)。該表格已註明「本表用以尋求報價，所為之報價並非要約。」如政府希望逕行接受廠商報價而不經議價時，即不適合使用第 18 號標準表格。

(二) 口頭招標 (oral solicitations)

按聯邦採購規則 (註 329)，口頭招標可用於兩種情形：

1. 所採購者為易腐之維生物品；
2. 按書面招標方式進行採購將生遲延而滋生損害於政府者。

除按一般歸檔規定 (見 FAR 4.8) 辦理外，口頭招標之檔案裡並應包括：

1. 使用口頭招標之理由；
2. 品項描述、數量及交付 (貨) 時間程；
3. 曾經詢價之廠商 (包括日期、時間、姓名及其報價)；及
4. 發給可能的包商之招標須知之編號。

(三) 招標須知之修正

祕密標之招標須知在所定之開標期日前，企劃標之招標須知在所定企劃案開始收件之期日前，如有修正之必要 (例如為變更數量、規格、交貨時間、開標日期或截止收件日期、改正疏漏或模糊之處等)，皆得以第 30 號標準表格 (SF 30: Amendment of Solicitation / Modification of Contract) 加以修正，惟

1. 如所剩之期間太短，可能的投標人無法有效因應上述修正時，應延後原定開標 / 截止收件之期日。
2. 如前曾提供某些資訊予某一可能的投標人，而該資訊對所有投標人準備投標皆屬必要；或欠缺此一資訊勢將對某個投標人造成不公平時，應即以與招標須知之修正同一方式處理，並儘速

註 328: See FAR 53.301-18.

註 329: FAR 15.402 (f).

告知所有可能的投標人。(註330)

此外，在競爭性企劃標採購裡，如政府決定改變（包括放寬及加嚴）投標人之資格要件，不論此一變更係在開始收件之前或之後，契約官皆應發布招標須知修正書。至於通知之方法因修正之時期而異，質言之：

1. 如截止收件之期日尚未屆滿，契約官應向所有曾接獲招標須知之廠商送達修正書；
2. 如已截止收件但尚未開始評審，契約官應向所有投標廠商送達修正書；
3. 如所謂「競爭範圍」(the competitive range)已經確立，則契約官應僅向入圍廠商送達修正書；
4. 惟如修正之內容至關緊要，實際上形同重新改寫招標須知者，契約官應撤銷原招標須知，另發新招標須知，不論採購進行至如何階段。(註331)

(四) 投標期間與遲到之投標

為免投標期間過短，限制了可能投標的人數，因而導致不必要的價格偏高，聯邦採購規則除明定應以「摘要公告」預告招標、訂定三十個日曆天以上之反應期間外，並指示招標須知中應訂定「合理之投標期間」(a reasonable bidding time)。所謂「合理」之投標期間，應考慮下列因素後訂定：

1. 急迫之程度；
2. 需求複雜之程度；
3. 預期轉包之範圍；
4. 是否使用招標前通知；
5. 投標人之地理分佈情形；
6. 招標及投標通常需要之郵遞時間。(註332)

註 330 : FAR 14.208 & 15.410.

註 331 : FAR 15.606.

註 332 : See FAR 14.202-1.

至於招標須知修正時，非予所有可能的投標人「充分的時間」(sufficient time) 考慮、修正其投標，不得決標。(註333) 至於何謂「充分」，實務上係以個案認定。(註334)

超過了招標須知所定之開標時間或截止收件時間才到達指定之政府辦公室的投標(及其修正)，即為遲到投標(late bids/proposals)。遲到之投標原則上不作決標考慮，但有若干例外。就祕密標而言，遲到之投標須是在決標前到達，且具備下述三種情形之一，始列入決標考慮(註335)：

1. 係於指定到達日五日以前以掛號信函(registered mail) 或憑證領取信函(certified mail) 寄往美國或加拿大境內之締約機關者；
2. 係以郵寄(如招標須知許可，亦得以電報或電傳方式) 傳遞，且經政府認定：其遲到係單純因為到達政府設施後，政府處理不當(mishandling by the Government) 所致者；
3. 其係在指定到達期日前兩個工作天(不包括週末及聯邦假日) 於發信地當地時間下午五點鐘以前，以美國郵局之隔日到達快速遞郵件寄往位於美國或加拿大境內之締約機關者。

又，原本有效之投標因修正而遲到時，如修正之結果對於政府更為有利，則亦可例外地予以決標考慮。(註336)

至於遲到之企劃案(及其修正) 僅於下述兩條件同時具備時，始

註 333: FAR 14.208 (c) & 15.410 (b).

註 334: See, e.g., Pacific Contractors, Inc., Comp. Gen. Dec. B-190568, 78-2 CPD #297 (1978) (五名投標人中有四名有一天時間考慮，另一名只有一小時考慮招標須知修正的影響，依其情形尚非不合理，蓋無人曾於開標前就此表示異議)；Tom Walsh & Associates, Comp. Gen. Dec. B-212750, 84-1 CPD #78 (1984) (有六天時間考慮、因應招標須知之修正，已屬充分)；45 Comp. Gen. 651 (1966) (只有兩天供可能的投標人考慮、因應招標須知之修正，顯屬不充分)。

註 335: FAR 14.304-1 (a).

註 336: FAR 14.304-1 (e).

予考慮（註337）：

1. 雖較指定截止收件時間為遲，但仍在決標之前到達者；且
2. 其情形（包括發信日期及到達政府設施之日期之證明）符合FAR 52.215-10（企劃案之遲到、修正及撤回）條款之規定者。

三 招標資訊之公佈途徑

招標消息除以公告刊載於每日商情公報、張貼於招標機關之佈告欄、備妥影本供人索取外，還有其他幾種比較常用的佈達方法。

(一) 招標須知郵寄名單 (solicitation mailing lists)

按聯邦採購規則之規定，締約機關應建立招標須知郵寄名單，以便與適當之供應來源保持聯繫。（註338）列入名單的方法有二。一為由廠商主動以第129號標準表格（SF 129: Solicitation Mailing List Application）（註339）提出申請；一為由締約機關評定為具有履約能力而予列入。

已列在名單上之廠商「得」因下列事由被除名：

1. 未投標；
2. 未答覆招標前通知（presolicitation notice）；
3. 以其他方式拒絕投標之邀請。（註340）

被除名者得因：

註 337：FAR 15.412 (c).

凡不符上述例外規定之投標，不論遲到多久，一概不予考慮。See, e.g., James L. Ferry & Sons, Inc., Comp. Gen. Dec. B-181612, 74-2 CPD #245 (1974)（親自送達之投標雖只遲到三分鐘，亦不予考慮）；National Blower & Sheet Metal Co., Comp. Gen. Dec. B-194895, 79-2 CPD #240 (1979)（遲到僅二分鐘，且尚未開標，仍不予考慮）。

註 338：FAR 14.205（祕密標）& 15.403（企劃標）。

註 339：See FAR 53.301-129.

廠商雖未以第129號標準表格申請列名，但前來索取招標須知時，仍應給予。Trans World Maintenance, Inc., 65 Comp. Gen. ----, 86-1 CPD #239 (1986).

註 340：FAR 14.205-2.

1. 提出書面申請；
2. 重新以第 1 2 9 號標準表格提出申請；或
3. 投標。

而再次列入郵寄名單。(註341) 建立郵寄名單的目的主要是使締約機關能依採購案之金額，主動篩選可能的投標人，寄送招標須知，以達促進競爭之目的。但是依照規定，招標機關本有應請求提供招標須知之義務，且不能以投標人未曾被正式邀請投標為理由，而拒絕其投標。(註342)

(二) 投標前之會議 (pre-bid & pre-proposal conferences) (註343)

於招標須知發出後，開標或開始接受企劃案前，契約官認為有必要召集可能的投標人，解說複雜的規格及其他要件時，得召開投標前會議。契約官之任務包括：

1. 如招標須知上原未載有會議通知，應將會議之時間、地點、性質及範圍，通知所有接獲招標須知之廠商；
2. 如時間許可，應請可能的要約人以書面預先提出問題，俾便準備答案在會議中分發；
3. 必要時安排技術與法務人員到場；
4. 主持會議，提供一份相同的採購資料給所有可能的要約人；做成會議紀錄，並迅速提供予所有可能的要約人。

由於會議的目的在澄清，而非修正招標須知之內容，契約官應告訴與會的廠商，在會議中所為之說明，並沒有修正招標條款與規格之效力。亦即，為昭明確，招標須知之修正僅得以標準表格正式為之。

(三) 付費廣告 (paid advertisements)

招標機關在報紙及其他新聞媒體刊登付費廣告，乃例外之資訊散

註 341：FAR 14.205-3.

註 342：FAR 5.102 & 14.205-4 (a).

註 343：FAR 15.409 & 14.207.

佈方法，僅限於非如此無法促成有效之競爭時始得爲之。（註344）在報紙上刊登付費廣告須經各該機關首長之書面授權。（註345）付費之費率不得高於私人所付的商業費率，並應享有正常之折扣。（註346）廣告之內容應視其是否超過小額採購門檻（二萬五千美元），而分別使用標準表格（如第1447號：招標／契約；第26號：決標／契約）或選用格式（如第347號：物品或服務訂單）。（註347）

第四節 包商資格審查

政府締結公共契約時，原本與私人締結私法契約一樣，有選擇締約對象（與何人簽約）的權利。（註348）嗣因公共利益之要求，逐漸形成一項基本政策：公共契約必須決標予負責任的可靠廠商（responsible sources / contractors）。（註349）

目前用以篩選投標人的法律制度有二。第一種爲契約官在各個採購案中所爲之可靠或不可靠認定（a determination of responsibility or nonresponsibility）；第二種制度爲由機關首長或其指定之官員所爲之定期除權（debarment）與暫時停權（suspension）處分。被認定爲不可靠的廠商無法參與該次採購之決標；而被除權或停權的廠商則在除／停權期間內全面喪失投標之資格。

一、認定標準

所謂某個廠商是否可靠主要是指：第一，該廠商有無履行契約的能力與決心；第二，該廠商是否具備了各種法規所定之資格要件。本

註 344：FAR 5.10. (b) (4).

註 345：44 U.S.C. § 3702.機關首長得將此權力轉授予他人行使，5 U.S.C. § 302 (b).

註 346：44 U.S.C. § 3703; FAR 5.503 (b).

註 347：FAR 5.503 (c).

註 348：See Perkins v. Lukens Steel Co., 310 U.S. 113, 127 (1940).

註 349：FAR 9.103 (a).

小節討論前者認定之標準，至於後者多為配合實現一定之社會及經濟政策，故列入第五章討論。廠商履約能力與決心的認定標準又分一般與特殊兩類。前者於所有可能之投標人皆有適用；後者係由契約官自行裁量，決定是否列入某宗採購之招標須知，通常用於非有特殊專技無法履約的情形。（註350）

(一)一般標準 (general standards): (註351)

1. 財務資源 (financial resources)。聯邦採購規則要求未來的包商應具備或有能力取得契約履行所需之財源，所謂「有能力取得」須以證據證明。實務上常用之指標包括資產負債比例 (ratio of assets to liability)、可運用之資金 (working capital)、現金周轉計劃 (cash flow projections) 及信用評估 (credit ratings) 等。實務上契約官在此享有廣泛之裁量權。（註352）能提供履約保證 (a performance bond) 者通常視為已證明有履約之財源（註353）；而投標人申請宣告破產之事實，則不當然使契約官為「不可靠」之認定。（註354）
2. 恪遵給付（交貨）時程之能力 (ability to comply with the delivery/performance schedule)。實務上考慮之因素包括投標人之勞資關係是否和諧（常罷工當然影響契約之如期履行），歷來履約之紀錄是否良好等。（註355）

註 350: FAR 9.104-2 (a).

註 351: FAR 9.104-1. 41 U.S.C.A. § 403(7) (1991).

註 352: See, e.g., 39 Comp. Gen. 895 (1960) (投標人之資產淨值僅為\$66,056，而當年度之虧損累計已達\$22,832，即使加上銀行承諾給予之貸款\$300,000，資金周轉情形仍不足以履行一份總值\$4,782,511.37之提供包機供軍運署 (Military Transportation Service) 使用之合約)。

註 353: See, e.g., 33 Comp. Gen. 549 (1954).

註 354: See, e.g., Hunter Outdoor Products, Inc., 54 Comp. Gen. 276, 74-2 CPD #207 (1974); Domar Industries Co., Comp. Gen. Dec. B-202735, 81-2 CPD #199 (1981).

註 355: See, e.g., Sermor, Inc., Comp. Gen. Dec. B-210872, 83-2 CPD #87 (1983) (契約官認定投標人「不可靠」，因其在十件現存的合約裡有八件落後於原定給付時程；經過延期，還有六件依然落後)。

3. 履約紀錄 (performance record)。除廠商能證明係由於不可抗力之因素或已採取適當補救措施外，在契約履行上有重大缺失者，應被推定為「不可靠」。(註356)最近，聯邦採購政策局發佈了第92-5號政策令函(Policy Letter No. 92-5)(註357)進一步訓令各機關對於金額在十萬美元以上之採購案，建立包商履約表現評鑑制度，並永久保存評鑑結果，作為在祕密標及競爭性企劃標審標時認定包商可靠性之依據。
4. 操守端正 (integrity)。實務上常以刑事犯罪、逃漏稅等認定投標人操守不正或欠缺商業倫理 (business ethics)。以操守不端正為理由，認定投標人為不可靠時，應注意符合「正當程序」(due process)要件(下詳)。
5. 管理暨技術能力 (management and technical capacity)。投標人應具有或能具有必要之組織、經驗、會計及操作控制、生產控制程序、財產管理制度、品質管制措施等。實務上常用之認定方法包括調查投標人有無經驗(包括其公司主要負責人有無經驗)及評估其組織現況等。(註358)
6. 設施與設備 (facilities and equipment)。投標人應擁有或有能力取得必要之生產、興建及技術設備與設施。所謂「有能力取得」係指投標人於審標之際並無必要之設備及設施，但能以「可接受之證據」(acceptable evidence)(包括承諾租賃、購買等方式)顯示在決標時將可取得所需之設備及設施者而

註 356: See, e.g., Comp. Gen. Dec. B-175545, Aug. 17, 1972 (雖有設備，但安全檢查不合格迄未改善者，亦屬「不可靠」之包商)。

註 357: See, e.g., Certified Testing Corp., Comp. Gen. Dec. B-212242, 83-2 CPD #542 (1983) (投標廠商之品管經理不熟悉招標須知之品管規定，足證該廠商非屬可靠)；Columbus Jack Corp., Comp. Gen. Dec. B-211829, 83-2 CPD #348 (1983) (廠商過去品管紀錄不良，故非可靠)。

註 358: FAR 9.104-3 (c).

過去有債務不履行而解約之紀錄，固認定為不可靠 (S.A.F.E. Export Corp., Comp. Gen. Dec. B-208744, 83-1 CPD #437 (1983))；雖無債務不履行而解約之紀錄，但有多次違反契約義務者，亦可為不可靠之認定 (C.W. Girard, C.M., 64 Comp. Gen. 175, 84-2 CPD #704 (1984))。

言。(註359)

7. 執照與許可 (licenses and permits)。聯邦採購規則除要求廠商具備以上五條件外，並須依現行法規具備其他決標之資格。一般以為此主要係指具備必要之執照或許可而言。實務上，投標人雖在決標前不具有，但可以相信其在須為履行時將具有執照或許可者，契約官即可為可靠之認定(註360)；反之，契約官確信非有執照或許可，將妨害契約之履行者，應認定不具備執照或許可之廠商為不可靠。(註361)
8. 堅持與毅力 (tenacity and perseverance)。履行契約欠缺堅忍和毅力，乃廠商不可靠之有力證據。(註362) 而其認定必然涉及廠商過去履約之紀錄，且單有履約不力之事實尚不足以認定為欠缺堅持與毅力，猶需探究其原因。(註363)

(二) 特殊標準 (special standards)

招標須知中輒稱之為「決定性的履行基準」(definitive performance criteria)。因為在一般標準之外，再添加特殊標準常有限制競爭的效果，故其採用應以必要者為限。(註364) 特殊標準中最為常見的當推工作經驗(應具有至少若干年之工作經驗)的要求，偶爾亦見有關特殊設施之限制者。(註365)

註 359: 58 Fed. Reg. 3,573 (1993).

註 360: See, e.g., 46 Comp. Gen. 326 (1966); Impact Instrumentation, Inc., Comp. Gen. Dec. B-217291, 85-1 CPD #240 (1985).

註 361: See, e.g., U.S. Jet Aviation, Comp. Gen. Dec. B-214093, 84-1 CPD #575 (1984).

註 362: FAR 9.104-3 (c).

註 363: See, e.g., 49 Comp. Gen. 139 (1969) (要約人多次違反契約義務，然其時皆擁有必要的生產設備及人力，足可認定其欠缺堅持與毅力)。

註 364: See, e.g., Houghton Elevator Div., Reliance Electric Co., 55 Comp. Gen. 1051, 76-1 CPD #294 (1976) (工作經驗要件顯屬多餘，蓋得標人雖無如是經驗亦無礙其履行契約)。

註 365: See Auto Discount Rent-N-Drive Systems, Inc., Comp. Gen. Dec. B-197236, 80-2 CPD #73 (1980) (要求得標人證明其發報設施位在某地理區域內乃屬決定性基準)。

二、轉包商（次包商）可靠性之認定

原則上，未來的主包商應負責認定其未來的次包商是否可靠，政府並不直接介入。但是，基於政府之利益，有必要直接進行認定時，契約官應以認定主包商是否可靠之相同標準，認定次包商之可靠性。（註366）實務上，當契約官認定主包商為可靠時，即推定其已確認轉包之次包商成為可靠，而不另為調查。（註367）又，次包商被認定為不可靠，可能使主包商被認定為不可靠（註368）；反之，主包商過去曾以具備特殊標準之次包商成功地履行契約之事實，也可使契約官認定其為可靠，即使主包商本身並不具備該種特殊標準（如一定之工作經驗）。（註369）

三、審查程序

投標人資格審查（所謂「可靠性」之認定）與投標內容是否合乎招標規範（所謂「回應性」之審查）不同，前者以決標時為準（有些要件甚至在履行時具備即可）（註370）；後者則以投標（提出要約）時為準。投標人資格審查之程序如下：

（一）資訊蒐集

為認定投標人是否可靠，契約官應於開標後或接到企劃案後，立即著手蒐集有關之資訊，包括（註371）：

註 366：FAR 9.104-4.

註 367：See R. G. Robbins & Co., Comp. Gen. Dec. B-187365, 77-2 CPD #33 (1977).

註 368：See Omneco, Inc., Comp. Gen. Dec. B-218343, 85-1 CPD #660 (1985).

註 369：See Dineen Mechanical Contractors, Inc., Comp. Gen. Dec. B-204420, 82-1 CPD #516 (1982).

註 370：See Vulcan Engineering, Co., Comp. Gen. Dec. B-214595, 84-2 CPD #403 (1984); Heli-Jet Corp. v. U.S., 2 Cl. Ct. 613 (1983).

註 371：FAR 9.105-1 (c).

1. 一份臚列被除權、停權、預定除權及經宣告為不適格之廠商名單——「除權、停權及不適格廠商聯合名單」(Consolidated List of Debarred, Suspended, and Ineligible Contractors)。(註372)
2. 紀錄及經驗資料(包含可由締約單位、稽查單位、契約管理單位工作人員處查證之消息)。
3. 可能的廠商處得來之資訊(包括投標/企劃案消息、問卷之答覆、財務資料、有關生產設備之消息及人事消息)。
4. 決標前調查報告(preaward survey reports)(詳後)。
5. 其他消息來源:例如可能的包商之供給人、次包商及客戶;政府機關;商業及貿易團體。
6. 如其為營繕契約,契約官並得參考廠商過去之工作評鑑報告(performance evaluation reports)。

契約官對於是否進行決標前之調查(preaward survey),本有裁量權。(註373)聯邦採購規則只作了原則性的指示(註374),即契約官所掌握之資訊不足以做成可靠性之認定時,「通常需辦理決標前之調查」。另一方面,如採購案之金額在二萬五千美元以下;或採用固定價金契約而價金在十萬美元以下,且涉及之標的物為商品者,除有特殊情況外,契約官不應辦理決標前調查。採購機關負責調查的單

註 372: 聯邦總務署應負責彙整、定期更新並提供此一名單予各聯邦機關及索閱之民眾。FAR 9.404.

所謂「除權」(debarred)及「停權」(suspended)係指依聯邦採購規則之規定(參見本報告第一篇第三章第四節四及五之說明),在一定期間內被剝奪投標資格或暫時被剝奪投標資格者而言;所謂「不適格」(ineligible)係指依其他法律或規則,如 the Davis-Bacon Act, the Service Contract Act, the Equal Employment Opportunity Act and Executive Orders, the Walsh-Healey Public Contract Act, the Buy American Act等,被剝奪締約資格者而言。See FAR 9.403.

註 373: See, e.g. Saratoga Industries, Comp. Gen. Dec. B-219341, 85-2 CPD #247 (1985); 聯邦主計長對於契約官不做決標前調查之決定,亦不予審查, See Carolina Waste Systems, Comp. Gen. Dec. B-215689.3, 85-1 CPD #22 (1985).

註 374: FAR 9.106-1.

位在展開調查前，應先確定投標廠商未被除權、停權或宣告不適格。蓋被除權、停權或宣告為不適格者已無投標資格，勿庸再行調查。如契約官根據所獲資訊，無法確信某可能的包商為可靠負責者，即應為不可靠之認定。（註375）

(二) 認定及歸檔

契約官蒐集資訊研判之後，如認為投標人可靠，只需在契約上簽字即可。反之，如認定其不可靠，則應製做不可靠認定書（a determination of nonresponsibility），說明理由、簽字後，連同有關文件存（併）入該契約檔案內。（註376）凡在審查過程中所累積之資料（包括決標前調查報告），除資訊自由法（Freedom of Information Act）（註377）另有規定外，一律不得對外公佈或洩露。

關於被認定為不可靠之廠商有無行政救濟途徑一點，聯邦採購規則未有規定，僅授權契約官在做成認定前「得」與該可能的包商「討論」有關其決標前調查的結果；又，決標之後，契約官或締約單位主管亦「得」與被調查廠商「討論」有關其決標前調查之所得。（註378）但是至少在兩種情形下，受調查人有參與認定之機會。

首先，如契約官認定某投標的小型企業欠缺某些可靠性的要素，而傾向為不可靠之認定時，應通知該投標人使其有機會向小型企業署申請「能力證明」（a certificate of competency）。契約官得接受該證明而不再做調查。（註379）

其次，如契約官以廠商欠缺商業操守為由，認定其為不可靠時，按照華府上訴法院 *Old Dominion Dairy Products, Inc., v. Sec-*

註 375：FAR 9.103 (b).

註 376：FAR 9.105-2.

註 377：See FAR 24.2. 關於資訊自由法之介紹可參照拙著，「美國行政程序法概要」，前揭（註52）文，頁184~186；焦興鑑，「行政機構資訊之公開及限制——美國現行資訊自由法之研究」（載政大法學評論29期，頁97以下，73年6月）。

註 378：FAR 9.105-3 (b).

註 379：FAR 9.105-2 (a) (2).

retary of Defense 案 (註380) 之判決，此間涉及所謂「自由利益」(liberty interest) 剝奪之問題，按憲法增補條款第五條，非經法律上之正當程序 (due process of law) 不得爲之。(註381) 此所謂「正當程序」包括：應受通知及給予答辯之機會。質言之，正式之聽證固非必要，但契約官在做成決(認)定前應予廠商說明之機會。至於契約官以其他標準，認定廠商爲不可靠時，目前實務上之見解似以爲尚不生正當程序的問題。(註382) 是如前所述，現行聯邦採購規則僅以契約官「得與廠商討論」，彈性處理。

四除權(debarment)

除權者廠商因法定之除權事由，由機關之除權官 (a debarring official) (註383) 依法定程序，在一定期間內剝奪其參與締結公共契約之權利之處分也。茲就除權之事由、除權官應行考量之因素、除權之程序及效力分述如下。

(一)除權之事由 (causes for debarment)

除權之法定事由可分爲三類 (註384)：

1. 缺乏商業倫理之行爲。除權官得以廠商曾因下列事由受有刑事

註 380：631 F. 2d 953 (D.C. Cir. 1980).

註 381：美國聯邦憲法增補條款第五條：「任何人……非經法律之正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪。」關於聯邦最高法院對於「自由與財產」利益看法的演變，參見拙著，論美國公務員不受恣意免職之保障，前揭(註41)文，頁253以下，74年12月)頁273-278。

註 382：See Omneco, Inc., Comp. Gen. Dec. B-218343, 85-1 CPD #660 (1985) (欠缺能力)；Lithographic Publications, Inc., Comp. Gen. Dec. B-217263, 85-1 CPD #357 (1985) (過去表現不佳)；Systems Development Corp. Gen. Dec. B-212624, 83-2 CPD #644 (1983) (無法恪遵給付時程)；United Aircraft & Turbine Corp., Comp. Gen. Dec. B-210710, 83-1 CPD #267 (1983) (缺乏能力與設施)。

註 383：所謂「除權官」係指各機關首長或其指定負責做成除權處分之官員。FAR 9.403.

註 384：FAR 9.406-2.

或民事判決，而為除權之處分：

- (1)與爭取或履行某公共契約或轉包契約，而犯有關詐欺或其他犯罪行為；
- (2)違反聯邦或州之反托拉斯法中有關投標之規定；
- (3)挪用公款、竊盜、偽造文書、賄賂、變造或毀損文書、虛偽之陳述或收受贓物；
- (4)其他顯示欠缺商業倫理與誠信，足以嚴重、直接影響某主包商或次包商之可靠性之行為。

2. 嚴重違反契約條款之行為。例如：

- (1)故意不履行契約；
- (2)曾有契約不履行或履行不力之紀錄；
- (3)違反一九八八年工作場所淨毒法 (the Drug-Free Workplace Act of 1988, Pub. L. 100-690) 之規定。例如：提出不實證書；屢次查獲其受雇人在工作場所吸食或販售毒品，致有理由相信其未有誠意掃除毒品者。

3. 其他嚴重影響包商或次包商目前可靠性之行為。

(二) 除權官之裁量

除權（與停權）處分原僅單純為保護公共利益而設，殊無制裁投標人（要約人）之意。（註385）除權官對於是否為除權處分有廣泛之裁量權，不僅具備上述法定除權事由者不必須施予除權處分；即使具備上述事由，仍應考量廠商行為或疏失嚴重之程度、是否已採取補救措施、以及其他相抵（緩和）因素作用的結果，決定有無給予除權處分之必要。（註386）聯邦採購規則為協助除權官正確行使裁量，特例示若干做成處分前應予考量之因素，包括廠商在觸犯前述構成除權事由之行為時，是否已建立有效之行為標準及內部控制系統？廠商對於觸犯除權事由之受雇人是否已施予懲戒？廠商是否已建立或同意建立

註 385：FAR 9.402 (b).

註 386：FAR 9.406-1 (a).

控制程序及倫理訓練計劃等。(註387)

(三)除權處分之程序

聯邦採購規則歸納了法院歷來判決的見解，給予遭受除權處分之廠商某種「正當程序」保障。

1. 處分之預告。(註388) 除權官應以掛號附回執或存證信函 (by certified mail, return receipt requested) 之方式，將下列事項通知廠商及特定關係人：
 - (1) 擬予除權處分之事實；
 - (2) 擬予除權處分之理由；
 - (3) 得予除權之法定事由；
 - (4) 廠商得於收到通知之日起三十日內親自或委由代表人提出書面資料及答辯之意旨；
 - (5) 機關做成除權處分之程序；
 - (6) 本通知之效力；
 - (7) 如遭除權將發生如何效力。
2. 答辯。(註389) 如擬議中之除權處分係依據法院確定的刑事或民事判決，且對事實部分已無爭議，則廠商一般只有書面答辯之機會。然後除權官原則上應在接悉書面資料 / 答辯起三十日內，以行政筆錄 (administrative record) 為準做成決定。如提議中之除權處分非以法院之刑 / 民事判決為基礎，且廠商之書面答辯就重要事實尚有爭議，則除權官應許廠商更多答辯的機會，包括由律師陪同出席、提出書證、傳喚證人、並與指控之人對質等。除權官應依據發現之事實做成事實認定書 (written findings of fact)，連同廠商之答辯、行政筆錄內之資

註 387：詳見 FAR 9.406-1 (b)。

註 388：FAR 9.406-3 (c)。See also *Gonzales v. Freeman*, 334 F. 2d 570 (D.C. Cir. 1964); *Horne Brothers, Inc., v. Laird*, 463 F. 2d 1268 (D.C. Cir. 1972)。

註 389：FAR 9.406-3 (b) (2) & (d)。
See also *Gonzales & Horne Brothers, Id.*

訊，做成最後的決定。除權處分所依據之基礎如非為法院之刑 / 民事判決者，該除權事由須受有優勢證據 (preponderance of the evidence) (註390) 之支持，始能成立。

3. 處分之通知。(註391) 不論除權官最後決定給予廠商除權處分與否，皆應以憑證領取信並加回條之方式，迅速將決定通知該廠商及關係人。除權之處分通知應載明：

- (1) 曾預為通知之事實；
- (2) 除權之理由；
- (3) 除權之期間及其生效日；
- (4) 教示除權之效力及於整個聯邦行政部門，但該機關首長另有聲明者例外。

(四) 除權處分之效期 (註392)

除權處分之效期應與除權事由之嚴重性成正比，除因違反一九八八年工作場所淨毒法者可至五年外，一般以不超過三年為原則。除權之前如已遭停權，則停權處分之期間應併列入除權期間計算。除權期滿之後，如有必要，除權官得依前述同一程序，再予除權之處分。

五 停權 (suspension)

停權者停權官 (the suspending official) (註393) 以適當之證據為基礎，在調查程序或訴訟程序未完成前，為保護政府之利益，而暫時停止廠商參與競標之權利之處分也。(註394) 至其事由與除權

註 390：所謂「優勢證據」係指其所支持之事實，和反證相較，足使神智正常之人相信更具有真實性 (更有可能為真) (more probably than not)。FAR 9.403；
See also BLACK'S LAW DICTIONARY 616 (abridged 5th ed., 1983).

註 391：FAR 9.406-3 (e).

註 392：FAR 9.406-4.

註 393：所謂「停權官」係指各機關首長或其指定負責做成停權處分之官員。FAR 9.403.

註 394：Id.

完全相同，不復贅。停權官對於停權與否亦享有廣泛之裁量權，非謂具有除／停權事由即須為停權處分。（註395）停權之程序與除權相同，惟不需履行處分前之通知（預告）。（註396）復由於停權是暫時性措施，一旦訴訟程序或調查程序結束，即應終止。如停權之後十二個月內，訴訟程序猶未開始，應即終止停權處分；例外時經聯邦司法部助理部長請求延長，至多亦不得停權逾十八個月。（註397）

註 395：FAR 9.407-1 (2). 廠商受有法院刑事／民事判決之事實已構成給予停權之適當證據 (adequate evidence)。FAR 9.407-2(b).

註 396：FAR 9.407-3.

註 397：FAR 9.407-4.

第四章 審標與決標

第一節 祕密標

祕密標之採購程序大體上可分為五階段（註398）：

1. 製作招標須知（在祕密標為「投標邀請書」（Invitation for Bids = IFB）），精確、詳實地描述各項要件，並應注意避免因此過份限制投標人數與競爭。
2. 利用各種途徑將招標須知公佈周知，並保留充分時間予投標人準備投標。
3. 廠商投標。祕密標之投標一般係由投標人填妥招標須知所附之制式表格，置入密封信封或包封，寄交（或以其他方式遞交）招標機關指定之官員，並在信封（包封）上註明預定截止收件之時間、招標須知之編號、投標人之姓名及地址。（註399）
4. 公開開標，並在不與投標人討論的情形下審標。
5. 在僅考慮價格及價格相關因素後，將契約決標予符合招標須知所定要件（即所謂之「回應標」（a responsive bid））且對政府最為有利之投標人（是即所謂「最低價回應標」（the lowest responsive bid））。

註 398：FAR 14.101.

註 399：See FAR 52.214-5.

投標人雖不限定必須使用招標須知所附之表格，但所為之投標仍必須完全接受招標須知所定之條款及條件。FAR 14.301 (c). 投標人未密封其投標只算「輕微的規格不符」（a minor informality），不影響其決標之資格。Comp. Gen. Dec. B-153288, March 19, 1964, Unpub.; cited from J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 304, at 389.

上述五階段中之前三者，前此各章已有說明，本節僅就後兩者有關問題略作探討。

一、開標程序

(一)開標前之保全（註400）

招標機關收到投標之後，開標之前，應使投標（標單）維持密封狀態，存放於上鎖之標箱或保險箱內，並採取必要的保全措施。開標之前有關於投標人及其標單號碼，僅限於「有必要知悉」的公務員才能接觸。如有不慎誤拆密封者，開封人應即在信封上註明開封之原因、日期及時間、招標須知之編號並簽名後重新密封。如此慎重其事，主要係因祕密標之設計原在提供合格廠商公平的競標機會，並杜絕一切徇私、詐欺和舞弊的可能。

(二)非機密標之開標

開標程序因其為非機密標（unclassified bids）與機密標（classified bids）而有不同。非機密標之開標程序略為（註401）：

1. 開標官員認定並向到場者宣佈預定開標時間已到。
2. 開標官員親自當眾開啓所有已收到的投標，一一朗讀並予紀錄。
3. 開標官員應於投標啓封之後儘速以第 1 4 0 9 號標準表格（SF 1409 = Abstract of Offers）或第 1 4 1 9 號選用表格（OF 1419 = Abstract of Offers）做成開標結果摘要，並確認無誤。
4. 開放投標及其附件供公眾閱覽，但應置於政府官員之直接監督下，以避免有抽換、增刪或修改原投標之機會。

註 400：FAR 14.401.

註 401：FAR 14.402-1.

(三)機密標之開標

機密標之開標不對一般民眾公開，只對代表應邀投標之人且通過安全查核的代表人公開。另外，亦無需將各投標內容及標價做成公開之紀錄。(註402)

公開開標之目的係「為保護公共利益與投標人不致受到任何形式的詐欺、偏袒或徇私。開標應做到絲毫不啓人疑竇的地步。」(註403)

二、投標回應性 (responsiveness) 之審查

一般所謂「審標」包括兩大項目，一為對於投標人履約能力的審查(所謂「可靠性」(responsibility)之認定)，前一章已有論述；另一為投標內容是否符合招標須知(所謂「回應性」(responsiveness))之審查。實務上，招標機關恆先認定投標人為可靠之後，才開始審查投標內容是否回應了招標須知上的要求。

按法律「應決標予『投標符合招標須知』之投標人」的規定(註404)，聯邦採購規則進一步界定了投標應具回應性的原則：

「唯在所有重要方面 (in all material respects) 皆符合招標須知 (投標邀請書) 之投標，始予考慮決標。此等相符使得各投標人皆立於相同之立足點，並可維持祕密標制度之公正性。」(註405)

(一)認定基準

上述原則揭示了兩個認定投標回應性的基準：

1. 不一致之重要性 (materiality of nonconformity)。投標內容與招標須知不一，如非屬重要，即不影響其決標資格。按聯邦採購規則之規定，凡僅涉及形式而無關實質者，僅為所謂「

註 402 : FAR 14.402-2.

註 403 : Network Corp., 55 Comp. Gen. 445, 75-2 CPD #297, at 451 (1975).

註 404 : 10 U.S.C. § 2305 (b) (3); 41 U.S.C. § 253 b (c).

註 405 : FAR 14.301 (a).

輕微的格式不符或輕微的異常」(a minor informality or irregularity)。至其他可予改正或可不予追究，而不致對其他投標人造成不公之投標內容上無關緊要的瑕疵亦屬「輕微格式不符或異常」。又，瑕疵或異常對於價格、數量、品質或給付之影響，相較於整個採購之總成本或範圍，顯得微不足道時，亦同。對於輕微的格式不符或異常所導致之瑕疵，契約官應予投標人改正之機會，或不予追究(waived)，端視何者於政府較為有利。(註406)

2. 是否對其他投標人造成不公平。如格式不符的結果未予本人任何好處，或未對其他投標人造成不利，即無需以不符格式為理由，退回其投標(退標)。例如投標人未注意招標須知已修正放寬原定條件之事實(如減少需求之數量(註407)、降低履約之成本(註408)、或延長施工之期限(註409)等)，而仍依修正前之招標須知提出投標時，因其疏忽只可能對自己造成不利，而未損及其他投標人，自無予追究之必要。

(二)格式不符之效果

嚴重的或重要的格式不符，按聯邦採購規則的規定(註410)，契約官應予退標。此不獨為確保正式公告招標之目的，避免對其他提出回應標之投標人造成不公平，亦為免陷契約官於衡量取捨(不符格式標與回應標孰為有利於政府)之苦。(註411)

投標內容是否具備回應性係取決於開標之時，而非開標之後改正

註 406: FAR 14.405.

註 407: See *Gibraltar Industries, Inc., Comp. Gen. Dec. B-21 8537.3, 85-2 CPD #24 (1985)* (契約官決定不追究該規格不符)。

註 408: *Davidson-Kelson, Inc., Comp. Gen. Dec. B-212551, 83-2 CPD #589 (1985)* (契約官決定不追究該投標人之錯誤)。

註 409: *Patterson Enterprises Ltd., Comp. Gen. Dec. B-207105, 82-2 CPD #133 (1982)* (契約官決定不追究該項疏忽)。

註 410: FAR 14.404-2 (a).

註 411: See *Toyo Menka Kaisha, Ltd., v. U.S., 220 Ct. Cl. 210, at 219, 597 F. 2d 1371 (1979)*.

的結果。蓋如允許投標人在開標後再改正其不具回應性之處，不啻予其操縱、協商之機會，如此祕密標之精神勢將蕩然無存。至於不符規格是出於投標人之故意或疏失，投標人是否願意改正其投標，皆不影響其應予退標之結果。（註412）

違法地將契約決標予重要格式不符之投標人，一般認為應屬自始無效（void ab initio）。（註413）例外情形下，當所有投標都不具有回應性，政府如接受其中某個將可滿足其需求，而又不致對其他投標人造成不公平時，亦可例外為決標。（註414）

（三）不具回應性的投標型態

招標內容是否符合招標須知須視個案具體事實不合格式之性質而定。以下僅例示若干不具回應性的投標。

1. 不同的物品或服務。按聯邦採購規則（註415），凡與招標須知所定規格（applicable specifications）不符之投標，除同一招標須知允許投標人提出代替標（alternate bids），且能證明代替標符合招標須知中指定之要件外，應予退標。例如，當招標須知上載明「某個商標品牌或其同等物品」時，投標人負

註 412：See *Amendola Construction Co.*, Comp. Gen. Dec. B-214258, 84-1 CPD #255 (1984)（「一個外表上不具回應性的投標不得在開標之後，由投標人再予改正或解釋，蓋如允其改正無異在投標內容揭曉之後，予廠商以選擇接受或不接受契約之機會。」）。

註 413：See *Prestex, Inc., v. U.S.*, 162 Ct. Cl. 620, 320 F. 2d 367 (1963); *Albano Cleaners, Inc. v. U.S.*, 197 Ct. Cl. 450, 455 F. 2d 556 (1972)。

註 414：See, e.g., *K. B. Construction*, Comp. Gen. Dec. B-214192, 84-1 CPD #223 (1984)（所有的投標人都未提出招標須知所規定之測試製造商資料，仍允許決標予最低標）；*Singleton Constructing Corp.*, Comp. Gen. Dec. B-211259, 83-2 CPD #270 (1983)（所有投標人都同樣不符規格，但接受繫爭投標可導致滿足政府需求之契約，仍允為決標）；*E.F. Matelich Construction Co.*, Comp. Gen. Dec. B-207600, 82-2 CPD #291 (1982)（「是否造成不公平的判準在於……另一位投標人如果獲得同樣放寬要件之便利，是否顯然將使其以一種能夠得標的方式投標？」）。

註 415：FAR 14.404-2 (b).

有證明「其擬提供之同等物品具備一切招標須知所指定之顯著特性」之責任。未能證明者，將遭退標。（註416）

2. 不符招標須知上所定之交（給）付時程者。凡擅自延長招標須知所規定之給付時程（期限），或附加條件或使之變為不確定投標者，皆應予退標。（註417）
3. 附加條件為方法，變更招標須知所定要件者。例如：投標人在投標內
 - ①要求招標須知所規定之條件（如成本增加時）一律不得變更，而政府應支出之可能的總成本又不能確定。
 - ②未載明標價，或指明標價應「視交付時之實際價格」而定。
 - ③以在決標期日前曾（或未曾）接獲另一契約之得標通知作為投標之條件。
 - ④要求政府認定投標人提供之產品符合政府所設定之規格。
 - ⑤以另擬之條款限制政府的權利。凡此投標皆應予退標。（註418）

註 416: See *Jensen Corp., Comp. Gen. Dec. B-216746, 85-1 CPD #49 (1984)*; *Military Service of Monterey, Comp. Gen. Dec. B-207704, 82-2 CPD #175 (1982)* (不具備招標須知中指定之顯著特性之投標，即使符合規格設定之用意，亦應予退標)。然投標人提出之要約，「優於」招標須知上指定之產品時，這種偏差有時可不予追究，See, e.g., *Charles v. Clark Co., Comp. Gen. Dec. B-196712, 80-1 CPD #194 (1980)*。

註 417: FAR 14.404-2. See *Sierra/Misco, Inc., Comp. Gen. Dec. B-216147, 84-1 CPD #320 (1984)* (招標須知要求 4 5 天內交貨，繫爭標單要求在 6 0 天內先交付 1 / 3) ; *Sunoptic, Inc., Comp. Gen. Dec. B-194722, 79-1 CPD #351 (1984)* (投標人以附註方式對招標須知規定之給付時程表示保留) ; *Comp. Gen. Dec. B-170287, Aug. 18, 1970, Unpub., aff'd, 50 Comp. Gen. 379 (1970)*。(招標須知要求 1 5 0 天內交貨，最好能在 1 2 0 天內交貨；投標人同意「大約在 1 2 0 天內」交貨)。

註 418: FAR 14.404-2 (d). See, e.g., 39 *Comp. Gen. 259 (1959)* (投標人聲明自其次包商處接到材料時起始負契約責任) ; 42 *Comp. Gen. 96 (1962)* (投標人聲明保留於開標後協議履約保證金條款之權利) ; *Lift Power, Inc., Comp. Gen. Dec. B-182604, 75-1 CPD #13 (1975)* (保留於成本增加時變更契約價金之權利) ; *National Ambulance Co., 55 Comp. Gen. 597, 75-2 CPD #413 (1975)* (以獲得州政府頒發之執照為條件，始參加投標) ；

4. 不特定、不確定。之投標。投標之內容模糊，無法使人確知投標人之真意者，通常將因不具有回應性而遭到退標。（註419）
5. 未提出。規定之項目或資訊。投標時常被指定提出之補充資訊包括：
 - (1) 描述性文獻 (descriptive literature)。所謂「描述性文獻」指顯示某產品之特性或構造，或說明其操作方法之資訊，例如圖說、圖解、圖樣或手冊。拒不提出招標須知所定之描述性文獻，可能遭到退標。（註420）
 - (2) 投標。保證 (bid bonds)。投標保證人保證投標人（本人）：
 - ① 在特定等候承諾之期間不會撤標；且
 - ② 將簽訂契約，並在投標書所定期限內提供必要保證（包括必要之複保險與再保險合約）之書面保證契約。（註421）
 除有聯邦採購規則所定之九種情形（註422）外，未依招標須知提出投標保證之投標，當然不具回應性。（註423）雖

Cloyd, Dake, Gull & Associates, Inc., Comp. Gen. Dec. B-192095, 78-2 CPD #382 (1978) (以在政府設施完成所有約定之工作為條件，始參加投標)；Sperry-Univac, Comp. Gen. Dec. B-200378, 81-1 CPD #38 (1981) (限制標價不得於開標時公開者，乃不具回應性之投標)。

註 419: See, e.g., Hub Testing Laboratories, Comp. Gen. Dec. B-297352, 82-2 CPD #136 (1982) (投標內容是否包括應該列入之差旅費，無法確定)；

Balongas, S.A., Comp. Gen. Dec. B-215153, 84-2 CPD #86 (1984) (投標人提出之交貨期日有兩種可能的合理解釋)；Turbine Engine Services, 64 Comp. Gen. 639, 85-1 CPD #721 (1985) (開標時依投標文件尚無法判定標價者)。

註 420: FAR 14.205-5 (a)；如契約官認為無必要提出描述性文獻時，亦可不予追究（豁免提出），見FAR 14.205-5 (e)。See also, Bearnse Manufacturing Co., Comp. Gen. Dec. B-218220, 85-1 CPD #509 (1985)；John C. Dorsey, Inc., Comp. Gen. Dec. B-212789, 83-2 CPD #350 (1983) for nonresponsiveness determination for failure to furnish the descriptive literatures required.

註 421: FAR 28.001.

註 422: FAR 28.101-4 (c).

註 423: FAR 14.404-2 (j).

未以第 24 號標準表格提出保證，但保證人保證之意思由保證契約已可清晰推知者，則不應構成退標之理由。（註 424）

- (3)次（轉）包商名單。為防止「圍標」（“bid shopping”），招標須知中要求投標人臚列其預定轉包之廠商名單時，投標人如拒不提出轉包廠商名單，即應遭退標。（註 425）

三、決標評比

依照有關法律的規定（註 426），機關首長應不與投標人討論，逕以價格因素及招標須知上所載之價格相關因素，評比投標後將契約決標予投標符合招標須知、且對美國最為有利之可靠投標人。前文中已討論過何為「可靠之投標人」（the responsible bidder）及「投標符合招標須知」之意義，以下擬討論如何認定孰為「對美國最有利」（the most advantageous to the United States）。

(一)標價之評比（evaluation of bid prices）

招標須知中應載明價格（標價）評比之方法，且該評比方法應能反映出等待完成之實際總工作之最低成本。如果標價評比架構無法精確地反映出機關的需求，且不能確保契約將決標予最低標（價）之投標人，則須撤銷（廢棄）招標須知。（註 427）標價之評比牽涉複雜，並非易事。

註 424：See *Nationwide Roofing & Sheet Metal, Inc.*, 64 Comp. Gen. 474, 85-1 CPD #454 (1985).

註 425：See *Industrial Structures, Inc.*, 64 Comp. Gen. 768, 85-2 CPD #165 (1985); *Lazos Construction Co.*, Comp. Gen. Dec. B-211966, 83-2 CPD #201 (1983).

註 426：10 U.S.C. § 2305 (b) (3) & 41 U.S.C. § 253 (c).

註 427：See *Maintenance Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-208036, 83-1 CPD #631 (1983)（評比方法使契約官無從認定那一投標對政府而言「實際上」為最低價）；*Southeastern Services, Inc.*, 56 Comp. Gen. 668, 77-1 CPD #390 (1977)（評比方法係以超過相關需求之數量為準，自無法認定任一投標對政府而言最為有利）。

1. 不平衡投標 (unbalanced bids)。不平衡投標指投標人故意在某些項目上抬高價格，而在其他項目上壓低價格。不平衡投標的動機不一，可能為對付競爭者的欺敵策略，也可能企圖在較先完成的工作項目中儘早超收價金。聯邦採購規則規定標價嚴重不平衡 (materially unbalanced) 者，得予退標。(註428) 常見的不平衡投標包括幾種類型：

(1) 前端負載 (front end loading)。指使投標人在執行工作前即收取報酬之頭重腳輕、虎頭蛇尾型投標。例如在 Dement Construction Co. (註429) 案裡，兩位投標人針對營繕工程的頭兩項工作，提出以下的標價：

表1-2 前端負載型不平衡投標

項目	廠商 A	廠商 B	政府自估價
1. 整地	\$2,749,318	30,000	\$22,600
2. 除地	120,505	\$1,192,000	202,860

(2) 數量預估 (quantity estimates)。多項目需求契約或不定量契約，也提供了不平衡投標的機會。例如在 Michael O'Connor, Inc., 為政府機構裝設隔板案裡 (註430)，投標人即利用招標機關低估需用數量的項目 (#31) 抬高價格，而在招標機關高估數量的項目 (#5) 故施慷慨 (免費提供)，使其總價呈現最有利於政府的表象。

註 428: FAR 14.404-2 (f).

註 429: Comp. Gen. Dec. B-192794, 78-2 CPD #399 (1978); 引自 J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 304, at 442.

註 430: Comp. Gen. Dec. B-183381, 76-2 CPD #8 (1976); 引自 J. CIBINIC & NASH, *supra* note 304, at 443. 此時政府預估之需求數量必須精確，才能判定廠商之投標是否「嚴重不平衡」。

表1-3 數量預估誤差型不平衡投標

招標須知所列項目(代號)	招標須知預估之需求數量	上年度實際需求數量	廠商標單之報價
# 5	16,000	0	0(免費)
# 31	10	426	\$249(單價)

2. 金錢的時間價值 (time value of money)。評估標價必須考量金錢的時間價值，蓋「今天得到的一塊錢要比明年得到的一塊錢值錢得多；反之，遲延一塊錢的開銷至明年使人有機會賺這一塊錢的利息，或在這一年的時間裡以其他生財之道使用這一塊錢。」(註431)

在履行期間長的採購案，尤應注意考量金錢的時間價值。然仍須在招標須知中列明其為評估因素之一，始能加以考量。實務上，不乏在招標須知上訂明一切成本應以現值法(註432)加以計算，同時逐年按一定比例折扣(如決標後第一年以94.3%計算，第二年以89.0%計算等)的實例。(註433)與此密切相關的是投標人的「加速付款折扣」(prompt payment discount)要約。例如投標人聲明機關如在10天內付款，則可少付2%(2%的價款可能是筆大數字)。聯邦採購規則(註434)禁止將這種「加速付款折扣」列為決標評比項目(因素)，儘管投標人這樣的折扣要約，一旦決標也構成契約的一部分，且為機關支付處所樂於接受。

3. 帶有價格調整機制的投標 (bids including price adjustments

註 431: Linolex Systems, Inc., 53 Comp. Gen. 895, at 901, 74-1 CPD #296 (1974).

註 432: See General Telephone Co., 57 Comp. Gen. 89, 77-2 CPD #376 (1977).

註 433: See, e.g., Linolex Systems, supra note 431.

註 434: FAR 14.407-3 (a).

）。祕密標原則上限用固定價金契約，如使用無限制價格調整機制的投標，將遭到退標。（註435）聯邦採購規則對於帶有價格調整機制的投標定有明確的處理原則（註436）：

(1) 投標人主動提出經濟價格調整機制者

- ① 如同時設有價金上限（ceiling），則以所報基價（the quoted base price）之最大可能經濟價格調整幅度為準，進行投標評比。
- ② 如該投標適合決標，契約官應要求投標人同意在契約書中加入經核准之經濟價格調整機制條款（見FAR 16.203），並受同一價金上限之限制。如投標人不同意該既經核准之經濟價格調整機制條款，則契約官亦得以原投標為基礎進行決標。
- ③ 未設有價金上限者，除另有可供評比之基礎外，應予退標。

(2) 政府（在招標須知中）提議使用經濟價格調整機制者

- ① 如所有的投標人皆採用了招標須知上所載之經濟價格調整機制條款，則應按各投標單之報價為準進行評比，不加入經濟價格調整機制。
- ② 投標人擅自調高招標須知所定之經濟價格調整機制最大百分比，或緊縮招標須知所載之下滑經濟價格調整機制條款者，應以投標不具回應性為由退標。
- ③ 投標人擅自刪除經濟價格調整機制條款者，亦為不具回應性之投標，應予退標（蓋下滑之經濟價格調整機制條款也因此受限）。
- ④ 投標人擅自減低招標須知所定之經濟價格調整機制最大百分比者，應依與其他未減低所定上限之投標人立於相同基礎之基價評比。然評比後如該投標人提出之較低上限得標時，決標契約應反映該較低之調高上限。

註 435：Allen Wilson, Comp. Gen. Dec. B-192580, 79-1 CPD #2 (1979).

註 436：FAR 14.407-4.

(二)其他價格相關因素之評比

綜合聯邦主計長歷來之見解，政府雖非不得考慮價格以外之其他因素以決定孰為最低標，但應在招標須知上明白規定，俾所有投標人能立於相同之資訊基礎競爭。(註437)又，其評比方法必須客觀，不涉及契約官之主觀判斷。(註438)聯邦採購規則例示了若干可列入決標評比的「價格相關因素」(price related factors)(註439)：

1. 因為諸如檢查上之差異、物品所在地及運輸等因素，對政府所造成之可預見的成本或遲延。如投標係以啓岸價格(f.o.b. origin basis)計算時，其到達目的地之運費應併列入考量，才能決定對政府而言孰為最低標。
2. 投標人對於招標須知條款所為之變更，如其尚不構成退標理由的話。
3. 如為複數決標(multiple awards)(為一個以上之決標)其對政府之利弊如何。此時，契約官應按發出一份招標須知發出和管理一個決標契約需花二百五十美元來計算行政成本。
4. 聯邦、州及地方稅。(詳見FAR第29節)
5. 物品之來源。如為外國進口者，有無購買國貨法(Buy American Act)或其他禁止向外國採購之規定之適用。(註440)

(三)同等低標之評比(evaluation of equal low bids)

對於經過評比之後產生兩個或兩個以上在各方面都完全同等之低

註 437: See, Stewart & Stevenson Services, Inc., Comp. Gen. Dec. B-215899, 84-2 CPD #173 (1984); Fairchild Westers Systems, Inc., Comp. Gen. Dec. B-211650, 83-2 CPD #347 (1983).

註 438: See Emerson Electric Co., Comp. Gen. Dec. B-209272, 82-2 CPD #409 (1982) (「回收物資之使用」並非投標定價時「可客觀決定」之因素，故不應作為評比項目)。

註 439: FAR 14.201-8.

註 440: 適用購買國貨法時，有關之價格差別(price differentials)應列入標價評比。FAR 25.105. See also Dictaphone Corp., 58 Comp. Gen. 234, 79-1 CPD #49 (1979) (適用購買國貨法的結果，外國標之價格應多加6%後，始予評比)。

價標時，聯邦採購規則明定應按下列優位次序決標（註441）：

1. 既為小型企業又在勞力過剩地區者。
2. 其他小型企業。
3. 既有其他商業考慮，又在勞力過剩地區者。
4. 其他商業考慮。

如果依照上述次序依然相同時，應以抽籤決定得標。如果時間許可，應許當事之投標人到場。抽籤應有至少三名證人在場，證人之姓名、地址及主持抽籤人之姓名、地址皆應列入契約檔案中。

四 決標程序

在經過投標評比，認定何為最低標後，決標的程序其實很簡單：契約官應在投標書（要約）所定之承諾期限（the time for acceptance）內給予得標人書面通知。

(一) 決標通知 (notice of award)

決標機關通常使用第 33 號標準表格 (SF 33 = Solicitation, Offer, and Award) 通知得標人。投標人之投標為要約，機關之決標通知為承諾之表示。決標通知必須清楚而無條件地表示接受得標廠商之投標，並且顯示在為承諾時雙方有意締結具有拘束力之契約。（註 442）

(二) 承諾期限及其展延

承諾期限一般而言有兩種方式設定。一為當契約官認為有必要強

註 441：FAR 14.407-6.

評比結果，兩個或兩個以上之投標僵持不下時，其他未曾列在招標須知上之因素（如過去履約的紀錄、運送之安全性等），一概不得加以考慮。See Berklay Air Services Corp., Comp. Gen. Dec. B-179880, 74-1 CPD #115 (1974). 又，招標機關如有理由相信同等低標係投標人串通所致，應即向聯邦司法部報告。FAR 3.303 (d).

註 442：契約官不得在決標通知裡片面地對投標人增加任何條款。CFR v. U.S., 224 Ct. Cl. 312, 624 F.2d 1054 (1980).

制規定一最低承諾期限 (a minimum acceptance period) 時，應在招標須知中載入「最低投標承諾期間」(Minimum Bid Acceptance Period) 標準條款 (註443)，並填入其所指定之天數。另一種方式，當招標不採用第 33 號標準表格時，契約官得在招標須知上載入「投標承諾期限」(Period for Acceptance of Bids) 標準條款。(註444) 此時，除投標人填入其他天數外，承諾期限即自動設為 60 天。

如果開標後，因為行政方面之困難，可預見恐將無法在原定承諾期限做成決標決定時，決標機關為免重新招標，應在數個最低價標失效前，請求各該投標人以書面同意展延承諾期限。如依法須為投標保證者，投標人展延原定承諾期限並應獲得保證人之同意。(註445) 當然，投標人展延承諾期限必須是無條件的；借展延承諾期限之便而變更投標內容者，將遭到退標。(註446)

(三) 複數決標 (multiple awards) 與總合決標 (aggregate awards)

通常情形因為使用標準條款的結果，政府對於廠商要約 (投標) 提供之物品，在數量上保有選擇及組合的權利。質言之，標準的招標條款通常規定 (註447)：

「除本招標須知中另有規定者外，投標人可就較所定需求數量為少之數量進行投標。除投標人另有聲明者外，政府保留就任何需求品項得為較所定需求數量為少之數量，依照要約之單價，決標之權利。」

準此，政府可將某個採購品項或所有採購品項決標給一個投標人或數個投標人，也可以把所有採購品項完全決標予一個投標人，端視那一種選擇 (組合) 對於政府最為有利 (總價最低)。(註448) 反之，如

註 443：見 FAR 52.214-16.

註 444：見 FAR 52.214-15.

註 445：FAR 14.404-1 (d).

註 446：See *Klien Construction Co., Comp. Gen. Dec. B-201599*, 81-1 CPD #158 (1981).

註 447：FAR 52.214-10；營繕契約亦有類似標準條款，見 FAR 52.214-19 (c).

註 448：See 47 Comp. Gen. 233 (1967).

果招標機關執意無故限定採用總合決標時，將會受到聯邦主計長的指正，而被迫取銷招標（廢標）。（註449）

五、取銷招標（廢標）

依照聯邦採購規則之規定（註450），一旦開標之後，除有「不得已之理由」（a compelling reason）外，不得取銷招標。是否有不得已之理由存在，依聯邦主計長之見解（註451），主要應由各行政機關自行裁量；非有顯然濫用裁量之證據，即應尊重各機關之裁量。由於開標後取銷招標對於整個祕密標競爭制度影響甚大，加上投標人與招標機關皆已投注許多勞費，理論上所謂「不得已之理由」應是政府取銷招標之利益大於上述之損害時，始足當之。綜觀實務見解，所謂「不得已之理由」約有以下幾類。

（一）招標須知有嚴重瑕疵

招標須知有嚴重瑕疵者，例如：未載明適當之評比基準，致無從認定孰為最有利於政府之投標（註452）；或未能反映政府之需求，致採購失去意義（註453）；內容模糊，致多數投標人所做要約並非機關所需（註454）。

（二）規格設定有瑕疵

聯邦採購規則承認規格設定不適當或模糊不清，可以作為取銷招標的理由。例如採購冷氣機要求使用銅的線圈，後來發現鋁的線圈一

註 449：See Hawthorne Uniform Manufacturing Co., Comp. Gen. Dec. B-200363, 81-1 CPD #68 (1981); S. J. Groves & Sons Co., 55 Comp. Gen. 936, 76-1 CPD #205 (1976).

註 450：FAR 14.404-1 (a) (1).

註 451：50 Comp. Gen. 50 (1970)；機關有惡意或詐欺之情事時，取銷招標即非適當，Hybrid Technology Group, Inc., Comp. Gen. Dec. B-215168, 84-2 CPD #385 (1984).

註 452：See Armco, Inc., Comp. Gen. Dec. B-210018, 83-1 CPD #553 (1983).

註 453：See Tecom, Inc., Comp. Gen. Dec. B-213815.2, 84-2 CPD #553 (1983).

註 454：See A & P Surgical Co., 62 Comp. Gen. 256, 83-1 CPD #263 (1983).

樣可以滿足機關需要，而且便宜很多，即可以此作為取銷招標的理由。（註455）

(三)政府自營更為價廉

當原先以招標須知外包之服務或物品採購，如改由政府自己經營或製造將更為便宜時，取銷招標即為適當。（註456）

(四)缺乏公平競爭

當招標機關未將有關資訊完全公開，致新近加入競爭的廠商無法和現在往來之包商立於相同基礎競標；或開標前一天才變更招標須知上之材料規格等，都構成取銷招標之正當理由。（註457）

(五)預算不夠支應

最低標標價猶高於機關就該契約可動支之預算數額，或國會通過立法禁止撥款從事招標外包之活動，亦為取銷招標之理由。（註458）

(六)政府需求重大變更

開標後政府需求有了重大改變（常是政策變更的結果），自無理由勉強政府完成原定但不復需要之採購。（註459）

註 455：See Jarrett S. Blankenship Co., Comp. Gen. Dec. B-211582, 83-2 CPD #516 (1983).

註 456：See Carrier Corp., Comp. Gen. Dec. B-214331, 84-2 CPD #197 (1984) (總務署認為將原擬外包之維護工作改由公務員自辦將可省下\$115,440元)；Powertronic Systems, Inc., Comp. Gen. Dec. B-210283, 83-2 CPD #346 (1983) (因政府自製緊急需用品項較外包快速，取銷招標要屬正當)。

註 457：See Honeywell, Inc., Comp. Gen. Dec. B-210775, 83-1 CPD #189 (1983)。

註 458：See International Alliance of Sports (1983); Consolidated Maintenance Co., Comp. Gen. Dec. B-209766, 83-1 CPD #225 (1983)。

註 459：See Dyneteeria, Inc., Comp. Gen. Dec. B-211525.2, 84-2 CPD #484 (1984) (空軍防衛隊由原F-4幽靈式戰鬥機改用F-16戰鬥機，人員、維修及油料需求皆有重大改變)；

(二) 價格不合理

聯邦採購規則允許契約官以書面認定得標之標價不合理，而取銷招標。(註460) 標價合理與否可由政府之估價、過去類似採購、市場現況或其他相關因素之比較來判定，基本上屬於招標機關之裁量權。實務上，得標價僅較招標機關預估價格高 7.2% 而遭取銷招標者有之(註461)；因交其他非營利團體執行可便宜 30%，而取銷招標者有之(註462)；因唯一的回應標較另一無法接受之投標，標價高出 36% 而取銷招標者亦有之(註463)。

第二節 企劃標

企劃標 (competitive proposals) 與祕密標依法同須履行所謂「完全而公開」之競爭程序，但前者採用了在後者所禁止使用的協商(討論)程序。

協商與祕密投標有許多不同。首先，企劃標沒有公開開標的程序，因此企劃案在決標之前，公眾無從檢視其內容。其次，契約官無需以企劃案之內容與招標須知(企劃案邀請書)之要求不符而退標。不獨如此，契約官且應利用口頭與書面討論的機會，與投標人多做溝通，深入瞭解與招標須知不符的企劃案內容。亦即，祕密標裡的「投標回應性」(responsiveness) 概念，在企劃標裡是不適用的。第三，協商過程中政府(招標機關)得與企劃案的要約人(投標人)進行討論，且允許要約人修改企劃案的內容，凡此皆為祕密標所嚴格禁止的

International Typewriter Exchange, Comp. Gen. Dec. B-205989.3, 82-2 CPD #279 (1982) (因決定改用電動打字機，陸軍取銷原手動打字機之招標)

註 460: FAR 14.404-1 (c) (6).

註 461: Building Maintenance Specialists, Inc., Comp. Gen. Dec. B-186441, 76-2 CPD #233.

註 462: International Alliance of Sports Officials, 63 Comp. Gen. 163, 84-1 CPD #63 (1984).

註 463: Hercules Demolition Corp., Comp. Gen. Dec. B-186411, 76-2 CPD #173 (1976).

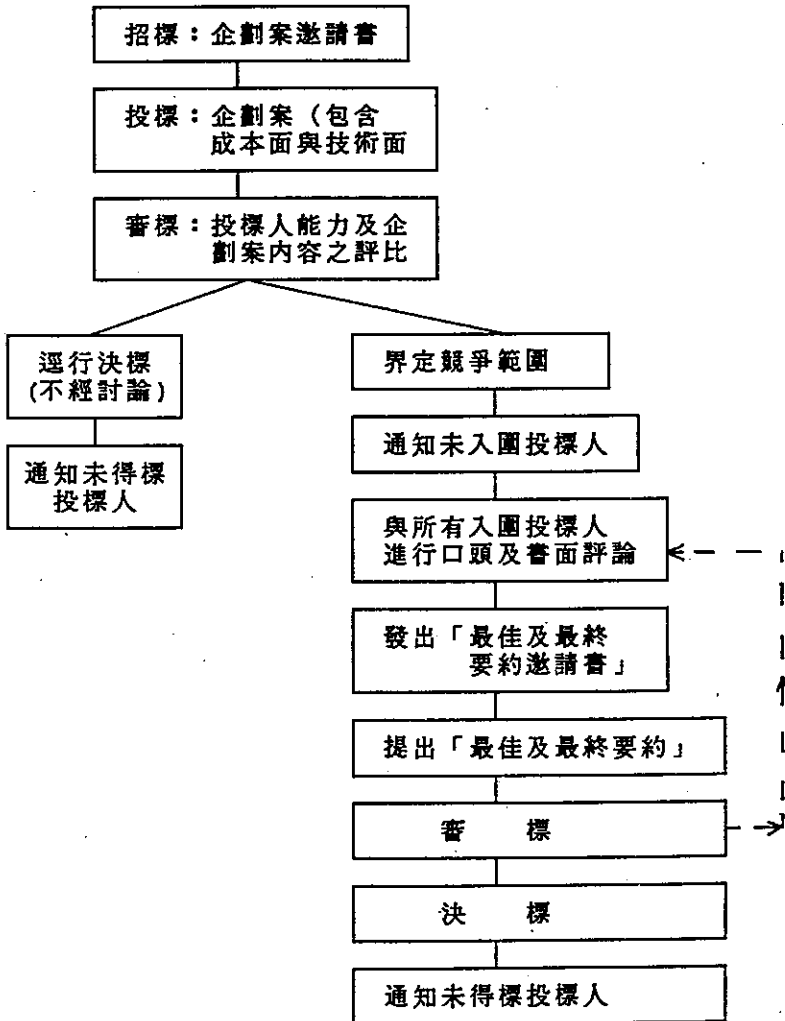
。最後，在締約對象（未來包商）的選擇上，企劃標裡的契約官所擁有的裁量權遠大於祕密標裡的契約官，其可以「價格」交換其他主觀的因素（例如技術表現或管理能力），所以不一定是最低標者得標。而在祕密標的決標評比裡，任何標價以外的因素都必須換算成金錢來比較。（註464）

一、競爭性企劃標採購流程

企劃標的採購流程在招標及投標方面，可謂與祕密標大同小異。首先，招標機關應先散佈招標資訊，發出所謂「企劃標邀請書」（Request for Proposal = RFP），徵求廠商投標。廠商繼以企劃案（包括成本及技術面的綜合構想）作為回應，是即要約。接下來的審標與決標階段，企劃標則和祕密標頗不相同。從程序上說，企劃標經過審標（包括對企劃案之內容及投標人之能力進行評估）後，如果原始的企劃案裡已有招標機關中意的，即可不經協商（討論），逕行決標。反之，如招標機關認為尚不宜決標，則應先界定所謂「競爭範圍」（the competitive range），認定那些原始企劃案入圍。然後，與入圍的投標人進行口頭及書面的協商（討論），一方面為有效促進競爭，另一方面則在溝通供需雙方的意見，為修正原始企劃案作準備。協商之後，招標機關應發出「最佳及最終要約邀請書」（request for best and final offers），邀請所有入圍的投標人提出修正的企劃案——最佳及最終要約。招標機關應就收到的「最佳及最終要約」再次進行評比，如能選定何為對美國最為有利者，即可決標；如果仍不滿意，可再次與入圍的投標人進行協商，直到決標或取銷招標（廢標）為止。整個流程可繪成圖I-4示意。猶需一言者，上述流程或可視為標準的或傳統的競爭性企劃標流程，但絕非唯一的企劃標採購流程。其他模式尚有國家航空暨太空總署廠商評審委員會程序（NASA Source Evaluation Board Procedures）及國防部所採用的「四步驟」廠商遴選程序（DOD “Four-Step” Source Selection Procedures）等。

註 464: J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 304, at 523-4.

圖1-2 (傳統) 企劃標作業流程



資料來源：依據 J. CIBINIC & R. NASH, FORMATION OF GOVERNMENT CONTRACTS 531, Fig. 6-1 (2nd ed. 1986) 修正而來。

二、審標：企劃案之評比

企劃案之評比 (evaluation of proposals) 是對企劃案本身及其要約 (投標) 人履約能力所做的持續性評估，始自招標機關收到企劃案之時，終於選定得標人之際。(註465)

一如祕密標，招標機關只能依據招標須知所載之因素進行企劃案評比。招標機關對於評比因素的選擇享有廣泛的裁量權；其於評比之進行亦然，非有違反法規之情事，其評比決定恆受尊重。(註466) 評比之過程富有彈性，技術面與成本面固不限定須分別由不同的人員審查(註467)；原始的企劃案和修正後的所謂「最佳及最終要約」，也不限定須由同一批人員審查。(註468)

(一) 成本或標價之評比 (cost or price evaluation)

聯邦採購規則規定契約官應使用成本分析 (cost analysis) 或價格分析 (price analysis) 方法，評比各企劃案，除決定其成本之估計及所定之標價是否合理外，並應藉此判斷投標人對於工作內容的理解及其履行契約的能力。(註469)

所謂「成本分析」係指就要約人 (廠商) 之成本或價格資料中所顯示之個別成本要素與預期利潤，以及資料中用以推估 (預測) 得出預估成本之判斷因素 (judgemental factors)，所為之審查及評估。其目的在承認合理的經濟及效率前提下，就要約人之成本估計反映契約應耗成本的程度，作成判斷。(註470)

聯邦採購規則指示契約官應使用下列方法進行成本分析 (註471)

註 465: FAR 15.608 (a).

註 466: See, e.g., Buffalo Organization for Social and Technological Innovation, Inc., Comp. Gen. Dec. B-196279, 80-1 CPD #107 (1980).

註 467: See David A. Glary, Comp. Gen. Dec. B-200877, 81-1 CPD #326 (1981).

註 468: See Data Flow Corp., 62 Comp. Gen. 506, 83-2 CPD #57 (1983).

註 469: FAR 15.608 (a) (1).

註 470: FAR 15.801.

註 471: FAR 15.805-3.

1. 查證成本或價格資料，並評估成本要素，包括：
 - (1) 預估成本之必要性及合理性；
 - (2) 依據目前及過去的成本或價格資料，推測要約人之成本趨勢 (cost trends)；
 - (3) 人力、材料、工具、設施等需求之技術評估。
2. 評估要約人目前的運作對於未來成本的影響。
3. 將要約人就各個成本要素所估計之成本，與下列各項作比較：
 - (1) 同一要約人過去實支的成本；
 - (2) 同一要約人或其他要約人過去就同樣的項目所做的成本估計；
 - (3) 其他回應政府招標邀請的其他企劃案之成本估計；
 - (4) 由政府本身之技術人員所做的成本估計 (註472)；
 - (5) 預期或計畫支出的開銷。
4. 查證要約人所報成本與聯邦採購規則有關原則及程序規定 (如第30節及第31節) 是否相符。
5. 檢查為認定要約人之企劃案是否精確、完整所必需之成本或價格資訊是否完備，是否經要約人書面確認無誤。
6. 就應否轉包一事，要約人是否已做過「自製或外買計畫審查」 (make-or-buy program review)。

所謂「價格分析」係指檢查及評估要約人所擬定之價格 (標價)，而不評估其個別成本要素及預期利潤之過程。(註473) 為確保標價公平、合理，契約官應以下列方式進行價格分析 (註474)：

1. 比較各投標人所報之標價。
2. 就相同或類似之終端品項，比較過去的標價、契約價格及現在的標價。
3. 應用粗略的指標 (例如每磅多少錢、每匹馬力多少錢) 突顯需

註 472：在發出招標須知之前，契約官應先就採購之物品或服務之適當價位進行估計。
FAR 15.803 (b).

註 473：FAR 15.801.

註 474：FAR 15.805-2.

要額外進行訪價的不尋常處。

4. 將所報標價與具有競爭力的價格目錄、商品市場價格、類似指數及折扣等進行比較。
5. 將所報標價與政府自為之成本估計進行比較。

(二) 技術評比 (technical evaluation)

確定企劃案符合招標須知所規定之最低要件外，如有必要更爲技術評比時，主管官員應製作技術評比紀錄存檔，其內容應包括（註 475）：

1. 評比之基礎。
2. 技術上可接受與無法接受之企劃案分析，包括對各要約人達成技術要求之能力之評估。
3. 各技術企劃案之量化評分或總評。
4. 評比結果總結。

(三) 量化評比制度

關於企劃案之評比，聯邦採購規則只作了若干原則性的指示，已如上述；至其具體執行之方法則無限制。過去實務上有許多機關使用量化評比的制度，表面上很客觀，但因量化評比的結果常與機關的願望相違，近年來頗受質疑。常用的量化評比方法有二種：

1. 總分制 (total point systems)。總分制下，所有的評比基準（如成本、技術）皆被量化爲點數。一般成本項的計點係將滿分賦予最低標價，然後再按各標價與該最低標之比例關係，計算點數。例如，有 A、B 兩個廠商，A 之標價爲 \$1,150,782 美元，B 之標價爲 \$1,392,293 美元，假定價格項之配分爲 30。A 爲最低標，得 30 分。B 之得分爲

$$\$1,150,782 \div 1,392,293 \times 30 = 24.79 \text{ (分)}$$

註 475：FAR 15.608 (a) (2).

這種計分法最爲人詬病者在於完全顯不出最低標與其他標對政府而言的成本差異（如在本例中，A標較B標便宜了\$240,000美元！）另外一個問題在於評比項目之配分是否妥當：如本例中成本項只配了30分，其餘70分配給了技術項，結果B標反而積分較高：

	成本項	技術項	總分
A	30	59.88	89.88
B	24.79	70	94.79

不過，招標機關最後還是決定由A得標，聯邦主計長亦予支持。（註476）

2. 圓／點制。在圓／點制下，成本以外的各項基準先予量化成點，然後再以各企劃案之標價除以其累積之（技術）點，得出每一技術品質點（technical quality point）值多少錢。例如（註477）：

企劃案	成本	技術品質點	圓／技品質點
# 1	\$30,000	374	\$ 80.21
# 2	28,500	355	80.28
# 3	42,500	385	110.38
# 4	32,670	362	90.24

圓／點關係通常不足以作為選擇某案得標的唯一基礎，但可提供吾人有關成本面與技術面間互易（緊張）關係的考慮機會。

註 476: Harrison Systems, Ltd., Comp. Gen. Dec. B-212675, 84-1 CPD #572 (1984); 引自 J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 304, at 582.

註 477: 引自 J. CIBINIC & R. NASH, *supra* note 304, at 583.

三按原始企劃案決標

當企劃案評比完成時，契約官應決定是否建立所謂「競爭範圍」(a competitive range)，並與入圍之廠商展開協商(討論)；或者不經討論，逕行按原始企劃案(initial proposals)決標。(註478)

依締約競爭法之規定(註479)，得不經討論按原始企劃案決標者僅限於因有完全而公開之競爭存在，或依據該採購物品或服務之成本經驗，能清楚顯示不經過討論逕依原始企劃案決標，將可導致對政府而言最低之整體成本時。上述規定與原先軍事採購法之規定相較，似有加嚴(緊縮其使用)之意。(註480)茲就其適用條件略作分析。

(一)須曾在招標須知中表明斯旨

欲逕按原始企劃案決標，須曾在招標須知上載明此種可能，俾投標人有所準備。(註481)為杜爭議，聯邦採購規則規定招標須知應載入下述標準條款(註482)：

「政府得，不經討論，逕以接悉之要約為基礎而決標契約。

因此，各原始要約應包含要約人自成本(或價格)及技術觀

註 478：究竟如何決定是契約官的裁量權，See Bruno-New York Industries Corp., Comp. Gen. Dec. B-184679, 76-1 CPD #36 (1976); Kisco Co., Comp. Gen. Dec. B-216953, 85-1 CPD #334 (1985).

註 479：10 U.S.C. § 2305 (b) (4) (A) (ii) & 41 U.S.C. § 253 (b) (d) (1) (B).

註 480：原 10 U.S.C. § 2304 (g)使用「適度競爭」(“adequate competition”)，今改為「完全而公開之競爭」(“full and open competition”)；又，原用「公平及合理之價格」(“fair and reasonable prices”)，今改為「對政府而言最低之整體成本」(“lowest overall cost to the Government”)。

註 481：未載明斯旨，不得逕依原始企劃案決標。See Michael O'Connor, Inc., Comp. Gen. Dec. B-186654, 76-2 CPD #337 (1976)。但因緊急需求而採購時，縱招標須知未曾載明斯旨，亦可逕依原始企劃案決標，See Raytheon Co., Comp. Gen. Dec. B-184375, 76-1 CPD #55, *aff'd*, 76-1 CPD #288 (1976)。

註 482：見 FAR 52.215-16 (c)。

點觀之最佳之條款。」

(二)須能導致對政府而言最低之整體成本

一九八四年締約競爭法將原「須以公平及合理之價格」決標之要件，修正為須能導致「對政府而言最低之整體成本」。此一修正之意涵雖尚待觀察，然解釋上似不排除應決標予技術面上可行之最低價標之可能。(註483)另一方面，由於絕對固定價金契約之成本要比成本補償契約容易確定和比較，未來不經討論逕依原始企劃案決標者泰半應屬固定價金契約。

1. 完全而公開之競爭。競爭與價格之關係，可由以下這則聯邦主計長的裁決中發現：

「通常數個競爭要約人的存在有助於確保一項對於政府而言『公平而合理』的價格，因為競爭壓力往往使協商程序中的要約人在成本與技術因素間『互易』，以期在『公平而合理』的價格上提出最佳可能的企劃案。」

因此，實務上只要有兩個以上具有競爭力的企劃案提出，通常即可逕為決標。(註484)反之，如為協商(討論)即有可能導致更低價標，且時間允許時，即不應逕依原始企劃案決標。(註485)

2. 過去的成本經驗。在相同服務的後續契約，過去的成本經驗(加上合理的通貨膨脹之後)，即可認定眼前企劃案的標價是否過昂。

註 483: See *Sperry Corp.*, 65 Comp. Gen. ----, 86-1 CPD #28 (1986).

註 484: See *GMS Gesellschaft Fuer Metallverarbeitung mbH. & Co.*, Comp. Gen. Dec. B-197855, 81-1 CPD #4 (1981) (共收到三個企劃案，但其中一個完全不符招標規範，且價格顯然不合理)。

註 485: See *Galaxy Aircraft Instruments Co.*, Comp. Gen. Dec. B-194356, 80-1 CPD #364 (1980).

(三) 企劃案與招標須知須無重大出入

按聯邦採購規則的規定，如被認為對政府最為有利的企劃案與招標須知上的要求有所出入時，契約官應給予所有的要約人根據修正後之招標須知，提出新的（修正的）企劃案的機會。（註486）準此，自然不能逕按原始企劃案為決標。

(四) 須不會與任何投標人進行過討論

不經討論可逕行決標；如已經討論，不論與一名或數名投標人討論，為公平起見，即不能逕依原始企劃案決標。（註487）所謂「討論」（discussion）（註488）係指政府與投標人間之口頭或書面溝通，其內容涉及關於決定是否接受某企劃案至關緊要之資訊，或提供要約人修正其要約之機會。「討論」固在禁止之列，但「澄清」（clarification）則不禁止。「澄清」者政府與要約人單純為消除不重要的格式不符或企劃案中顯然的筆誤所為之溝通也。（註489）

四 界定競爭範圍

企劃案經過評比後，契約官如認為基於政府利益，尚不宜逕依原始企劃案決標，則應依據價格及其他招標須知中所載之因素，界定所謂「競爭範圍（the competitive range）」，認定那些原始企劃案投標人可入圍，以便展開協商（討論）。

(一) 契約官之裁量

在認定那些原始企劃案將來有望得標，因而為入圍（within the competitive range）者一事，契約官擁有廣泛的裁量權。除有恣意或不合理之情事外，其決定應受尊重。（註490）但契約官決定只有一

註 486：FAR 15.606 (c).

註 487：50 Comp. Gen. 202 (1970).

註 488：FAR 15.601.

註 489：Id.

註 490：See JGMA Development Corp., Comp. Gen. Dec. B-200754, 81-1 CPD #234 (1981).

人入圍時，因為有限制競爭之嫌，聯邦主計長可能予以較嚴格之審查。實務上，是否推翻契約官只令一人入圍之決定，輒考慮下列因素（註491）：

1. 關於「可否接受」一點是否在兩難之間？
2. 淘汰出局的企劃案是否可能帶來重大的節省？
3. 因技術瑕疵而被淘汰出局的企劃案，其瑕疵是否肇因於招標須知的不當？
4. 資訊方面的瑕疵是否能以選擇性、有限度的討論治癒？

(二) 企劃案之比較

那些企劃案應入圍主要是彼此相互比較，以及和招標須知上的要求比較後決定的。只有在修正後亦顯然無望得標的，才應該出局。（註492）所謂「有望」、「無望」是具體比較的結果，因此不能預設一個基本分數，作為淘汰的依據。在50 Comp. Gen. 59 (1970)案中，招標機關在招標須知上預設75分為基本分，規定達不到基本分者即不能入圍。結果有五個企劃案得分在71.4至74.8之間而未能入圍。聯邦主計長糾正了招標機關的原決定，略謂此種預設門檻的作法不符合健全決策的要求。

由於競爭範圍係以價格和其他因素為作基礎加以決定的，因此一個技術上可接受的企劃案，可以因為價格過高，且如在價格上大幅度削減又必然影響其技術上的可接受性，而遭到淘汰。（註493）同理，雖是低價，但技術上不能為政府所接受的企劃案，亦無法入圍。（註494）至於單純的不符招標須知則不能做為不予入圍的理由，蓋經由口

註 491：See *Comten-Comress*, Comp. Gen. Dec. B-183379, 75-1, CPD #400 (1975).

註 492：FAR 15.609 (a) 指示：「凡有合理機會被選中決標」的，即應入圍。入圍與否有疑問時，應列為入圍。See also *ALM, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-217284, 85-1 CPD #433 (1985).

註 493：See *RFKM Products Corp.*, Comp. Gen. Dec. B-186424, 76-2 CPD #247 (1976).

註 494：See *Macro Systems, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-195990, 80-2 CPD #133 (1980).

頭與書面的討論，這些瑕疵皆有可能治癒，而且企劃標本來比祕密標有彈性，並不排斥替代企劃案的可能。亦即，「競爭範圍的概念--不論該企劃案目前已可被接受，或是將來能變得可接受--實與「回應性」(responsiveness)的概念互斥。」(註495)

五 口頭與書面之討論

企劃標以允許招標機關與投標人(要約人)進行口頭或書面協商為特色，究其目的約可歸納為三：

1. 為儘量擴大競爭。透過協商可使入圍的投標人明瞭原始企劃案的問題(缺點)所在，並有機會改正，因而增強了採購過程中的相互競爭，政府也可望因此獲得最有利的契約。(註496)
2. 為產生可接受的最佳及最終要約。總務署早先頒佈的(舊)聯邦採購規則(Federal Procurement Regulation)曾有如下之說明：

「雙方當事人就所有基本問題點達成完全之合意乃契約協商之目的。為解決有關採購或價金之不確定事項所必要時，應與要約人進行口頭討論或書面溝通。在修正價金或其他補充程序時，不應將基本問題留待日後協議。」(註497)

準此，協商之目的在產生清晰而沒有瑕疵的最佳及最後要約。

3. 為確保要約人受到公平的待遇。協商之進行不應對任何要約人造成歧視(不利)，也不應給予任何要約人優待。

關於如何與要約人進行討論，有關法律未有規定。主要的指導原則來自於聯邦採購規則。

註 495 : Consolidated Controls Corp., Comp. Gen. Dec. B-185979, 76-2 CPD #261 (1976).

註 496 : See 51 Comp. Gen. 621 (1972); 52 Comp. Gen. 466 (1973).

註 497 : FPR 1-3.804.

(一) 原則

契約官應與所有入圍的要約人進行書面或口頭的討論。討論之內容及範圍屬於契約官依據各採購案之具體事實應行判斷之事項。(註498)

(二) 有意義之討論——契約官當為事項

為使討論有意義，發揮其應有之功能，契約官應(註499)：

1. 控制所有的討論；
2. 告知要約人其企劃案中之瑕疵，俾要約人有機會可滿足政府之需求；
3. 嘗試解決有關技術企劃案及企劃案之其他條款及條件之不確定處；
4. 在不透露其他要約人之企劃案內容或評比過程的前提下，儘可能具體地指出可疑的錯誤，促請要約人注意改正；及
5. 給予要約人合理的機會，使能依據討論的結果，對其原始企劃案進行成本(價格)、技術、或其他方面的修正，提出新的要約。(註500)

(三) 禁止事項

契約官在與要約人進行討論時應注意避免從事下列行為(註501)

1. 技術升級(technical leveling)。即透過一系列的討論，例如指出因要約人於準備企劃案時缺乏能力、原創性及努力所造成的弱點，協助要約人提升其企劃案至其他企劃案的水準。(

註 498：FAR 15.610 (b).

註 499：FAR 15.610 (c).

註 500：至溝通後疑點澄清而被判出局者，自無必要再予提出新要約之機會。See Ford Science Associates, Inc., Comp. Gen. Dec. B-183054, 75-1 CPD #269 (1975); 51 Comp. Gen. 479 (1972).

註 501：FAR 15.610 (d).

註502)

2. 技術輸送 (technical transfusion)。即洩露某企劃案之技術資訊，而導致另一競爭企劃案之改進。
3. 拍賣技巧 (auction technique)，例如
 - (1) 告訴要約人如其希望繼續被考慮應該出價或定價多少；
 - (2) 告訴要約人其價位相對於其他要約人之情形如何 (但讓要約人知道政府認為其標價過高或不切實際，則是許可的) (註503)；
 - (3) 以其他方式告訴要約人其他要約人的標價。

六 最佳及最後要約

協商 (討論) 進行完畢後，契約官應對斯時仍在競爭範圍內之所有要約人發出所謂「最佳及最後要約邀請書」 (a request for best and final offers)。邀請書上應 (註504)：

1. 表明討論已經結束之意旨；
2. 表明有為「最佳及最後要約」之機會；
3. 載明同一 (統一) 截止收件之期日及時間，遲到之要約將依招標須知中所載之標準條款 (註505) 辦理。

收到最佳及最後要約之後，除為政府之利益顯有必要者外，契約

註 502：其間基本的觀念是招標機關不應扮演教練角色，不應協助能力差的要約人發展出超級企劃案。可行的方法也許是單純指示其缺點所在，而不代其謀求解決之道。See *Raytheon Ocean Systems Co.*, Comp. Gen. Dec. B-218620.2, 86-1 CPD #134 (1986).

註 503：其他允許透露的價格資訊包括：政府自為之估價 (52 Comp. Gen. 425 (1973))，政府認定之「價格目標」 (*Ikard Manufacturing Co.*, 63 Comp. Gen. 239, 84-1 CPD #266 (1984))，就該計畫政府可動支之預算數額 (*M.W. Kellogg Co. / Sicilana Appalti Contruzioni, S.P.A., Joint Venture v. U.S.*, 10 Cl. Ct. 17 (1986)). 但透露最低標投標人則在禁止之列，*Monchik-Weber Associates, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-196433, 80-2 CPD #102 (1980).

註 504：FAR 15.611 (b).

註 505：FAR 15.412 & 52.215-10.

官不應重開討論。如重開討論，契約官即應再次發出最佳及最後要約邀請書。（註506）不希望多輪多次為最佳及最後要約，主要的顧慮是擔心採購最後將變質為拍賣。（註507）實務上認為符合政府利益而得重開討論之事由包括：某最佳及最後要約中提出了需要討論的重要問題（註508），在提出最佳及最後要約之後才發現先前猶有不明之處（註509），有必要參考其他技術資料以評比企劃案（註510），發現政府估價錯誤（註511），政府之需求有了改變（註512），及原先建議之履約場所不復可得，且政府要求之材料品質已有改變等（註513）。

七 決 標

評比過所有的「最佳及最後要約」之後，契約官應即選定其中對於政府最為有利者（the most advantageous to the Government）決標，並迅速以書面通知該得標廠商。（註514）就選擇決標廠商而言，契約官亦擁有廣泛的裁量權，唯有的限制為：一須為合理（亦即須在「理性基礎」(a rational basis)上決標），二為須與招標須知上所

註 506：FAR 15.611 (c).

註 507：See, e.g.; Monchik-Weber Associates, Inc., Comp. Gen. Dec. B-196433, 80-2 CPD #102 (1980) (重開討論、再為新的最佳及最後要約是否構成「拍賣」，須在個案中就具體事實認定)；Patty Precision Products Co., Comp. Gen. Dec. B-182861, 75-1 CPD #286 (1975) (雖五度徵求最佳及最後要約尚不構成拍賣，蓋其間締約機關並未透露入圍的標價，亦未告訴任何要約人有關其企劃案與其他企劃案所處之競爭關係)。

註 508：Ocean Technology, Inc., Comp. Gen. Dec. B-183749, 75-2 CPD #262 (1975).

註 509：52 Comp. Gen. 409 (1973).

註 510：Introl Corp., Comp. Gen. Dec. B-194570, 80-1 CPD #41 (1980).

註 511：Dynateria, Inc., Comp. Gen. Dec. B-181707, 75-1 CPD #86 (1975).

註 512：51 Comp. Gen. 411 (1972).

註 513：Hayes International Corp. v. U.S., 7 Cl. Ct. 681 (1985).

註 514：FAR 15.611 (d) & 15.1002.

載之評比基準相符。(註515)

企劃標決標比較不同的是對落選(出局)投標人的通知與簡報義務。

(一)基本考慮(註516)

招標機關應儘速通知落選投標人其已不在決標考慮之列之事實，並簡述其落選理由。此舉主要目的有三。第一，基於公平之原則，要約人既已投入時間、精力參與投標，政府對其落選自有為通知之義務。其次，政府教示要約人落選之原因可協助其避免在日後再犯相同的錯誤。第三，適時通知其落選，將可使要約人釋出其為準備得標所為之努力，轉而投入其他工作。惟對政府而言太早告知投標人落選之事實，恐將激起過早之決標抗(異)議，徒增作業上困擾；另，落選理由過份詳細說明恐亦增加許多抗(異)議之理由。聯邦採購規則有關的規定即在調和這兩種相互衝突之利益。

(二)對落選投標人之通知

除其洩露將損及政府之利益外，契約官應於認定無法接受或決定不予決標後，迅速通知落選之投標人。(註517)通知又分為兩種：

1. 決標前之通知(preaward notices)。有下列情形之一時，契約官應於決定不接受之後，決標之前，迅速通知落選投標人：

(1) 採購金額逾二萬五千美元，且其(企劃案)評比期間估計在三十日以上者；

(2) 只有非常有限之投標人入圍時。通知書上應以「概括之用語

註 515: See *Kempton-Rossman International, Comp. Gen. Dec. B-220772, 86-1 CPD #127 (1986)* (招標須知上明載價格因素與技術因素同等比重，契約官捨一技術上較優越 25% 的企劃案，而選擇另一價格上只便宜 2% 的企劃案決標，顯非屬合理)；*University Foundation, California State University, Chico, Comp. Gen. Dec. B-200608, 81-1 CPD #54 (1981)* (決標之決定與原始評比相矛盾，顯非合理)。

註 516: *J. CIBINIC & R. NASH, supra note 304, at 655.*

註 517: *FAR 5.1001 (a).*

」(in general terms)說明決定不接受之理由，並聲明即使要約人修正其原始企劃案再為要約，亦將不予考慮之意旨。(註518)

2. 決標後之通知(postaward notices)。(註519)凡採購金額逾二萬五千美元者，決標後契約官應迅速以書面通知落選投標人。通知書應包括：

- (1)當初邀請之要約人數目；
- (2)接獲之企劃案數目；
- (3)得標人之姓名及地址；
- (4)各決標之品項、數量及單價；
- (5)以概括用語，說明其企劃案未被接受之理由。但任何一位要約人之成本剖析、利潤、經常費用比例、交易祕密、生產流程及技術、或其他商業機密資訊，皆不得洩露給其他要約人。

(三)落選理由簡報(註520)

凡契約之決標非以價格為唯一基準者，落選(未得標)之投標人以書面提出申請時，招標機關應儘速向其簡報(debrief)廠商選擇與決標之依據。簡報資料應包括招標機關對該落選企劃案重大缺點或弱點之評估，但不應與其他要約人的企劃案進行逐點比較，並應注意避免洩露依資訊自由法應予保守之祕密(如商業機密等)。契約官並應將簡報內容摘要歸入契約檔案存查。

第三節 小額採購簡易程序

為促進締約效率、降低締約行政成本、並增加小型企業及弱勢企業獲得公共契約之機會，一九八四年締約競爭法特別規定聯邦採購政

註 518 : FAR 5.1001 (b) (1).

註 519 : FAR 5.1001 (c) (1).

註 520 : FAR 5.1003.

策局應訂定簡易程序，辦理小額物品及服務採購。（註521）「小額採購」（small purchases）係指總額在25,000美金以下（含25,000美金在內）之物品、非屬人性服務及營繕之採購而言。（註522）

聯邦採購規則有關小額採購簡易程序的規定，相較於前兩節秘密標及企劃標之規定，可謂十分簡略，多半為原則性的指示。例如：契約官應視各採購案之具體情況，使用最合適、有效及經濟之程序。（註523）至於如何進行協商之程序，則殆付闕如。（註524）

小額採購中廠商向政府機關所為之報價（quotations）與秘密標或企劃標之廠商投標不同，在性質上並非要約，因此政府機關無法逕為接受而成立契約。實則，政府機關針對廠商報價所發出之訂單始為要約，廠商通知政府表示接受或逕為履行即為承諾，契約於焉成立。（註525）

一、小型企業小額採購特別保留原則

凡預定採購之總值在二萬五千美金以下，且依法應使用小額採購程序者，原則上須完全保留予小型企業（small business）承包。（

註 521：41 U.S.C. § 253(g)(1); 10 U.S.C. § 2304 (g)(1); CFR 13.102.

註 522：41 U.S.C.A. § 253(g)(2); FAR 13.000.

本節所謂小額採購程序不適用於

(1)使用「交貨訂單」(Delivery Orders)為採購者；

(2)為轉包予小型企業，由締約機關依小型企業法（Small Business Act）第8(a)條之規定，與小型企業署（Small Business Administration）締結之契約；

(3)依秘密標或企劃標程序決標之契約；

(4)小型企業小額採購特留標（Small business-small purchase set-asides）以外之小型企業特留標（small business set-asides）或勞工過剩地區特留標（labor surplus area set-asides）。

FAR 13.101.

註 523：FAR 13.104 (a).

註 524：不經討論逕行退回（拒絕）某廠商之要約，非禁止。See *Rotair Industries, Inc., Comp. Gen. Dec. B-219994, 85-2 CPD #683 (1985)*.

註 525：FAR 13.108.

註526) 但下列情形可不受此特別保留限制：(註527)

1. 採購係於美國本土、屬地、波多黎各、託管地以外進行者；
2. 依法須向特定來源(如聯邦監獄工業公司)採購者；
3. 契約官認定獲得兩個或兩個以上小型企業的競爭性報價(指按市場價格、品質及交貨條件而言，具有競爭性)乃不合理之期待時；(註528)
4. 契約官向小型企業徵求報價，結果未有一家可靠的小型企業提出合理的報價時。(註529)

當契約官不限小額採購須由小型企業承包時，應在契約檔案中載明不限制之原因。

二、締約競爭與合理價格

小額採購應使用簡易程序，但簡易程序非等於任選一家廠商進行議價。聯邦採購規則要求簡易程序中之締約競爭程度，因採購金額大小而異。

(一)採購金額在小額採購門檻金額(二萬五千美金)百分之十(即二千五百美元)以下者(註530)

對於這種極小額的採購，只要契約官認為所獲得的報價合理，聯邦採購規則並不要求非尋求競爭性報價(competitive quotations)不可。惟此種採購應儘量平均分配予所有合格的廠商承包，而且在再

註 526：此為小型企業法 (Small Business Act) 的規定 (見 15 U.S.C. § 644(j))。

註 527：FAR 13.105。

註 528：如小型企業署採購中心代表 (Small Business Administration Procurement Center Representative) 不同意契約官此項認定時，得依 FAR 19.505 提出申訴 (appeal)。FAR 13.105(d)(2)。

註 529：此時契約官得取銷保留，在不限制承攬人須為小型企業的前提下，再次徵求報價。

如前來報價的只有一家小型企業，但契約官認其報價合理，亦可逕為決標。FAR 13.105(d)(3)。

契約官應以電話及其他非正式之方法，尋訪小型企業承攬商，向其發出書面或口頭報價邀請。FAR 13.105 (d) (1) & (4)。

註 530：FAR 13.106(a)。

次下訂單前應儘可能向現有承包商以外的廠商尋求報價。

由於這種極小額採購的交易價格差異有限，查證廠商價格的行政成本 (administrative cost) 很可能超過可能節省的價差，因此僅限於有下列情形之一者，始得查證報價之合理性：

1. 採購機關懷疑或有消息指出報價可能不合理，或
2. 採購之標的依當時情形未有價格資訊可堪比較者。

(二) 採購金額逾小額採購門檻金額 (二萬以千美元) 百分之十以上 (即二千五百美元以上) 者

契約官應在可能範圍內尋求最多數廠商前來報價，以促進競爭。一般而言，除價值在二千美元以上之營繕工程應以書面為報價邀請外，應以口頭方式進行邀請。(註531) 為便利報價邀請，各機關採購辦公室平日應建立一份小額採購廠商名單 (a small purchase source list) 並將已經收錄之廠商分成三類：

1. 小型企業。
2. 小型弱勢企業。
3. 經確認位在勞力過剩之地區者。

此外，並得向小型企業署採購中心代表等處，獲取更多適格的廠商名單。(註532)

為了確實促進競爭，聯邦採購規則明定應至少曾向三家廠商提出報價邀請，才能被認定為已經致力於促成最大可能限度之競爭。(註533) 只在契約官認定「只有一家廠商能供應」(「只此一家」) 時，才可以僅向一家廠商尋求報價 (相當於我國法上所謂之「議價」)。(註534)

註 531: FAR 13.106(b)(2).

註 532: FAR 13.106(b)(4).

註 533: FAR 13.106(b)(5).

註 534: FAR 13.106(b)(1).

報價之後未獲中選的廠商，僅當其請求時，契約官才需通知其已落選。FAR 13.106(b)(9).

第四節 決標爭議處理

決標爭議 (contract award controversies) 者契約形成過程中所發生之爭議，通常為不滿契約官決定將某宗採購決標予某人承包，或因採購流程中未受到公平待遇而為之異議 (protest)；例外時也可能為得標人欲撤回或修正其要約 (投標) 不果而生之爭議。

決標爭議與本文前述第一章第三節之契約履行爭議 (contract performance controversies) 不同，後者係在契約決標後履行期間所發生之爭議。一般而言，契約履行爭議唯有契約「當事人」才能提起爭訟；(註535) 而可提起決標爭議者包括因某個契約決標或未能得標，而受有直接經濟利益影響之實際要約人或可能要約人。(註536)

目前受理決標爭議的機關共有五個：採購機關、聯邦會計總署 (General Accounting Office)、總務署契約申訴委員會 (General Services Administration Board of Contract Appeals = GSBCA)、聯邦賠償法院 (United States Claims Court) 及聯邦地方法院 (United States District Courts)。前三者屬於行政機關，後二者為司法機關。各機關取得決標爭議管轄權的法律依據各不相同，連帶的得提起爭訟的消滅時效、審理程序、救濟種類、不服之上訴途徑等不同。(註537) 可謂零亂不堪。本節僅就前三個行政機關處理決標爭議之大要程序，略做說明。

一、向採購機關異議

聯邦採購規則規定採購機關之契約官應審理所有的異議 (protest)。所謂「異議」係指利害關係人不滿採購機關之招標或決標，而為

註 535: See, e.g., *Gull Airborne Instruments, Inc. v. Weinberger*, 694 F.2d 838 (D.C.Cir.1982).

註 536: FAR 33.101.

註 537: See *J. Cibinic & R. Nash*, supra note 304, at 1009 (Fig. 10-1) for a good summary.

之書面反對。(註538)該規則鼓勵關係人在向聯邦會計總署或總務署契約申訴委員會提出異議前，儘可能在採購機關化解有關決標之爭議。(註539)

(一)決標前收到異議

如異議僅向採購機關提出，且在採購機關決標之前，則該機關應暫停決標，直到對該異議做成裁決或以其他方式化解為止。但契約官或其他被指定之官員以書面認定有下列情事之一者，則勿庸暫決標：

1. 採購之物品或服務係緊急需用者。
2. 不及時決標將致交貨或履行受到不當稽延者。
3. 因其他理由迅速決標將有利於政府者。(註540)

採購機關決定暫緩決標時，應通知所有可能得標之要約人。必要時並應請求要約人延長得為承諾之期間，以避免再行招標(要約之誘引)。(註541)

(二)決標後收到異議

採購機關於決標後始接悉異議時，應依各該機關所定之程序處理。除決標顯然可能被宣告為無效且延緩給付無損於政府之利益者外，契約官無需中止契約之履行或終止契約。(註542)

註 538：FAR 33.101.

異議之內容應包括：

- ①異議人之姓名、地址及電話。
- ②招標須知或契約之編號。
- ③關於異議之法律及事實理由之詳細說明，含相關文件之影本。
- ④請求機關裁定之聲明。
- ⑤關於救濟方式之說明。

不符上述要式之異議得予駁回。FAR 33.103 (b) (3) & (4).

註 539：FAR 33.102 (a) & (c)(1).

註 540：FAR 33.103 (a) (2).

註 541：FAR 33.103 (a) (3).

註 542：FAR 33.103 (a) (4).

如需中止契約之履行時，契約官應儘力與包商達成協議，俾中止期間勿庸支付任何賠償。Id.

二向聯邦會計總署異議

聯邦會計總署是最早開始受理決標爭議的機關，且因最高法院早先曾禁止未得標人向法院投訴，（註543）而成爲惟一的救濟途徑。依據法律的規定，該署原有應收支官員之請求，就有關付款及擔保之事項預爲決定的權力。（註544）後該署將之擴張解釋，也應未得標人及其他利害關係人之請求，就機關未來應否付款預爲決定。該署之決定原只是對各機關收支官員之建議，然因其握有決算權，各機關對此建議率皆遵從。國會於一九八四年正式賦予該署審理決標爭議之權。（註545）

異議人直接向聯邦會計總署提出異議者，應於其提出異議起一日內，將一份完整的異議影本送交採購機關指定之官員或契約官。（註546）採購機關於接獲聯邦會計總署之電話通知，知有利害關係人向該署異議之日起二十五個工作日內（或十日內，如該署決定加速審理），應提出一份完整的報告，包括：異議人提出之原要約及得標要約、要約之誘引（招標須知）及其他相關文件。採購機關獲悉異議後，應在一個工作日內通知其他受異議影響之要約人，並教示其得在特定期間（通常爲一星期）內逕向聯邦會計總署陳明意見或提供有關文件。（註547）

（一）決標前之異議

如採購機關接獲異議通知時尙未決標，除各該機關首長親自以書面認定

1. 因情勢急迫，攸關美國利益，不等候聯邦會計總署之裁決；且
2. 可能在三十個日曆日內即行決標者外，應即暫停決標，靜候聯

註 543: Perkins v. Lukens Steel Co., 310 U.S. 113, at 127 (1940).

註 544: 31 U.S.C. § 3529.

註 545: 31 U.S.C. § 3551 *et seq.*

註 546: FAR 33.104 (a).

未遵限提出完整影本者，聯邦會計總署得駁回其異議。Id.

註 547: FAR 33.104 (a) (3), (4) & (5).

邦會計總署裁決。(註548)

(二) 決標後之異議

決標後始知悉有異議繫屬於聯邦會計總署時，有二種處理方法：

1. 採購機關知悉異議係在決標後十個日曆日內，則契約官應立即中止契約之履行或終止該決標之契約。此時契約官應儘力與包商達成零損害賠償之協議。(註549)
2. 採購機關知悉異議時已逾決標日十個日曆日以上，則除契約官相信該決標可能被宣告無效，且遲延給付無損於政府之利益者外，勿庸中止契約履行或終止契約。(註550)

聯邦會計總署審理異議，得應異議人、採購機關或其他利害關係人之請求，決定是否召集會議辯論異議是否有理由或解決特定之事實爭點。(註551) 該署應於九十個工作日內(或四十五個工作日內，如其決定加速處理)就異議做成建議(recommendation)。如採購機關決定不遵守聯邦會計總署上述建議，該機關首長或其指定之官員應於接悉建議之日起六十日內，報告聯邦主計長(Comptroller General)。(註552)

註 548：FAR 33.104 (b).

凡有望得標之要約人皆應被告知異議；採購機關於必要時並應要求要約人展原定得為承諾之期間。

Id.

註 549：FAR 33.104 (c) (1) & (4).

採購機關首長得親自以書面認定。

①繼續履行契約最符合美國之利益；或

②情勢急迫，攸關美國利益，不允許等候聯邦會計總署之裁決。而命繼續履行契約。FAR 33.104 (C) (2).

註 550：FAR 33.104(c)(5).

註 551：FAR 33.104(e).

註 552：FAR 33.104(f) & (g).

三、向總務署契約申訴委員會異議

前已述及，布魯克斯法 (Brooks Act) (註553) 將自動化資訊處理設備 (Automatic Data Processing Equipment = ADPE) 之採購權完全授予聯邦總務署。任何聯邦機關採購此等設備皆須有該署之授權。自一九八四年起國會並賦予該署受理有關自動化資訊處理設備採購案決標爭議之權。(註554)

向總務署逕行異議者，應於同一天向招標須知上所指定之官員及地點，提出一份相同的影本。該採購機關接悉此一影本後，應於一個工作日內以書面或口頭之方式，將異議通知所有受邀投標之人或投標之人 (如投標日期已過)；並應於十個工作日內向總務署契約申訴委員會提出一份異議檔案 (a protest file) 內容包括：契約官之決定 (如果有的話)、契約原本 (如果有的話)、所有往來文書、就異議事項證人所為之陳述、招標須知及異議人之投標 (或企劃案) 影本等。(註555) 按總務署契約申訴委員會所定之程序，採購機關應於異議繫屬後十五個工作日內提出其對異議之答辯及處理建議。(註556) 總務署契約申訴委員會得應請求進行聽證，並應於異議繫屬後四十五日內做成決定。(註557)

註 553 : 40 U.S.C. § 759.

註 554 : 40 U.S.C. § 759(h).

非屬布魯克斯法所規範之資訊設備採購，如有爭議總務署固不得受理 (FAR § 33.105(a)(1)) 即使原應依該法辦理，而實際上未依該法辦理之採購，發生爭議時，該署亦不得受理 (Electronic Data Systems Federal Corp. v. GS BCA, 792 F. 2d 1569 (Fed. Cir. 1986))，故總務署契約申訴委員會能受理的異議實在是限定的。

註 555 : FAR 33.105 (a) & (b).

註 556 : FAR 33.105 (c).

註 557 : FAR 33.105 (e).

第五章 社會暨經濟政策之配合

以政府採購契約促進社會暨經濟目標之實現，乃美國聯邦公共契約法之重要特色。公共契約中載有許多標準條款，保障小型企業參與競標之機會、鼓勵勞資雙方合作、保護環境、節約能源、以及限制國外採購等。茲分節簡介如下。

第一節 小型企業扶持政策

為達成扶持小型企業的政策目標，聯邦政府應保留適當比例的政府採購給小型企業 (small business concerns) 及小型弱勢企業 (small disadvantaged business concerns) 承包 (含主承包及轉承包)。(註558)

一、專責機構

(一) 小型暨弱勢企業利用室 (Office of Small and Disadvantaged Business Utilization)

依據小型企業法 (Small Business Act) 的規定 (註559)，每一個具有採購權的聯邦機關皆應設置「小型暨弱勢企業利用室」，負責執行協助小型企業競標之政策。

註 558 : FAR 19.201 (a) (1992).

註 559 : 15 U.S.C.A. § 644(k) & 13 CFR § 125.4(g)(7). 小型暨弱勢企業利用室置主任(Director)一名，由各該機關首長任命，並對其負責。FAR 19.201 (c).

(二)聯邦小型企業署 (Small Business Administration = SBA) 及其代表

依據小型企業法，聯邦小型企業署應諮商並協調各聯邦機關，制定保護小型企業利益之政策（註560）。為增加小型企業競標之機會，該署應派駐兩種代表。

1. 小型企業署採購中心代表 (SBA procurement center representatives)。該署為執行其政策，得針對任何採購案或任何機關之採購單位，派駐一名或數名採購中心代表。採購中心代表為了小型企業的利益，可以檢視採購資料，參與會議，建議有利小型企業的採購方式（註561）。
2. 小型企業署拆分採購中心代表 (SBA breakout procurement center representatives)。除前述採購中心代表外，小型企業署依法另須在各個主要採購中心 (a major procurement center) 派駐一名拆分採購中心代表，負責參與採購案之各項會議，檢視有關資料，促進完全而公開之競爭程序之利用，及適當拆分原採購成小包以利小型企業競標（註562）。

二、小型企業之認定

(一)小型企業 (small business concerns)

所謂「小型企業」係指獨立所有且經營，在其競標之營業領域內並不具有主導力量，且符合聯邦行政規則彙編第十三篇第121節 (13 CFR Part 121) 所定之基準及規模標準之廠商（註563）。

註 560 : FAR 19.401 (a).

註 561 : FAR 19.402.

註 562 : FAR 19.403.

註 563 : FAR 19.001.

是否在某一營業領域具有主導力量(dominant)，應考慮所有相關因素認定，例如：營業額、員工人數、財務資源、所處之競爭地位、及材料、生產流程、專利、執照、設施之所有或占有的情況、銷售地區範圍、及營業活動之性質等。
Id. 小型企業署按照產業類別，訂有小型企業規模標準，詳見 FAR 19.102.

(二) 小型弱勢企業 (small disadvantaged business concerns)

所謂「小型弱勢企業」係指某小型企業之所有權或股票有百分之五十一以上為社會及經濟上弱勢個人 (socially and economically disadvantaged individuals) 所有，且其管理及日常營運亦受此等社會及經濟上弱勢個人所控制者而言。所謂「社會上弱勢個人」係指因其身分而遭受種族歧視或文化偏見之個人；所謂「經濟上弱勢個人」係指因獲取資金及信用之機會受到限制，而無法在自由企業制度下競爭之社會弱勢個人，包括美國黑人 (Black Americans)、西班牙後裔美國人 (Hispanic Americans)、美國土著 (Native Americans)、亞太裔美國人 (Asian-Pacific Americans)、亞洲次大陸裔美國人 (Subcontinent-Asian Americans) 等 (註564)。

(三) 地位之確認及異議

1. 欲以小型企業之地位參與競標之廠商，應以書面自為申報 (written self-certification)，除有其他關係人異議或契約官疑為不實者外，契約官應接受上述申報 (註565)。
2. 任何要約人 (投標人) 或其他利害關係人皆得於開標之日起算五個工作天內，向契約官就某要約人在該招標案中自行申報為小型企業一事提出異議 (protest)；至契約官懷疑投標人自為之申報不實者，得於開標後任何時間提出異議 (註566)。
3. 契約官接到異議後，應即轉交被異議廠商主營業處所在地之小型企業署地區辦公室 (SBA Regional Office)。小型企業署應於接到異議後通知被異議之廠商，並附異議影本，令其於收到後三日內提出書面答辯。被異議廠商無法在三日內提出答辯者，小型企業署得逕為不利之認定 (註567)。
4. 小型企業署地區辦公室主任應於接獲被異議廠商答辯書之日起

註 564 : FAR 19.001.

註 565 : FAR 19.301.

註 566 : FAR 19.302 (b) & (d).

註 567 : FAR 19.302 (c), (e) & (f).

算十個工作天之內，做成裁定，並通知異議人、契約官及被異議廠商。等候裁定期間，契約官應暫停決標（註568）。

5. 不服上述小型企業身分之裁定者，得依法向小型企業署聽證及申訴辦公室（Office of Hearings and Appeals）提出申訴（appeal）（註569）。

三、優惠措施

（一）鼓勵小型企業參與採購

小型企業只要能以符合政府利益的方式履約，即應有公平競標之機會。為鼓勵小型企業參加競標，契約官應（註570）：

1. 在符合經濟規模的前提下，將擬採購的物品與服務（營繕工程除外）分為合理小包（reasonably small lots），以接受小於採購總量的要約。
2. 在符合政府需求的範圍內，儘量以鼓勵小型企業參與為出發點訂立給付時程（delivery schedules）。
3. 鼓勵主承包商與小型企業訂立次承包（轉包）契約。
4. 有下列情形之一者，應在招標須知發佈之日三十天以前，將擬議中的採購文件提供給小型企業署採購中心代表（SBA procurement center representative）：
 - （1）擬採購的物品或服務現已由小型企業廠商供應，而擬議中的採購量卻超出小型企業競標主契約的能力範圍；
 - （2）擬採購者為營繕工程，惟因試圖合併數個原先獨立的營繕工程計劃，致超出小型企業競標主契約的能力範圍。

註 568：FAR 19.201 (g) & (h).

註 569：FAR 19.201 (i).

註 570：FAR 19.201-1.

(二)相同低標 (equal low bids) 優先順位

投標發生相同低標時，應先決標予位於勞力過剩地區之小型企業 (註571)。

(三)小型企業特留標 (set-asides for small business)

1. 契約官得自行決定，或依小型企業署採購中心代表之建議而同意，將擬採購之物品或服務之全部或一部保留給小型企業承包 (註572)。
2. 全額特留標 (total set-asides)。契約官認為有理由期待至少兩家以上之小型企業前來投標，且能以合理的市場價格決標時，應將該件 (或該類型) 採購 (包括建築師 / 工程師服務、研究、發展、測試暨評估、維修及興建契約) 全額保留給小型企業競標 (註573)。
3. 部分特留標 (partial set-asides)。合乎下列條件時，契約官應將採購案 (營繕工程除外) 之一部分保留給小型企業競標：
 - (1) 不適合為全額特留標者；
 - (2) 政府需求可以切分為兩個或兩個以上之經濟生產回合 (economic production runs) 或兩個或兩個以上之合理小包者；
 - (3) 可期待一家以上之小型企業具有以合理市價滿足該特留部分之技術能力及生產能量者；
 - (4) 該採購不適用小額採購簡易程序者；且
 - (5) 如僅能合理期待兩家廠商 (一大一小) 前來投標時，則須經

註 571 : FAR 19.202-3.

註 572 : FAR 19.501 (a) & (b).

各機關可自訂規則，規定某項物品或服務一旦曾成功地以特留標方式完成採購之後，即應繼續以特留標之方式辦理同類物品或服務採購，除非契約官認為無法合理期待：

- (1) 會有兩家以上的小型企業前來競標，且
- (2) 能以合理的市價 (fair market prices) 決標者。

註 573 : FAR 19.502-2.

機關首長於個案中授權，始得為部分特留標（註574）。

4. 特留標之決標優位次序。執行小型企業特留標計畫時，各機關（國防部除外）契約官應依下列優位次序決標契約或鼓勵次承包（註575）：
 - ①全額特留標保留予位於勞力過剩地區之小型企業者；
 - ②全額特留標保留予小型企業者；
 - ③部分特留標保留予位於勞力過剩地區之小型企業者；
 - ④部分特留標保留予小型企業者；
 - ⑤全額特留標保留予位於勞力過剩地區之非小型企業者。
5. 特留標之撤銷。對於保留予小型企業競標之採購，契約官認為有損公益者（例如價金高於公平市價），得於決標前，以書面敘明理由撤銷保留。如該機關之小型暨弱勢企業利用代表不同意撤銷時，則應將該案迅速送交小型企業署派駐之採購中心代表審查決定；未有小型企業署採購中心代表派駐者，應循採購機關所定之程序解決此一爭議（註576）。
6. 特留標之自動失效。特留標之全部或一部未能決標者，未決標部分之保留即自動失效，契約官得以秘密標或協商之方式更行決標（註577）。

四、次承包之優先

1. 包商得標之契約金額高於小額採購之門檻金額（二萬五千美元）者，皆須在契約中載入條款，同意在有效履行契約的前提下，儘可能轉包予小型企業及小型弱勢企業。
2. 轉包計畫（subcontracting plan）。小型企業法規定，採購案金額超過五十萬美元（營繕工程案超過一百萬美元）者，如以企劃標方式決標，應要求顯然有望得標之要約人限期提出採購

註 574：FAR 19.502-3.

註 575：FAR 19.504.

註 576：FAR 19.506.

註 577：FAR 19.507.

機關可接受之轉包計畫，否則該要約人即喪失決標資格；如以秘密標方式決標，招標須知中應載明投標人須限期提出轉包計畫，否則將喪失決標資格（註578）。

四小型企業競爭力展示計畫 (Small Business Competitiveness Demonstration Program)

一九八八年商機發展改革法 (Business Opportunity Development Reform Act of 1988) (註579) 第七篇 (Title VII) 創辦此項方案。方案分為兩部分，第一部分選出四類產業 (註580)，取消小型企業特留標之優惠，以測試小型企業在該四項產業中之競爭能力。第二部分則以四年 (一九八九年一月一日起至一九九二年十二月三十一日止) 為期，由指定的十個機關 (註581) 與小型企業署諮商後分別選定特定的產業別，加強輔導小型企業參與競標，觀其結果。

註 578：FAR 19.702.

轉包計畫之內容應包括：

- (1) 擬專供小型企業及小型弱勢企業轉包之特定百分比目標；
- (2) 投標人指派負責執行轉包計畫之人 (姓名及職務)；
- (3) 投標人擬如何確保小型企業及小型弱勢企業公平競爭轉包機會；
- (4) 投標人保證將在轉包契約中載入「小型企業及小型弱勢企業利用」條款，使轉包商同意提供再轉包之機會；
- (5) 要約人保證與政府合作並定期提出報告；
- (6) 註明要約人擬保存那些文件，顯示轉包計畫履行之情形。

註 579：Pub. L. 100-656 (1988).

註 580：四類產業包括部分營造業、廢棄物處理業、建築師暨工程師服務、及非核子動力船舶之修理。FAR 19.1005.

註 581：參加此一方案之機關為：農業部、國防部 (軍事繪圖署除外)、能源部、衛生暨人類服務部、內政部、交通部、退伍軍人事務部、環保署、總務署、國家航空暨太空總署。

第二節 勞工保護政策

一、基本勞工政策

(一)勞資關係

1. 各行政機關應與業者及其受雇人維持良好關係，以確保需用物品及服務之適時供給。對於勞工與包商間之糾紛應保持中立，各機關不應介入和解 (conciliation)、調解 (mediation) 或仲裁 (arbitration)。(註582)
2. 包商之勞工政策與工資支給方式，不論是否載入勞資協約 (labor-management agreements) 中，概不得作為成本補償契約 (cost-reimbursement contracts) 或固定價金契約 (fixed-price contracts) 之成本計算基礎。契約官應使包商明瞭：包商應對勞資爭議所可能造成的給付遲延負責 (註583)。

(二)勞工保障規定之執行

各機關應協助並鼓勵包商與聯邦、各州政府合作、執行下列有關勞工保障之規定 (註584)：

1. 安全；
2. 健康暨衛生；
3. 最高工時暨最低工資；
4. 平等就業機會；
5. 童工及監獄勞工；
6. 禁止年齡歧視；

註 582：FAR 22.101-1.

註 583：FAR 22.101-2. 蓋在成本補償契約及固定價金契約中，勞資雙方皆無足夠的誘因去積極降低成本。因此如將包商的勞工政策及付薪方式納入契約成本計算，則增加的費用勢必大多落在政府身上。參見 W. KEYS, *supra* note 61, at 301.

註 584：FAR 22.102-1.

7. 殘廢及越戰退伍軍人之僱傭；
8. 殘障人士之僱傭。

(三) 避免加班 (overtime)

1. 除加班之結果整體而言可降低契約價金，或確為完成緊急採購所必要者外，包商應儘可能避免以加班的方式履行契約（註 585）。
2. 如加班履行契約殆不可免，則原則上包商欲使員工加班前應先向契約官提出申請；且除有下列情形之一者外，契約官不得核准包商加班（註 586）：
 - (1) 為達成主要之給付（交貨）時程所必要者；
 - (2) 為趕上因不可抗力而包商並無過失所致之遲延所必要者；
 - (3) 非行加班無法消除可預見之延長生產瓶頸（extended production bottlenecks）者。

三 平等就業機會之保障

早在二次世界大戰期間，還沒有法律的依據前，美國總統已經用總統行政命令規定政府契約中須載入禁止就業歧視的條款（註 587）。目前禁止就業歧視主要是依據詹森總統在一九六五年所發布的第 11,246 號總統行政命令（註 588），透過公共契約裡的「平等（工作）機會」標準條款（Equal Opportunity clause）（註 589），以及聯邦勞工部長（Secretary of Labor）所發布的補充規則來執行的。為了監督包商切實履行上述政策，勞工部下設有「聯邦契約執行平等就業計畫辦公室」（Office of Federal Contract Compliance Programs

註 585：FAR 22.103-2.

所謂「加班」，亦即「超時工作」，係指包商雇用之員工在美國境內（包含本土、屬地、波多黎各等）每週工作超過 40 小時。FAR 22.103-1.

註 586：FAR 22.103-4 (a).

註 587：Exec. Order No. 8,802, 5 Fed. Reg. 3,109 (1941).

註 588：Exec. Order No. 11,246 (1965), as amended, 41 CFR § 60-1.30.

註 589：見 FAR 52.222-26.

)。

(一)禁止就業歧視條款

依據第11,246號總統行政命令，所有公共契約應載有「平等（工作）機會條款」，其主要內容為（註590）：

承包商茲同意：

1. 不以種族、膚色、宗教、性別或出身國別為由，歧視任何受雇人。
2. 採取矯正措施（affirmative action），確保受雇人不因其種族、膚色、宗教、性別或出身國別而有差別待遇（包括雇用、晉升、降級、調職、招募、臨時解雇、解雇、支薪及訓練等）。
3. 採取必要措施（包括施予制裁），以督促轉包商執行禁止就業歧視之政策。
4. 如聯邦契約執行平等就業計畫辦公室認定包商違反本條款或勞工部部長發布之有關規則或命令時，得撤銷或終止本契約，或暫時停止履行契約之全部或一部，並得宣布承包喪失將來競標政府契約之資格。

(二)矯正計畫

依據勞工部部長所頒布之行政規則，各包商應擬定矯正計畫，以增加少數族群之代表性，其方式包括（註591）：

1. 進行受雇人普查，決定各工作中少數族群（minorities）加上婦女（Women）應占之比例；
2. 界定有關職位之勞動人口總數及少數族群成員占各該勞動人口總數之比例；
3. 研究少數族群成員受雇於各個工作群（job group）之比例，並以之與該少數族群在相關勞動人口總數之比例相互比較。凡承

註 590：Id.

註 591：41 CFR § 60-2.15.

包商雇用員工所含少數族群成員之比例低於該勞動市場所含少數族群之比例時，即有所謂（少數族群）「利用不足」（under utilization）的情形存在。承包商應自行訂出具體的數字目標（numerical goals），並在一定時程之內，增聘少數族群成員達到此一數目。

（三）例 外

公共契約有下列情事之一者，得不適用前述第11246號總統行政命令之規定：（註592）

1. 為國家安全有必要排除上述政策之適用者；
2. 主契約或轉包契約之交易額在一萬美元以下者；
3. 在美國國境外履行者；
4. 係聯邦政府與州政府，或聯邦政府與地方政府間之契約者；
5. 履行地靠近印地安人保護區者；
6. 其為不定量契約者；
7. 其他聯邦契約執行平等就業計畫辦公室主任認定，免除前述命令之適用符合國家利益者。

三年齡歧視之禁止（註593）

依據第11,141號總統行政命令，公共契約之主包商及轉包商除因職業資格、退休計畫所必要或由於法律之規定者外，不得因受雇人之年齡，而在包括雇用、晉升、解雇、雇用條件、契約條款或優惠等各方面有任何歧視。

註 592：FAR 22.807.

註 593：29 Fed. Reg. 2,477 (1964); FAR 22.901.

四工資與工時之保障

(一)契約工時暨安全標準法 (Contract Work Hours and Safety Standards Act) (註594)

依據該法之規定，某些公共契約應載入「契約工時暨安全標準法——超時補償」條款(註595) (Contract Work Hours and Safety Standards Act—Overtime Compensation)，明定受雇執行契約之勞工 (labor) 或技工 (mechanic) 每週工作時間總數不得逾四十小時，除非其超時工作 (加班) 之工資為其正常工資的一點五倍以上。違反上述限制之主包商或轉包商除須負責賠償受雇人之工資損失外，並須向政府繳交定額的損償 (liquidated damages) (每一工人每天十美元)。(註596)

(二)大衛—培根法 (Davis-Bacon Act) (註597)

依據該法之規定，凡營繕契約 (包括興建、修繕、變更、粉刷、裝潢任何座落於美國之公共建築物或公共工作物) 總值逾二千美元者，包商雇用勞工或技工之工資不得低於聯邦勞工部部長所訂定之「通行工資」(prevailing wage rates)。通行工資又分「一般工資」(general wage) 與「專案工資」(project wage) 兩種。前者係由勞工部部長就指定種類之營繕工程在特定地域施工所訂定之工資標準；後者係在前者未有規定時，依採購機關之請求，由勞工部工資暨工時處 (Wage and Hour Division) 就特定之營繕工程契約所認定之工資標準，只在自其認定之日起算一百八十日之期間內有效 (註598)。

註 594 : 40 U.S.C. § § 327-333.

註 595 : 見 FAR 52.222-4.

註 596 : FAR 22.301 & 22.302 (a).

註 597 : 40 U.S.C. § § 276a - 276a-7.

註 598 : FAR 22.403-1 & 22.404-1.

五 服務契約法 (Service Contract Act of 1965) (註599)

(一) 一般勞工之保障 (註600)

依據一九六五年服務契約法之規定，凡服務契約總值逾二千五百美元者，應載入有關受雇人最低工資及其他福利、工作場所之安全及衛生條件、最低賠償額、相當於聯邦公務員之職位分類等規定。另，服務契約之期間不得逾五年。

(二) 專門職業技術人員之保障

由於一九六五年服務契約法原僅保障藍領勞工及部分白領勞工，而不及於管理及專技人員 (executive and professional employees)。聯邦採購政策局乃以第78-2號政策令函 (Policy Letter No. 78-2) (註601) 補充規定：凡金額逾二十五萬美元且需雇用相當專門職業技術人員之服務契約，要約人應提出一完整薪資計畫，列明擬支給受雇之專技人員之工資及其他福利，供採購機關審核 (註602)。

六 雇用殘障者

依照一九七三年復健法 (Rehabilitation Act of 1973) 之規定 (註603)，公共契約 (含物品、服務及營繕採購) 金額逾二千五百美元者，除由聯邦勞工部部長特予豁免外，皆應採取矯正措施 (affirmative action)，增加雇用合格殘障人士，不得再以身體或心理殘障為由加以歧視 (註604)。

註 599: 41 U.S.C. § 351 et. seq. (as amended).

註 600: FAR 22.1002-1.

註 601: OFPP, Policy Letter 78-2, dated March 29, 1978, 載 OFPP, Procurement Policy Letters 7 (Sept. 1991).

註 602: FAR 22.1103.

註 603: 29 U.S.C. § 793.

註 604: 參見「為殘障勞工採取之矯正措施」(Affirmative Action for Handicapped Workers) 標準條款 (FAR 52.222-36)。

第三節 環保暨能源政策

一、污染防治與政府採購

(一) 原則 (註605)

爲了改善環境品質，行政機關不得與使用被環保署列爲違反清潔空氣法 (Clean Air Act) 與清潔水法 (Clean Water Act) 之設施從事生產活動之廠商締約採購。

(二) 例外 (註606)

上述政策不適用於：

1. 小額採購或擬購設備僅使用於美國 (含本土及其託管地、屬地等) 以外之地區者。
2. 採購金額在十萬美元以下 (含十萬美元)，或不定量契約而契約官相信每年依約交付之數量價值不會超過十萬美元者；但使用違法設施之廠商曾由環保署依清潔空氣法或清潔水法提起公

註 605: FAR 23.103.

「清潔水法」，主要內容係由一九七二年的聯邦水污染控制法 (Federal Water Pollution Control Act of 1972)、一九七七年的聯邦水污染控制法修正案 (Federal Water Pollution Control Act Amendment of 1977) 及一九八七年水質法修正案 (Water Quality Act Amendment of 1987) 所構成。See 33 U.S.C. § 1251 *et. seq.* (1982) & 101 Stat. 7 (1987)。關於「清潔水法」的中文介紹，請見拙著，美國環境法論集，頁59以下(民79年)。「清潔空氣法」，主要係由一九七〇年清潔空氣法修正案 (Clean Air Act Amendment of 1970)、一九七七年清潔空氣法修正案 (Clean Air Act Amendment of 1977) 及一九九〇年清潔空氣法修正案 (Clean Air Act Amendment of 1990) 所構成。See 42 U.S.C. § 7401 *et. seq.* (1982) & 104 Stat. 2399 (1990)。關於「清潔空氣法」的中文介紹，請見拙著，前揭書，頁33以下；拙著，美國空氣污染管制策略之研究 (政大法學評論35期) 頁297以下 (76年6月)。至於一九九〇年修正案介紹可見 Waxman, *An Overview of the Clean Air Act Amendments of 1990*, 21 ENVTL. L. 1647 (1991)。

註 606: FAR 23.104.

訴者，不得享受例外。

3. 機關首長基於美國之最高利益，得特別給予任何主契約、轉包契約一年之豁免。但機關首長為上述豁免前應與環保署署長諮商，於決定給予豁免後並應即通知環保署署長或其指定之人。

(三) 協力義務 (註607)

契約官得知包商有使用不符清潔空氣法或清潔水法之規定之設備履行政府契約者，應即以書面通知環保署署長或其指定之人。

二 再生物質之利用

(一) 原則

為鼓勵資源回收與再利用，美國政府希望在維持合理競爭水平，且不影响採購標之物之效能或使包商員工因再生物質而暴露於過當之毒性危險的前提下，採購含有再生物質最高比例之物品項目。(註608) 凡是採購契約中規定當某品項單價超過美金一萬元，或上一會計年度中採購某項物品之總值超過美金一萬元，即應使用一定百分比以上之再生物質者，即有上述原則之適用(註609)。

(二) 例外 (註610)

契約官認定含有再生物質之物品項目有下列情形之一者，得不受上述原則之拘束：

1. 無法在合理期間內取得者；
2. 未能達到指定之效能標準者；
3. 僅能以不合理之價格取得者。

凡列入標準局 (Bureau of Standards) 準則中之品項，契約官應依據

註 607 : FAR 23.107.

註 608 : FAR 23.403.

註 609 : FAR 23.404(a).

註 610 : FAR 23.404(b).

標準局之準則做成上述認定。

三、節約能源

如節約能源事實上可行，可收相當效果、且符合採購之需求時，各機關應將節約能源及效能之基準應用於採購。於研擬招標須知、進行決標評比時，皆應將此等要件與價格因素一併考量（註611）。

第四節 國外採購政策

一、購買國貨

(一) 原則

為保障國貨市場，緩和失業問題，美國國會制定有「購買美貨法」（Buy American Act）（註612），總統亦頒布第10582號總統行政命令（Executive Order 10,582）（註613），限制政府為公用（public use）之目的只能採購國產成品（domestic end products）（註614）。

(二) 例外（註615）

1. 下列物品或材料，不適用上述（限購國貨）原則：

- (1) 供國境外（含美國本土、屬地及託管地）使用者；
- (2) 其價格不合理者（註616）；

註 611：FAR 23.203.

註 612：41 U.S.C. § 10.

註 613：19 Fed. Reg. 8,723 (1954).

註 614：FAR 25.102 (a).

註 615：Id.

註 616：所謂「價格不合理」係指：

- (1) 由非位於勞工過剩地區之大企業提出要約者，可得接受之最低國內要約價格較可得接受之最低國外要約價格高過百分之六時；
- (2) 由小型企業或任何位於勞工過剩地區之企業提出要約者，可得接受之最低國內要約價格較可得接受之最低國外要約價格高過百分之十二時。

FAR 25.105.

- (3) 採購機關之首長認為限購國貨不符美國利益者；
- (4) 國內開採、生產或製造之數量未達經濟數量，或品質不佳者；
- (5) 專為轉售圖利而採購者。

2. 美國貿易代表在1980年決定根據1979年貿易協定法 (Trade Agreements Act of 1979) (註617) 第303條的授權，將向民用航空器協定 (Agreements on Civil Aircraft) 簽約國所為民用航空器及相關物品的採購，排除於購買美貨法的適用範圍之外。(註618)。

(三) 國產成品 (domestic end products)

· 所謂「國產成品」係指 (註619)：

1. 在美國境內 (含本土及屬地、託管地) 所開採或生產之非製造性成品，或
2. 在美國境內製造之成品，其在美国開採、生產或製造之成分之成本超過其總成分成本的百分之五十者。

三 付款平衡計畫 (Balance of Payments Program)

付款平衡計畫是為了減輕政府支出對於美國國際付款平衡所造成的衝擊而採取的暫時性措施。購買美貨法適用美國境內之採購，而付款平衡計畫則適用於美國境外之採購 (註620)。

註 617: 19 U.S.C. § 2513.

註 618: FAR 25.104.

註 619: FAR 25.101.

註 620: FAR 25.302(a).

(一)外國貨之採購

有下列情形之一者，得採購外國成品或服務供美國境外使用（註621）：

1. 需用物品或服務之成本預估不超過小額採購之門檻金額者；
2. 需用物品為易腐物品，且機關首長認為如自美國本土運來，消費時品質將嚴重受損者；
3. 機關首長認定只能以外國成品或服務滿足機關之需求，以國產品代替乃不切實際者；
4. 需用物品（如冰塊、水電、通訊）或服務，務依其性質或事實情形，只能於該外國才能獲得或履行者；
5. 採購之物資係專為在國外轉售圖利者；
6. 依照條約或行政協定，須採購外國成品或服務者；
7. 指定之原油及其副產品；
8. 係以過剩外幣或近乎過剩外幣（*excess or near-excess foreign currencies*）付款者；
9. 成品或服務係在巴拿馬開採、生產或製造，且為美國在該地之駐軍所需用者。

(二)建材之例外（註622）

為興建、修理或維護美國在境外之不動產而簽訂之契約，應約定使用美國國產之建材，但國產建材之成本（含運輸及處理費用）較外國建材成本高過百分之五十者，不在此限。

(三)過剩及近乎過剩之外幣（註623）

財政部部長每年應決定，美國政府所擁有的特定外國貨幣之數量是否超過正常或立即（近乎過剩）之需要。凡契約價金超過一百萬美元，且全部或部分在外幣過剩或近乎過剩之外國履行者，應儘可能使

註 621：FAR 25.302(b).

註 622：FAR 25.302(c).

註 623：FAR 25.304(a) & (b).

用該過剩或近乎過剩之外幣付款。要約人如願意接受此一付款方式，即使其相較於其他以美金付款之要約人並非為最低標，亦非不得決標。

三、禁購地區（註624）

為抵制特定外國及組織，美國政府除有禁止運送物質到該等地區之規定外，也有禁止輸入（採購）之規定。目前被列為禁止採購（輸入）物品或服務之地區（國家）包括：北韓、越南、高棉及古巴等由共產黨控制之地區、南非、伊拉克等。

註 624：FAR 25.702.

第二篇 美國加州公共契約 法制之研究

第一章 加州公共契約法體系

第一節 一九七七年加州公共契約研究方案

一九七七年加州總務廳廳長 (Director of the Department of General Services) 簡森 (David Jassen) 爲回應美國法曹協會 (American Bar Association) 模範採購法 (Model Procurement Code) 的推行，於八月十八日發出邀請函，組成一十五人的公共契約研究委員會，就加州有關公共契約的法令判決，作一全面性的研究。委員會的成員，除了一位州檢察長辦公室的代表外，其他十四位皆非現任政府官員。研究委員會最後提出三十一項建議以及八項契約條款。此外，鑒於電訊資料設備的特殊性，部份委員組成一電訊資料設備研究小組，也提出七項建議。此份報告，成爲加州制定「公共契約法」(Public Contract Code) 的重要參考資料。

研究報告的主要建議事項有：

1. 公共契約法令法典化。爲了廠商以及政府機關的便利，散於各

處有關公共契約的法令應該重組於一單一的公共契約法內。

2. 公共契約規定法制化。爲了讓產業界能參與公共契約法令的形成、監督契約官員的不法行爲，以及廠商和契約官員有法可循，有關公共契約的規定，應該依據行政程序法的規定，以行政命令方式 (regulatory form) 公佈，不應該以機關內規 (internal manuals) 存在。
3. 訂定定型化契約範本。
4. 設立一獨立委員會，就公共採購政策與程序，定期提出興革意見。
5. 刪除民法第1654條中，「在公共契約，危險是由民間一方造成的」之推定。
6. 事務由政府自行提供或是交由民間承包之標準，應該重新檢討；應交由民間承包的事務，例如營繕工程，應該在法律上明文規定。
7. 個人專屬性服務契約。個人專屬性服務 (personal services) 契約的決標標準，應該明確一致。在選用建築師和工程師的服務契約，價格不應該被排除於考慮因素之外。事前的成本預估是必須的。此外，招標應該公告通知。
8. 應該就公共契約之經社負擔作有效性以及成本的評估。其中，小型企業以及少數民族之優惠，和環保措施，尤其應該加以注意。
9. 地區性優惠不應該適用於公共採購。
10. 爭議程序。總務廳應該依照行政程序法，訂定公共契約爭議程序。程序應該是非正式的，兼顧便捷與公平。抗議人應該享有與採購機關面談討論的權利，投標機關應該以書面詳載理由。
11. 採購機關應該有權要求法院速爲裁判，以確定採購的合法性。
12. 在競標程序，被拒絕投標的人，應該享有聽證的權利。
13. 就非低標而得標之抗議管轄權，應該從監督局 (the Board of Control) 分離出來。
14. 因資格不符，而被拒絕得標者，採購機關應該以書面附理由答

覆。如果投標人因此項認定，對其企業有不良影響，應該有權可以檢視官方資料。

15. 法律應該明文規定，法院有權依據招標內容和法理，作得標之裁量。
16. 被不當排除於得標的投標人，應該享有要求賠償的權利。要求賠償範圍，應該限制於參與投標費用。
17. 法律應該明文規定，當祕密標無法適用時，議價或比價，可以被採行。
18. 當某一廠牌的物品，被指定採購時，具有相同品質功能的代替品，不應該被排除在外。認定代替品是否具有相同品質，應該在決標前為之。但是如果決定是否相同品質的必要時間超過契約履行期，公共契約可以規定不得提出代替品。
19. 善意承包商，因公共契約之無效，不管是事前或事後，應該在其已履行部份，享有補償或回復原狀的權利。
20. 採購機關單方面終止契約的條款，應該統一化，並且應該顧及費用返還之計算。
21. 免除採購機關之遲延責任的條款，應該宣布為違反公共政策而無效。
22. 設立一專責機構，處理契約履行問題。此一機構，應該獨立於採購機關。該機構的判斷，應該受法院的監督審查，但是，法院應以上訴審程序處理之。

就採購電訊資料處理設備之建議有：

1. 制定一單一的資訊設備採購法，採取集中採購模式。
2. 預算法 (Budget Act) 中，逐年採購資訊設備之經費限制，應該取消，併入資訊設備採購法。
3. 訂定具有彈性的定型化契約範本。
4. 鼓勵小型資訊設備廠商參與公共採購。
5. 廠商提供的有關資訊設備機密，應該妥善保護。

第二節 加州公共契約法典之制定

1977年加州公共契約研究小組 (the Study Group of the California Public Contract Project) 的研究報告指出：散於各法典之有關公共契約法律，有相互重疊之處，制定一單一的法典，可以提供一個較簡明易懂的公共契約法體系。基於此，1981年加州公共契約法典 (Public Contract Code) 於焉產生 (Chapter 306 of the Statutes of 1981)。此後迭有修正。本報告所參考的最新版本，係1991年立法修訂者 (the 1991 session of the 1991-1992 Legislature)。

該法典有兩大部分 (Division)：一是，立法目的 (Purpose and Preliminary Matters, §100)；另一是，通則 (General Provisions, §1100)。在立法目的的部份，僅有三個條文；在通則部份，則再分成三篇：第一篇，行政事項 (Administrative Provisions)；第二篇，州政府機關之契約 (Contracting by State Agencies)；第三篇，地方政府機關之契約 (Contracting by Local Agencies)。

此外，1991年的修正案明確宣示了以下公共契約法法典化的幾項理由：

1. 釐清有關競標 (competitive bidding) 之法律。
2. 確保競標法律之適用，以保障公帑之不被濫用。
3. 提供合理參與投標的機會給有資格的投標人，以促成競爭，建立健全的財務實務。
4. 在公共契約之決標，排除偏袒 (favoritism)、詐欺 (fraud) 以及貪污 (corruption) 等不當行爲。

第三節 加州公共採購諮詢委員會

雖然加州公共契約法已於1981年法典化，但是該法只是將舊有的法律重組，並沒有作實質的改變。於是改革的第二步是，將公共契約法作實質性的檢討。於是乃有依據1983年的 Resolution Chapter 62

，設立了公共採購諮詢委員會 (California Public Procurement Advisory Committee)，就公共採購制度提出興革意見。

第二章 加州公共契約法通則

第一節 締約主體及內容

一、締約主體

所謂「公共實體」(Public entity)是指，州(state)郡(county)、市(city)、市郡(city and county)、區(district)、公共官署(public authority)、公共機關(public agency)、公營公司(municipal corporation)以及州內之其他公共分支(public sub-division)或公共公司(public corporation)。(註1)

二、締約主體之權力

公共實體有權在任何時間，就契約爭議事項，達成和解或其他解決方案。(註2)有權代表州訂定契約之州政府機關，經契約雙方當事人之合意，得為契約之終止、修正或變更。另外，如果締約依法應經總務廳或其他州機關之核准，則其契約終止、修正或變更等權力之行使，亦須經該核准機關之核准。(註3)

不過，於法律明文規定，應經競標程序(competitive bids)始能訂定之契約，除非契約有明文規定或者法律有明文規定，締約機關不得為契約之終止、修正或變更。(註4)

註 1 : Pub. Con. C.A. § 1100.

註 2 : Pub. Con. C.A. § 9201.

註 3 : Gov. C. 11010.5(a).

註 4 : Gov. C. 11010.5(b).

第二節 公共契約上之特殊責任

一、廠商之責任

(一) 承包商之保證金責任

於公共工程契約，承包金額超過五千元之原承包商 (original contractor)，於執行開始前，應向發包機關繳交一定金額的「付款債券」 (payment bonds)，以確保其所雇用之勞工、機工或其他工人之工資債權。(註 5)

此處所指之公共工程並不包括建築師、工程師以及地景調查 (land surveying) 等服務。此外，立法機關、法院或其他司法機關，以及加州大學所發包之公共工程，亦不受上述規定之限制，而應適用民法第 3247 條 (Section 3247 of the Civil Code) 之規定。

(二) 投標人之錯誤免責

一般而言，除非經過決標機關之同意，投標人不得免除其投標責任。甚至，投標人亦不可以錯誤為理由，要求更改投標之內容，但是經過該決標機關之同意，不在此限。假如決標機關同意因投標人之錯誤而免除其責，必須作成書面報告，供公眾檢閱，並且向州監督局 (State Board of Control) 報備。但在加州大學 (The University of California) 和加州州立大學 (a California State University) 之情況，只須向董事會 (regents and trustees) 報備即可。

此外，投標人可以在開標地之法院訴訟，要求因錯誤返還沒收之金額，但是利息或其他費用，不得請求。不過，假如投標人敗訴，則必須負擔決標機關之有關訴訟費用，其中包括法院認為合理之律師費用。(註 6)

此項訴訟，除了必須通知決標機關外，不須經過任何前置程序，

註 5 : Pub. Con. C. A. § 7103.

註 6 : Pub. Con. C. A. § 5101.

即可提出（註7）。但必須於開標後之九十日內提出，否則無效（註8）。該法院就該案件應該優先於其他民事案件，儘快審理判決。（註9）

投標人必須證明以下之條件，始可免責：（註10）

1. 有錯誤發生；
2. 放開標五日內，通知決標機關，詳細說明錯誤如何發生；
3. 該錯誤對於投標內容有重大影響（materially different）；
4. 該錯誤不是判斷錯誤（error in judgment），檢視疏忽（carelessness in inspecting the site of the work），或者是誤讀招標內容。

因錯誤而興訴或保證金被沒收之投標人，不得繼續參與該項契約之投標。（註11）

三、採購機關之責任

（一）付款責任

1. 在公共工程契約中，「以承包人收受付款視同該承包人放棄所有對該採購機關之請求」的條款，因違反公共政策而無效。（

註 7：Pub. Con. C. A. § 5104.

此項訴訟之提起，不以投標人之押標金已被沒收為要件。Ballet Bros. Constr. Corp. v. Regents of University of Cal. (1978), 80 CA 3d 321, 145 Cal. Rptr 498.

註 8：Pub. Con. C. A. § 5102.

此處規定之救濟程序，是投標人主張投標錯誤之唯一救濟程序，不遵守此一程序，即喪失救濟之機會。A & A Electric, Inc. v. King (1976), 54 CA 3d 457, 126 Cal. Rptr 585.

註 9：Pub. Con. C. A. § 5107.

註 10：Pub. Con. C. A. § 5103.

「錯誤投標」(mistaken submission of a bid)不是「投標錯誤」(mistaken bids)，不適用此項救濟程序。Menefee v. County of Fresno (1985, 5th Dist) 163 Cal App 3d 1175, 210 Cal Rptr 99.

註 11：Pub. Con. C. A. § 5105.

註12)

2. 付款日之決定。如果契約未載明付款日，採購機關應於送貨單上郵戳日後五十日內付款。如果採購機關未獲直接付款之授權，則應於三十五日內，將送貨單轉給主計長 (Comptroller)，主計長應於收到後十五日內付款。基於自然災害之採購，如果採購機關於付款日，因為無足夠的資金以致於無法付款，其付款日應展延至採購機關受領足夠資金後之第三十日。(註13)
3. 遲延利息之計算。遲延利息之利率，應為前一年六月三十日的 Pooled Money Investment Account 利率再加高百分之一，但不得高過百分之十五。遲延利息之起算日，應為上述付款日之次日。(註14)
4. 遲延利息之支付。採購機關不得為支付遲延利息，要求額外的撥款。(註15) 此外，採購機關對於未滿五美元之遲延利息，不應支付。(註16)
5. 收受付款之效力。在公共工程契約中，「以承包人收受付款視同該承包人放棄所有對該採購機關之請求」的條款，因違反公共政策而無效。(註17)

(二) 損害賠償

在公共工程契約，「採購機關之遲延責任範圍，僅限於因雙方不可預見並且可歸責於採購機關之不合理遲延所生之損害」之條款不得解釋為排除承包商或次承包商之其他損害賠償請求。(註18)

註 12 : Gov. C. § 926.17(a)(1).

註 13 : Gov. C. § 926.17(a)(2).

註 14 : Gov. C. § 926.17(b)(1).

註 15 : Gov. C. § 926.17(b)(2).

註 16 : Gov. C. § 926.17(i).

註 17 : Pub. Con. C. A. § 7100.

註 18 : Pub. Con. C. A. § 7102.

(三)危險分擔

採購機關亦不得要求承包商承擔不可抗力 (Acts of God) 所造成之承包金額5%以上之成本增加。(註19) 但是此項規定，不影響以不可抗力為契約終止條件之條款之效力；同時，也不排除採購機關可以要求承包商必須投保此項危險之權力。(註20)

(四)情事變更

採購機關於決標後，得以自己之費用要求承包商，依照有關環境保護之法律，作必要之修正。(註21) 採購機關亦得因承包商執行減低成本之措施，以致公共工程支出降低，給予該承包商所降低之成本數額之50%作為補償。(註22)

第三節 締約競爭之原則

一、指定特定廠牌之禁止

任何加州公共實體於訂定公共工程契約時，不得僅指定使用某一特定企業之產品，但是有以下之情形，則可不受此項原則之限制(註23)：

1. 為配合已完成或正在興建之工程，必須使用某一特定企業之產品，但是必須加上「或其他同等品質或效益」之字眼。
2. 獨一無二之產品。公共實體在決標後之三十五日內，應該給予其他人提出「同等品質或效益」之產品的機會。

註 19：指強度達芮氏地震儀3.5級以上之地震或海潮。Pub. Con. C. A. § 7105 (b) (2).

註 20：Pub. Con. C. A. § 7105.

註 21：Pub. Con. C. A. § 7105 (c).

註 22：Pub. Con. C. A. § 7101.

註 23：Pub. Con. C. A. § 3400.

競標程序之採用，其主要目的在於保護公共利益而非投標人之利益。Rubino v. Lolli (1970) 10 CA 3d 1059, 89 Cal Rptr 320.

二、投標人資格之限制

採購機關應於採購計劃與招標書內載明，決標時得標人所應具備之執照等級。採購機關應於決標前，向「州承包商執照局」認證中選得標人是否具有承包該項等級契約之執照，或則由投標人認證切結書下，提出執照證件證明之。（註24）投標人不得因招標機關未遵守此項規定致未得標，而要求損害賠償。（註25）

三、購買國貨之限制

購買食物在經濟可行性範圍內應以在美國種植或加工者為主（註26）。

第四節 次承包之規定

一、攬標之不良效果

加州立法機關認為：在公共營繕工程契約，攬標（bid shopping and bid peddling）行為經常導致工程品質低落，減低主承包商或次承包商間之競爭，造成資金週轉不靈、員工工資之損失以及其他不良效果。（註27）

二、次承包商之指定

招標機關應該於招標告示中，要求主承包商必須提列次承包其承包總額0.5%以上之次承包商以及次承包之部分。在興建公路橋樑之次

註 24：Pub. Con. C. A. § 6100.

如果同依承包商承包多項採購，對之毋須逐次驗證，兩年驗證一次即可。

註 25：Pub. Con. C. A. § 3300.

註 26：Pub. Con. C. A. § 3410. 所謂經濟可行性（economically feasible）應由採購機關考量總成本、數量、品質、預算以及採購政策來決定。所以有購買國貨之限制，除了有保護主義之心態外，其立法理由指出加州有關健康衛生之管制非常嚴格，例如殺蟲劑之管制，以致於生產成本較高，故應有優先承包之權。
Stats 1987 ch 158.

註 27：Pub. Con. C. A. § 4101.

承包，如果承包總額之0.5%低於美金一萬元，則以次承包超過美金一萬元之部分，始有此項規定之適用。（註28）

三指定次承包商之效果（註29）

1. 主承包商不得任意替換指定之次承包商；
2. 主承包商不得允許指定之次承包商將其工作轉由他人承作；
3. 除非基於公共緊急狀況或需要(public emergency or necessity)，主承包商不得將未指定之次承包部分，次承包予他人。（註30）

採購機關，主承包商與次承包商間之法律關係，不因次承包商之指定而有變更。（註31）指定承包商不因而免除其向主承包商提出保證金之義務。（註32）

四指定次承包商之替換

採購機關於下列情況得允許指定次承包商之替換：（註33）

1. 指定次承包商拒絕簽署書面次承包契約。
2. 指定次承包商破產或週轉不靈。
3. 指定次承包商不履行次承包契約。
4. 指定次承包商不提出債券保證。
5. 次承包商之指定是由於作業錯誤。
6. 指定次承包商無承包商執照。
7. 指定次承包商重大地拖延或擾亂工程進度，或無法提供令人滿意之工程品質。

採購機關作此項決定之前，應該以掛號信件通知指定次承包商。該指定次承包商得於五日內，以書面表示異議，否則，視為同意。採

註 28：Pub. Con. C. A. § 4104.

註 29：Pub. Con. C. A. § 4107.

註 30：Pub. Con. C. A. § 4109.

註 31：Pub. Con. C. A. § 4103.

註 32：Pub. Con. C. A. § 4108.

註 33：Pub. Con. C. A. § 4107 (a).

購機關應定五日以上之期間，通知該指定次承包商，給予聽證。

主承包商得於開標後兩日內，告知採購機關次承包商之指定有錯誤，並通知該指定次承包商及替換次承包商。該指定次承包商於開標後六日內，得向採購機關及主承包商聲明不服，否則，推定為同意。採購機關得基於三方之同意（含推定同意），允許次承包商之替換。若原指定次承包商不予同意，採購機關應予以聽證裁決。（註34）

五地毯之指定次承包

指定次承包部分，若是供給或鋪設地毯，除非該指定次承包商將其再次承包之包商告知主承包商，否則禁止再次承包予他人。（註35）

六罰 則

（一）採購機關之處罰

採購機關就主承包商違反指定次承包之規定，得①解除契約或②處以不超過該次承包額度10%之罰款。此項決定之作成，應於公聽會前至少五日通知主承包商。（註36）

（二）專業紀律之懲戒

依據商業專業法（Business and Professions Code）領有執照之人，違反本項規定，構成由州承包商執照局（Contractors' State License Board）行使懲戒之理由。（註37）

註 34：Pub. Con. C. A. § 4107.5.

註 35：Pub. Con. C. A. § 4107.2.

註 36：Pub. Con. C. A. § 4110.

註 37：Pub. Con. C. A. § 4111.

第五節 社會暨經濟目標之配合

一、少數民族與婦女企業之參與

(一) 目標

1988年加州立法要求各州政府機關於公共採購時，必須保留不低於總額百分之十五之部分給少數民族企業，同時必須保留不低於總額百分之五之部分給婦女企業。（註38）但金額低於美金一萬元之公共契約，不在此限。（註39）

(二) 得標人之負擔

最低價得標人，應該符合少數民族與婦女企業參與之目標，或者至少應該「盡可能」達成（make good faith efforts）此一目標。一個投標人如果在決標機關所定的期限內，能夠提出書面證據證明以下之情況，將被視為已「盡可能」達成此一目標。（註40）

1. 與採購機關接洽，尋找少數民族與婦女企業。
2. 與其他州或聯邦政府機關，或少數民族與婦女企業協會接洽尋找少數民族與婦女企業。
3. 在以少數民族或婦女企業為主要發行對象之報紙或工商報紙，刊登廣告。
4. 將招標通知可能投標之少數民族或婦女企業。
5. 有意願之少數民族或婦女企業已被考慮。

註 38：Pub. Con. C. A. § 10115. 即使在州政府機關與聯邦、郡或市政府機關所共同設立之機關，此項少數民族與婦女企業之參與目標，仍有適用。（Gov. C. § 6522）。

註 39：Pub. Con. C. A. § 10115.2 (c)。

註 40：Pub. Con. C. A. § 10115.2 (b)。此外，1986年的法案第1060章第2條（Stats 1986 ch 1060 § 2）亦規定，地方機關於法令規定應決標予最低適格投標人（lowest responsible bidder）之情況，亦得訂定少數族裔與婦女或企業參與公共契約的配額，要求承包商達成或儘可能達成此一目標。
Pub. Con. C. A. § 2000.

(三)採購機關之責任

採購機關應該在現有的人員內，例如小型企業暨少數民族企業辦公室 (office of small and minority business)、少數民族企業發展局 (Minority Business Development Agency)、小型企業局 (Small Business Administration) (註41)，建立一監視制度 (註42)，頒布命令規章 (註43) 以達成此一目標。並應每年向州長與州議會報告，若目標未達成，並應詳細說明理由。(註44) 採購機關之未履行此項責任，並不影響契約之有效性與強制性。(註45)。

(四)罰 則

任何人不得故意詐欺取得少數民族或婦女企業之資格；亦不得為不實之資格申明。任何人不得阻礙此項資格之調查；亦不得使公帑流入資格不符之人之手。(註46)

違反上項規定之人，係觸犯輕微犯罪 (misdemeanor) 並應負民事賠償責任，初犯者，應負美金五千元以下之責任，每多犯一次，加罰美金二萬元以下之責任。

違反上項規定之人，除了負刑事責任與民事責任外，並應停止參與公共契約，期間可由30日至一年，但對重犯之停止期間則可延至三年。(註47)

採購機關應該將違反規定之人通知小型企業暨少數民族企業辦公室，該辦公室彙整後再報告州檢察長 (Attorney General)。(註48) 該辦公室並應開放資料供查詢。

註 41: Pub. Con. C. A. § 10115.4.

註 42: Pub. Con. C. A. § 10115.3 (a).

註 43: Pub. Con. C. A. § 10115.3 (b).

註 44: Pub. Con. C. A. § 10115.5.

註 45: Pub. Con. C. A. § 10115.6.

註 46: Pub. Con. C. A. § 10115.10 (a).

註 47: Pub. Con. C. A. § 10115.10 (c).

註 48: Pub. Con. C. A. § 10115.10 (d).

第六節 契約爭議之處理

一、當事人

次低價投標人(second lowest bidder)以及其關係人，得以最低標價之得標人違反勞工法(Labor Code § § 3200 et. seq.)或失業保險法(Unemployment Insurance Code)已經判決確定，並且其受有損害為由，提起損害賠償之訴。(註49)

二、爭議期間

與州就公共契約有所爭議，應於採購機關作成最後書面裁決後或者「訴因」(cause of action)發生後一百八十日內，提起訴訟或仲裁。前者適用於契約訂有契約爭議條款(contract claim provision)之情況，後者則適用於無契約爭議條款之情況。(註50)

註 49: Pub. Con. C.A. § 19102.

註 50: Pub. Con. C.A. § 19100.

第三章 州政府機關之採購

第一節 營繕工程之採購

一、一般營繕工程之範圍（註51）

（一）與物資採購之區分（註52）

流動教室之採購屬於物資採購，而非營繕工程之採購。（註53）

（二）金額之限制

在1986以及1987年，超過美金三萬五千元者，始有適用；在1988年，以此為基準，按加州總務廳所用之工程價格指數（California Construction Index）由財政廳長（Director of Finance）決定調升或調降，以後每兩年依照調整一次。（註54）

（三）不適用之機關

1. 就加州港口委員會（Board of State Harbor Commissioners）管轄下之舊金山水濱財產，所作之工程。（註55）
2. 公用事業因公用事業委員會（Public Utilities Commission）或

註 51：the State Contract Act, Pub. Con. C.A. § 10100.

註 52：Pub. Con. C.A. § 10101.

註 53：Steelgard, Inc. v. Janssen (1985, 3d Dist) 171 Cal App 3d 79, 217 Cal Rptr 152.).

註 54：Pub. Con. C.A. § 10105.

註 55：Pub. Con. C.A. § 10102.

其他公權力機關之命令，所作之工程。（註56）

3. 監所人犯依照監所廳（the Department of Corrections）或監所工藝局（Prison Industry Authority）之命令，所作之工程。（註57）

二、採購權責機關

(一) 以下是第一階權責機關（註58）

1. 水利資源廳（the Department of Water Resources）
2. 監所廳（the Department of Corrections）
3. 水道泛舟廳（the Department of Boating and Waterways）
4. 總務廳（the Department of General Services）
5. 交通廳（the Department of Transportation）主管不在上述機關權責範圍內之其他所有營繕工程。

(二) 第一階權責機關之授權

營繕工程之成本若是未超過美金二十五萬元，並且不須上述第一階權責機關之服務，應授權由各該機關自行執行之。上述美金二十五萬元之限制，對於農業組合（district agricultural association）以及州地政委員會（State Lands Commission）之工程，不適用之。（註59）

營繕工程之本質，若是在於州公園之古蹟修復，得授權由公園育樂廳（the Department of Parks and Recreation）執行之。（註60）

註 56：Pub. Con. C.A. § 10103.

註 57：Pub. Con. C.A. § 10104.

註 58：Pub. Con. C.A. § 10106, 10107.

註 59：Pub. Con. C.A. § 10108.

註 60：Pub. Con. C.A. § 10110.

三、採購計劃

(一) 計劃之必要

採購機關應事前準備一完全精確的計劃，其中包括藍圖規格以及成本估算等，以便適格的廠商能夠依照執行。（註61）

(二) 計劃之批准

採購計劃應經權責機關首長之批准，預估成本（包含招標費用）超過法定撥款數額之採購計劃，應不予批准。除了在單位計價契約（unit basis contracts）外，採購機關不得簽訂超過經核准之預估成本數額之契約。（註62）

(三) 計劃之存檔

在進一步執行採購程序前，計劃原本或經證明之副本，應永久列檔於權責機關。（註63）

(四) 數案合一

採購機關在州公共工程會（the State Public Works Board）之同意下，得將不同營繕工程方案合併於一採購程序。（註64）

註 61: Pub. Con. C.A. § 10120; City Street Improv. Co. v. Kroh (1910) 158 C 308, 110 P 933; Dillingham v. Welch (1919) 179 C 656, 178 P 512. 承包商因採購機關之不正確計劃或規格之誤導，以致估價降低而得標，得要求採購機關支給超過之成本，見 Wunderlich v. State (1967) 65 C 2d 777, 56 Cal Rptr 473, 423 P 2d 545. 即使承包契約泛泛地約定承包商應該檢視工地，自行負責，並不當然排除承包商因採購機關之誤導所生之額外支出之補償請求權。Morris (E. H.) Co. v. State (1967) 65 CA 2d 787, 56 Cal Rptr 479, 423 P 2d 551.

註 62: Pub. Con. C.A. § 10125.

註 63: Pub. Con. C.A. § 10121.

註 64: Pub. Con. C.A. § 10127.

四 承包商之選取：競爭程序

(一) 廠商資格

1. 各項記錄之申報。招標機關得向投標廠商發出有關財務、安全以及違規之表格，要求據實申報。(註65)
2. 投標廠商之分級。招標機關應依照上述資料，對投標廠商實行分級制度，限制其承包的額度與工程種類。(註66)

(二) 招 標

1. 公告期間。招標機關應該於收標截止日前至少兩個星期，每星期一次，將招標通知登載於以下的刊物：(註67)
 - (1) 公共工程或其大部份所在郡的公開流通報紙；以及
 - (2) 登載招標訊息的產業刊物
2. 公告內容。招標公告之內容，應該包括收標與開標之地點與日期、工程態樣、是否分標等等。(註68)

(三) 投 標

1. 定式標紙。如果招標機關提供一定之標紙，投標人應填具完全投標。招標機關對不具此形式之標，應不予考慮。(註69)
2. 祕密標。投標應以祕密標為之。(註70)

註 65：應使用競標程序而未使用所簽訂之公共契約，無效。Shore v. Central Contra Costa Sanitary Dist (1962), 208 CA 2d 465, 25 Cal Rptr 419.

註 66：Pub. Con. C.A. § 10160-10163.
母公司已持有所須之執照，即使其執行部門名義上未持有該項執照，並不影響其投標或得標之效力。Judson Pacific Murphy Corp. v. Durkee (1956), 144 CA 2d 377, 301 P 2d 97.

註 67：Pub. Con. C.A. § 10140.

註 68：Pub. Con. C.A. § 10141.
投標書所載之內容，應該正確表明採購機關之意圖，否則有違反強制規定之虞。Atkinson v. State Dept. of Engineering (1913), 165 C 699, 133 P 616.

註 69：Pub. Con. C.A. § 10166.

註 70：Pub. Con. C.A. § 10167.

3. 押標金。投標人投標時，應提出至少標價百分之十之保證金。
（註71）
4. 收標截止日。招標公告所載之收標截止日，具有絕對之效力；即使招標機關未在招標公告所載之開標日開標，於收標截止日後，始送達之標，不具投標之效力。（註72）
投標人得於收標截止日前撤回其所投之標。撤回之效果，並不排除投標人於收標截止日前，更新投標。（註73）

（四）決 標

1. 開 標

招標機關應該於招標公告所載之開標日，公開開標。（註74）

2. 得 標

（1）得標人

決標機關應將工程決標予最低價適格投標人(the lowest responsible bidder)。若該得標人拒絕或無法簽署工程承包契約，決標機關基於州利益之最佳考量，得決標予次最低價適格投標人。若該得標人亦有上述情事，再次最低價適格投標人得遞補。（註75）

註 71: Pub. Con. C.A. § 10167.

註 72: Pub. Con. C.A. § 10168.

註 73: Pub. Con. C.A. § 10169.

註 74: Pub. Con. C.A. § 10180.

一旦開標後，投標人之意思表示即不可撤回，受契約法上的權利義務之約束，採購機關不得任意剝奪之。Lemoge Electric v. San Mateo County (1956), 46 C 2d 659, 297 P. 2d 638.

註 75: Pub. Con. C.A. § 10182.

公開開標時，單純地顯示其是最低適格投標人，並不表示就是決標，應經採購機關提出書面契約予投標人，始合乎決標要件。Saliba-Kringlen Corp. v. Allen Engineering Co. (1971), 15 CA 3d 95, 92 Cal Rptr 799.

競標程序之採用，其目的在於保護公共利益而非投標人，所以，即使決標有違法裁量，未決標予最低適格投標人，該最低適格投標人，並不具有向決標機關請求損害賠償之權。Rubino v. Lolli (1970), 10 CA 3d 1059, 89 Cal Rptr 320. c.f. Pacific Architects Collaborative v. State (1970), 100 CA 3d 110, 166 Cal Rptr 184.

(2)得標人之責任

得標人於得標後，若不簽署承包契約，或者未於一定期間提出履約債券，其投標保證金，必須沒收。（註76）

3. 流標。決標機關基於州利益之考量，在敘明理由後，得不予決標。或者以按日計酬勞工完成該工程，或者重新招標。（註77）
4. 押標金之退還。除了次最低價適格投標人以及再次最低價適格投標人之押標金，在承包契約正式生效前，得予暫時留置外，招標機關應於決標後十日內，將押標金退還予各投標人。（註78）

五契約之簽訂

(一)法務審查

除非經過州檢察總長或合法授權之律師之審查認可，承包契約對加州州政府不生效力。經認證之契約副本，應送州審計長（Controller）備案。備案之缺失不影響契約之效力。（註79）

(二)保證債券

承包人應分別提出履約以及付款債券（performance and payment bonds）。此外，除了在加州民法第3248條以及加州收費橋梁管理法外，其和不得少於契約價格之百分之五十。（註80）

註 76：Pub. Con. C.A. § 10181, 10183.

註 77：Pub. Con. C.A. § 10185.

開標後，經檢視投標人所提之有關資料，決標機關若是認為原來預估成本有錯誤，可以宣布流標。Harney (Chas. L.), Inc v. Durkee (1951), 107 CA 2d 570, 237 P 2d 561.

註 78：Pub. Con. C.A. § 10184.

註 79：Pub. Con. C.A. § 10220.

註 80：Pub. Con. C.A. § 10222.

付款債券之目的，在於保證承包商因承包該工程所雇之勞工，機工或其他工人，能取得報酬。（註81）

履約債券之目的，在於保證承包商能忠實履行承包契約。（註82）

(三)完工日期

承包契約應訂明工程完工之日期，以及延期完工時，每日之處罰金額。此項罰金，應從工程價款扣除。

在道路工程、防洪工程或者水利資源發展計劃（State Water Resources Development System）工程之承包契約，得訂定提前完工之獎勵措施。（註83）

(四)隨意條款

承包契約應訂明，採購機關得單方面變更工程之計劃以及規格。（註84）

(五)社經條款

承包契約應訂明，承包商應符合環保法令以及勞工法令。（註85）

六 契約之管理

(一)採購數量之增加或減少

1. 在以單位計價之契約（unit basis contract），採購機關得隨時增加或減少採購之數量。（註86）

註 81：Pub. Con. C.A. § 10223.

註 82：Pub. Con. C.A. § 10224.

註 83：Pub. Con. C.A. § 10226.

註 84：Pub. Con. C.A. § 10227.

註 85：Pub. Con. C.A. § 10231, 10232, 10233.

註 86：Pub. Con. C.A. § 10250.

2. 採購機關得增加採購後續之工程或材料。(註87)

(一) 工期之延長

爲州之最佳利益、機關首長得准予延長工程完工期限。(註88)

(二) 施工缺失之改善

採購機關若發現承包商未依約行事，得於書面告知承包商後五日，自行供應必要之勞工或材料，並將此項費用於應付價款內扣除；或者若是情節重大，得通知承包商以及其保證人，限期五日內補正，否則終止契約。(註89)

(三) 未完成工程之承接

採購機關於終止原承包契約後，得使用原承包商留置於工地之機件、材料或設備。採購機關得交由保證人或依非正式契約產生之他承包商完成之，或雇用勞工自行完成之。(註90) 承接工程完成後，原承包商有權要求返還機具以及尚未用盡之材料。(註91)

採購機關於行使上述非正式契約(informal contract)程序選取承接承包商，應事先通知原承包商以及其保證人，給予保證人至少三天的時間去找尋他人參與投標。(註92)

於工程尚未完全完工前，原承包商不得接受尚未支付的價款。完工後，如果未付款額度高於承接工程價款，其餘額始可交付予原承包商；如果不足，原承包商以及其保證人，仍應負賠償之責。(註93)

註 87: Pub. Con. C.A. § 10251.

註 88: Pub. Con. C.A. § 10252.

註 89: Pub. Con. C.A. § 10253, 10254.

註 90: Pub. Con. C.A. § 10255.

註 91: Pub. Con. C.A. § 10259.

註 92: Pub. Con. C.A. § 10256, 10257, 10260.

註 93: Pub. Con. C.A. § 10258.

(四) 付款

採購機關應依核准之規定付款。於依工程進度付款之契約，付款不得超過已完成工程價值之百分九十五以及按已完成工程比例已運至工地之材料之價值。此外，採購機關應扣留至少百分之五之價款，於工程完工經驗收後，始得交付。（註94）

七 契約爭議之解決

(一) 仲裁原則

涉及金錢補償或賠償之爭議之解決，應以仲裁方式為之。（註95）但經收方當事人同意，得於法院訴訟。（註96）

(二) 仲裁程序

1. 仲裁之提起。請求人於窮盡契約約定之行政程序後，並且於收受採購機關就該請求所作之書面決定後之一百八十日內，得提出仲裁請求。（註97）
2. 仲裁人之選任。除非雙方當事人另有合意外，仲裁人應以一人為之。該仲裁人應由公共工程契約委員會所列合格仲裁人名單中，選取之。若雙方當事人就仲裁人人選無法達成協議，任何一方得向法院訴請指定。（註98）
3. 仲裁參加。契約利害關係人得參與仲裁程序，以保障其權益。（註99）

註 94：Pub. Con. C.A. § 10260.

以單價計算之公共工程契約，即使招標書上所載之預估需求數量與實際使用之數量不符，採購機關之付款責任仍以實際使用數量為限。Hackett v. State (1894), 103 C 144, 37 P 156.

註 95：Pub. Con. C.A. § 10240, 10240.6.

註 96：Pub. Con. C.A. § 10240.10.

註 97：Pub. Con. C.A. § 10240.2.

註 98：Pub. Con. C.A. § 10240.3.

註 99：Pub. Con. C.A. § 10240.9.

4. 仲裁規則。總務廳、交通廳以及水利資源廳應共同訂定有關仲裁之命令規章，並時時檢討，作必要修正或廢止。（註100）民事訴訟法之有關規定（Code of Civil Procedure）可作為補充之規定。（註101）

（三）準據法

除非雙方當事人另有合意外，仲裁人應適用加州法律。（註102）採購機關之決定，對仲裁人無絕對的拘束力。（註103）

（四）法院之審核

經一方當事人之合法請求，法院得以證據認定錯誤以及法律適用錯誤為由，撤銷仲裁決定。（註104）

（五）公共工程契約仲裁委員會

公共工程契約仲裁委員會（Public Works Contract Arbitration Committee），由七位委員組成之。其中三人，由州長就有十年以上公共工程經驗者，任命之。另外三人，分別由總務廳、交通廳以及水利資源廳之首長，指派代表充任之。最後一人，應由聽證辦公室主任（Director of the Office of Administrative Hearing）兼任之，但是沒有投票權。（註105）由州長任命之委員，其任期為四年，但於其繼任者尚未就職前，應繼續執行職務。此外，委員係無給職，但可支給車馬費以及其他必要費用。（註106）

委員會之主要功能如下：

-
- 註 100：Pub. Con. C.A. § 10240.5.
註 101：Pub. Con. C.A. § 10340.11.
註 102：Pub. Con. C.A. § 10240.8.
註 103：Pub. Con. C.A. § 10240.4.
註 104：Pub. Con. C.A. § 10240.12.
註 105：Pub. Con. C.A. § 10245.
註 106：Pub. Con. C.A. § 10245.1.

1. 就各機關之仲裁方法與程序，提出興革意見。（註107）
2. 訂定仲裁人之資格標準，並認證合格之仲裁人。（註108）

第二節 物資之採購

一、物資之範圍

物資包括物料（materials）、供給（supplies）以及設備（equipment）。

二、總務廳之核准

（一）核准效果

州政府機關所簽之物資採購契約，應經總務廳之批准，否則無效。契約於總務廳批准日生效。（註109）

（二）核准範圍

以下之物資採購不須經過總務廳之批准：（註110）

1. 加州州立大學美金十萬元以下之採購；
2. 適用州契約法（State Contract Act）或加州州立大學契約法（California State University Contract Law）之部門之採購；
3. 以下交通廳（the Department of Transportation）之採購：
（1）政府法（the Government Code）第14035條或第14035.6條；（2）公用事業法（Public Utilities Code）第99316條至第993319條；（3）街道公路法（Streets and High Ways Code）；（4）非由州稅支付，而由聯邦或地方稅支付之採購；

註 107：Pub. Con. C.A. § 10245.2.

註 108：Pub. Con. C.A. § 10245.3.

註 109：Pub. Con. C.A. § 10295.

註 110：Pub. Con. C.A. § 10295.

4. 州議會之採購；

5. 保險法 (Insurance Code) 第二部份第三篇第四章之採購 (Chapter 4 of part 3 of Division 2)。

此外，爲了應付緊急情況，美金一百元以下易腐物品之採購，亦無須總務廳之核准。(註111)

(三)核准標準

1. 競標原則之審核。總務廳就應使用競標程序而不使用之採購，應不予核准。採購機關雖然使用競標程序，但是使用不當或有瑕疵，總務廳亦應不予核准。(註112)
2. 全面性審核。總務廳於行核准程序時，應該考慮所有相關因素，例如：契約用語之清晰性或契約之合法性。在必要範圍內，得動用法務人員協助核准程序之進行。(註113)

三集中採購

(一)金額限制

超過美金一百元以上之物資採購，應由總務廳負責採購或由其監督執行。

(二)採購程序

1. 採購之申請。總務廳經撥款機關之申請，開始採購程序。
2. 產品規格之變更。總務廳對於各機關所要求之物資規格，認爲不符合全州性統一標準，得改變其採購規格，但必須通知要求採購之機關。要求採購之機關若是認爲總務廳此一變更，不符合州之最佳利益，得向州監督局要求聽證，總務廳應依照州監

註 111: Pub. Con. C.A. § 10319.

註 112: Pub. Con. C.A. § 10297.

註 113: Pub. Con. C.A. § 10297.

督局之裁決遂行採購。(註114)

3. 招標期限。總務廳應於收到採購之請求後三十日內，發出招標通知。(註115)
4. 決標期限。總務廳應於收標截止日後四十五日內，決標予最低價適格投標人或宣布流標。(註116)
5. 物資之管理。總務廳基於採購物資採購之必要，得設立倉庫，(註117)並為之投保火險。(註118)倉庫管理人員，應該繳交美金五千元之債券保證。(註119)

(二)採購權之授予

總務廳應該以1983年之美金八百元為基準，每年調高至少消費物價指數比例，在此範圍內之採購，授予各機關自行採購。(註120)不過，獲得採購權之機關應該建立以下之制度：(註121)

1. 專人負責採購事務；
2. 明文訂定以下之政策與程序：(1)競標原則之確保；(2)全州性採購規格之確保；(3)採購物品規格之確保；(4)承包商不履約情事；(5)採購人員利益衝突之避免；(6)其他必要事項；
3. 執行「小型企業採購契約法」(the Small Business and Contract Act)之程序；

註 114: Pub. Con. C.A. § 10308. 不服之採購要求機關，得以書面敘明理由，向監督局在 Sacramento (加州州政府所在地)之辦公室聲明不服。監督局應由一名監督委員或指定一名聽證官 (hearing officer) 或檢查官 (examiner) 召開公聽會，處理之。監督局應於召開公聽會前至少十日，將公聽會日期、地點以及時間通知各關係人。並應於公聽會結束後三十日內，做成裁決，並應以普通郵件通知或派人告知各關係人。Cal. Adm Code § § 870 *et. seq.*

註 115: Pub. Con. C.A. § 10311 (b).

註 116: Pub. Con. C.A. § 10311 (c).

註 117: Pub. Con. C.A. § 10315.

註 118: Pub. Con. C.A. § 10316.

註 119: Pub. Con. C.A. § 10317.

註 120: Pub. Con. C.A. § 10330.

註 121: Pub. Con. C.A. § 10333.

4. 有關採購事務人員之訓練計劃；
5. 應總務廳之要求，向總務廳採購辦公室 (the Office of Procurement) 報告以上之事項。

四 競標原則

(一) 公開競爭

除非在緊急情況，為維護公眾健康、福利或安全，或者該特定廠商之產品是唯一符合採購標準者，或者經過州監督局 (the State Board of Control) 裁決者，超過美金一萬元之採購契約，應發包予最低價適格投標人。(註122) 採購機關應該將不適用競標程序之採購，檢具理由向州監督局報告。

(二) 廠商資格

應經公開競標程序之採購，總務廳應建立合格廠商之名單。此外，若是承包商合格之申請開始前十二個月內，該項物品之採購總額達到五千美元，或者至少一次之採購金額超過一千美元，總務廳亦應建立合格廠商之名單。(註123)

總務廳於建立合格廠商之名單時，應考慮申請廠商之營業地區、經驗、存貨狀況、產品規格、售後服務以及執照等有關履行能力之事項。總務廳得視須要，要求廠商提供更新或補充資料。(註124) 總務廳亦得因合格廠商一旦承包後有不依約履行之情事，將該廠商從合格廠商名單除名，期間為九十日至三百六十日。被除名廠商，得於除名期間滿九十日後，提出具體之證據，證明缺失已改正，要求重新列名於合格廠商名單。(註125)

合格廠商之認定，並非有絕對之效力，不但未列名於名單內之廠

註 122 : Pub. Con. C.A. § 10301, 10302.

註 123 : Cal. Adm Code § 1890(b)(1).

註 124 : Cal. Adm Code §§ 1890(b)(2)-(8).

註 125 : Pub. Con. C.A. § 10303.

商，仍得參與投標或承包，（註126）即使列名於合格名單之廠商，決標機關於決標時，仍得以該廠商不是適格投標人(responsible bidder)，而無法承包。（註127）

(三) 產品規格

產品規格之限定，不應排除源於加州之產品。（註128）

五 招標程序

採購機關應將採購規格、交貨時間、地點和方法等契約事項，不但個別告知事先已陳明願意投標之廠商以及列名合格廠商名單之廠商外，並且應該公告於採購機關之公告場所，一直至決標後七日為止。（註129）

六 決標程序

(一) 開 標

招標機關應於招標公告所載之開標日，公開開標。（註130）開標後之秘密標，應受公眾之檢視。（註131）

(二) 抗 議

招標機關如果欲將契約決標予非最低標者，應該於決標前24小時，以電報通知該最低標廠商。此外，決標機關應投標人之書面要求，應於決標前24小時，將規劃得標公告於決標機關之公共場所。於決標前，投標人得以其係最低價適格投標人爲理由，向決標機關提出抗議，但於提出抗議後十日內，應向州監督局提出完整之書面理由與事實

註 126：同上註。

註 127：Cal. Adm Code § § 1890(d).

註 128：Pub. Con. C.A. § 10302.6.

註 129：Pub. Con. C.A. § 10302.

註 130：Pub. Con. C.A. § 10304.

註 131：Pub. Con. C.A. § 10305.

。在抗議未撤回前，或者州監督局未裁決前，決標機關不得決標。（註132）

第三節 服務之採購

一、核 准

（一）總務廳之核准

1. 核准範圍與效果。州政府機關所簽之服務契約，應經總務廳之核准，否則無效。契約於總務署核准日生效。

在此之服務契約，不包括部份之建築以及工程服務契約（Chapter 10 of Division 5 of Title 1 of the Government Code）。此外，契約金額在美金一千元以下，以及按日計酬或只支付車馬費之服務契約在美金五千元以下，亦不須總務廳之核准。（註133）

2. 核准之豁免。

總務廳在州政府機關符合以下條件，並且契約金額在美金五萬元以下者，得免除該政府機關之同一類型契約之事先核准：

- （1）專人負責契約計劃；
- （2）訂有明文的政策與程序，並且在組織上能確保有關規定之遵守與執行；
- （3）訂有訓練契約官員之計劃；
- （4）每兩年審查契約作業情形，應總務署之要求，向總務署提出報告；

註 132：Pub. Con. C.A. § 10306. 監督局之裁決程序，請參見前註 6 之說明。不過，與採購要求機關聲明不服之程序有一不同之處，即在決標抗議程序，監督局經書面審查後，得以「濫訴」（frivolous）或「毫無理由」（entirely without merit）為理由逕行駁回抗議之訴，不召開聽證會。Cal. Administrative Code § § 872.

註 133：Pub. Con. C.A. § 10335.

(5) 訂定向總務署或州議會報告之程序。

州政府機關得要求總務廳，給予事先核准之豁免，總務廳在適當管制範圍內，以及州利益之考量下，應該儘量給予此項豁免。（註134）

另外，總務廳應該就經豁免事先核准之契約，作質的管制審查（quality control review of the audit）。如果發現有違反規定之情形，總務廳得撤銷此項豁免。（註135）

(二) 財政廳之協同

為確保有關預算、財政決定之遵守，財政廳（the Department of Finance）得建立管制機制，監督總務廳之核准程序。此一管制機制，不應被視為或被訂定為於總務廳程序外之另一核准程序。如果財政廳有理由相信送審之契約，有違反預算、財政決定之虞，得要求該州政府機關將該契約送其審查。不過，財政廳此一要求，只有在其他方式無法滿足其職責時，始可提出，並且只能就此單一契約為之，不得旁及他契約。（註136）

(三) 人事會之協同

為確保功績原則（the merit employment principles）和州憲法第七條（the Article of the California Constitution）之規定，州人事會（the State Personnel Board）得建立管制機制或標準，監督總務廳之核准程序。此一管制機制亦不應被視為或被訂定為於總務廳程序外之另一核准程序。（註137）

註 134：Pub. Con. C.A. § 10351.

註 135：Pub. Con. C.A. § 10352.

註 136：Pub. Con. C.A. § 10336.

註 137：Pub. Con. C.A. § 10337.

三 招 標

(一) 競標原則

除非在以下情況下，州政府機關在採購時，不管是價格標或企劃標，應該至少貨比三家：

1. 在緊急情況下，為確保公共健康、福利、安全或保障州財產；
2. 招標之廣告已在加州州契約公報 (California State Contract Register) 登載，並且州政府機關也已通知其所知廠商，但仍然無三家廠商投標；
3. 與以下機關訂約：州政府機關、地方政府機關、加州州立大學附屬機構、加州社區學院附屬機構、贊助加州社區學院之基金會；
4. 其他總務廳認為適當之情況；
5. 依據福利機構法 (Welfare and Institutions Code) 第19404條之規定。

無法貨比三家之州政府機關，應該依據總務廳之規定，記載詢價對象之商號與住址。(註138)

(二) 價格標

在採取價格標 (competitive bidding) 之程序，招標機關應該於招標公告所訂時間，公開開標朗讀標價。未在公告所訂期限內投標者，招標機關不得考慮之。(註139) 開標後，所有的投標應該公開受公眾之檢視。(註140)

招標機關欲將契約決標予非最低標者，應該於決標前五營業日，以電報通知最低標廠商。此外，任何投標人得以書面要求，決標機關應於決標前五營業日，將欲得標公告於決標機關之公共場所。於決標前，投標人得向決標機關以及總務廳提出抗議，抗議人應於提出抗議

註 138 : Pub. Con. C.A. § 10340.

註 139 : Pub. Con. C.A. § 10341.

註 140 : Pub. Con. C.A. § 10342.

後五日內，以書面詳述抗議理由。決標機關於抗議尚未撤回前，或總務廳尚未就抗議作成裁決前，決標機關不得決標。（註141）

(三)企劃標

1. 基本招標通知。在採取企劃標 (requests for proposals) 之程序，招標機關應該在招標通知中，以明確之用語，說明服務之內容、企劃標之形式與內容、審標標準、投標期限、以及審查程序。（註142）
2. 決標程序之一：競價。除了上述基本招標內容外，招標機關得要求投標人以密封提出標價以及成本計價。在行此項程序時，其審標程序如下：（註143）
 - (1) 審查是否符合形式要件；
 - (2) 符合形式要件之企劃標，其密封標價與成本計價，應該公開開標、朗讀；
 - (3) 決標予符合要件之最低標者。
3. 決標程序之二：計分法。除了上述基本招標內容外，招標機關得公告審標方法與計分標準。其審標程序如下：（註144）
 - (1) 審查是否符合形式要件；
 - (2) 符合形式要件之企劃標，交由決標機關之審標委員會，依招標內容所訂之評分標準，進行評審。所有企劃標以及評分過程，於評審結束後，應該受公眾之檢視；
 - (3) 決標予獲最高分之企劃標。
4. 流標。決標機關若是認為，所有企劃標之標價不合理，得不予決標。（註145）
5. 抗議。決標機關應將初步決標公告至少五日。投標人得於最後

註 141：Pub. Con. C.A. § 10343.

註 142：Pub. Con. C.A. § 10344 (a).

註 143：Pub. Con. C.A. § 10344 (b).

註 144：Pub. Con. C.A. § 10344 (c).

註 145：Pub. Con. C.A. § 10344 (d).

決標日前，向決標機關以及總務廳提出抗議，於抗議撤回前，或總務廳作成裁決前，決標機關不得作最後的決標。抗議人於提出抗議後五日內，應以書面詳述理由，向總務廳以及決標機關提出。其理由應只限於下列情況：（註146）

- (1) 決標機關違反決標程序；
- (2) 決標機關違反招標內容所訂形式要件；
- (3) 決標機關於競價程序，決標予非最低標者；
- (4) 決標機關應使用計分程序而不使用；
- (5) 決標機關於計分程序，決標予非最高分者。

三 契約協商

當採購之服務是專門職業顧問，例如建築顧問、工程顧問、景觀顧問等，採購機關應於決標後或收到估價單後十五日內，向得標人發出詳載議價內容之議價通知。價格達成協議後，採購機關應於四十五日內，簽訂承包契約。如果，收方未能達成協議，採購機關應結束協商程序，進而與次合格投標人進行協商。（註147）

四 付款

州政府機關得在服務契約中，約定依工作進度或已花成本，分期付款，但是在契約尚未完成前，必須保留至少百分之十的價款不得支付。

州政府機關在作此項約定前，應該建立一管制程序，並應經總務廳之核准。（註148）

五 人員訓練

人事行政廳（the Department of Personnel Administration）依法應該建立訓練課程，用以訓練州政府機關之契約官員熟捻契約管

註 146：Pub. Con. C.A. § 10345.

註 147：Pub. Con. C.A. § 6106. Gov. C. § 4528.

註 148：Pub. Con. C.A. § 10346.

理技術與知識。但是有關費用應該由各州政府機關負擔。此外，人事行政廳在訓練課程之設計，應該事先與總務廳諮商訂定之。（註149）

第四節 資訊、通訊系統之採購

一、集中採購

基於資訊、通訊系統之特殊性與重要性，為確保此項採購之即時有效，由總務廳統一執行之。（註150）但是加州大學以及加州州立大學之美金十萬元以下之採購，不在此限。（註151）

二、採購政策與程序之訂定

財政廳（the Department of Finance）與總務廳應本協調精神，共同訂定資訊、通訊系統之採購政策與程序。（註152）在政策方面，應由財政廳擬定；在執行程序方面，應由總務廳擬定。但是，如果州長指定成立「資訊、通訊系統採購諮詢委員會」，則有關之政策與執行程序，應受該委員會之審查。

財政廳與總務廳所訂定有關政策與執行程序，應包括以下內容：

1. 即時有效之採購(expeditious and cost-effective acquisition)；
2. 競標原則；
3. 各機關自行採購之授權原則；
4. 排除有違章前科者於投標之外；
5. 抗議之審議與裁決。（註153）

註 149：Pub. Con. C.A. § 10349.

註 150：Pub. Con C.A. § 12100, 12120.

註 151：加州大學和加州州立大學雖然無須經由總務廳取得資訊或通訊設備，但是在自行採購時，仍應適用此法有關採購之規定，例如競標程序。Pub. Con C.A. § 12100.5.

註 152：Pub. Con C.A. § 12105.

註 153：Pub. Con C.A. § 12101.

三採購政策與程序之頒布

財政廳與總務廳應該在「州行政手冊」(State Administrative Manual)登載其所訂定之政策與程序。其內容應該包括：(註154)

1. 競標原則。除非總務廳長裁決該採購是單一貨源或緊急情況外，採購應以競標為原則。
2. 決標條件。決標應以招標內容所訂之評估標準來決定最有效率之得標人。此項客觀標準不以價格為限。如果是以最低標者為得標人之情況，則小型企業之百分之五保障額度之規定，即有適用餘地。
3. 投標人之最佳融資選擇；
4. 總務署之採購授權；
5. 契約彈性可以涵蓋增加採購而不須重新採購程序；
6. 抗議程序；
7. 過剩設備之處理方式；
8. 排除有違規前科者之程序。

除了上述必要內容外，財政廳與總務廳也可以登載下列規定：(註155)

1. 議價 (price negotiation)；
2. 系統規格標準；
3. 保證金或不履約之處罰。

此外，總務廳除了上述規定以外，亦得自行訂定必要之規則以規範採購程序。(註156)

註 154 : Pub. Con C.A. § 12102.

總務廳於採購新的州通訊系統設備時，採取買斷方式而排除租賃方式，雖然因而減少競標之機會，但是並不違反有關競標之規定。Pacific Bell v. California State & Consumer Service Agency (1990, 1st Dist), 225 Cal App 3d 107, 275 Cal Rptr 62.

註 155 : Pub. Con C.A. § 12103.

註 156 : Pub. Con C.A. § 12106.

四 採購之協助

總務廳在合理範圍內，可以協助公款支助之團體採購資訊、通訊系統。(註157) 總務廳亦得代表地方政府，採購資訊、通訊系統。(註158)

五 付款之限制

專為政府之用而生產之資訊、通訊系統之採購，採購機關得依進度支付價款，但必須保留至少百分之十之價款，於交貨後，始得支付。但是，必須要求承包商提出不少於一半價款之履約保證債券。(註159)

註 157 : Pub. Con C.A. § 12109.

註 158 : 地方要求代理採購之金額，不應低於五百美元。Pub. Con C. A. § 12110.

註 159 : Pub. Con C.A. § 12112.

第四章 地方政府機關之採購

第一節 通 則

一、訂約準備：採購計劃

採購機關因採行正式投標程序或非正式投標程序，所擬定之採購計劃與規格，雖然其後，該機關以日酬募工來執行，仍應被嚴格遵守。採購計劃與規格之變更，應經機關首長之批准並存檔。（註160）

二、訂約對象：承包商之選取

（一）執 照

聯邦款項支付之工程，投標人於投標時，不因沒有加州執照而無效。但必須於決標時，已依法取得執照。若無法取得時，可能會受「州承包商執照局」（Contractors' State License Board）的懲戒處分；亦構成無法使契約生效之事由，導致押標金之沒收。（註161）

三、訂 約

四、契約管理

五、契約爭議

註 160：Pub. Con. C.A. § 20102.

註 161：Pub. Con. C.A. § 20103.5.

(一)公共工程契約之爭議

當契約爭議金額在美金三十七萬五千元以下，而採購機關又未訴諸仲裁程序時（註162），其爭議程序如下（註163）：

1. 於契約未特別約定時，承包商應於最後付款日以前，向採購機關提出書面以及有關證據。

2. 採購機關之處理

(1) 於爭議金額小於美金五萬元以下之情況，採購機關應於收到書狀後四十五日內，以書面答覆，或者於三十日內，以書面要求爭議人提出更進一步之資訊。於後者之情況，雙方應同意提出之方式，採購機關應於收到進一步資訊後十五日內，或者如果爭議人提出進一步資訊之期間長於十五日，則應於收到進一步資訊後相等長期間內，提出書面答覆。

(2) 於爭議金額大於美金五萬元以下之情況，採購機關應於收到書狀後六十日內，以書面答覆，或者於四十五日內，以書面要求爭議人提出更進一步之資訊。於後者之情況，雙方應同意提出之方式，採購機關應於收到該資訊後三十日內，或者如果爭議人提出期間長於三十日則應於收到資訊後等長期間內，提出書面答覆。

3. 爭議人於收到書面答覆後十五日內，或者採購機關未於期限內答覆，則於期限後十五日內，以書面要求採購機關舉行非正式的會談，以解決歧見。採購機關應於收到要求後三十日內，安排此項會談。

4. 如果會談後，仍無法解決歧見，爭議人得向法院提出訴訟。

5. 除非雙方不同意交付調解，法院應於六十日內，但不應早於三十日，將爭議交付調解。

6. 如果調解仍然不成，法院應將爭議交付仲裁。

註 162 : Pub. Con. C.A. § 20104.

註 163 : Pub. Con. C.A. § 20104.3, 20104.4.

7. 若對仲裁判斷仍不服，得向法院再為起訴。

第二節 學區之採購

一、訂約準備：採購計劃

二、訂約對象：承包商之選取

(一) 競標原則

使用「學校建物補助法」(State School Building Aid Law)之款項，或美金一萬五千元以上之工程。或美金二萬一千元以上之物資採購，應以競標方式為之。(註164)

在緊急情況下，為維持學校之正常教學或避免危及生命或財產，學區管理委員會得以全體同意之決議，並且在郡督學總長(County Superintendent of schools)之核准下，自行雇用勞工或採購，不經招標之程序。(註165)

基於學區利益之最佳考量，學區管理委員會得不經招標程序，與公家機關訂約。(註166)

學區管理委員會得不經招標程序，購買補充教材，教育影片、試卷、教學用軟體等學校必用品。(註167)

(二) 競標程序

1. 投標資格。學區得要求投標廠商填具其所發之財務或職務問卷，並經公證，學區然後為之分級，限制承包之種類與金額。(註168)

註 164: Pub. Con. C.A. § 20106, 20111.

註 165: Pub. Con. C.A. § 20113.

註 166: Pub. Con. C.A. § 20118.

註 167: Pub. Con. C.A. § 20118.3.

註 168: Pub. Con. C.A. § 20111.5.

2. 招標。學區應將招標公告登載於在該學區內發行之公開流通報紙，若沒有此種報紙，登載於該學區內公開流通之報紙即可，每週至少一次，連續兩週。（註169）
3. 投標。投標應以秘密標為之，並且應繳交押標金。押標金應以
下列方式為之：
 - (1)現金 (cash) ，
 - (2)現金支票 (cashier's check) ，
 - (3)保付支票 (certified check) ，
 - (4)保證債券(a bidder's bond executed by an admitted surety insurer) (註170) 。
4. 決標。原則上，學區應決標予最低價適格投標人。於有多數最低價適格投標人時，應以抽籤決定得標人。（註171）在資訊系統之採購，學區有權決標予最後三個低價適格投標人中之一人，不當然應決標予最低價適格投標人。（註172）學區應於決標後六十日內，將押標金返還予未得標之投標人。

第三節 城市之採購

一、訂約準備：採購計劃

二、訂約對象：承包商之選取

(一) 競標原則

在公共工程（不包含維修）金額超過五千元之採購，應採取競標程序。（註173）採購機關不得為規避競標程序之適用，而故意將採購

註 169：Pub. Con. C.A. § 20112.

註 170：Pub. Con. C.A. § 20111.

註 171：Pub. Con. C.A. § 20117.

註 172：Pub. Con. C.A. § 20118.1.

註 173：Pub. Con. C.A. § 20161, 20162.

細分。(註174)

在公共重大災難之情況，例如：水災、火災、流行病等，市議會得以五分之四之多數決議，進行緊急採購，不受競標有關規定之適用。(註175)

(二)競標程序

1. 投標資格。

2. 招標。有多家報紙在此發行印刷之城市，其市議會應於各會計年度開始前，發出通知，選取登載該會計年度內之法律通報之報紙。(註176)

投標機關應至少於開標前十日，至少兩次，其間不得超過五日，將招標通知登載於經選定之報紙。(註177)

3. 投標。採購應以秘密標為之，並且繳交押標金。(註178) 押標金總額應為標價之十分之一。(註179)

4. 決標。原則上，應決標予最低價適格投標人，若有多數最低價適格投標人，市議會得決標予其中一人。(註180)

5. 流標

(1)無人投標時，市議會得不經競標程序，完成該工程。

(2)市議會拒卻所有之投標後，得以五分之四之多數決議，不經競標程序，完成該工程。(註181)

註 174 : Pub. Con. C.A. § 20163.

註 175 : Pub. Con. C.A. § 20168.

註 176 : Pub. Con. C.A. § 20169.

註 177 : Pub. Con. C.A. § 20164.

註 178 : Pub. Con. C.A. § 20170.

註 179 : Pub. Con. C.A. § 20171.

註 180 : Pub. Con. C.A. § 20166.

註 181 : Pub. Con. C.A. § 20167.

第四節 郡道路工程

一、訂約準備：採購計劃

二、訂約對象：承包商之選取

(一) 競標原則

於工程超過美金二萬元以上之採購，應採競標程序。(註182)但於美金二萬五千元以下金額，得不經競標程序，自行完成。(註183)

(二) 競標程序

1. 招標。郡道路局 (board of supervisors) 應將招標通知於開標日前，至少登載於公開流通日報上十日，或則登載於週報上至少兩週。(註184)
2. 投標。投標應以秘密標為之，並且應繳交押標金。(註185)
3. 決標。原則上，應決標予最低價適格投標人。
4. 流標。郡道路局得認為所有的標價皆過高，而以日酬募工完成會比較便宜時，得宣佈流標。並交由道路工程 (road commissioner) 完成之。(註186)

第五節 公共工程成本會計統一法

一、前 言

1983年加州州議會認定：州內各地方機關之公共工程成本會計準則與招標程序，應促其統一化。於是制定了公共工程成本會計統一法

註 182：Pub. Con. C.A. § 20391.

註 183：Pub. Con. C.A. § 20394.

註 184：Pub. Con. C.A. § 20392.

註 185：Pub. Con. C.A. § 20392.5.

註 186：Pub. Con. C.A. § 20393.

(California Public Construction Cost Accounting Act) (簡稱統一法)。(註187)統一法授權成立一「加州公共工程成本會計委員會」(California Uniform Construction Cost Accounting Commission)，負責公共工程成本會計準則與招標程序之研擬，再交由州審計長(Controllor)審核發布。地方機關一旦依決議採行此項統一標準並通知州審計長，即必須受此統一標準之限制。

二、加州公共工程成本會計委員會

(一)委員會之組成

委員會由十四位成員組成。其中除了「承包商執照局」(Contractors' State License Board)中的「主工程承包商」(a general engineering contractor)是當然成員外，其他十三人由審計長依下列分配辦法任命之：主承包商代表，兩名；次承包商代表，兩名；工會代表，兩名(上述三種代表，合稱業界代表)；郡代表，兩名；市代表，兩名；學區代表，兩名；以及特區代表一名。(註188)

審計長於任命委員會成員時，應要求工程業界以及地方機關提出名單，以供參考。(註189)在業界代表委員中至少一人以及地方機關代表委員中至少一人須有會計經驗。(註190)

委員會之主席，由委員互選之，任期一年。主席之人選，不得連續二年是工程業界代表或地方機關代表。(註191)委員之任期為三年，在繼任人選尚未就職前，仍得執行職務。委員得連選連任。審計長應於委員任期屆滿後四十五日內，任命繼任者。(註192)

註 187: Pub. Con. C.A. § 22000, 22001.

註 188: Pub. Con. C.A. § 22010. 業界代表之資格，係在各該代表領域，至少有十年以上之工作經驗。兩名郡代表中，應有一人是郡審計長或是其指定人。

註 189: Pub. Con. C.A. § 22011.

註 190: Pub. Con. C.A. § 22012.

註 191: Pub. Con. C.A. § 22013.

註 192: Pub. Con. C.A. § 22014. 另外，委員為無給職，除了車馬費或必要費用外，不得受領任何報酬。(22015(b))

(二) 委員會之集會

委員會應每年至少集會一次；時間及地點由委員會自行決定。（註193）委員會應儘可能採行或不違背現行聯邦或州機關所適用之規定，擬定共通適用之準則與程序。

(三) 委員會之建議事項

此外，委員會應特別就人口十萬人以下的城市之公共工程，擬訂相應的規定；建議調整採用不同發包方式之工程額度。（註194）

委員會每年應向州議會報告其業務狀況以及擬定之建議事項。（註195）

(四) 準則、程序規定之公布

審計長應於收到委員會建議事項後之九十日內，決定公布施行或不予採用。（註196）

三、統一法之適用範圍

得適用統一法之公共工程，基本上，包括了所有的營繕工程，但不包括「維修」工程（maintenance）。前者指建造（Construction），翻造（reconstruction），起造（erection），翻修（alteration），整修（renovation），改善（improvement），夷平（demolition），修理（repair work）以及粉刷（painting or repainting）。但是在公用事業（Publicly owned utility system）之情況，則僅限於水壩（dams）、水庫（reservoirs），電廠（power plants）以及二十三萬伏特以上輸電線之建造、起造、改善或修理。「維修」則指：景觀維護（包括：除草、澆水、修剪等），不足一吋之路面修補，微

註 193：Pub. Con. C.A. § 22016. 州審計長於不影響其職務運行之範圍，支援人員或其他行政事項，供委員會之運作。（22015(a)）

註 194：Pub. Con. C.A. § 22020.

註 195：Pub. Con. C.A. § 22017.

註 196：Pub. Con. C.A. § 22018, 22019, 22045.

不足道之粉刷以及為維護各機關正常運作之例行性、重覆性、平常性工作。(註197)

四 統一法之適用程序

經「加州公共工程成本會計委員會」研擬，審計長審核發布之統一準則與程序規定，其適用，應經由各地方機關自行決議，並通知審計長後，始對該機關生效。如果統一法所規定之招標程序與有關法令互相抵觸，前者應有優先適用之效力。(註198)

五 統一法之招標規定

(一) 工程計劃

各地方機關決策機關應將規格以及執行細節，規劃清楚，並應受公眾之檢視。(註199)

(二) 承包商之選取方法

1. 以工程金額為不同選取方法之基準。統一法將承包商之選取方法依競爭程度分為三：(1) 單一供給者，包括：內製 (force account)、議價 (negotiated contract) 以及直接訂購 (purchase order)，(2) 非正式投標程序 (informal bidding)，(3) 正式投標 (formal bidding)。美金二萬五千元以下之工程，適用單一供給者程序，美金七萬五千元以下之工程，適用非正式投標程序；美金七萬五千元以上者，適用正式投標程序。(註200)

適用機關不得故意將工程方案細分，以規避較正式之採購程序。(註201)

註 197: Pub. Con. C.A. § 22002.

註 198: Pub. Con. C.A. § 22030.

註 199: Pub. Con. C.A. § 22039, 22040.

註 200: Pub. Con. C.A. § 22032.

註 201: Pub. Con. C.A. § 22033.

2. 在重大緊急事故，地方決策機關經多數決之決議，得立即進行有關公共工程，不受上項限制。該決策機關亦得授權予郡執行官 (County administrative officer) 或城市經理 (city manager) 宣布緊急事故，但必須在下一一次決策機關集會時，獲五分之四多數決之追認。(註202)

(三) 招標告知

1. 列管合格廠商之通知。於非正式投標程序，各機關應依委員會所訂之最低標準，建立合格廠商之名單，通知其參與投標程序。(註203)
2. 指定刊載之產業刊物。委員會應在各郡指定一些產業刊物，地方機關在採行非正式或正式投標程序時，必須將招標消息通知這些刊物。(註204)
3. 通知期限。於非正式投標程序，招標機關應於收標截止日前至少十日為之。於正式投標程序，招標機關應於開標日前至少十四日登載於該機關轄區內之公開流通報紙，或於開標日前至少三十日通知指定刊載之產業通報。(註205)

(四) 決標 (註206)

1. 決標權力之授予。於非正式投標程序，決策機關得將決標權力授予工程主任或其他之適當人選。
2. 契約應決標予最低價適格投標人，若有多數最低價適格廠商，決標機關得任意選取之。
3. 非正式投標程序之轉換。於非正式投標程序，如果招標機關收到之標價皆超過美金七萬五千元，決策機關得以五分之四之多數決，在不高於美金八萬元之條件下，決標予最低價適格投標

註 202 : Pub. Con. C.A. § 22035.

註 203 : Pub. Con. C.A. § 22036.

註 204 : Pub. Con. C.A. § 22034.

註 205 : Pub. Con. C.A. § 22037.

註 206 : Pub. Con. C.A. § 22034, 22038.

人。

4. 流標之一。決標機關於開標後，得不決標予任何人。決標機關得放棄此項工程，或重新招標，或者依決策機關五分之四多數決改由內製。
5. 流標之二。若無任何人投標，決標機關得將工程改由內製。

(五) 爭議之解決：委員會之審議

1. 程序之開始（註207）。利害關係人得依下列理由，向「加州公共工程成本會計委員會」要求審核採購機關之採購程序：
 - (1) 決標機關聲稱內製成本較發包為低，因而拒卻所有之投標。
 - (2) 工程價款超過內製適用之標準。
 - (3) 工程被歸類為「維修」。

採購機關於委員會尚未作成最後決定前，不得進行採購程序。（註208）

2. 採購機關之違法效果（註209）

委員會如果認定採購機關違法屬實，得採取下列措施：

- (1) 於上述(1)項情況，廢棄該工程或交由最低價適格投標人承包。
- (2) 於上述(2)、(3)項情況，決標機關應將委員會之審議報告轉交予決策機關，決策機關應於三十日內召開公聽會。

註 207：Pub. Con. C.A. § 22042.

註 208：Pub. Con. C.A. § 22043.

註 209：Pub. Con. C.A. § 22044.

第三篇 美國麻州公共契約 法制之研究

第一章 總 則

第一節 麻州公共契約法體系

麻州公共契約法體系，可以分爲立法層面以及行政層面。在立法方面，麻州州議會通過之法律編爲「麻州通用法典」(Massachusetts General Laws, 簡稱MGL)，重要採購規定以及重要採購機關皆由立法規定。在行政方面，主要由州長命令 (executive order)、行政規章 (Commonwealth of Massachusetts Regulations, 簡稱CMR)、行政通報 (Administrative Bulletine, Executive Office for Administration and Finance)，以及部門令函 (Memoranda, Department of Procurement and General Services) 組成。其中之行政規章是將重要法令體系化，以法典方式說明採購法規以及程序，是其中最重要者。

第二節 採購總務署

一、採購總務署之成立

麻州州議會於1989年立法通過，麻州行政財政廳（Executive Office for Administration and Finance）所提於其下成立一採購總務署之方案（Department of Procurement and General Services，簡稱DPGS）。DPGS之組織與權責是模仿聯邦總務署而來，其目的在於減少行政的重疊與浪費，以及事權集中以便有效行使殺價能力。該署首長名為州採購總長（State Purchasing Agent），其下分為兩個部門：採購部門（Division of Procurement）和行政、財政暨訓練部門（Division of Administration, Finance and Training），分掌採購與總務事務。

二、採購部門之組織與職掌

DPGS之採購部門在性質上，不但是採購管制部門也是採購執行部門，亦即該部門不但訂定採購規則規範其他機關之採購程序，而且本身亦執行採購業務。

DPGS之採購部門又分為四：物資服務採購局（Bureau of Commodities and Services Procurement，簡稱BCSP）；資訊系統採購局（Bureau of Information Technology Acquisition，簡稱BITA）；管理輔助暨訓練局（Bureau of Management Support and Training）；法務局（Bureau of Legal Services）。

三、採購資訊電腦化

DPGS對於各部門採購之了解與管制，是經過電腦化的「麻州管理會計報告系統」（Massachusetts Management Accounting and Reporting System，簡稱MMARS）中的「加強採購系統」（Extended Purchasing System，簡稱EPS）來達成的。例如，依據規定，美金五百元以上之物資採購，應經州採購總長之批准，採購機關若未得該批

准，EPS/MMARS 就不會處理此一採購，採購機關因而就不能從管理資訊服務室 (Office for Management Information Systems, 簡稱OMIS) 取得採購單 (purchase order)，也就無法向廠商訂貨。另外，州採購總長也可以從此一系統，監督採購機關是否將採購細分至不足美金五百元，以規避其批准。

第三節 採購人員之操守

一、採購人員操守準則

麻州行政督導 (Commissioner of Administration, 在組織編制亦即 Secretary of the Executive Office for Administration and Finance) 依據 Chapter 7, Section 4, Massachusetts General Laws 之授權，參酌 MGL Ch.150E, Ch. 268A, 州檢察長釋示 (Opinions of the Attorney General) 以及操守委員會裁決 (Ethics Commission's Rulings)，訂定採購人員操守準則 (Guidelines for Ethical Procurement Practices)，作為採購人員行為之依據。

二、採購人員操守之重要性

採購人員因為採購職務的關係，性質上，即比其他公務員，必須更具獨立性，要求完全的公正。在採購程序中，自始自終，官員的可信賴性與公眾的信心，是不可或缺的。即使只是操守有嫌疑，其所造成的災害，較之實際貪瀆行為所造成者，亦不遑多讓。

三、利益衝突之禁止

採購人員執行採購業務，除了收取州政府給予之補償外，不得向廠商期約或收受有價利益；如果採購人員或其親近家屬 (immediate family) 在該採購涉及之廠商有商業或個人利益，即不應參與該項採購程序，否則應負刑事民事責任。(MGL 268A)

四懲戒事由

此外，下列之情況可構成採購人員懲戒之事由：

1. 在外所兼之職會影響執行公務之獨立判斷。
2. 利用職權為自己或他人取得不當之特權。
3. 不當行為使人形成採購人員受不當影響之形象。
4. 在外所兼之職必須利用職務上應保密之資訊 (confidential information)。

五免責事由

1. 收受廣告贈品，例如，筆、記事簿、日曆等，但這些贈品不得置於工作場所，以免使人產生州政府特別偏好贈與廠商之印象。
2. 參加會議或發表演講之贈品。
3. 參加教育性、宣導性或其他公目的之會議，接受一般之餐飲招待。但採購人員於執行職務時，除了非酒類的飲料外，不得接受廠商之任何餐飲招待。

六檢舉義務

採購人員對於有違反採購人員操守準則之情況，應該立即確實地向有關人員報告。

第四節 社會及經濟目標之配合

一少數民族企業之扶持

(一)少數民族企業參與政府採購之目標

1984年之州長命令第237號 (Executive Order No.237)，要求州政府機關於營繕工程應力求少數民族企業能承包工程總額之百分之十，於物品 (supplies)、設備 (equipment) 以及服務契約 (services)，應力求達到採購金額之百分之五，但最後目標在於達到採購金額之

百分十 (Article I)。

(二)少數民族企業採購計劃

在「少數民族企業輔助辦公室」(the State Office of Minority Business Assistance)的協助下，各州政府部門應擬定少數民族企業採購計劃 (Minority Business Enterprise Procurement Plan)，於預算案中一併提出。各政府部門並應任命高級官員負責有關業務 (Article II)。

(三)行政財政卿之監督

行政財政卿 (Secretary of the Executive Office for Administration and Finance) 應該負責監督少數民族企業採購計劃之執行，如果發現違反情事，得採取必要行動，例如：該部門所有的採購契約皆應事先經其批准。

行政財政卿應任命一特別助理 (Special Assistant) 代表其監督計劃之執行，並作成季報以及年報，向行政財政卿以及州長報告計劃執行之情形 (Article V)。

(四)少數民族企業監督委員會

行政財政卿應任命一少數民族企業監督委員會 (Minority Business Enterprise Oversight Committee)，成員不得超過十五名，協助少數民族企業採購計劃之執行 (Article VII)。

第二章 物資、服務之採購

第一節 採購規範之目的

訂定採購規範之目的在於，確保物資（包括 Commodity Goods, Supplies, Equipment）以及服務之採購符合下列之要求：（註 1）

1. 極大化州政府的殺價能力（buying power）；
2. 確保所購物資或服務之品質；
3. 消除重覆與浪費；
4. 採購契約成文化；
5. 增加公眾對於州政府採購之信心；
6. 給予廠商合理公平參與採購之機會；
7. 確保政府採購不違反法律。

第二節 採購之準備

一、採購規劃

州採購總長得要求州政府各部門，提出該年度以及下一年度之採購規劃。州採購總長並得將各部門之相同採購、合併一起採購。（註 2）

二、採購官

採購機關應該任命一採購官（procurement officer），協調該機

註 1：802 CMR 2.01.

註 2：802 CMR 2.15, 2.16.

關與採購總務署之程序。(註3)

三採購要求(註4)

四採購規格

訂定採購規格(specifications)之目的,在於提供採購機關之合理必要品質,而非限制競爭。(註5)採購規格應儘量以已商品化為主(註6),但非必要,不得指定廠牌,而應以功能標準為主。(functional or performance criteria)(註7)

州採購總長得經測試檢驗之程序建立「合格產品清單」(Qualified Products List),作為採購之基礎。(註8)

在下列的情況下,指定廠牌應被准許:

1. 產品沒有適當的功能標準可使用,並且不在「合格產品清單」內;
2. 時間不允許再擬定規格標準;
3. 性質上即必須使用該廠牌之產品;
4. 符合州之最佳利益。(註9)

第三節 承包商之選取

承包商之選取方式有六:(1)單一廠商(Non-competitive: Sole Source);(2)空白契約(Blanket Contract: Price Agreement);(3)小額採購(Small Purchase);(4)價格標(Invitation for Bids);(5)企劃標(Request for Proposals);(6)緊急採購(Emergency)

註 3 : 802 CMR 2.18.

註 4 : 802 CMR 2.19.

註 5 : 802 CMR 2.20.

註 6 : 802 CMR 2.21.

註 7 : 802 CMR 2.22.

註 8 : 802 CMR 2.23.

註 9 : 802 CMR 2.24.

一、單一廠商

州採購總長於下列情況下，得決定以單一廠商程序進行採購：（註10）

1. 該廠商是唯一生產合乎技術以及營業規格之產品的廠商。
2. 沒有廠商回應競標程序（包括價格標、企劃標以及小額採購）。
3. 替換老舊之零件。

州採購總長於作上述決定前，除非證據已經非常確定否則應該在麻州「物品服務公報」上，至少登載一次，邀請廠商提出評論。

二、空白契約

採購總務署應儘可能與廠商訂約，規定於一定期間內，州政府各部門得以約定之價格向其採購所須物資及服務。（註11）

三、小額採購

採購金額小於美金五百元，而且又不在空白契約適用範圍內，以小額採購程序進行採購。採購官於進行小額採購程序，應至少邀請三家以上的廠商報價。（註12）

四、價格標

在採購金額大於美金五百元，而且又以價格為決標標準之場合，應進行價格標採購程序。（註13）

註 10：802 CMR 2.26.

註 11：802 CMR 2.27.

註 12：802 CMR 2.28.

註 13：802 CMR 2.29.

(一)有關之招標程序如下：

1. 成立審標小組。州採購總長得在採購總務署之採購專家 (Buyer or Procurement Analyst) 之協同下，要求採購機關派員參與審標小組，代表採購機關進行評估作業。(註14)
2. 登載於「物品服務公報」。價格標之招標通告於公開公告前，應至少登載於麻州「物品服務公報」一次，並且應離收標截止日至少兩星期。(註15)
3. 招標公告、通知。招標書內容應該給予廠商至少十日的期間投標。招標機關亦應通知那些回應「物品服務公報」之廠商，或者先前參與類似採購之廠商。(註16)

(二)有關之投標程序如下：

1. 廠商得於收標截止日前三日，就有關問題，請求解釋澄清。(註17)
2. 向採購總務署投秘密標。(註18)
3. 投標人於收標截止日前，得以書面要求撤回或改正投標。(註19)

(三)有關之決標程序如下：

1. 公開開標(註20)
2. 審標小組審核投標人是否符合技術或營業規格。並作成書面報告，送請州採購總長批准。(註21)
3. 決標予最低價適格投標人 (the lowest responsive and

註 14：802 CMR 2.30.

註 15：802 CMR 2.31.

註 16：802 CMR 2.32.

註 17：802 CMR 2.33.

註 18：802 CMR 2.35.

註 19：802 CMR 2.38.

註 20：802 CMR 2.35.

註 21：802 CMR 2.40.

responsible bidder) (註22)

4. 將決標結果登載於麻州「物品服務公報」。(註23)
5. 投標人於接到決標通知後兩星期內，得要求與審標小組討論其評估是否合理。(註24)

五 企劃標

(一) 採取企劃標之必要

在採購金額大於美金五百元，而採購有以下之性質：

1. 在技術上或價格上與廠商討論是必要的；
 2. 決標的標準必須採取比較企劃為之；
- 州採購總長得決定採行企劃標採購程序。(註25)

州採購總長應任命組成一審標小組，小組成員應由採購機關提名。(註26)

(二) 有關之招標程序如下：

1. 審標小組研擬評估標準，供州採購總長審核。(註27)
2. 於招標書公告前，招標通知應登載於麻州「物品服務公報」至少一次，其登載日至收標截止日並不得少於兩星期。(註28)
3. 招標書公告與通知，應給予廠商至少二十日的投標期間(註29)
4. 審標小組應於收標截止日前召開廠商會議說明招標事項。(註30)

註 22：802 CMR 2.40.

註 23：802 CMR 2.41.

註 24：802 CMR 2.42.

註 25：802 CMR 2.44.

註 26：802 CMR 2.45.

註 27：802 CMR 2.49.

註 28：802 CMR 2.50.

註 29：802 CMR 2.51.

註 30：802 CMR 2.52.

(三)有關之投標程序如下：

1. 技術、營業標 (Technical and Business Proposals) 應與價格標 (Cost Proposals) 分開投標。(註31)
2. 應於收標截止日前向採購總務署爲之。(註32)

(四)有關之決標程序如下：

1. 審標小組得要求投標人澄清說明其企劃標之內容。(註33)
2. 審標小組就技術以及營業標進行評估，並作成報告，報請州採購總長審核。(註34) 審標小組不得向任何人洩漏其評估結果。(註35)
3. 審標小組安排符合法定標準之投標人作產品示範，然後作成評估報告，送請州採購總長審核。(註36)
4. 審標小組評估價格標，依序列出得標人，送請州採購總長審核。(註37)
5. 審標小組將得標結果通知投標人。(註38)
6. 投標人於收到決標通知後兩星期內，得要求與審標小組討論其評估是否合理。(註39)

六 緊急採購

緊急採購應儘可能事先獲得州採購總長的批准。(註40) 並且應該儘可能減少採購之數量與期間。同時儘可能使用競爭程序。(註41)

註 31：802 CMR 2.47.

註 32：802 CMR 2.54.

註 33：802 CMR 2.58.

註 34：802 CMR 2.59, 2.61.

註 35：802 CMR 2.60.

註 36：802 CMR 2.62, 2.63, 2.64.

註 37：802 CMR 2.66, 2.67.

註 38：802 CMR 2.68.

註 39：802 CMR 2.69.

註 40：802 CMR 2.71.

第四節 契約之簽訂

一、契約之談判

契約應明文規定招標書記載之內容。（註42）

二、契約之審核

契約應經州採購總長之審核，此一手續未完成前，該契約對麻州不生效力。（註43）

第五節 契約之管理

州採購總長得向採購機關詢問承包商契約履行狀況。（註44）如果有理由相信採購機關或承包商有違約或違法之事，應展開調查。（註45）

第六節 廠商之除權

一、除權理由（註46）

州採購總長得因廠商受下列法院或行政官署之最後不利裁決，而禁止該廠商參與採購程序：

1. 因契約取得或履行行為受刑事有罪判決；
2. 犯侵占、賄賂等罪，顯示缺乏商業倫理；
3. 投標行為違反反托拉斯法；
4. 違反政治捐獻法令；

註 41：802 CMR 2.72.

註 42：802 CMR 2.75, 2.76, 2.77.

註 43：802 CMR 2.79.

註 44：802 CMR 2.80.

註 45：802 CMR 2.81.

註 46：802 CMR 2.84.

此外州採購總長亦得基於下列理由，禁止該廠商參與採購程序：

1. 故意提出不實資訊爭取得標；
2. 故意違反有關會計以及紀錄規定；
3. 未忠實履約之紀錄。

二除權程序（註47）

1. 以書面詳列除權理由，通知除權廠商。
2. 除權廠商得於收到上述通知後十四日內，要求舉行聽証會。
3. 州採購總長應於三十日內，召開聽証會。
4. 將聽証結果通知廠商。
5. 廠商如有不服，得向法院起訴。

三除權效果

除權期間最長可達五年，但因所有權或管理權之變更等理由，州採購總長得縮減原定之除權期間。

除權效果得及於廠商之所有分支機構（affiliates），但應以個案方式處理之（case-by-case）。（註48）

註 47：802 CMR 2.85.

註 48：802 CMR 2.86.

第三章 資訊設備之採購

第一節 採購規範之目的

訂定採購規範之目的在於，確保資訊設備之採購符合下列之要求。
。（註49）

1. 技術上是可行的 (technically feasible) ；
2. 合成本效益 (cost effective) ；
3. 符合州政府資訊系統之規劃 ；
4. 審慎合理之契約條款 ；
5. 在採購機關人力、財力可管理之範圍內 ；
6. 符合其他法令之規定 ；
7. 使殘障人士亦可使用。

第二節 資訊系統之規劃

麻州州政府機關之資訊系統規劃，有三個層級。第一是，全州政府性規劃 (Commonwealth Information Technology Plan)。科技規劃辦公室 (Office of Technology Planning, 簡稱OTP) 於公布此項規劃或其修改前，應先送請資訊技術採購局 (Bureau of Information Technology Acquisition, 簡稱BITA) 評論 (review and comment) 。（註50）第二是，幕僚機關性規劃 (Secretariat Information Technology Plan) 每一閣級辦公室應該在不違反全州政府性規劃下，

註 49 : 802 CMR 1.01.

註 50 : 802 CMR 1.13.

編製自己的資訊技術計劃，BITA於核准該計劃前，應送請OTP評論。（註51）第三是，部門性規劃（Department Information Technology Plan）。已經使用或將要使用資訊設備之部門，應該規劃該年度以及下一年度資訊設備，報請BITA審核，BITA於該部門之上級閣級機關規劃尚未完成前，得暫緩審核，另外，BITA亦應將該部門性規劃送請OTP評論。（註52）

第三節 採購之準備

一、採購協調官

採購機關應該任命一採購協調官（Procurement Coordinator），就該項資訊設備之採購，協調上級幕僚辦公室以及BITA。（註53）

二、與BITA之諮商

採購協調官應將該項採購以書面通知BITA，（註54）並與BITA舉行協調會議（Screening Conference）。在會議中，BITA應提供技術或其他有關建議，以便採購機關能夠修改採購計劃。（註55）

三、採購要求

採購協調官於向BITA提出採購要求以前，應經該部門所屬上級閣級辦公室（the Secretary of each Executive Office）之批准。（註56）BITA得以該項採購要求不符合資訊系統採購規範目的，不予核准。（註57）此外，州採購總長（State Purchasing Agent）亦有權

註 51：802 CMR 1.12.

註 52：802 CMR 1.10.

註 53：802 CMR 1.15.

註 54：802 CMR 1.16.

註 55：802 CMR 1.17.

註 56：802 CMR 1.19.

註 57：802 CMR 1.20.

審核經BITA核准之採購請求。(註58)

四市場調查

BITA於採購要求經核准後，得作「訊息調查」(Request for Information)，以便獲取有關之技術發展狀況以及廠商參與該項採購之意願。此項「訊息調查」不是招標通知(Solicitation)，對BITA並無拘束力。

採購機關與BITA得向州採購總長建議由其任命組成一研究小組(Study Board)，來研擬此一「訊息調查」。經BITA之審核，州採購總長之批准以及公告於「物品服務公報」(Goods and Services Bulletin)後，BITA即可發出此項「訊息調查」。此一研究小組就廠商之回應作成研究後，應向BITA提出報告建議，內容包括是否可發出招標書，是否應組成審標小組等等。(註59)

第四節 承包商之選取

選取承包商之方法有六：(1)單一廠商(non-Competitive Sole Source)；(2)空白契約(Blanket Contract: Major Price Agreement)；(3)小額採購(Small Purchase)；(4)價格標(Invitation for Bids)；(5)企劃標(Request for Proposals)；(6)緊急採購。(註60)

一、單一廠商

州採購總長於下列情況，得不經競爭程序，決標予單一廠商：(註61)

1. 經過合理認真的查訪(reasonably diligent investigation)，該廠商是唯一在技術上與營業上合格的廠商。

註 58：802 CMR 1.21.

註 59：802 CMR 1.23.

註 60：802 CMR 1.25.

2. 在價格標、企劃標、小額採購之程序，無人投標。
3. 得標人是政府機關。
4. 採購部門可以大量減少軟體之改裝費用。
5. 採購新版的原使用的硬體或軟體 (compatible growth)。
6. 採購金額不超過美金五百元。
7. 顧問契約 (consultant contract)。此項契約應經BITA之批准。(註62)

二、空白契約

採購機關得因BITA與廠商所訂之一定時間、一定價格之空白契約，直接向訂約廠商採購。(註63)

三、小額採購

採購金額在美金七千五百元以下，採購機關得依小額採購程序，進行採購。但對於同一廠商在同一會計年度內，不得採購超過美金二萬五千元。(註64)

採購協調官於採購要求經批准後，以經BITA審核過的內容，以電話或書面，通知至少三家以上的廠商，邀請報價 (quote)。採購機關應向BITA提出至少三家的報價以及採購機關所選的得標人，該得標人應是最低報價人。(註65)

另外，於小額採購程序，採購準備程序中之與BITA之諮商或通知，得以電話代會面以及書面。(註66)

四、價格標

採購機關在技術或營業規格已確定，而價格是主要考量因素下，

註 61：802 CMR 1.26.

註 62：802 CMR 1.32.

註 63：802 CMR 1.27.

註 64：802 CMR 1.28.

註 65：802 CMR 1.34(1)-(3).

註 66：802 CMR 1.34(4).

得採用價格標選取合約商。(註67)

於採行價格標程序，應組成一審標小組 (Selection Board)，該小組之成員由採購機關提名，但應由州採購總長任命之，此外，BITA 得派員加入此一小組。

此小組之主要工作在於：1. 決定採購範圍；2. 準備招標通告供BITA之審核；3. 擬訂評估標準供BITA審核；4. 擬訂廠商詢問之答覆供BITA審核；5. 投標之評估；6. 評估報告；7. 作成與BITA會商之紀錄；8. 通知決標；9. 協助投標人解決爭議。(註68)

(一)有關之招標程序下：

1. 審標小組準備招標通告 (註69)
2. BITA審核招標通告 (註70)
3. 登載於麻州「物品服務公報」(註71)
4. 公開召告、個別通知 (註72)
5. 廠商之詢問與答覆 (註73)

(二)有關之投標程序如下：

1. 投標必須向採購總務署為之。(註74)
2. 投標後審標前，投標人應有合理平等的機會 (fair and treatment) 改正投標內容。(註75)

註 67：802 CMR 1.29.

註 68：802 CMR 1.35.

註 69：802 CMR 1.37.

註 70：802 CMR 1.38.

註 71：802 CMR 1.39.

註 72：802 CMR 1.40.

註 73：802 CMR 1.41.

註 74：802 CMR 1.43.

註 75：802 CMR 1.44.

(三)有關之決標程序如下：

1. 審標小組應評估投標人是否符合有關技術以及營業規格後，再以價格決定合格投標人之順序，並作成書面報告及決標建議，向BITA提出。(註76)
2. 審標小組之決標建議，應經BITA之審核，最後應經州採購總長之批准。(註77)
3. 由審標小組將決標通知投標廠商。(註78) 投標廠商於收到決標通知後，二星期內，得向審標小組提出會商之要求，討論對其投標之評估是否正確。(註79)

五企劃標

除非經BITA之核准，資訊設備之採購，應以企劃標為之。(註80)

於採行企劃標程序，應組成一審標小組。該小組之成員應由採購機關提名，但應由州採購總長任命之，此外，BITA亦得派員加入審標小組。(註81)

(四)有關之招標程序如下：

1. 審標小組準備招標通告(註82)。審標小組應擬訂技術、營業規格(Technical and Business Specifications)，以及評估標準(evaluation criteria)。
2. ITA審核招標通告(註83)
3. 登載於麻州「物品服務公報」(註84)

-
- 註 76 : 802 CMR 1.45.
註 77 : 802 CMR 1.46.
註 78 : 802 CMR 1.47.
註 79 : 802 CMR 1.48.
註 80 : 802 CMR 1.30.
註 81 : 802 CMR 1.50.
註 82 : 802 CMR 1.51, 1.52, 1.54.
註 83 : 802 CMR 1.55.
註 84 : 802 CMR 1.56.

4. 公開召告、個別通知（註85）。收標截止日與公告日應間隔至少二十個營業日。
5. 審標小組應於收標截止日前，召開廠商會議，說明投標事宜。（註86）

(二)有關之投標程序如下：

1. 投標須向採購總務署為之，而非向審標小組為之。（註87）
2. 價格企劃（cost proposal）必須與技術，營業企劃（technical and business proposal）分開投標。（註88）

(三)有關之決標程序如下：

1. 於技術、營業企劃尚未評估完成前，任何人不得考量價格企劃中之價格。（註89）
2. 審標小組得要求投標人提出更多的資訊，以為技術、營業企劃之評估。（註90）
3. 審標小組不得洩漏其評估結果予他投標人。（註91）
4. 審標小組作成書面評估報告（註92）
5. BITA之審核。（註93）
6. 審標小組於其評估報告經BITA核准後，得安排可能得標人（Vendors fall within the Competitive Range）示範（demonstration）其系統。（註94）審標小組作成示範之評估報告，送請BITA審核。（註95）

註 85：802 CMR 1.57.

註 86：802 CMR 1.58.

註 87：802 CMR 1.60.

註 88：802 CMR 1.53(1).

註 89：802 CMR 1.53(2).

註 90：802 CMR 1.61, 1.62.

註 91：802 CMR 1.64.

註 92：802 CMR 1.63.

註 93：802 CMR 1.65.

註 94：802 CMR 1.66.

註 95：802 CMR 1.67, 1.68.

7. 審核小組就價格企劃進行評估，依照招標通告中所訂之換算標準 (evaluation formula)，決定得標人。審標小組並應作成結案報告，送請BITA審核。(註96)
8. 將有關決標之結果通知投標人。投標人於收到此項通知後兩星期內，得要求與審標小組討論有關評估之作業。(註97)

六 緊急採購

州採購總長於緊急情況，認為採用其他採購程度，所生的遲延，會重大地加重已有之損害，得裁決採用緊急採購程序。會計年度末之消化預算，非此處所指之緊急情況。(註98)

在緊急採購程序，於可能範圍內，應儘量開放競爭，例如：同時與數家廠商商議，或者以電話或信函邀請廠商報價。(註99)

採購協調官應該於緊急採購契約簽訂並且報請州審計長備案後，以書面向BITA以及州採購總長報告。(註100)

第五節 契約之簽訂

一 契約之談判

(一) 單一廠商

於採單一廠商程序，州採購總長應任命組成一契約談判小組 (contract negotiating team)，小組成員包括採購協調官以及一名BITA的代表。該小組向該獨家廠商提出之契約，應經BITA之核准。

如果契約無法達成，談判小組應該向州採購總長報告，轉由其向州政府行政督導 (Commissioner of Administration, 亦即 Secretary of the Executive office for Administration and Finance) 提出

註 96: 802 CMR 1.69, 1.70, 1.71.

註 97: 802 CMR 1.72, 1.73.

註 98: 802 CMR 1.31.

註 99: 802 CMR 1.75.

註 100: 802 CMR 1.76.

建議，該督導於權限範圍內，得採取必要的行動。（註101）

(二)空白契約

(三)小額採購

(四)價格標

採購總長應該任命組成一談判小組，小組成員應包括審標小組成員至少一名。與得標人談判前，小組應該先為集合，討論有關問題。契約應該儘量符合招標通告之內容。（註102）

(五)企劃標

談判方式與價格標同。（註103）

(六)緊急採購

談判方式應經州採購總長之事先批准。（註104）

二、契約之審核

BITA以及州採購總長對承包契約有審核權，採購機關得對BITA以及州採購總長之裁決，分別向州採購總長以及州行政督導提出不服。（註105）經過州採購總長批准的契約，BITA應該報請州審計長備案。未經上述批准以及備案之契約，對於麻州政府不生效力。（註106）

三、契約期限

註 101：802 CMR 1.80.

註 102：802 CMR 1.83.

註 103：802 CMR 1.84.

註 104：802 CMR 1.85.

註 105：802 CMR 1.86, 1.87.

註 106：802 CMR 1.88.

第六節 爭議程序

一、對審標小組處分之不服

於價格標或企劃標程序，投標人不服審標小組就其質疑所作之處分，於收到處分兩星期內，得向BITA首長 (Director of BITA) 聲明不服。(註107)

二、對BITA處分之不服

投標人不服BITA之處分，得於收到處分後兩星期內，向州採購總長聲明不服。(註108)

三、對州採購總長處分之不服

投標人不服州採購總長之處分，得於收到處分後兩星期內，向州行政督導聲明不服。(註109)

註 107 : 802 CMR 1.92.

註 108 : 802 CMR 1.93.

註 109 : 802 CMR 1.94.

第四篇 我國政府採購及委辦 所依據之法規及現況

第一章 概念之界定

在論及我國政府採購及委辦之相關問題前，有必要先就某些重要概念予以界定，最主要者即在於一、我國有那些「政府」可以進行採購及委辦業務？二、此處所稱的「委辦」，其法律性質為何？

第一節 我國得進行採購及委辦業務之政府

在政府與人民之間得經由採購及委辦而構建之法律關係中，得為該法律關係之當事人者，應以具有權利能力 (Faehigkeit) 為前提，亦即須得為權利義務所歸屬之主體，在政府這一方面，具有此種資格者，可稱為行政主體 (Verwaltungstraeger)。(註 1) 而在一般所常見之公共團體中，得具有行政主體之資格者，約可區分為下列幾種類

註 1：參閱許宗力，「行政機關若干基本問題之研究」，收於行政程序法之研究，行政院經建會委託台灣大學法律研究所之研究計畫，民國七十九年十二月，頁 235。

型：

1. 國家。
2. 地方自治團體：如省（直轄市）、縣（縣轄市）、鄉、鎮。
3. 公法社團法人：如農田水利會、農會、漁會及其職業同業公會。
4. 公法財團法人：如更生保護會、工業技術研究院、中華經濟研究院等。
5. 公法營造物法人：如公立學校、公立博物館、公立醫院等。

上述各種類型之公共團體，在我國是否皆得被承認為具有權利能力之行政主體，目前尚有爭議。其中之國家、地方自治團體及農田水利會，由於法律上已有明文之規定（註2），故較無疑問外，其他類型則學者間意見甚為分歧。（註3）

就現行實務上而言，除了國家及地方自治團體外，其他類型之團體，如職業同業公會、工業技術研究院及公立學校等，往往是國家或地方自治團體委辦事務之對象，此種委辦與一般委託私人處理之情形，在外觀上及處理上並無甚大之差異，故若將此種類型之團體直接認定屬行政主體，而與其他受政府委託之民間為不同之處理，恐非十分適宜，是以本文以只限於國家及地方自治團體得為委辦事務之行政主體。

至於在得接受政府委辦之民間方面，原則上應以具權利能力之自然人及私法上之社團法人及財團法人為主。（註4）

註 2：見台灣省各縣市實施地方自治綱要第二條及水利法第十二條第二項。

註 3：如陳新民即肯定上述各種類型皆得為行政主體；惟吳庚以除農田水利會有明文規定外，其他具有法人資格之職業團體或社會團體，仍應視為私法人，至於其他財團法人及公法上之營造物，並不具備公法上之法律人格；許宗力則以此等類型皆較傾向於公法人，不過亦以我國目前尚無公法上之營造物法人；參閱陳新民，*行政法學總論*，八十年六月修訂二版，頁110；吳庚，*行政法之理論與實用*，八十一年九月初版，頁131；許宗力，同前註，頁237。

註 4：Vgl. Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht II*, 5. Aufl., 1987, S. 412；陳敏等，*委託契約之研究*，行政院大陸委員會委託之研究計畫，民國八十年六月，頁28。

第二節 政府委託民間辦理業務之性質

當國家等行政主體不自行執行其權限內之事務時，一般言，除可委任 (Delegation) 或委託 (Mandat) 其他行政主體代行處理外 (註 5)，將此等事項委託民間辦理，亦為常見之方式。而在委託民間辦理之事務中，若有涉及公權力之行使者，我國向來稱之為「行政委託」(Beleihung) (註 6)，如海商法第四十一條授權船長得在航行中行使警察權、台灣地區與大陸地區關係條例第四條第一項規定，得委託民間團體處理兩岸人民往來有關之事務等。由於此種行政委託涉及國家公權力之行使，故依學者之見解，應有法律上之依據 (註 7)，而在此種委託關係中，行政主體與人民間之權利義務，亦應以所依據之法律來規範。至於委託事務與公權力之行使無涉者，即純粹具私法之性質者，如購買或租用行政機關所需之物品或勞務、營建辦公廳舍或學校或從事專題之研究等，此種委託則視同於民法上之委任或其他類似之法律關係來處理 (註 8)。

因此，以委託事務是否涉及公權力為標準，可將政府對民間之委託，區分為具公法性質之委託及具私法性質之委託，而區別之實益即在於其間之法律關係究竟應以公法關係或私法關係來規範；其次，在法律保留之要求上應亦有所不同。

註 5：所謂的委任 (Delegation)，係指一個行政機關將其管轄權範圍內之權限移轉於他行政機關而言。此時，受委任之權限即成為受委任機關權限之一部，其得自己名義為之。至於權限之委託 (Mandat)，則指一行政機關將其管轄權範圍內之權限，委託他行政機關以委託機關名義執行之，此時，受託機關在委託範圍內所作成之處分視同委託機關之處分，其法律效果亦由委託機關自己承擔。見許宗力，同前註，頁243。

註 6：參閱許宗力，同前註，頁248；陳敏等，同前註，頁28；黃茂榮等，行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討，行政院研考會委託之研究計畫，民國八十年三月，頁20。

註 7：參閱許宗力，同前註，頁248；黃茂榮，同前註，頁21；另吳庚雖以行政機關將公權力之行使賦與他人應以行政處分或行政契約為之 (見氏著，行政法之理論與實務，頁145)，不過此種行政處分之作成或簽訂行政契約應仍有其法律上之依據。

註 8：參閱陳敏等，同前註，頁39以下。

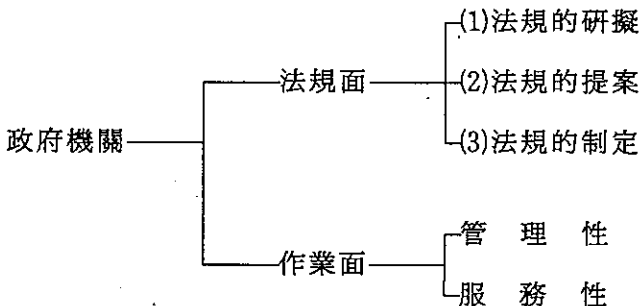
第二章 我國政府採購及委辦之法規依據

第一節 以政府職務作區分

學者黃茂榮、城仲模氏將政府職務體系化爲：法規與作業面。其中法規面的職務可再區分爲：一、法規的研擬；二、法規的提案；三、法規的制定。法規的制定，屬於行政機關職掌者，限於委任命令及職權命令，即通常所謂之法規性命令的部分，至於狹義之法律的制定權在立法機關，就這些法規，行政機關只有提案權。所謂作業面指法規及職務之執行，按其性質又可區分爲管理性及服務性（註9）。

吾人茲將前述黃氏、城氏所稱政府職務，表列如下：

表4-1 政府職務性質分類表



註 9：黃茂榮等，同前註，頁22。

在法規及作業面業務計畫之研擬上，根據行政院於七十年修訂之「各級行政機關研究發展實施辦法」（註10）第二條所列舉之研究發展工作範圍包括：一、本機關施政方針或業務（工作）方針之研擬事項。二、本機關施政計畫或業務（工作）計畫之編擬事項。…九、本機關組織調整之研究事項。同辦法第三條第三款、第四款復規定各機關主管研考業務單位推行研究發展工作，得以與專家或學術機構合作研究或委託其從事專題研究之方式辦理，此為各級行政機關委託民間團體從事法規及作業面業務計畫研擬之法令依據。惟部分下級機關還進一步自為具體之類似規定，例如「臺北市政府委託研究暨規劃作業要點」（註11）。

在作業面上，由於服務性業務之委託民間團體辦理技術服務或資訊軟體規劃服務等，並不發生外部效力問題，因此行政機關自得依行政院頒布之「各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點」（註12）及「各機關資訊軟體外包實施要點」（註13）辦理相關業務之委託。

學者曾選定行政院及所屬部、會、署，與省及直轄市政府共計十四個機關，分析該等機關目前委託民間團體辦理行政業務情形。其結論，依上述政府職務表之架構，可知：（註14）

法規之研擬得委託民間辦理，與一般國庫行為無異，當無疑問。至於法規之提案與制定，原則上專屬於行政機關之職掌，除了極為例外之情形外，原則上不得委託民間辦理。實務上偶有委託民間制定具

註 10：行政院台（70）研展字1538號令，70.5.11修正。

註 11：臺北市府(78)府研一字第三七三二〇三號函，78.10.24修正。

註 12：行政院臺(72)孝授二字第一〇〇四九號函，72.11.23修正。依該要點第二點第一項規定：「本要點所稱之本國技術顧問機構，係指政府推動以財團法人方式組設，不以營利為目的，受各該主管機關督導考核之技術顧問機構；或經委託機關審查合格，受經濟部督導考核之民營技術顧問機構。」其中所稱之「受經濟部督導考核之民營技術顧問機構」是否指技師法第六條所稱之「技術顧問機構」，曾有疑義。為解決此項問題，應早日訂定相關之法規，如技術顧問機構管理辦法，此避免適用時所可能遭致之困擾。

註 13：行政院臺(75)速授審字第〇一六五號函，75.1.29頒布。

註 14：黃茂榮等，同前註，頁29至127。

有法規性質之規範並執行之情形。例如，台灣證券交易所股份有限公司經財政部委託管理證券集中交易市場，此項管理性業務涉及公權力之行使，台灣證券交易所並為證券集中交易市場的管理，制定各種管理規則，對違反者科以處罰，處罰內容嚴重者甚至到對證券商為停止營業，對上市公司股票下市之處分。不過，這些管理規則尚非屬於由民間團體以公權力機關之名義制訂公布之法規，而以契約一般約款的形式表現出來。在此了解下，可認為根本還無委託民間制定法規的情形。（註15）

就此而言，前述所言「極為例外之情形」，似難以實例證實說明之。又所謂「契約一般約款」，似指證券交易所與客戶間簽立之定型化契約約款。

至於法規及職務之執行，不論其管理性或服務性，皆有可能委託民間辦理。但仍不得因此無條件認為一切行政事務皆可委託民間辦理，委託與否還是應從民主及效率的觀點斟酌其必要性及妥當性。一般說來，服務性業務委託比管理性業務委託有較高之可行性。（註16）綜上所述，吾人試依事務得否委託民間辦理，歸納列表如下：

表4-2 政府職務得否委辦分析表

	得否委託民間辦理	
法 規 面	1. 研 擬	√
	2. 提 案	×
	3. 制 定	×
作 業 面	4.1 管理性	√
	4.2 服務性	√

註 15：黃茂榮等，同前註，頁128以下。

註 16：黃茂榮等，同前註，頁129、132以下。

第二節 以法規之性質作區分

政府委託民間辦理業務所依據之法規，若以法規之性質為標準，約可區分為以下幾種類型：

一、法律

以法律作為委託之依據者，如：

1. 行政院大陸委員會依據台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項（註17），委託海基會處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務。
2. 經濟部依據商品檢驗法第二十五條（註18），委託台灣電子檢驗中心對電子產品代施檢驗。（註19）
3. 交通部依據公路法第六十三條第三項（註20），委託國產汽車及電車製造業發給牌照前之安全檢驗。
4. 交通部依據商業團體法第五條第十一款（註21），委託民間團體督導旅行業定期檢查、取締違法經營旅行業務、協調旅客與旅行業或旅行業間因經營旅行業務發生糾紛案件等。（註22）
5. 行政院農業委員會依工業團體法第四條第十三款（註23），委

註 17：台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項：「行政院得設立或指定機構或委託民間團體，處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務。」

註 18：商品檢驗法第二十六條：「檢驗工作除由檢驗機構執行外，主管機得將有關檢驗之技術工作，委託有關業務之政府機關或法人團體代為實施。前項受託之檢驗業務，應受檢驗機構之監督考核，其從事此受託工作之檢驗及簽發報告之人員，就其辦理受託工作事項，以執行公務論，分別負其責任。」

註 19：見黃茂榮等，前揭書，頁38。

註 20：公路法第六十三條第三項：「前項檢驗設備經公路主管機關查驗合格者，得委託為發給牌照前之安全檢驗。」

註 21：商業團體法第五條第十一款規定，商業團體具有接受政府機關、團體之委託服務之任務。

註 22：見黃茂榮等，前揭書，頁65。

註 23：商業團體法第四條第十三款規定，工業團體之任務包括關於接受機關、團體或會員之委託服務事項。

- 託建立加工肉品優良品質標誌制度。(註24)
6. 行政院農業委員會依農會法第四條第十九款(註25)，委託發展內銷市場冷凍食品供應系統。(註26)
 7. 行政院勞工委員會依據勞工安全衛生法第六條第二項(註27)，委託關於吊籠之代行檢查。(註28)
 8. 行政院衛生署依據醫療法第五十五條(註29)，委託從事血友病人之整體醫療服務以及後天性免疫不全症之研究。(註30)
 9. 財政部證券管理委員會組織條例第二條第二項之規定(註31)，委託協助審查公開發行公司之財務報表及辦理會計師簽證業務評鑑工作。(註32)
 10. 台灣省政府依工會法第五條第九款(註33)，委託協助調處勞資糾紛。(註34)
 11. 海商法第四十一條授權船長得在航行中行使警察權。(註35)
 12. 台灣省政府依公路法第四十二條(註36)，就公路客貨運及

註 24：見黃茂榮等，前揭書，頁89。

註 25：農會法第四條第一項第十九款規定，農會之任務包括代理公庫及接受政府或公私團體之委託事項。

註 26：見黃茂榮等，前揭書，頁89。

註 27：勞工安全衛生法第六條第二項：「前項具有危險性之機械或設備之檢查，中央主管機關得指定代行檢查機構為之。」

註 28：見黃茂榮等，前揭書，頁98。

註 29：醫療法第五十五條：「醫療機構應接受政府委託，協助辦理公共衛生、繼續教育、在職訓練、災害救助、急難救助、社會福利及民防等有關醫療服務事宜。」

註 30：見黃茂榮等，前揭書，頁81。

註 31：財政部證券管理委員會組織條例第二條第二項：「本會對於前項各款有關審核、檢查、調查等工作之全部或一部得委託其他單位辦理。」

註 32：見黃茂榮等，前揭書，頁47。

註 33：工會法第五條第九款規定，工會之任務包括勞資間糾紛事件之調處。

註 34：見黃茂榮等，前揭書，頁110。

註 35：海商法第四十一條：「船長在航行中，為維持船上治安及保障國家法益，得為緊急處分。」

註 36：公路法第四十二條第一項：「汽車運輸業之客、貨運運費，由汽車運輸業同業公會按汽車運輸業客、貨運運費準則擬訂，報請該管公路主管機關核定，非經核准，不得調整。」

公車票價之擬議，委託汽車運輸業同業公會擬定。（註37）

二、行政命令

以行政命令作為委託之依據者，尚可依該命令之性質，分成下列三種：

(一)法規命令

1. 經濟部依據「經濟部商品檢驗局委託代施檢驗辦法」，就汽車橡膠之檢驗及品質管制考核、金屬製品及機械類產品之出口檢驗暨品質管制考核等事項委託辦理。（註38）
2. 經濟部依據「中小企業輔導準則」第三條第三項，委託中國技術服務社，辦理能源節約服務；並依同條項規定，委託金屬工業發展中心住行中小企業整體性輔導作業。（註39）
3. 交通部依據「道路交通安全規則」第四十七條及「汽車委託檢驗實施辦法」，委託民間各種車輛之檢驗。（註40）
4. 交通部依據「公路經營管理規則」第二條第一項，委託經營高速公路一泰安服務區西螺休息站餐廳及零售店業務。（註41）
5. 經濟部依「紡織品出口配額處理辦法」，委託中華民國紡織業外銷拓展會管理紡織品出口配額管理。（註42）
6. 行政院勞工委員會依據「危險性機械或設備代行檢查機構管理規則」，委託關於鍋爐之代行檢查。（註43）
7. 行政院經濟建設委員會依「行政院中美經濟社會發展基金收支保管及運用辦法」第七條，委託籌設生物技術開發中心先導工

註 37：見黃茂榮等，前揭書，頁104。

註 38：見黃茂榮等，前揭書，頁35。

註 39：見黃茂榮等，前揭書，頁38。

註 40：見黃茂榮等，前揭書，頁65。

註 41：見黃茂榮等，前揭書，頁69。

註 42：見黃茂榮等，前揭書，頁37。

註 43：見黃茂榮等，前揭書，頁98。

廠。(註44)

(二)行政規則

- 1.經濟部依行政院「各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點」(註45)，委託中興工程顧問社辦理建設計畫、工程設計、工程督察與指導工程監造、工程管理及工程專業技術服務等事項。(註46)
- 2.經濟部依該部「中小企業處理辦理各項委託業務作業要點」，委託診斷輔導中小企業經營管理電腦化作業。(註47)
- 3.經濟部依據「經濟部工業局專案計畫經費動支及績效考核執行要點」，委託提高主要外銷產品品質及建立國際標準。(註48)
- 4.經濟部依據「各機關資訊軟體外包實施要點」(註49)，委託電腦作業系統細部設計和程式撰寫、測試及系統裝置作業。(註50)
- 5.經濟部依據「鞋、靴類及紡織加工輸出檢驗改進方案」，委託紡織加工品及鞋靴類品質管制及輸出檢查業務。(註51)
- 6.內政部依據「民間企業與政府經濟事務推行要點」(註52)，委託研究解決都市計畫公共設施保留地取得之政策。(註53)

註 44：見黃茂榮等，前揭書，頁93。

註 45：該要點係由行政院七十一年三月二十五日台(71)孝授二字第〇二一八八號函所發布。

註 46：見黃茂榮等，前揭書，頁29。

註 47：見黃茂榮等，前揭書，頁42。

註 48：見黃茂榮等，前揭書，頁36。

註 49：該要點係由行政院七十五年一月二十九日台75建授審定第0165號函所發布；見黃茂榮等，前揭書，頁41。

註 50：見黃茂榮等，前揭書，頁41。

註 51：見黃茂榮等，前揭書，頁36。

註 52：該要點係由行政院七十年十二月二十一日台七經字第一八四〇二號函所核定；見黃茂榮等，前揭書，頁53。

註 53：見黃茂榮等，前揭書，頁53。

- 7.內政部依據該部「加強結合民間力量推展社會福利實施計畫」，委託民間團體辦理有關社會福利業務。（註54）
- 8.交通部依據「各機關資訊軟體外包實施要點」，委託從事交通技術標準規範檢索及公務車輛處理之軟體系統開發與程式設計。（註55）
- 9.行政院環境保護署依據該署「委託專案研究作業管理要點」及「委託公、私立機關學校專案研究計畫」，委託研訂各項環境污染物標準檢驗方法。（註56）
- 10.行政院勞工委員會依據該會「辦理委託研究實施要點」，委託從當前勞工問題檢討我國勞工法規體系及其修訂方向專案研究。（註57）
- 11.行政院環境保護署依據「加強推動環境影響評估方案」，委託從事高南地區酸雨現況及天然水域酸化程度之研究。（註58）
- 12.台灣省政府依據「台灣省擴大民間團體參與施政建設實施方案」，推行商品公開標價及不二價運動。（註59）
- 13.台灣省政府依據「台灣省政府結合民間力量共同興辦社會福利事業實施要點」、「台灣省推行志願服務實施要點」，推行提供各地方急需之社會福利服務工作。（註60）
- 14.台灣省政府依據警政署所訂頒之「計程車從業人員服務輔導綱要計畫」，委託台灣省各縣市計程車公會、汽車駕駛員工會協助交通秩序維護、交通安全宣導、治安維護、計程車從業人員服務輔導。（註61）

註 54：見黃茂榮等，前揭書，頁53。

註 55：該要點係由行政院七十五人一月二十九日台（七五）速授審字第〇一六五號函所發布；見黃茂榮等，前揭書，頁65。

註 56：見黃茂榮等，前揭書，頁71。

註 57：見黃茂榮等，前揭書，頁97。

註 58：該方案係由行政院於七十四年十月十七所核定；見黃茂榮等，前揭書，頁75。

註 59：見黃茂榮等，前揭書，頁105。

註 60：見黃茂榮等，前揭書，頁110。

註 61：見黃茂榮等，前揭書，頁109。

15. 台北市政府依據「台北市政府委託研究要點」，委託台北市聯外幹道行車速率限制及管制之研究。（註62）
16. 台北市政府依據「台北市政府市政建設專題委託研究注意事項」，委託內湖焚化爐垃圾滲出水與都市污水廠合併處理可行性之研究。（註63）
17. 台北市政府依據「台北市政府社會福利設施委託民間專業機構辦理實施要點」，委託民間機構經營社會福利設施。（註64）
18. 高雄市政府依據「高雄市政府專題委託研究注意事項」，委託各類專題研究。（註65）

三行政機關之公函

1. 經濟部依據行政院74.3.4台(74)經第三八二九號函，核定設置產業發展諮詢委員會，並委諸該會從事有關產業制度、政策措施之專題研究。（註66）
2. 行政院衛生署依行政院秘書長七十四年七月三十一日台七十四衛字第一四三七九號函，委辦「七十五年度高雄海港都會區之後天免疫缺乏症候群高危險群之HTLV-III抗體篩檢診治及與其有行爲之研究。（註67）

四行政契約（議定書、合約書、協議書等）

1. 台灣區橡膠工業研究中心，就下列事項接受經濟部委託：
 - (1) 商檢局以議定書，委辦汽車輪胎代施檢驗及品質管制考核。
 - (2) 工業局以委辦合約，專案委託輔導橡膠工廠。
 - (3) 標準局以合約書，委辦拉力試驗機校正。（註68）

註 62：見黃茂榮等，前揭書，頁118。

註 63：見黃茂榮等，前揭書，頁121。

註 64：見黃茂榮等，前揭書，頁54。

註 65：見黃茂榮等，前揭書，頁126。

註 66：見黃茂榮等，前揭書，頁35。

註 67：見黃茂榮等，前揭書，頁81。

註 68：見黃茂榮等，前揭書，頁41。

- 2.經濟部以合約書，委託中華經濟研究院專案研究獎勵投資條例之經濟效益之分析。（註69）
- 3.交通部以合約書，委託研究「道路交通標誌標線號誌設置規則」條訂案。（註70）

五行政計畫

- 1.農業委員會依據「七十四年度農業建設計畫」，委託民間團體研擬「漁港法」草案。（註71）
- 2.交通部依據「七十六年度科技研究計畫」、「郵政總局委託民間企業或同業公會研究發展計畫」（註72），委託郵件收投路線及支局設置地點最適化分析之研究。（註73）
- 3.行政院衛生署依據「省市立醫院業務改進計畫」重要措施：八、加強教學進修與研究，委辦「群體醫療執業中心」與「基層保健服務中心」評鑑。（註74）
- 4.行政院農業委員會依據「七十五年度農業建設計畫」，委託研擬「沿岸漁業資源保護辦法」草案。（註75）
- 5.行政院經濟建設委員會依據該會「七十六年度施政計畫」，委託從事我國工業自動化節餘人力運用之研究。（註76）

綜上，在以法律為委託依據之事務中，主要涉及公權力之行使，由於此等事務會對人民之權利義務發生直接之影響，基於法律保留之嚴格要求，故須以法律為其委託依據。至於其他不具公權力性質之事務，則得為其委託依據之規範，即不限於非至法律之層次不可，而可

註 69：見黃茂榮等，前揭書，頁45。

註 70：見黃茂榮等，前揭書，頁64。

註 71：見黃茂榮等，前揭書，頁88。

註 72：該計畫係由交通部70.6.13交（技）字一二二六二號函同意備查。

註 73：見黃茂榮等，前揭書，頁70。

註 74：見黃茂榮等，前揭書，頁80。

註 75：見黃茂榮等，前揭書，頁8。

註 76：見黃茂榮等，前揭書，頁93。

本於行政命令、行政契約或行政計畫，只要係屬於該政府機關本身職務範圍內之事項，應可基於本身之權責自行決定適當之方式。

第三節 以採購及委辦之內容作區分

若就我國政府採購及委託民間辦理業務之內容予以分析，大致上約可區分為四大類型：一、一般採購；二、營繕工程；三、公共服務；四、公權力之行使。以下分就此四大類型加以說明：

一、一般採購

在政府之一般採購中，主要係指有關財物之購置與定製而言，此種採購並以出於行政機關或公（國）營事業，所依據之法規即有所不同，惟仍須遵循下列三種主要法規之規定：

1. 審計法（61.5.1.修正）
2. 審計法施行細則（74.12.28.修正）
3. 機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例（63.2.16.修正）

(一)行政機關

由行政機關所發動之採購行為，會因該機關係屬一般機關或軍事機關而異其適用之法規。就前者而言，尚可區分向國外採購或國內採購兩種情形：

1. 一般機關

(1) 國外採購

- ① 國外採購財物辦法（自辦）（79.9.26.修正）
- ② 中央信託局代辦國外購料章程（委辦）（71.10.6.修正）

(2) 國內採購

- ① 中央信託局代辦國內購料章程（委辦）

2. 軍事機關

- ① 國軍軍品採購辦法（81.1.25.修正）
- ② 國軍軍品採購作業規定

(二)公(國)營事業

- 1.國營事業管理法第二十五條(38.1.20.修正)(註77)
- 2.公營事業機關材料管理規則(79.2.5.修正)

上述法規為一般性之規定，其可普遍適用於行政機關之採購行為，惟在實際運作時，往往需要各機關內部之行政規章作為補充。如交通部之「交通部營繕工程及購置定製變賣財物補充規定」及台北市之「台北市政府暨所屬各機關辦理採購、變賣及營繕工程補充規定」(註78)等。

二、營繕工程

目前我國政府委託民間辦理營繕工程之法規，大致上約有如下：

- 1.審計法
- 2.審計法施行細則
- 3.機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例
- 4.行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項(82.1.12.修正)
- 5.營造業管理規則(75.4.30.修正)

上述營繕工程所適用之法規，大致上與一般採購相同，只是在涉及其特有之性質時，始於相關之法條為不同之規定。此外，即是由行政機關所制訂之行政命令作為依據。另外，在各機關於辦理此項業務時，亦多自行制訂內部行政規章，作為補充(註79)。

三、公共服務

在委託民間從事公共服務之法規依據方面，大體上尚可區分為三種類型，即(一)一般性之服務；(二)研究發展服務；(三)技術服務。

註 77：國營事業管理法第二十五條：「國營事業之採購或營造，其投標訂約等程序，由各級事業機構依其主管機關之規定辦理，其審計手續依照本法第十七條規定辦理。」

註 78：此補充規定係台北市政府78.4.10政府主二字第三二〇九三四號修正。

註 79：如交通部營繕工程及購置定製變賣財物補充規定及台北市政府暨所屬各機關辦理採購、變賣及營繕工程補充規定。

(一)一般性之服務

在此類所委託之服務中，原則上並未明確地限制何種委託，大致上只表明得委託民間團體處理事務，或民間團體得接受政府之委託。

1. 台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項（註80）
2. 商業團體法第五條第十一款（註81）
3. 工業團體法第四條第十三款（註82）
4. 農會法第四條第十九款（註83）
5. 醫療法第五十五條（註84）
6. 行政院委託民間團體辦理大陸事務要點（註85）
7. 民間企業與政府經濟事務推行要點（註86）
8. 警政署計程車從業人員服務輔導綱要計畫（註87）

(二)研究發展服務

此種委託所依據之法規較為完整，此可能與其型態較為明確，且經常行使，故較受重視有關。

1. 各級行政機關研究發展實施辦法
2. 行政院研考會專案研究作業要點
3. 行政院環境保護署委託專案研究作業管理要點
4. 行政院環境保護署委託公、私立機關學校專案研究計畫

註 80：台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項：「行政院得設立或指定機構或委託民間團體，處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務。」

註 81：商業團體法第五條第十一款規定，商業團體具有接受政府機關、團體之委託服務之任務。

註 82：工業團體法第四條第十三款規定，工業團體之任務包括關於接受機關、團體或會員之委託服務事項。

註 83：農會法第四條第一項第十九款規定，農會之任務包括代理公車及接受政府或公私團體之委託事項。

註 84：醫療法第五十五條：「醫療機構應接受政府委託，協助辦理公共衛生、繼續教育、在職訓練、災害救助、急難救助、社會福利及民防等有關醫療服務事宜。」

註 85：該要點係由行政院79.11.26.台七十九陸行字第一五二三號函核定。

註 86：該要點係由行政院70.12.21.台七十經字第一八四〇二號函核定。

註 87：該計畫係由內政部警政署於七十二年前所訂頒。

- 5.行政院勞工委員會辦理委託研究實施要點
- 6.台北市政府委託研究要點
- 7.台北市政府市政建設專題委託研究注意事項
- 8.台北市政府社會福利設施委託民間專業機構辦理實施要點
- 9.高雄市政府專題委託研究注意事項

(三)技術服務

此類型之服務則係針對特定之項目，其出發點主要應在於替政府處理某些較具專業性、危險性之事務，以減輕政府之負擔，並充分發揮政府服務之功能。

- 1.公路法第六十三條第三項(註88)
- 2.商品檢驗法第二十六條(註89)
- 3.經濟部商品檢驗局委託代施檢驗辦法
- 4.水污染防治法第四條(註90)及第二十二條第二項(註91)
- 5.空氣污染防治法第四條(註92)及第十二條第二項(註93)
- 6.環境檢驗測定機構管理辦法
- 7.汽車委託檢驗實施辦法

註 88：公路法第六十三條第三項：「前項檢驗設備經公路主管機關查驗合格者，得委託為發給牌照前之安全檢驗。」

註 89：商品檢驗法第二十六條：「檢驗工作除由檢驗機構執行外，主管機得將有關檢驗之技術工作，委託有關業務之政府機關或法人團體代為實施。前項受託之檢驗業務，應受檢驗機構之監督考核，其從事此受託工作之檢驗及簽發報告之人員，就其辦理受託工作事項，以執行公務論，分別負其責任。」

註 90：水污染防治法第四條：「中央、省(市)、縣(市)主管機關得指定或委託專責機構，辦理水污染研究、訓練及防治之有關事宜。」

註 91：水污染防治法第二十二條第二項：「放流水水質水量之檢驗測定，應委託主管機關審查合格之廢(污)水檢驗測定機構辦理。檢驗測定機構管理辦法及收費標準，由中央主管機關定之。」

註 92：空氣污染防治法第四條：「中央、省(市)、縣(市)主管機關得指定或委託專責機構，辦理空氣污染研究、訓練及防治之有關事宜。」

註 93：空氣污染防治法第十二條第二項：「前項以外之污染源，主管機關認為必要時，得命其自行或委託檢驗測定機構檢驗測定。」

8. 勞工安全衛生法第六條第二項（註94）
9. 危險性機械或設備代行檢查機構管理規則
10. 各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點
11. 各機關資訊軟體外包實施要點

由上述各種類型之法規中可以得知，在此部分由於未涉及公權力之行為，且配合現代政府職能之擴大，故委託民間之事務不僅種類繁多，且有益形增加之趨勢。尤其在人民要求政府提供更多服務之際，此種類型之委託，應可成為委託民間辦理事務之主流（註95）。

四、公權力之行使

關於目前得委託民間行使公權力之法規，約可有如下：

1. 台灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項
2. 道路交通管理處罰條例第七條第二項（註96）
3. 證券交易法第一百十條、一百三十三條（註97）
4. 財政部證券管理委員會組織條例第二條第二項（註98）

註 94：勞工安全衛生法第六條第二項：「前項具有危險性之機械或設備之檢查，中央主管機關得指定代行檢查機構為之。」

註 95：另有建議將(1)消防安全防護工作(2)地價調查估價(3)商務仲裁公證等事務亦可委託民間辦理，在(1)消防工作方面，由於消防人員在必要時得使用、損壞土地建築物、車輛、其他物品或限制其使用，且得限制人車進入火災警戒區等嚴重影響人民權益之行為（消防法第十五條及第十六條）故是否宜將此種行為委託，應審慎斟酌，且一定必須在法律上有明文之規定。(2)地價調查估價方面，依地價調查估價規則第二條之規定，地價調查估計，係以直轄市或縣（市）地政機關為主辦機關，且目前在實務上皆係由政府之調查人員為之，故尚無委託之情事。惟地價之調查估價，並未直接涉及公權力之行使，並且相當之專業性，因此若有適當之民間機構可以承辦，應可考慮將此部分之業務委託辦理，不過最好能在相關之法規，如土地法或地價調查規則中給予明確之法律依據。

註 96：道路交通管理處罰條例第七條第二項：「道路交通管理之稽查，違規紀錄，由交通勤務警察，或依法令執行交通稽查任務人員執行之。」

註 97：證券交易法第一百十條及第一百三十三條規定，證券交易所對於有特定行為之會員，課以違約，並得警告或停止限制其於有價證券集中交易市場為買賣或予以除名；並請參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁145。

註 98：財政部證券管理委員會組織條例第二條第二項：「本會對於前項各款有關審核、檢查、調查等工作之全部或一部得委託其他單位辦理。」

5. 商務仲裁條例第一條（註99）

6. 海商法第四十一條（註100）

7. 水污染防治法第四條

由上述之法規可以看出，我國目前有規定得委託人民行使公權力之法規，尚不多見，且幾乎皆屬法律層次之規範。此主要應係關於政府公權力委託人民行使，依我國向來之見解，應有範圍之限制，且須具備法律上之依據，並非可任意委託（註101）。此外，在我國行政實際上，大致上亦能有此體認（註102），故在可委託授權之公權力，皆要求應有明確之法律上依據，此應為值得肯定之處。

註 99：商務仲裁條例第一條：「凡有關商務上現在或將來之爭議，當事人得依本條例訂立仲裁契約，約定仲裁人一人或單數之數人仲裁之。前項契約，應以書面為之。」而仲裁人之判斷，依同條例第二十一條第一項之規定，與法院之確定判決，有同一之效力，故亦屬公權力之行使。惟所謂的仲裁人，依同條例第五條第二項規定，係以具有法律或各業專門知識，信望素孚之公正人士，得擔任之。此外，依商務仲裁協會組織及仲裁費用規則之規定，商務仲裁協會亦為一民間之組織。因此，在商務仲裁方面，應亦屬委託民間行使公權力之一種類型。

註 100：海商法第四十一條：「船長在航行中，為維持船上治安及保障國家法益，得為緊急處分。」

註 101：關於此部分請參照第一章第二節及本章第一節。

註 102：衛生署於八十一年五月二十五日在報請行政院核定之水污染防治法施行細則修正草案中，得建議得委託專責機構之有關事宜涵蓋「水污染之許可、稽查、取締等事項」，惟行政院以有關許可、稽查、取締屬公權力行使之事項，不宜規定在施行細則中，故未為同意。此種作法，應屬妥適，衛生署若確有須要，應在修改水污染防治法時予以納入，而非逕行規定於施行細則中。

第三章 我國政府採購 之現況與檢討

第一節 一般採購

在我國政府之採購中，普通行政機關及公營事業所採行之方式尙稱一致。大體上可分成三種，即公開招標，議價及比價。此三種方式之採行，須符合各該法規之規定，並有其不同之程序，茲分述如下：

一、公開招標

(一) 意義

所謂之公開招標，係指以公開競標之方式採購，詳言之，即由主辦機關張貼啓事或登報公告，將其計畫採購之事項，招請多家廠商參加競標，由各該廠商自行投報提供該項採購所需之價格，然後當眾開標，公開比較，選取其中最符合理想條件者得標，進而與之締結契約之一種制度。（註103）

(二) 法規之依據

只要各機關營繕工程及購置、定製、變賣財物，在一定金額以上者，即應以公告招標之方式辦理（稽察條例第六條）。是以應否採行公告招標之方式，仍受有金額之限制。

註 103：參閱廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，台大法學論叢，第十七卷第一期，頁96；劉水深等，公營事業採購制度之研究，行政院科技顧問組委託之研究計畫，民國七十五年四月，頁14。

(三)辦理之程序

目前我國現行公開招標所進行之程序，約可歸納如下：

- 1.製發招標單及投標須知。即在投標須知中須說明標的物名稱、規格、數量、標單投遞方式及期限、開標日期、交貨日期、驗收方法、付款條件、押標金額、履約保證金額、逾期罰款及廠商資格等均應按實際情形，作周詳適當之訂定。如標單內容須修改時，必須在開標前公告，並順延開標日期，以免臨時發生爭論。此外，若在一定金額以上者，應將投標須知、圖樣、說明、統一標單及其他相關文件等，預先送達審計機關查核（稽察條例第八條）。
- 2.公告及開標日期。招標應在主辦機關門首公告五日以上，並在當地報紙公告二日以上，採購金額超過一定金額以上者，其公告及廣告應送審計機關備查，但當地無報紙者不在此限（稽察條例第十條）。
- 3.廠商資格之審查。在投標廠商登記時，須令其提出營業執照及具有製造或營繕能力之證件。如近期完稅證明、同業公會會員證、公司營業執照、工廠登記證、完工證明、特殊工業產品，須繳驗該主管機構證明，旨在瞭解其信用是卓著，是否具有交貨能力（稽察條例第十三條）。

4.預估底價

(1)底價之計算：關於底價之計算方法，現行法中有不同之規定

- ①若價格之議訂，係依據特定條件，按所需實際成本加利潤計算者，應於合約內訂明；審計機關得派員就承攬廠商實際成本之有關帳目，加以查核，並將結果通知主辦機關審計法第六十條）。
- ②各機關辦理招標、比價、議價案件，其預估底價之項目及數量，應依照圖說或規範，逐項編列。各項目單價，應依據最近市場行情核計，彙總後加計稅捐與政府規定應列之費用及合理利潤覈實估列（審計法施行細則第五十五條第

一項前段)。前項預先送核之預估底價，於開標、比價、議價前，如因市場價格狀況變化，主辦機關得提出確實資料，會同監視人員加以修正，並將修正理由、計算依據及有關資料併列入紀錄。預估底價，應嚴守秘密（審計法施行細則第五十五條第二項前段）。

- ③各機關在一定金額以上之營繕工程及購置、定製國內財物，其議價係依成本加利潤之條件訂定合約者，審計機關得派員就承攬廠商合約項目之實際成本有關賬簿，加以查核，並將查核結果，通知有關機關。若查核結果，有成本不實，致利潤超過原約定時，應通知主辦機關，向原承攬廠商追回其差價，此項追回差價，並應於合約內訂明之（稽察條例第十二條）。

(2)底價之決定：有關招標底價之決定，依現行法亦有兩種方式：

- ①各機關應將預估之底價及相關資料依限送達審計機關查核，並應檢附各項單價分析表或成本分析表，及核算價格所依據之資料與說明。其項目簡單者，主辦機關得將預估底價及其計算依據與有關資料於開標、比價、議價前提供監視人員查核辦理。主辦機關與監視人員依法會核底價時，主辦機關如不同意監視人員所提出之查核意見，應暫停開標。由主辦機關於底價表上詳敘理由簽名或蓋章負責，並將各投標廠商之標封，會同監視人員簽名或蓋章後封存保管。監視人員應將底價表及有關資料攜回簽報審計機關，於四十八小時內決定核覆再行開標（審計法施行細則第五十五條）。
- ②在一定金額以上者，應將投標或比價預估、圖樣、說明、統一標單、預估底價、契約草稿，或其他有關文件及廣告或公告等，於辦理開標、比價或議價前三日，送達該管審計機關查核。但項目簡單者，得先檢送預計金額表，其預估底價得臨時得提供查核。預估底價如在前述規定限額以

下而結果超越者，應補具圖說、價單，送審計機關備查，並通知監視驗收（稽察條例第八條）。

5. 接受投標單。投標人得自行將投標單送達主辦機關，或以採通信方式投標（稽察條例第十六條）。
6. 繳付押標金。一般採購為杜絕投標廠商故意取巧悔標，因此多規定在投標前投標廠商應交付不低於所投總價百分之十之押標金，以作為保證得標後必能依照投標須知規定履行，否則由採購單位沒收。押標金多數以現金或保付支票、銀行本票及政府公債等有價證券繳納，並以交由代理公庫之銀行代收為原則，惟當地無代理公庫之銀行或情形特殊者，得由主辦機關，指定其他金融機關代辦之（稽察條例第十四條、審計法施行細則第四十四條）。
7. 開標。若所採購之財物在一定金額以上時，辦理招標時應報其上級主管機關並通知審計機關派員監視（稽察條例第五條）。且採購財物之招標須有三家以上廠商之投標，方得開標，買賣雙方如有補充說明，應於開標前提出協商（稽察條例第十一條）。

凡營繕工程及購置、定製變賣財物之開標、比價，應公開為之，並得採通信投標（稽察條例第十六條）。

另外，如採用分段開標辦法，先開規格標，再開價格標者，均應通知審計機關派員監視。其分段開標辦法，應在投標須知內訂明（審計法施行細則第五十七條）。

8. 決標。開標後，委辦單位可當場審標，並予決標，如規範複雜者，亦可攜回審標，俟審標完竣，再另訂期決標。而現行之決標方式，約可有下列幾種方式：

- (1) 於採購決標時，應以合於投標須知之規定，並在底價以內之最低標價為得標原則，如最低標價，超過底價不及百分之十，主辦機關認為必須決標時，得敘明理由，經審計機關監視人員報請審計機關決定，如主辦機關認為取低標價顯不合理，有降低品質之虞或其他特殊情形，得採用次低標價或最低

標價底價百分之十，未達百分之二十，其超越底價百分之二十以上者應另行招標，其所訂底價，應由主辦機關監視人員於開標前核定（稽察條例第十五條）。

(2)在一般決標程序，若開標後所有合格標之報價均超過底價時，主辦機關為應緊急或其他需要，得當場要求最低標價之廠商減價一次，如仍超越底價，由各投標廠商，重新比減價格，其最低價格仍超過底價百分之二十以上者，應另行招標。其超越底價未達百分之二十，主辦機關認為必須決標者，應依下列規定辦理：

- ①營繕工程案件，如最低標價超過底價不及百分之十，得由主辦機關敘明理由，經審計機關監視人員報請審計機關決定之。其超越底價百分之十以上未達百分之二十者，得由主辦機關敘明理由，報上級主管機關核准，經審計機關同意決定之。
- ②購置定製財物案件，如最低標價超過底價不及百分之十，主辦機關將必須決標之理由，列入紀錄，審計機關監視人員認為理由正當，得在授權範圍內當場決定，其超越授權範圍者，得同意保留，逕即檢附紀錄，簽報審計機關決定之。超越底價百分之十以上未達百分之二十者，主辦機關應將必須決標之理由及上級主管機關監視人員之核准意見，列入紀錄，審計機關監視人員得予同意保留，逕即檢附紀錄，簽報審計機關決定之。上級主管機關未派員監視者，仍應報上級主管機關核准，經審計機關同意決定之。
- ③審計機關未經派員監視函復自行辦理案件，如最低標價超過底價不及百分之十者，主辦機關得先決標，應將開標結果及超底價決標之理由，函報審計機關核備，其超越底價百分之十以上，未達百分之二十者，主辦機關得先予保留，敘明理由，報上級主管機關核准，經審計機關同意決定之。

若有上述之情形時，審計機關之決定，應於四十八小

時內通知主辦機關（審計法施行細則第五十八條）。

- ④各機關營繕工程招標、比價結果，其最低標價低於底價百分之八十以下者，主辦機關得當場保留數家廠商報價，暫緩決標，由最低標之廠商，當場提出說明，或限於三日內補送成本分析資料；主辦機關亦於三日內加以審核，如認為最低標價顯不合理有降低品質之虞，得敘明理由，報上級主管機關核准，經審計機關之同意，採用次低標價決標（審計法施行細則第五十九條）。
- 9.簽訂合約。決標後應將決標單簽呈首長核准後，主辦單位應即按投標須知規定及決標記錄簽訂合約，應經審計機關派員監視者，應將合約送原監視人簽證後，留存一份並呈送上級機關、審計機關核備，分送有關單位查照，以為交貨驗收付款之憑據（審計法施行細則第六十條）。此外，並應於合約中詳訂驗收時應行丈量、查驗、檢驗、試驗等方法與標準（審計法施行細則第六十二條）。惟如訂約後如有變更設計增加價款達到一定金額以上者，主辦機關應敘明變更理由，連同有關資料，通知審計機關查核同意後始得辦理（審計法施行細則六十一條）。
- 10.繳納履約保證金。決標後之承辦廠商，訂約時，應令其繳納履約保證金或取具殷實保證（稽察條例第十八條）。
- 11.發還押標金。決標後，投標之廠商若未得標，則應將所收之押標金發還（稽察條例第十四條）。

三 議 價

（一）意 義

所謂的議價，係指由主辦機關就其所欲採購之物品，指定一家廠商或個人，與其商談供應之條件與價格，如雙方合意，即成立契約之謂。議價之範圍並不只限於價格之討論，尚可涵蓋合約之重要部份，如交貨期、規格、價格及條款等項目。

(二)法規之依據

依目前之法規，行政機關之採購只有在法規有明文規定之時，始允許採用議價之方式。現有之法規認為可採議價方式之規定約有如下：

1. 稽察條例第六條。各機關營繕工程及購置、定製變賣財物，在一定金額百分之十以下者，得由該機關首長授權經辦單位，取具二家以上估價單，進行議價辦理。
2. 稽察條例第十一條。若有下列情形之一者，得改用議價辦理之，其價款在一定金額以上者，應先列舉事實，敘明理由，徵得審計機關之同意：
 - (1) 在同一地區內，經調查僅有一家廠商符合規定投標標準者。
 - (2) 在同一地區內，經調查僅有一家廠商出售，或無完全相同之規範可資比較者。
 - (3) 係專利品，或獨家製造，或國內試驗製造或原廠牌配件，不能以他項財物替代者。
 - (4) 經連續辦理比價兩次，僅有一家參加者。
 - (5) 一次所需財物，雖有數家可資供應，但無一家能全部供應者。
 - (6) 軍事機關購置財物，經國防部核定指廠訂貨、實驗訂貨、試驗製造或停工、停航待料之急需軍品。
3. 審計法施行細則第四十六條。各機關營繕工程及購置定製變賣財物，其有特殊工程及採購，或因技術要求或應保守秘密，或因政府政策需要，不能公告招標經各級政府最高行政機關核准者，得逐案敘明理由，徵得審計機關同意後，以議價方式辦理。審計機關之同意，應經由審計會議或審核會議決議行之。
4. 審計法施行細則第四十七條。各機關在國內購置定製財物，屬於引進國外特殊科技在國內製造之產品，不能以招標、比價方式辦理者，主辦機關得逐案列舉事實，敘明理由，報經行政院核准，徵得審計機關同意，以議價方式辦理。審計機關之同意，應經由審計會議或審核會議決議行之。

5. 審計法施行細則第四十八條第一項。各機關營繕工程及購置定製變賣財物，依法公告招標連續兩次僅有一家或無人投標，或營繕工程及購置定製財物標價超過底價，變賣財物未達底價而廢標兩次以上者，得由主辦機關徵得審計機關同意，以議價方式辦理。
6. 審計法施行細則第四十八條第二項。營繕工程及購置定製財物，依法公告招標，僅有二家或一家廠商投標，經主辦機關檢討原訂廠商資格及規範，並無不當，確認僅有此二家或一家能承攬或出售者，審計機關監視人員，得當場同意先行改以議價方式辦理，列入紀錄，由主辦機關，敘明事實與理由，函徵審計機關同意後生效。

(三) 辦理之程序 (註104)

1. 徵得審計機關之同意。以議價方式辦理之案件，主辦機關應先列舉事實、敘明理由，於徵得審計機關同意後辦理（稽察條例第十一條、審計法施行細則第四十六條、第四十七條）。
2. 訂製議價須知。在辦理議價程序之前，須製作議價須知，其內容大致與公開招標之投標須知相同，僅將有關投標改為議價而已（稽察條例第八條）。
3. 通知廠商報價將採購材料規範、議價須知等函送擬與議價之廠商，並限期報價，俾供審標及訂期議價。
4. 訂期議價訂定議價日期並檢附有關議價須知、規範書等函報上級主管機關及審計機關請派員監辦，及供應商請派員列席。
5. 底價之擬定及決定其程序比照公開招標之方式辦理（審計法施行細則第五十八條第三項）。
6. 議價在一定金額以上者，應報其上級主管機關及審計機關派員監辦。（稽察條例第五條及第十一條）。其範圍包括交貨期、規格及條款等協議至與議價須知完全相符，且價格未超出底價時宣佈成交，其有關底價表、紀錄、報價單、決標紀錄等均同

註 104：參閱劉水深，同前註，頁19、20。

公開招標方式辦理。惟應注意到，若其議價係依成本加利潤之條件訂定合約者，審計機關得派員就承攬廠商合約項目之實際成本有關帳簿，加以查核，並將查核結果，通知有關機關。前述查核結果，如成本不實，致利潤超過原約定時，應通知主辦機關，向原承攬廠商追回其差價。前述追回差價，並於合約內訂明之（稽察條第十二條）。

7. 簽約議價成交後，乃按議價須知作決標紀錄，簽訂合約其程序與公開招標同（稽察條例第十二條、審計法施行細則第六十條）。
8. 繳納履約保證金其規定及程序與公開招標同（稽察條例第十八條）。

三 比 價

(一) 意 義

所謂比價，係指按一般情況係由採購單位預先選定若干理想可靠之供應廠商，訂期函請前來報價，並以公開競標方式符合規格不超過底價之最低報價者予以決標之採購方式。

(二) 法規之依據

政府之採購，依目前之法規，比價與議價之方式皆只有在法規明文規定時，始許可採行。

1. 稽察條例第六條。各機關營繕工程及購置、定製變賣財物，未達一定金額而在一定金額百分之十以上者，得比價辦理之；其在一定金額百分之十以下者，得由該機關首長授權經辦單位，取具二家以上估價單，進行比價辦理。
2. 稽察條例第七條。各機關營繕工程及購置定製財物有下列情形之一者，得比價辦理之，其價款在一定金額以上者，應先列舉事實，敘明理由，徵得審計機關之同意：

(1) 購置之財物，經調查在同一地區內合格之投標廠商，不足三

家者。

- (2)經公告招標後，參加投標廠商，連續兩次不足三家，或雖達三家，但因超過預估底價而廢標，再行招標確有困難者。
 - (3)經公告招標後，僅有二家廠商投標，如再行公告招標或另行辦理比價，無法應急者。
 - (4)經行政院指定地區採購者。
 - (5)確因緊急需要，必須爭取時效，不及公告招標辦理時，經列舉事實報上級主管機關核准者。
- 3.審計法施行細則第四十六條。各機關營繕工程及購置定製變賣財物，其有特殊工程及採購，或因技術要求或應保守秘密，或因政府政策需要，不能公告招標經各級政府最高行政機關核准者，得逐案敘明理由，徵得審計機關同意後，以比價或議價方式辦理。審計機關之同意，應經由審計會議或審核會議決議行之。
- 4.審計法施行細則第四十八條第二項。營繕工程及購置定製財物，依法公告招標，僅有二家或一家廠商投標，經主辦機關檢討原訂廠商資格及規範，並無不當，確認僅有此二家或一家能承攬或出售者，審計機關監視人員，得當場同意先行改以比價方式辦理，列入紀錄，由主辦機關，敘明事實與理由，函徵審計機關同意後生效。

(三)辦理之程序

- 1.徵得審計機關之同意。以比價方式辦理之案件，主辦機關應先列舉事實、敘明理由，於徵得審計機關同意後辦理（稽察條例第七條、審計法施行細則第四十六條、第四十八條）。
- 2.製訂比價須知。其內容大致與公開招標相同，僅將招標改為比價即可。
- 3.邀請比價。將採購材料規範、比價須知等檢送擬參加比價之廠商，請其派員前往辦理手續與比價事宜。
- 4.廠商資格之審查。主要驗證供應商之經營證照是否有效，以判

定是否准其參加比價，與公開招標之情形相同（稽察條例第十三條）。

- 5.訂期比價。訂定比價日期，同時檢送有關規範、比價須知等，函報上級主管機關派員監辦。
- 6.底價之擬定及決定。其程序比照公開招標之方式辦理（審計法施行細則第五十八條第三項）。
- 7.提出押標金。參與比價之廠商應提出押標金，交由代理公庫之銀行代收（稽察條例第十四條）。
- 8.投標、比價、決標。決標時應以合於投標須知之規定，並在底價以內之最低標價為得標原則（稽察條例第十五條、審計法施行細則第五十八條、五十九條）。
- 9.簽約及繳交履約保證金。決標後，承辦廠商訂約時，應令其繳納履約保證金或取具殷實保證（稽察條例第十八條）。若為營繕工程則其決標價，低於底價百分之八十以下者，除應繳納履約保證金或取具殷實保證外，主辦機關並得規定繳納差額保證金（審計法施行細則第五十九條後段）。
- 10.發還押標金。決標後，投標之廠商若未得標，則應將所收之押標金發還（稽察條例第十四條）。

四各種採購方式之利弊

上述三種採購方式，各有其利弊得失如下表所示：（註105）

註 105：整理自劉水深等，公營事業採購制度之研究，頁14至20。

表4-3 採購方式利弊分析表

利弊 採購 方式	利 的 方 面	弊 的 方 面
公 開 招 標	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公開招標，使合法而有供應能力之廠商，能在公平競爭條件下，享有最低價得標之權利與機會。 2. 可以使用料者以合理價格，購進適用物料。 3. 可刺激廠商研究改良製造技術，減低成本，競爭得標，促進工業進步。 4. 公開辦理各項手續，可杜絕徇私，防止弊端。 5. 可減輕經辦人員財務行政責任。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 手續較繁，費時亦多，不夠機動，特別是緊急採購，最難適用。 2. 可能發生搶標、圍標情事。 3. 如對廠商徵信工作（如實力—資金，實績—製造能力，及交貨信用）不夠確實，或標單規定之用料、製法、性能等不夠詳盡，或稍有疏漏，極易引起不良廠商低價搶標。非僅難交貨安全，而且妨礙正當廠商之生存，造成工業進步之阻礙。換言之，此一制度對廠商過去往來與服務實績，未加以重視。 4. 投標商為支付手續費及繳付押標金所增加之負擔，將轉嫁於採購價格之內。 5. 特殊規格之貨品無法採用。 6. 價格為決標依據，其他效能因素無法包含於決標條件內。
議 價	<ol style="list-style-type: none"> 1. 能對一切條款內容細節詳細洽議，達到適當價格之協定。 2. 可選擇適當對象，並兼顧以往交易上服務實績，確保交貨安全。 3. 有利於政策性或互惠條件之運用。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 無限制的獨家議價，易造成廠商任意提高價格。 2. 違反自由企業競爭精神，助長企業壟斷價格，阻礙工商業之進步。 3. 秘密洽議易滋作業人員串通舞弊之機會。

比 價	1.可縮短採購前置時間。 2.比價之手續較公告招標簡便，且有利於秘密性之採購。 3.價格方面，如同公告招標，能獲得競取低價之利。 4.供應廠商之選定可將信譽不佳者予以剔除，以防劣廠驅逐良廠，購得較高品質之設備。	1.僅少數廠商參加，阻礙新廠商之加入，易受外界指責。 2.易造成廠商聯合壟斷，而任意抬高價格。 3.競爭性小，影響產品品質之研究發展改良。
--	--	---

第二節 軍事機關之採購

軍事機關原屬行政機關之一種，惟因其性質較為特殊，故在現行之採購方式上，其自成一體系，而有異於文職行政機關。因此，在說明我國目前之採購現況時，為求精確起見，有必要單獨介紹。

一、法規依據

依稽察條例第二十九條之規定，於下述幾種情形時，軍事機關之採購得自行辦理，惟事後仍應經審計機關查核：

- 1.具有高度機密性者；
- 2.因軍事緊急性，不及依稽察程序辦理者；
- 3.為確保軍品品質時效，不及依稽察程序辦理者。

惟目前軍事機關之採購，主要係依據國防部所發布之國軍軍品採購辦法（以下簡稱採購辦法），以及依該辦法第三十九條為依據之國軍軍品採購作業規定（以下簡稱採購規定），不過採購辦法並未表明係以何種法律或命令為其法源（註106）。其中採購規定有四百零六條，對軍品之採購有非常詳盡之規定，為避免過於瑣碎，以下之說明，

註 106：國軍軍品採購辦法第一條第一項中只規定：「為健全國軍軍品採購制度，強化採購組織，簡化作業程序，提高採購效率，特訂定本辦法。」

原則上仍以採購辦法為主。

二、採購原則

(一) 涵蓋營繕工程之採購及技術服務與勞務提供

採購辦法亦適用於營繕工程自行購料，自建方式中，其材料之採購（採購辦法第二條第二項）。故營繕工程在軍事機關之採購中，不若在一般文職機關所之較為特殊之地位。此外，採購規定並技術服務與勞務提供為其適用範圍（採購規定第二條第二款），因此其所涵蓋之範圍更廣。

(二) 以國內採購為原則

對於 1. 國內已能生產；2. 可以相當規格之國產品代用；3. 國內已具製造能力得以試製方式採購者；應向國內採購。只有在例外情形下，始得向國外採購（採購辦法第三條第一項、採購規定第四條）。（註107）

(三) 以集中辦理為原則

有關軍品採購應集中辦理為主，但視需要得授權辦理。有關集中與授權原則在採購辦法及採購規定中予以明文規定（採購辦法第六條、採購規定第十條）。

(四) 以公開競標為原則

軍品採購以公開競標為原則，為達以競標方式降低購價之目的，其主要採購方式為公告招標與邀商比價或兩者相互配合運用，非有特定原因，不以獨家議價方式辦理（採購規定第十二條）。

註 107：採購辦法第三條第一項但書規定，只有國內產品售價超過進口成本百分之十以上時，始得向國外採購。另採購規定第五條第一項規定，除前述採購辦法之情形外，並以：一、國內確無生產，亦無相當規格之代用品，實施訂貨或試製採購無法應急時；二、國內雖有生產，但品質不符標準影響安全時；三、國內雖有生產，但產量不足時；經國防部核准，得向國外採購。

(五)以規格採購為原則

即軍品採購以規格採購為原則，例外情形始得要求以廠牌採購（採購辦法第九條、第十條、採購規定第五十五條）。

(六)以採購新品為原則

即軍品採購以新品為原則，但為獲得已停止生產裝備之零配件應補，得購堪用品（採購辦法第十一條）。

(七)以向原製造商採購為原則

即購案以向原製造商採購為主，但為適應需要亦得透過買賣商或代理商採購（採購規定第七條）。

三、辦理之程序

(一)編定採購計畫並送請核定

軍品之採購應就採購國內產品及國外產品，依權責單位核定之工作計畫分別編定採購辦理，未編定採購計畫者，不得辦理採購。惟其款額未達一定金額百分之十之小額採購（註108），不受此限制（採購辦法第八條、採購規定第四十三條）。

(二)決定辦理之方式

軍品採購如同一般文職機關之採購，主要亦係以公告招標、比價及議價等三種方式辦理。各種方式之採行，皆有其特定之要件：

- (1)若購案預超過一定金額以上者，除有特定原因外，以公告招標辦理為原則。
- (2)未達一定金額百分之十以上者，得比價辦理。
- (3)未達一定金額百分之十者，得由單位主官授權經辦單位取得兩家以上之估價單進行比價或議價辦理（採購辦法第十二條、採

註 108：採購辦法所稱之一定金額，依該辦法第二條第三項之規定，係指審計機關依「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」所定之一定金額。

購規定第一二九條)。(註109)

(三)函徵審計部同意

此主要針對以比價議價方式辦理之購案，當其預算超過一定金額時，原則上應函徵審計機關同意後辦理(採購辦法第十五條、採購規定第一三七條)。

(四)招標、邀約

購案採購方式確定後，即應辦理招標、邀約。所稱招標，乃指公告招標之購案，公開徵求合格商參加投標；所稱邀約，乃指比、議價之購案，邀請業已選定之合格商報價(採購規定第一四〇條)。

(五)對公告招標投標商資格之限制

為了防止劣廠惡性競標，公告招標之購案，採購規定乃對投標商之資格，加諸以下之限制：

1.基本限制：所有購案均應採取之限制，包括：

- (1)事先調查合格發證之廠商始能投標。
- (2)凡經軍方發佈拒絕往來之廠商，不得參加投標。
- (3)國外採購由國內代理商投標者，應持有外商之授權書及報價單。

2.一般限制：視個案情形選定之限制條件，如：

- (1)限於製造商參加投標。
- (2)投標商產品等級之限制。
- (3)投標商資本額之限制。
- (4)營造商一貫作業之限制。
- (5)檢驗設備之限制。(採購規定第一三〇條第一項第五款)

註 109：關於得以比價及議價辦理者，在採購辦法第十三條及第十四條中列舉有相當多之情形。

(六)公告與通知

購案製妥標單後，應即辦理公告或通知，其規定如下：

1. 凡招標之購案，應在經辦機關門首公告五日以上，並在當地報紙廣告兩日以上。
2. 凡比價、議價之購案，應使用通知單個別邀請廠商參加報價（採購規定第一四五條）。

(七)預估底價

有關軍品之採購，預估底價之作業係規定如下：

1. 有效提供預估底價資料，商情管理單位平日應從事蒐集研析各項單價資料，建立商情檔案，並分析其來源、產銷、牌價供需及變動趨向等，務必確保資料常新，隨時提供參考運用。
2. 商情管理單位，對所要採購之專用物品缺乏單價分析資料時，可要求參與報價之廠商，提供其產品成本分析資料作為參考，商情管理單位應作縝密分析後研訂合理之單價分析。
3. 預估底價資料提供前，應多家訪價並加分析，是否以所訪得之最低報價為底價，應視案情而定，不可拘泥。
4. 底價資料常為不肖廠商企圖利用各種手段獲得，足以構成困擾，故參與作業人員應絕對保密，除有必要，事前事後均不得公開（採購規定第一五七條）。

(八)開標或比價、議價

開標及比價應公開為之（採購辦法第十七條）。同時應由開標主持人將收到之標單當眾拆封宣讀（採購辦法第十八條）。

又所稱開標者，泛指此一階段作業，包括投標商登記與審查、繳交押標金、開標會議、審標、決標與廢標。比、議價之購案準用之（採購規定第一五八條）。

1. 投標商之登記與審查：公告招標之購案，應於開標前一日至開標前一小時辦理廠商投標登記，同時實施投標商資格審查（採購規定第一六一條）。

- 2.繳納押標金：爲了保證購案能順利完成簽約，投標或報價商於開標或比價、議價之前，應繳納押標金。其繳納之金額在國內採購不得少於報價百分之五，國外採購不得少於報價百分之一〔採購辦法第十六條、採購規定第一六五條〕。
- 3.開標會議：參與開標會議之單位人員：
 - (1)經辦開標單位，應派出主標人及經辦人；
 - (2)審監單位，應邀派出之監標人員；
 - (3)計畫申購單位，應邀派出之代表；
 - (4)投標時依需要由其負責人或派遣代表，代表賣方參與開標會議（採購規定第一七〇條）。

(九)審 標

軍品之採購在審標方面，係將廠商投標或報價單內容，區分爲規格、價格，其他條件三部份，價格取捨屬決標範圍，審標作業僅及規格及其他要件（採購規定第一八〇條）。

審標作業並應遵守下列規定：

- 1.審標實質上爲決標之一環，故作業應力求公開、公平、公正、切勿偏袒，召致怨尤。
- 2.不論採用會內或會外審標，審查結果應予公開，對不能接受標，應公開說明不能接受之原因。
- 3.凡經審查爲可以接受標者，應將不符部分詳予註明，並說明可以接受之理由。
- 4.規格審查，純屬技術作業，慎防作業人員以技術舞弊。
- 5.凡投標或報價商僅報價格而不報規格與其他條件者，視作已接受原發招標單之規格及條件，應爲完全相符標。惟外購案由代理商投標或報價者，應以外商之投標或報價單爲法而審查之（採購規定第一八三條）。

(十)決 標

- 1.關於軍品之採購，其決標之方式規定有下列兩種（採購規定第

一八五條)：

- (1)定期決標，即購案開標後，有所列舉之情形之一時，應保留決標作會外審查，於報價有效期間內，另定時間，召集決標會議，決定是否決標（註110）。
- (2)當場決標，即購案開標後，凡不合於上述之條件者，原則上應於開標或比、議價會議中，當決定是否決標（註111）。

2.競價及決標程序則規定如下：

- (1)購案開標後，廠商所投標單與原發招標單要求條件完全相符，且最低報價在底價以下者，即可宣佈決標，惟購案預估底價超過一定金額十倍以上者，從第一八五條第一款規定辦理。
- (2)購案開標後，廠商所投標單與原發招標單要求條件完全相符，但最低標價超過底價時，得由最低標價之廠商優先減價一次，如尚超底價，得依據已報出之最低報價，要求全體投標商當場填寫比價單，競標一至三次，如仍超底價時，得依最低價時，得依最低價、次低價順序進議減，議減結果處理如下：
 - ①低於底價時，宣布決標。
 - ②至廠商不再減價為止，仍超底價但未達百分之十時：

註 110：依採購規定第一八五條第一款之規定，下列情形，應採定期決標：

- (1)預估底價超過一定金額十倍以上或特約供應之購案。
- (2)規格複雜，無法於開標當場完成審查之購案。
- (3)對廠商供應能力發生懷疑，必須於決標前另行徵信或調查之購案。
- (4)採購機具裝備，廠商所報規格無一家完全符合招標單條件，但有決標需要之購案。
- (5)遇有重大問題無法於開標當場決定之購案。

註 111：依採購規定第一八五條第二款之規定，當場決標之範圍，包括左列情形：

- (1)預估底價未達一定金額十倍之購案。
- (2)對經常採購之軍品，不須作過多之審查，即可決定可否接受之購案。
- (3)規格簡單，可於開標當場審標之購案。
- (4)案情單純，可於開標當場決定之購案。
- (5)物價不穩，報價效期極短，無法保留審查之購案。
- (6)需求迫切，不容作長時間考慮之購案。

- a. 一般情形應予廢標。
 - b. 如需求迫切，可徵得監標人員同意決標。
- ③至廠商不再減價為止，仍超底價百分之十但未達百分之二十時：
- a. 一般情形應予廢標。
 - b. 如需求迫切，可保留決標，報請上級督導管制單位核准並徵得審計機關同意決標。
- ④至廠商不再減價為止，仍超底價百分之二十時，即應宣佈廢標（採購規定第一八八條）。

(ㄅ)簽訂合約

軍品採購之合約區分為固定售價合約及成本計價合約兩種（採購規定第一九六條）。採購一般性軍品，以使用固定售價合約為原則，但在下列情形，得使用成本計價合約：

1. 廠商報價附有重大未定條件者。
2. 採購單位無正確資料可供訂定底價者。
3. 非使用成本式合約無法保證採購軍品之品質時。
4. 交貨時程較長物價變動較大時。
5. 特約供應合約分批交貨者。（採購規定第一九八條）

(ㄆ)繳交履約保證金

為防止賣方違約，購案於決標或簽約後，除另有規定外，應要求得標商繳納合約金額適當比率之履約保證金，否則合約無效（採購規定第二〇九條）。

(ㄇ)提交決標委員審查並徵得審計機關之同意

當購案之情形較為特殊者，原則上須提交決標委員會審查並徵得審計機關之同意（採購辦法第二十二條）（註112）。

註 112：所謂特殊情形，依採購辦法第二十二條之規定，係指：

- (1)購案預估底價超過一定金額十倍以或特約供應者。

(四) 驗收

軍品採購於廠商交貨後，履約驗收單位應於七日內辦理驗收（採購辦法第二十九條）。

第三節 對現行採購制度之檢討

在上述各節中已就我國目前委託民間執行業務之現況加以介紹，由相關之說明中應已對此有所了解，惟其中亦隱含了不少問題值得注意，本節即以探討現行採購制度所存在之問題為重點，茲分成下列一、一般問題之探討；二、低價標與合理標之採行；三、公共工程議價引發之問題等三部分予以說明：

一、一般問題之探討

(一) 審計法規過於老舊且與行政權責互相混淆

1. 審計法規過於老舊。在主要之審計法規中，自審計法六十一年五月修正公布，稽察條例民國六十三年二月修正公布以來，迄今皆已有二十年左右之時間，原制度之設計、立法意旨，經過長期間之執行，已嫌老舊，與目前急速變化之社會無法緊密結，早已顯示出脫節之現象。審計法施行細則雖於七十四年始行修正，惟迄今亦已有相當時間，亦有一併檢討之必要（註113）。

(2) 招標、比價之購案，經競標後，最低報價仍超過底價，但未達百分之二十者。

(3) 議價之購案，經與廠商磋商不願再減，其報價超過底價，但未達百分之二十者。

(4) 規格尚有疑問或廠商提送規格，有待原計畫申購單位審查者。

(5) 對廠商供應能力發生懷疑，必須再行查廠或看貨後始能決標者。

(6) 必須變更投標或比價、議價須知要求條件，始能決標者。

(7) 有採用次底標決標之必要者。

註 113：參閱審計專刊，第十卷第三期，頁12。

2.稽察條例超出應規範之範圍以致與行政權責無法明確劃分。由稽察條例第一條之規定可以得知，其係以審計法第五十九條之規定為立法依據，而依審計法第五十九條第二項之規定，只有涉及稽察限額及稽察程序，始得以法律定之。惟觀諸稽察條例之內容，其不只規定有關稽察程序，且將相關之行政程序，如得採取比價、議價之情形，公告招標廣告公告方式、投標資格證明文件、押標金繳退、底價訂定、決標方法、履約保證等，亦皆涵蓋進去。上述事項皆已逾越審計法第五十九條第二項有關稽察程序之範圍，尤其審計機關依稽察條例第八條及第五十九條查核並會核底價及有關應事先經同意或查核之規定，常被視為有擴張審計職權干涉行政事務之嫌（註114）。

因此，為了配合時代潮流以及環境變遷之需要，無論在法令規章及稽察實務，皆應予以深入探討，並就相關之審計及稽察法規，通盤檢討後設法修正，以現代國家社會之現狀。同時審計法規中之行政事務劃行政機關，明確界定二者之範圍，以免造成權責不分，影響稽察之功能及採購之品質。

(二)事前稽察未能發揮應有之功能

- 1.各機關於辦理採購報請審計機關同意或查核時，審計機關常因考慮到對行政效率之影響及儘量減少對行政機關之干涉，往往未加深入查究，而僅就書面由主辦機關予負責之說明而已。俟全案辦結後，又礙於事前已同意或准予備查，自不便再重新查核，致失去事前稽查之功能（註115）。
- 2.依稽察條例第八條之規定，各機關應將招標或比價須估、圖樣、說明、統一標單、預估底價、契約草稿或其他有關文件及廣告、公告等於辦理前三日送達該管審計機關查核，在上述文件中，如投標須知、說明、契約草稿等，會影響標價之高低、廠

註 114：參閱審計專刊，第十二卷第二期，頁68。

註 115：參閱審計專刊，第十二卷第二期，頁68。

家之資格、開標或比價之公平性，訂約後執行之難易等，而圖樣之是否完整、明晰則影響標價之正確、合理以及訂約後之變更，此外預估底價則更影響決標價格之合理，故審計機關在事前之查核是否深入確實，攸關稽察之效果。惟審計機關面對眾多送審機關繁多之案件，人力已感不足，且在如此短暫之時間內實難求作詳盡深入之審核，因此對於所送資料是否具有特殊性、有無異常條款、圖說規範是清晰完備、有無內容矛盾或不符之處等，皆難以充分了解，或找出問題（註116）。

是以，稽察條例第八條規定應於辦理前三日送達審計機關之時間似嫌太短，應可視案件之狀況酌予延長，以增加查核作業時間，使查核結果更臻完善。此外，更應明確地列舉出送審表件應注意之事項，要求送審機關嚴格遵守，否則即予退件，以加速審查時效、增進稽查之效率並發揮事前稽查之功能。

(三) 缺乏各項財物規範及廠牌、價格商情、廠商管理等資料之現代資料庫

由於採購財物之對象種類非常複雜，各種廠牌及價格又甚為分歧，而各家廠商之情況更有極大之差異，因此不論在採購規格之預定、底價之估計以及廠商資格之認定等，皆需要有完備之資料以供參考，因為這些事項皆是在從事採購過程中相當重要之參考因素，故若有缺乏，將難以獲致令人滿意之結果。

因此，對於採購財物之對象，應有專責機構負責蒐集規格、廠牌、價格等商情資料，並建立資料庫，以便隨時取得詳細、正確之資訊，同時對廠商亦應予登記、管理。對同類功能之材料，應就品質、生產設備及使用效能，予以評鑑分級。如此，應可有助於採購案之順利進行。

(四) 缺乏統一之規範及契約草稿

在目前之採購作業中，不論是在營繕工程方面，或是在購置定製

註 116：參閱審計專刊，第十卷第一期，頁74；第十二卷第二期，頁68、69。

變賣財物方面，由於現在仍缺乏統一之投標須知、招標規範、施工規範、及契約草稿等表件，以致各機關所訂標準不一，內容繁簡不同，並因個案而採用不同標準之投標須知及契約書者，易滋解釋之問題，並造成審計機關查核之困擾（註117）。

為避免各機關各自訂定不同之投標須知、規範及契約草稿等，造成解釋上之困難，以及影響稽查之進行及效率，應由行政機關制定統一之投標須知、施工規範及契約草稿，以劃一標準。

(五) 預估底價之查核不夠確實

各機關依稽察條例第八條及審計法施行細則第五十五條規定送交審計機關之預估底價資料，常因稽察機關缺乏適當之資料及依據，無法為確實之查核。在營繕工程方面，因為近來之工程規模日漸龐大，施工圖說等資料龐大，甚難為確實之查核。在購置定製財物方面，因採購或變賣財物種類甚為繁雜，且有些因一次採購或變賣財物之項目不多，各機關常依稽察條例第八條規定，於辦理開標、比或議價當場，方將預估底價臨時提供查核，致使查核人員往往難以在短時間內確實查核（註118）。

準此，為解決因各機關所送資料數量過多，或種類繁雜，或時間過短等因素，致無法深入查核之問題，除了應注意利用監視時，蒐集新產品、新工法及市場變化狀況資料外，並應隨時蒐集各製造廠商之價目表，其實售價各或折讓價格，對各機關經常辦理之大宗物資，原物料建立資料檔案，除可作為查核預估底價之參考外，並有助於查核之時效。

(六) 對廠商資格之審查不夠嚴謹

由於一般在辦理招標或採購時並未對廠商資格為嚴格之審查，故往往會發生因得標之廠商信譽欠佳、財務狀況不良、或承辦業務之能力不夠，而致使所營繕之工程難以完成或有偷工減料之現象，或所採

註 117：參閱審計專刊，第十卷第一期，頁75、77。

註 118：參閱審計專刊，第十卷第一期，頁75、76、78。

購之品質未達所要求之水準，造成延誤公共建設、浪費公帑，及無法完成採購目的之後果（註119）。

是以，依稽察條例第十五條第一項前段之規定，決標時係以在底價以內之最低標價得標為原則，惟其並要求須合於投標須知之規定。因此，在決標前，主辦機關應就參與投標廠商之財務狀況、以前辦理之情形、承接此業務之能力等事項，詳加審查，以避免影響日後承辦業務之品質。

二、低價標與合理標之採行

由於各界一直對目前所採行之低價標質疑，認為此種方式會成弊端，嚴重影響公共工程品質，內政部乃於七十九年二月十四日頒布「行政院暨所屬機關營繕工程底價訂定及決標方式試辦辦法」（以下節試辦辦法），提出所謂的「合理標」，嘗試矯正以往低價標所造成之缺失（註120）。

合理標之作法主要表現在底價之訂定及決標之方式上，茲先比較其與現行作法上之差異，再探討其優劣何在（註121）。

(一)底價之訂定

1.試辦辦法：係以下列兩種底價之和計算之（第三條第一款）

(1)政府機關：由主辦工程機關、上級主管機關、審計機關等參與會核各機關所訂底價平均值，占開標底價百分之七十。

(2)投標廠商：廠商投標價高於政府機關所訂平均底價百分之二

註 119：參閱審計專刊，第十卷第三期，頁13。

註 120：以合理標取代最低標之作法，在民國六十八年即曾有過，於該年六月二十一日曾在審計法施行細則增訂第四十六條之一，其規定：「各機關營繕工程決標時，應以合於投標須知之規定，並在底價以內之最低標價為得標原則，如主辦機關為防止廠商報價不合理，有降低品質之虞時，得明訂報價未達底價百分之八十者，不予採用。但須先經主管機關核准，並於投標須知內訂明。」此亦為一種「合理標」之方式。惟此條公布施行後，由於執行上之偏差，無法達到原先所預期之目的，故於七十二年五月十二日予以廢止。由此亦可見到採行合理標以取代最低標之不易。

註 121：參閱審計專刊，第十一卷第二期，頁12。

十及低於政府機關所訂平均底價百分之二十者，均剔除之，以所剩廠商之有效投標價平均值，占開標底價百之三十。

- 2.現行規定：原則上係由主辦機關與監視人員於開標前會核決定（稽察條例第十五條第三項、審計法施行細則第五十五條第三項）。

(二)決標之方式

- 1.試辦辦法：以低於並最接近開標底價者為得標，但低於開標底價百分之九十者不為得標（第三條第二款）。
- 2.現行規定：原則上以在底價內之最低標價者得標（稽察條例第十五條第一項）。但有特殊情形得採用次低標價或最低標價超越底價百分之十以上未達百分之二十（稽察條例第十五條第二項）。此外，在營繕工程比價結果，其最低標價低於底價百分之八十以上者，得暫緩決標，由最低標之廠商補充說明，如經審核認為最低標價顯不合理時，得採用次低標價決標（審計法施行細則第五十九條）。

(三)優缺點

1.優點

- (1)試辦辦法中合理標之底價，係由政府機關所訂底價之平均值與投標廠商有效投標價之平均值所計算出，不易於事先得知，可避免不肖之承辦人員與廠商勾結，造成底價洩露之弊端。此外，也由於底價不易得知，並可減少廠商圍標之現象。
- (2)試辦辦法中合理標之決標，並非以最低標者優先，故可減少為求得標不惜以不合理低價搶標之情形，日後工程之品質將可獲得確保。
- (3)合理標係以低於並最接近開標底價者得標，因此，廠商之利潤可以提昇，得以促使廠商多參加投標。
- (4)合理標以低於開標底價百分之九十者，即不為得標，且排除有再行減價或改以比價或議價辦理之可能，可以保障日後工

程之品質，並排除刻意造成流標，以獲得減價、比價或議價機會之弊端。

2. 缺點

- (1)增加政府之支出：在採最低標時，廠商為求得標，必會充分發揮其最有利之條件並不敢估計過高之利潤。在採合理標時，為求接近底價，避免投標價過低，勢必刻意提高底價，終致造成政府支出之增加。
- (2)並未能防堵圍標之情形：在採最低標時，廠商欲行圍標，必須控制所有投標廠商，而採合理標之方式，只要掌握大部分之廠商，知悉其投標之底價，設法予以調整，則可相當接近底價並大幅提高其得標之可能性，因此，反有造成圍標之可能。
- (3)增加成標之困難：在採最低標時，開標結果若投標廠商報價均超出底價時，為配合實際需要，得按審計法施行細則第五十八條規定，當場洽商辦理減價，此外，若未達法定家數時，並得改以比價或議價之方式辦理，如此可助於業務之辦理並爭取時效。惟在採合理標之方式時，超過底價時絕不可減價，會造成有些超出底價甚微而不能成標之情形，而且亦排除有以比價或議價之可能，凡此皆會使得成標益形困難。
- (4)仍有事先得知底價之可能：在採最低標時，依稽察條例第十七條規定，底價應嚴守秘密，惟合理標在決標時，必須當場公開計算決標之底價，因此若此次流標需要再行招標時，原底價已公開，勢必成為廠商下次投標之參考，公開招標之意義將喪失大半。

即由於合理標有上述之缺失存在，故於試辦兩年後，已經廢止，目前仍回復到原有之最低標方式。當然會有合理標之嘗試，即表示最低標之作法無法令人完全滿意，惟在無較佳之方式可供選擇時，似只有延用舊法，始能較被普遍接受。

三、公共工程議價引發之問題

依目前審計法規之規定，公共工程本應以公開招標為原則，惟實際上常以議價方式指定公營營造業者辦理，其中尤以榮工處所承攬之公共工程最多。此種現象向來即招致民間業者之不滿，認為此舉阻礙其參與公共工程之機會，嚴重影響其發展及生存，故要求給與平等參加公共工程之機會並廢止退輔條例第八條之呼聲一直不斷。以下即針對此部分加以說明：

(一) 依據法令現況

公共工程，依現行審計法令，尤其是稽察條例第六條、第七條及第十一條之規定，在一定金額以上應以「公開招標」辦理為原則，僅在例外並符合一定條件下，始能改用「議價」方式辦理。至於公共工程由公營營造業者議價承辦之法令依據，除由榮工處優先辦理時，得依據國軍退除役官兵輔條例第八條（註122）以外，一般係以審計法施行細則第四十六條、第四十八條第一項、第四十八條第二項及稽察條例第十一條為依據（註123）。

(二) 相關問題之檢討

其次，現行公共工程指定公營營造業者議價所依據法令似可檢討如次：

1. 退輔條例第八條應已無繼續存立之必要且不宜無條件開放參與

註 122：國軍退除役官兵輔導條例第八條：「政府舉辦之各項建設工程，如水利、公路、鐵路、橋樑、隧道、港灣、碼頭、營建及軍事工程等，得儘先由輔導會所設之退除役官兵工程機構議價承辦。」

註 123：(1)依審計法施行細則第四十六條之規定，如係因工程緊迫、技術性高或較複雜之重大特殊工程，可由其他公營營建機構議價承包。

(2)依審計法施行細則第四十八條第一項之規定，因公開招標確實曾有流標或廢標二次以上之事實時，才可將工程交由公營營建單位議價辦理。

(3)依稽察條例第十一條第一款及審計法施行細則第四十八條第二項之規定，主辦單位為保證品質、避免風險，而將大型工程交由公營營造業者議價辦理者，必須規定招標標準極高，而認定該公營營造業者為唯一符合規定招標標準。

公開競標。退輔條例第八條之制定，在當初主要係爲了加強榮工處之競爭力，並設法照顧數量眾多之榮民，故規定公共工程得由其優先議價承辦。惟迄今榮工已成爲國內最大之營造廠，使民營之營造業備感壓迫，且當初之榮民多已不在，故原先之立法理由已難以支持，該條並無繼續存立之必要，應可考慮予以廢止（註124）。

由於外界對此條規定之批評一直不斷，最近行政院終於考慮予以修正。經行政院審查結果，打算將退輔條例第八條修正爲：「政府舉辦之各項建設工程，輔導會所設之退除役官兵工程機構得參與投標承辦。但對特殊、重大或機密性建設工程，經主辦工程機關之上級機關核定者，得由其議價承辦」（註125）。此項修正之意見主要應係因應各方對榮工處長久以來得優先議價承辦之詬病，故變更得優先議價之規定，始得榮工處原則上不再得依此條規定要求優先議價，此種作法應值得肯定。惟又加入但書之規定，又留給榮工處得議價之空間，並未貫徹使榮工處不再享有優先議價特權之意旨。此外，值得注意者，該修正案中同意榮工處得參與投標。爲配合此項政策，並同時修正行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項（以下簡稱注意事項）第十七點「依行政院國軍退除役官兵輔導委員會組織條例第十六條組成之榮民工程事業管理處，若爲使民營廠商有競爭之機會，自願放棄依國軍退除役官兵輔導條例所定得以議價承辦重大工程之方式，而願參加該條例所定各種重大工程之競標者，除得免予繳納營業登記或繳稅證件外，仍應依『機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例』及本意事項之規定辦理」（註126）。

依據此項注意事項第十七點之修正，即爲彌補榮工處自願放棄

註 124：詳細之內容，請參閱廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」，*台大法學論叢*，第十七卷第一期，頁93以下。

註 125：行政院秘書處八十二年一月十二日台八十二內字第〇一〇六七號函。

註 126：行政院八十一年十二月九日台八十一內字第四六八六號函准予備查。

輔導條例第八條得優先議價之權利，故開放其得參與公開競標。惟此項政策上之變更，有以下幾點值得斟酌之處：

- (1)上述退輔條例之修正，主要係因應榮工處願意放棄優先議價之權利，惟此修正案之但書仍保留例外情形，使榮工處得保有優先議價之權利，而使得原有之本意大打折扣，蓋其仍有極大之機會可以議價承辦。因此，實際上榮工處所退讓者並不多。若以此理由要求開放參與公開競標，實嫌牽強。
- (2)依注意事項之修正，榮工處可免繳營業登記證。蓋榮工處為退輔會之事業機構，並非營造業，故未依營造業管理規則辦理營造業登記。惟其既打算與其他民間業者一同參與公開競標，何以卻不須辦理營造業登記，是否亦屬另一種特權，恐有值得檢討之處。
- (3)又有關免繳繳稅證件部分，因榮工處係依輔導會組織條例第十六條設立之工程機構，屬安置基金非營業循環基金之一環，符合所得稅法第四條第十三款及行政院所訂定「教育、文化、公益、慈善機關或團體免納所得稅適用標準」之規定，可免納營利事業所得稅，故無繳稅證件可繳。惟由此亦可看出，榮工處既可免納營利事業所得稅，則在成本上應較一般民間營造業占有較大之優勢，顯有不平。

總之，由於時代環境之變遷，退輔條例第八條已無存在之必要，應可考慮予以廢止。若擔心榮工處因無法優先議價，致影響其參與工程之機會，則可考慮開放其得參與公開競標。惟在目前行政院之修正過程中，榮工處雖藉由退輔條例第八條之修正，同意放棄優先議價承辦之權利，惟該條仍有但書存在，尚有極大之空間可供議價。另一方面又開放其得參與公開競標，同時可免繳納繳稅證明與營業登記證，無異又授與另一項特權，此種作法是否妥適，民間業者之反應如何，皆是在作此決策前，須再三審慎衡酌之處。

若確為求得與民間公平之競爭，退輔條例第八條修正草案之但書應不予列入，且應將榮工處由退輔會之事業機構獨立出來，

2. 審計法施行細則第四十六條規定有抵觸稽察條例第十一條之嫌。依審計法施行細則第四十六條之規定，如係因工程緊迫、技術性高或較複雜之重大特殊工程，可由其他公營營建機構議價承包已如前述。惟這幾種情形並不在稽察條例第十一條所列舉之十款得改議價辦理之情形內。而審計法施行細則僅屬法規命令之性質，是否得為超出具法律性質之稽察條例所規定之範圍（註127），不無疑義。
3. 圍標之防止。依審計法施行細則第四十八條第一項之規定，於流標或廢標後，始得以議價方式辦理。在實務上，圍標常是造成公共工程流標或廢標之重要因素。因此，如何防止圍標之發生，乃為解決議價問題時所須面對之問題，就目前之法規而言，大致上約有如下幾種方式可供採行：
 - (1) 稽察條例第十九條：依稽察條例第十九條之規定（註128），不論在開標時或決標後，若發現有圍標之行爲者，得移送司法機關處罰或依法辦理，惟實辦上之見解，並不以圍標行爲會構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺罪（註129）。
 - (2) 公平交易法：依公平交易法第十四條前段規定，事業不得聯合行爲。若有違反，依同法第三十五條規定可加以處罰。此外，同法第十九條第四款亦規定，事業不得以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業參與聯合之行爲。若有違反，同

註 127：依憲法第一百七十二條及中央法規標準法第十一條之規定，命令不得抵觸法律，因此審計法施行細則第四十六條抵觸之規定，是否仍為有效，有待商榷。

註 128：稽察條例第十九條規定：「開標時發現投標人有串通圍標，圖以詐術取得不利益之嫌疑者，除當場宣布廢標外，並移送司法機關處罰；決標後，經檢舉查得投標人事先有串通虛抬標價圖利，或威脅其他廠商不得參加投標情事而有確切證據者，應由主辦機關宣布廢標，並連同證據移送司法機關依法辦理，其於決標或已立約後查得者，仍應依照司法程序辦理。」

註 129：見司法行政部刑事司編，刑事法律問題彙編，第二冊，刑法分別部分，民國六十六年十一月，頁1357，第一五九一則。

法第三十六條亦有處罰之規定（註130）。

而圍標之情形，係多數具有競爭關係之營造廠商，在特定第三人公開招標時，相約束競爭之一種約定，而加以限制之行爲。準此，應已符合該法第七條對聯合行爲之定義（註131）。

（三）憲法第七條之平等原則

亦有學者廖義男主張，可適用憲法上之平等原則以抑制圍標行爲（註132）。其認爲，縱符合審計法施行則第四十六條及第四十八條第一項得以議價辦理之要件，亦僅得議價辦理而已，並非當然即須指定公營營造機構承辦不可。蓋政府機關發包公共工程，仍應受平等原則之拘束。即對於相同之企業，應予相同之對待，如無正當之理由，不得予以不同之對待。主辦機關議價辦理公共工程，選擇承辦工程之營造廠商時，原則上，固有其自由，唯其選擇時所應考慮者，乃該營造廠商有無完成該工程之能力，能否確保該工程之品質，及能否如期完成。至於該營造廠商係屬公家或私人所有或經營，並非關鍵之所在。故主辦機關以公營營造機構同屬公家所有或經營，即優先給予承辦工程之機會，不能解爲有正當理由。（註133）

註 130：依公平交易法第三十五條規定，違反第十四條之規定者，處行爲人三年以下有期徒刑拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金。另依同法第三十六條規定，違反第十九條之規定者，經中央主管機關命其停止其行爲而不停止者，處行爲人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。法人犯此罪者，依同法第三十八條，對該法人亦科以各該條之罰金。

註 131：公平交易法第七條規定：「本法所稱聯合行爲，謂事業以契約、協議或其他方式之合意，與有競爭關係之他事業共同決定商品或服務之價格或限制數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區等，相互約束事業活動之行爲而言。」

註 132：參閱廖義男，同前註，頁110以下。

註 133：此涉及憲法第二章人民基本自由權利究係直接拘束（或規範）立於私法主體地位之國家行爲（即所謂之國庫行爲）或僅發生「間接拘束作用」。學者廖義男氏採「間接作用說」，見氏著，**國家賠償法**，頁35以下；許宗力氏則採「直接拘束效力說」，見氏著，「基本權利對國庫行爲之限制」，載**輔仁法學**第七期，民國七十七年一月，並收錄於氏著，**法與國家權力**，頁1至72。

(四)稽察條例第十一條第一款及審計法施行細則第四十八條第二項規定之缺失

稽察條例第十一條第一款規定，營繕工程，在同一地區內，經調查僅有一家廠商符合規定招標標準者，得改用議價辦理之，又審計法施行細則第四十八條第二項亦有類似規定，即營繕工程依法公告招標，僅有一家廠商投標，經主辦機關檢討原訂廠商資格及規範，並無不當，確認僅有此一家能承攬者，審計機關監視人員得當場同意先行改以議價方式辦理。

依上開規定，主辦機關如欲使其工程得以議價方式辦理，可以藉保障工程品質之名，提高投標廠商之資格，使事實上僅剩一家廠商符合規定招標標準，而達到議價辦理之目的。

尤其公營營造機構，如榮工處、中華工程公司、唐榮公司等，係國內數一數二之最大營造廠，因此，利用上開條文而使其單獨議價承辦，並無困難。事實上，政府機關亦常利用此種方法達其目的。（註 134）

主辦機關如欲偏頗一特定之公營大營造廠，故意強調其工程性質係屬鉅大或特殊，並認僅該公營大營造廠符合該工程之標準，而利用上述有關規定，交由其議價承辦，藉以排除民營之中小營造廠參與投標之機會者，依據前述憲法第七條平等原則與公平交易法相關規定，即屬認事用法有誤。

綜上，公共工程交由公營營造廠優先議價承辦之作法，顯然極不恰當。除了已無法配合時代潮流之趨勢外，更影響民營業者承辦公共工程之機會，同時也壓抑了其發展之可能性。此主要係出於觀念保舊以及法規之不健全所致。因此，應認清公營營造業已非數十年前需要處處保護之弱者，同時並修改交由公營營造廠優先議價承辦之相關法規，給與民營業者可以公平競爭之環境，使其得以合理地生存與發展，發揮憲法上平等原則之精神，並有助於公共工程品質之提昇。

註 134：例如，菸酒公賣局復興啤酒廠興建工程，即以省屬唐榮公司為唯一具備承攬該項工程資格之營造機構，而將該工程交由該公司議價承建；又如台灣省政府住宅及都市發展局辦理台北重陽大橋新建工程第一標鋼斜張橋部分，亦以國內唯有唐榮公司尚能符合該工程標準，而擬交由該公司單獨議價承辦；引自廖義男，同前註，頁118。

第五篇 美國法制之省思與借鏡 ——我國採購及委辦法 制革新芻議

本研究前四篇分別探討了美國聯邦、加州、麻州的公共契約制度，以及我國政府目前採購和委辦之法令依據。本篇擬針對我國現制之缺失，試由美國法制的反省中，歸結具體建議，供政府決策及立法的參考。

在我國，關於政府以締結契約為手段，向民間採購物品或委託民間辦理行政事務，從制度的觀點而言，猶屬粗糙落後，亟待通盤檢討。六年國建已正式登場，各項計畫決標、發包之際弊案頻傳，嚴重傷害政府的廉能與效率，建立一套先進、健全的公共契約法制，已經刻不容緩。茲建議：

行政院立即成立「公共契約法制革新委員會」，限期分段完成「現制檢討」與「公共契約法草案」研擬等兩項工作，提報行政院院會。

第一章 關於「公共契約法」 草案的大體意見

本章擬就未來「公共契約法」草案研擬時牽涉的大體問題，提出建議。

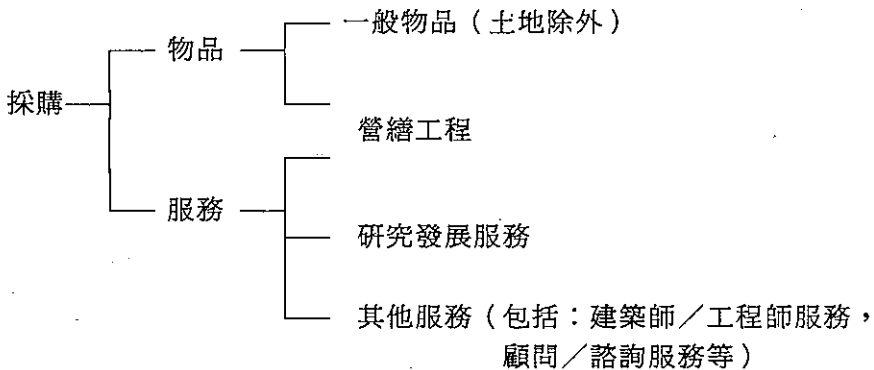
第一節 「公共契約法」之適用範圍

未來「公共契約法」草案適用範圍可分為「事項」及「主體」兩方面討論。

一、未來「公共契約法」草案應適用於那些事項？

按美國聯邦分殊的採購立法與合一的「聯邦採購規則」(FAR)所規範的「採購」(procurement/acquisition)範圍(事項)略可表解如下：

圖5-1 美國公共契約法上之「採購」概念



吾人以爲未來「公共契約法」草案所稱「公共契約」應適用於物品之採購以及行政業務之委辦（含工程之營繕）。理由有三：

1. 就政府立場觀之，採購和委辦皆使政府立於需求之一方，有別於政府一般立於供應（或管制）者之情形。從預算上說，採購與委辦皆涉及政府預算之開銷，同須接受監督及稽核。
2. 從手段上說，政府爲採購與委辦時，都需與民間（個人或團體）簽訂契約，以界定彼此的權利、義務。採購與委辦之「公共契約」在形成過程上有許多共通之處，允宜合併規範。
3. 爲確實維護「公共利益」，並樽節雙方當事人之勞費，發展公共契約「定型化條款」（或稱「標準條款」），實有必要。

然鑒於中文稱「採購」一般僅指「財物」之獲取，勉強可及於「工程」之營繕，而難以兼括「服務」之提供。（關於「服務」之採購，在我國多以「政府委託民間執行業務」稱之）本文爰建議研擬「公共契約法」，而不稱「採購法」。

二、未來那些行政主體應適用「公共契約法」草案以締結契約？

美國聯邦公共契約法係以「行政機關」（executive agencies）爲適用主體，並且定義「行政機關」爲：「行政部門所屬各行政部會（executive departments）、各軍部（military departments）、獨立（管制）機關（independent establishments）以及百分之百由聯邦政府所有（完全國有）之公司。」（註1）審酌吾國國情，吾人以爲未來應適用「公共契約法」草案之行政主體包括：

1. 中央政府各機關及其所屬機關；
2. 中央政府獨資經營之國營事業機關；
3. 各級地方政府（省／市、縣／市、鄉／鎮）辦理採購或委辦（含營繕工程）接受中央補助之款項超過該項採購總值百分之五十者。

茲再分述理由如下：

註 1：41 U.S.C.A. § 403 (1) (1991).

(一)廣義或狹義行政機關？

「公共契約法」應適用於「行政機關」殆屬無疑。然所謂「行政機關」又有廣義與狹義之別。狹義之行政機關指行政院暨所屬各機關；最廣義之行政機關則可包括中央政府各機關及其所屬機關與各級地方政府及其所屬機關。吾人以爲未來應適用「公共契約法」者應限於中央政府各機關及其所屬機關，而不包括各級地方政府及其所屬機關。

前（第四篇）已述及，我國現行採購法令係以審計法及其衍生法令（尤其是「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」（以下簡稱「稽察條例」）與「審計法施行細則」）爲骨幹構建的。按五權憲法體制，審計權屬於監察權之範圍，應由中央立法並執行之。審計法第四條、第五條及審計部組織法第十四條規定，中央各機關及其所屬機關之財務審計由審計部辦理；各省（市）政府及其所屬機關之財務審計由審計部於各該省（市）設審計處辦理；各縣（市）政府及其所屬機關之財務審計由審計部於各該縣（市）酌設審計室辦理。（註2）是知，審計法與稽察條例所稱之「各機關」爲最廣義之行政機關。然，公共契約法（採購法）原與審計法有別，其所關注者亦不限於稽察、防弊。是審計權屬於監察權，而由中央立法並執行，地方無監察權，並不表示中央即可制定統一的「公共契約法」，拘束各級地方政府。蓋觀諸憲法第一百零七條及第一百零八條之規定，未見中央有是項權限；而省（市）、縣（市）如何簽訂公共契約涉及地方自治事項之推行，未必有全國一致之性質，是爲尊重地方自治，吾人以爲未來「公共契約法」草案不應適用於各級地方政府及其所屬機關。但中央補助地方進行採購或委辦（含營繕工程），如其補助款項已逾該項採購案總值之半，則應例外使地方政府或其所屬辦理採購之機關接受「公共契約法」之規範。此不獨爲事物本質上合理之要求，且有改正台灣地區愈向基層，採購弊端有愈形嚴重之傾向之用意。

另一方面，未來「公共契約法」又不應限於行政院暨所屬各機關

註 2：參見憲法第九十條、第一百零七條第十三款及司法院大法官會議釋字第235號解釋。

始有適用。蓋採購與委辦在中央各機關及其所屬機關皆有需要，就事物之本質觀之，行政院與立法院在採購電腦（資訊）設備時並無不同，殊無為分別規範之理由。亦即，應由實質觀點界定應適用「公共契約法」之「機關」。中央各機關（五院、總統府、國民大會）及其所屬機關進行物品採購或委辦業務時，皆應依「公共契約法」辦理。

（二）文武分殊或文武合一？

制度設計上，「公共契約法」是否適用於軍事機關為另一個值得斟酌的問題。美國聯邦法制之發展係由分殊（一九四七年的軍事採購法與一九四九年的聯邦財產暨行政服務法）而歸於統一（一九八四年的締約競爭法與統一的聯邦採購規則）。吾人以為未來「公共契約法」應適用於「中央各機關及其所屬機關」，而「中央各機關及其所屬機關」包括各軍事機關在內。質言之：

1. 現制下，審計法及稽察條例所稱之「各機關」俱包含軍事機關在內，惟准許以「高度機密」或「軍事緊急」為由，作適度之變通。（註3）此種設計一方面肯定軍事機關以公帑進行採購亦不能免於審計機關之監督及查核；一方面允許軍事採購（含營繕工程）有高度機密或有軍事緊急性質者，得經行政院或國防部核定後，免除審計機關之事前稽察，但仍須接受事後之「查核」（或「核備」）。這樣的設計堪稱適當。我國國防預算龐大（每年約占政府總預算的四分之一），軍品採購向為大宗，而多年來由於所謂「軍令、軍政劃分」的結果，許多軍事行政不受立法院的監督，確立軍事採購亦須受稽察的原則甚有意義，而緊急或機密採購除外亦足以兼顧實際需要。吾人以為現制下文、武機關同受監督之精神應予維持。

註 3：機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例第二十九條：「軍事機關採購軍品或營繕軍事工程，具有高度機密性者，經行政院核定後，得自行辦理，事後應敘明原因，檢附各項有關文件，送審計機關核備；其因軍事緊急性，或為確保軍品品質時效，不及依本條例規定程序辦理者，由國防部核定後，亦得自行辦理，事後應敘明原因，檢附各項有關文件，送審計機關查核。」

2. 現行「國軍軍品採購辦法」及「國軍軍品採購作業規定」較其他機關所依據之「審計法施行細則」、「稽察條例」（以上為自辦採購時）以及「中央信託局代辦國外購料章程」、「中央信託局代辦國內購料章程」（以上為委託代辦採購時），更為精緻、先進，實為現行法中罕見之現象。「文武合一」的「公共契約法」草案將可直接以軍品採購既有的制度為基礎進行法制革新。尤其「國軍軍品採購作業規定」多達四百零六條，已為公共契約定型（標準）化奠定了良好的基礎。
3. 為兼顧各機關特殊之需求，未來「公共契約法」草案宜仿倣美國聯邦法制引進兩種制度。一為發展「標準條款／表格」之同時，依其情形，亦一併擬定若干「選用條款／表格」，供需用（採購）機關選擇。另一為經公共契約管制機關（詳見本章第三節）核可後，許為異於「標準契約條款」之權變（deviations）。有了這兩種機制，文武機關更無分別發展兩套公共契約法之必要。

（三）完全或部分公營之事業？

我國現制下所謂「公營事業」係從廣義解，包括中央政府經營之事業（嚴格說應稱「國營事業」）及各級政府合營之事業；政府獨資經營者固屬之，由政府與人民合資經營而政府資本超過百分之五十以上之事業亦屬之。（註4）本於前述尊重地方自治之理念（註5），未來應適用「公共契約法」者應僅限於國營事業，而不及於省營或縣營事業。又鑒於公營事業民營化乃政府既定之政策，（註6）且公營事業本與行政機關不同，應享有較大之營業自主，爰參考美國聯邦法制，建議僅完全（百分之百）國營之事業始須適用「公共契約法」。

註 4：參見公營事業移轉民營條例第二條、國營事業管理法第三條、審計法第四十七條。

註 5：憲法第一百零九條第四款及第一百十條第三款分別列舉「省公營事業」及「縣公營事業」為省、縣之權限，中央自應予尊重。

註 6：參見公營事業移轉民營條例第四條（80年6月19日修正）。

(註7)

第二節 「公共契約法」立法體例

長久以來，國內行政法學者習慣將行政法析分為組織法、作用法及救濟（爭訟）法三大類。（註8）這樣的分類相當符合國內行之有年的立法體例。質言之，行政組織法（如各機關之組織法或組織條例）（註9）一般只規定某機關之職掌、單位及編置員額，而不及於行政作用與行政爭訟。（註10）典型的行政作用法一般係為達成特定目的而授權主管機關採取必要行政行為，例如為防治空氣污染而制定空氣污染防治法，授權主管機關採取各種防治措施。作用法既是目的導

註、7：此僅係就未來「公共契約法」適用之主體而言，至於審計法第四十七條應否酌予修正為另外一個問題。

我國現制下是否有美國所謂的「獨立機關」容有爭論。惟如以為有（行政院公平交易委員會組織條例第十一條、第十三條及第十四條；公平交易法第二十五條、第二十七條及第二十八條參看），則因「中央政府各機關及其所屬機關」文義上本可包括「獨立機關」，後者自亦有「公共契約法」之適用。

一般以為獨立機關之特色包括：合議決策、委員任期間隔（即委員任期雖相同，但彼此屆滿之日期不同）、委員任期較總統任期（四年）為長、限制主要政黨黨籍委員人數不得超過委員總額之半數等。參見 Shane, *Independent Policy Making and Presidential Powers: A Constitutional Analysis*, 57 GEO. WASH. L. REV. 596 (1989); Miller, *Independent Agencies*, 1986 SUP. CT. REV. 41 (1986); 拙著，三權憲法，四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院 *INS v. Chadha* 案評釋，美國研究，十六卷二期，頁7以下（75年6月）。

註 8：參見林紀東，行政法（71年6月，4版）；管歐，中國行政法總論（68年4月，16版）。

註 9：實務上，中央五院及其所屬部會之組織法多以「組織法」名之，如行政院組織法、經濟部組織法、考選部組織法。而行政院所屬局、署及各部、會下屬一級機關之組織則多以組織條例命名，如行政院新聞局組織條例、行政院環境保護署組織條例、財政部金融局組織條例、行政院勞工委員會勞工安全衛生研究所組織條例。

註 10：例如行政院環境保護署組織條例（76年7月制定）；行政院公平交易委員會組織條例（81年1月制定）；財政部金融局組織條例（80年5月制定）。

向，通常只規定主管機關為何（註11）；如該主管機關猶待設立，輒以「××機關之組織另以法律定之」一筆帶過。（註12）至於行政救濟現制下則幾乎全由「訴願法」及「行政訴訟法」包辦（註13），各作用法與組織法中鮮有特別提及行政救濟途徑者。上述立法體例的優點在於涇渭分明，合乎體系整齊的概念要求。但是要維持這樣的體例必須有高效率的立法機關才行。

目前我國立法的效率低落、品質低劣，殆為不爭之事實。造成此一現象的原因很多，有些且涉及憲法層次的制度調整問題，殊難期待在短期內，有重大改進。在這樣的背景下，一味堅持傳統的立法體例，恐將阻礙法制的革新。法制的革新必然牽涉多端，包括原有機關的組織調整（含新機關的設立）、原有授權（作用）之改進（含賦予新的授權）、原有行政程序之改進（含為適切行使新的授權所創設的新行政程序）、甚至為利害關係人開闢新的（特殊的）救濟途徑等。在專業立法助理的制度，或專業的立法單位尚未設立前，以及議事效率未見大幅提升前，任何法制革新因為需要分別修正多個組織法、作用（程序）法及救濟法，不但延宕時日在所難免，甚至經常出現立法本意不克貫徹的問題，例如作用法修正了，而組織法（或救濟法）未能配合修正；或者作用法之修正與組織法（或救濟法）之修正彼此不能配合。（註14）

註 11：例如空氣污染防治法第三條（81年2月修正）；勞工安全衛生法第三條（80年5月修正）；就業服務法第六條（81年5月制定）。

註 12：例如著作權法第二條第二項：「內政部得設著作權局，執行著作權行政事務；其組織另以法律定之。」
惟公平交易法除第二十九條規定：「公平交易委員會之組織，另以法律定之」外，並於第二十七條規定公平交易委員會進行調查時應遵循之行政程序，堪稱為進步之例外。

註 13：另國家賠償法及公害糾紛處理法可視為特殊的行政救濟法。

註 14：例如行政院環保署於民國七十六年八月依同年七月制定之組織條例設立，但相關作用法並未配合一併修正（如原空氣污染防治法第三條仍以行政院衛生署為該法之中央主管機關，以迄空污法於民國八十一年二月修正為止）。
另，筆者前參與翁岳生教授主持之「行政程序法之研究」，起草「行政程序法」草案之「法規命令與行政規則」訂定程序時，因鑒於美國立法例及實施經驗顯示行政程序法之種種規定非有法院之審查及監督難以落實，爰主張將法院審

爲了加速法制革新，畢全功於一役，允宜仿效美國法制及其務實的精神，大膽突破傳統立法體例。茲建議：

未來的「公共契約法」草案採用融合組織法、作用法、程序法及救濟法於一爐的綜合法體例（註15）；且包括新法之制定及現行之修正，一次提出一案審查。（註16）

以下第三章即本此體例，建議「公共契約法」草案各章節之架構

第三節 公共契約法制專責機關之設立

鑒於公共契約牽涉多端，公共契約法典（法制）化與標準（定型）化乃一持續性工作，且公共契約應配合政府施政目標時時反映新的政策，在行政院下成立專責機構確有必要。茲就此一專責機構之名稱、組織型態、職掌及其與現有機關之權責劃分等問題，略作討論。

查之標準一併訂入「行政程序法」草案。俟以研究小組多數成員認應顧全現行體例，只「專函建議」司法院未來修正「行政訴訟法」時考慮納入。制度之精髓礙於體例不克體現，此爲一例。參見「行政程序法草案」第一百零八條，載行政程序法之研究，第146~147頁（行政院經建會經社法規研究報告 1007，79年12月）；拙著，「行政立法程序之研究——美國行政程序法本土化應用之嘗試」（載同一報告，頁321以下）。

註 15：參見下述第五篇第二章第一節「草案目次」。其中第二章「公共契約委員會」爲組織法；第三章（契約計劃）至第八章（交貨驗收）規範各採購階段之作業，爲作用法與程序法之混合；第九章（契約爭議處理法）爲救濟法。猶需一言者，我國雖然尚未制定一般性的行政程序法，但各種行政程序規定已散見於許多法令之中。未來「公共契約法」草案應在行政程序上大幅突破，俾能有效兼顧保障人民權益與維持行政效率之雙重目的。

註 16：美國的立法案（a legislative bill）多爲本文所稱之「綜合法」，舉凡相關者，不論其爲組織、作用、程序抑或救濟之性質，皆一併提出。俟法案通過後，再按其內容，分別歸入美國法典彙編（United States Code = U.S.C.）各篇（Titles）中。因此，如前舉註14之例，在美國殆不至發生，蓋「行政院環境保護署組織條例」制定時，其時法規凡提及其前身「行政院衛生署」（環保局）者必一併配合修正。我國今後應以一個法案一次提出所有相關條文。通過後新增條文編爲一個法（如「公共契約法」），其他修正現有法令之條文，即視同對各該法令之修正加以處理。

一、專責機關之名稱及其組織型態

機關之命名必涉及其組織型態（爲部、會、局、署或委員會），而名稱與組織型態又視其職掌（工作性質及需要）而定。今爲行文方便，先論其名稱、型態，次論其職掌。

設計上，未來公共契約法制專責單位可爲行政院下轄之獨立部會（如內政部、僑委會），亦可爲行政院內部之幕僚單位。實務上，由於行政院組織法多年來未能修改，八部二會之組織架構難以突破，致使許多實際上獨立的部會，在名稱上仍冠上「行政院」三字。典型的例子如行政院環境保護署、行政院衛生署、行政院勞工委員會、行政院大陸委員會、行政院公平交易委員會。公共契約法制化涉及各部會之運作，非經協調、整合難以劃一，故以「委員會」（註17）之組織型態爲佳；性質上公共契約法制化既非一可獨立發生作用之工作，自以成立幕僚單位負責爲宜。吾人建議此專責幕僚機關之名稱爲：

甲案：行政院公共契約委員會；

乙案：行政院公共契約法制委員會。

乙案重在突顯其爲「法制」委員會。亦即，締結公共契約進行採購或委辦之權仍在於行政院暨所屬各機關首長，行政院公共契約法制委員會主要任務僅在建立並維持公共契約「法制」。此種分工略似憲法增修條文第十五條分割行政院與考試院關於人事行政方面的權力安排。（註18）甲案則較能概括該委員會之職掌（下詳），蓋該委員會預定

註 17：我國現制下，首長制機關與委員制機關之區別，形式意義大於實質意義。理論上說委員制機關所有法定職權之行使皆須經委員會議決；然實務上或由於各該組織法（條例）規定模糊，或由於官僚體系普遍之次文化影響使然，主任委員實際上與局、署、處首長鮮有不同，委員會之合議功能多未見發揮。關於美國委員制機關之組織及運作程序可參見 G. EDLES & J. NELSON, FEDERAL REGULATORY PROCESS: AGENCY PRACTICES & PROCEDURES 535 (Federal Communication Commission) (1983).

註 18：中華民國憲法增修條文第十四條第一項：「考試院爲國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：

- 一、考試。
- 二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。
- 三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。」

職掌除公共契約法制之建立及維持外，還兼及採購專業人才（「契約官」）之培訓，及公共契約資訊系統之建立、管理等。（下詳）另，概括稱為「公共契約委員會」亦與有現有之機關名稱，例如「大陸委員會」、「勞工委員會」、「公平交易委員會」等較為一致。本文以下爰以「公共契約委員會」稱之。

二、「公共契約委員會」之職掌

茲建議未來「公共契約法」中明定「行政院公共契約委員會」之職掌如左：

（一）關於公共契約政策及法規之擬訂事項。

不論是締約採購物品（含營繕工程）或是締約委辦行政業務，恆涉及預算之編列及開支。為使政治責任之歸屬明確，便利國會監督，締結公共契約之權力仍應由中央政府各機關及其所屬機關之首長掌有。然為推動公共契約法制化，關於公共契約政策（例如：如何以公共契約達成技術移轉之目的，應否鼓勵採行聯合承包制度等）及法規（例如：公共契約法施行細則及現有各種採購法規）之擬訂及修正應統由「行政院公共契約委員會」負責。（註19）

（二）關於各種公共契約標準條款、標準表格及標準用語之擬訂事項。

為降低契約雙方當事人的締約成本，明確規範雙方當事人之權利、義務，發展定型化公共契約乃必然之趨勢，且為統一、改進公共契約法制之重要工作，應屬「行政院公共契約委員會」之職掌。解釋上此一標準條款擬訂權應包括：在可能的範圍內，擬定所謂「選用條款」，俾當事人可有若干選擇；以及當標準條款及選用條款皆不適合時，可例外核准為「權變」之權。

註 19：為確實維持一套統一的公共契約法規，宜仿美國聯邦之制（參見第一篇第一章第二節三(4)），明定各機關訂定之採購及委辦作業細則，應經行政院核准後發布。其未經核准逕行發布者，依「行政程序法」草案（參見前揭註14）第一百零七條第一項第四款之規定，應屬無效。

(三)關於公共契約爭議之調查、處理事項。

前已言及美國聯邦公共契約爭議分「決標爭議」與「履約爭議」兩種，各有許多併存（競合）的救濟途徑。為便於當事人利用，且為配合我國現有之制度，未來有關公共契約之爭議，不論決標爭議或履約爭議，應概循同一途徑救濟。為使行政機關有自省之機會，公共契約之爭議宜先循行政爭訟程序（訴願、再訴願）化解，不服才進入司法程序（行政訴訟）。（註20）其次，為使公共契約委員會能有效維持劃一的公共契約法制，應使其有決定再訴願案件及為做成再訴願決定所必要之事實調查及證據認定之權力。（註21）

(四)關於重大（公共）契約案之計畫審議、履約監督及績效考核事項

現行採購法令因以審計法令為骨幹，使審計機關多方介入採購各階段之工作，致採購機關之政治責任與審計機關之財務稽核責任混淆不清，殊非合理。（註22）將來制定「公共契約法」時應一併修正審計法及稽察條例，限制審計機關僅負責事後之審計，而由「行政院公共契約委員會」擔負「重大」（註23）公共契約案之行政監督工作，包括：計畫階段之審議（如底價、規格、契約種類、保證方式之核定）、履約期間之監督及契約績效之考核等。

註 20：此非謂雙方於行政爭訟或行政訴訟中不得和解。

註 21：為此，未來「公共契約法」草案中應明定：採購機關關於公共契約招標、決標、履約過程中所為之決定，視同「行政處分」。並直接以中央主管部、會、署為訴願機關，以爭取時效。凡此皆與現行訴願法之規定不同。

註 22：參見本篇第二章第三節三轉之說明。

註 23：所謂「重大」契約案，一般係以金額作為認定基準。現制下審計機關只在各機關營繕工程及購置、定製財物達「一定金額以上」時，始介入（「監視」）其招標、比價、議價及訂約、驗收等工作（參見稽察條例第五條）。所謂「一定金額」即審計部不定期修正（調整）公佈之「稽察限額」，目前已放寬至新台幣五千萬元。在此限額以下之「小額」採購只須將有關資料送審計機關「查核備案」即可（審計法施行細則第六十八條）。未來「行政院公共契約委員會」應介入（管制）之「重大」契約案，其「一定金額」不必同於審計部目前所定之「稽察限額」，自不待言。

(五)關於公共契約專業管理人才之培訓事項。

現制下各機關缺乏專業採購人員，滋生許多弊端，久為各方所詬病。將來公共契約法制化之後，必須同時培訓專業的契約管理人員，配合執行締約（含計畫擬定、審標、招標、決標等）、履約監督及解約善後等工作。爰建議模仿法務部設「司法官訓練所」、環保署設「環境保護人員訓練所」之先例，（註24）於「行政院公共契約委員會」下設「契約官訓練所」積極培訓「契約官」。

(六)關於公共契約資訊之建立、管理運用事項。

為使「行政院公共契約委員會」能有效審議、監督、考核各機關公共契約活動，必須建立中央控制式的電腦資訊網絡，蒐集、管理、流通公共契約相關資訊。（註25）

(七)關於承包商之評鑑、管理事項。

為落實契約績效考核，有效制裁違規（違反締約倫理）之廠商，必須配合建立包商評鑑及管理制度，並統由「行政院公共契約委員會」掌管。

三「行政院公共契約委員會」與其他機關之權責劃分

(一)審議中之「行政院公共工程委員會」與「行政院公共契約委員會」

行政院為統籌重大公共工程之規劃、審議、協調及督導，於八十年十月函請立法院審議「行政院公共工程委員會組織條例」草案（註26）計十八條，刻正在立法院審議之中。茲建議：

註 24：參見法務部組織法第六條；法務部司法官訓練所組織條例；行政院環境保護署組織條例第二十二條，行政院環境保護署環境保護人員訓練所組織條例。

註 25：例如據以訂定、調整工程物價指數之資訊，以及因違反環保法規、嚴重逃漏稅或非法雇用外籍勞工等而被列為禁止締約之拒絕往來戶名單資訊。

註 26：見立法院議案關係文書院總字第1558號（80年11月6日）。

「公共契約法」制定後，將「行政院公共工程委員會」改組為「行政院公共契約委員會」。理由如下：

1. 擬議中之「行政院公共工程委員會」（以下簡稱「公工會」）最受人質疑者厥為其設立之必要性。蓋「公工會」並無「統籌建設公共工程」之權，如僅為強化公共工程建設之規劃、審議、協調及督導，現有之「行政院公共工程督導會報」似為已足。尤其，擬議中之「公工會」組織條例草案中規定之職掌不乏與其他機關（如內政部營建署、經建會）之職掌重疊者，就此備詢官員亦難解釋。（註27）
2. 公共工程之建設既由各目的事業主管機關編列預算，且為其施政計畫項目之一，自應由各主管機關負責推動。美國聯邦之制度只統一採購法規及政策，而將具體的採購決定權保留給各機關首長，實有深義藏焉。（註28）
3. 為明確維持各機關首長之預算編列權暨政治責任，並為有效強化公共工程之督導，由健全公共契約法制著手方為正辦。本報告建議之「行政院公共契約委員會」職掌既遠勝於擬議中之「

註 27：比較「行政院公共工程委員會組織條例」草案與「行政院公共建設督導會報設置要點」（載法務部公報第134期，頁74，民80年8月）可知：

(1)兩者同是每月開會一次（條例草案第九條，要點第十一條）。

(2)兩者之單位組織大體相同（條例草案第三條，要點第二條）。

所不同者，公工會之組織編置可達281人，而「會報」之編置僅99人（專任35人，由有關機關借調或調兼之兼任人員64人）（參見立法院公報81卷2期，頁338～339；條例草案第十條；「要點」所附「編組表」）。

由於「會報」之設立、改組及裁撤皆不須經過立法院，如兩者之功能相當，應以設立「會報」較具彈性且能配合實際需要。並參見立法院公報第81卷第2期，頁337～357（81年1月4日）；行政院答覆立法委員王滔夫有關「行政院公共工程委員會組織條例草案」質詢稿。

註 28：參見本報告第一篇第一章第二節四之說明。

行政院擬以「公工會」作為過渡，最終目標在於成立一「公共工程建設部會」（見立法院公報81卷2期，頁342）。

現制下主管機關為推動重大公共工程恆設立新的單位負責執行，例如交通部為建築北一高及北二高，先後依據公路法第十三條，設立了「高速公路工程局」及「國道興建工程局」。台北市政府為建築捷運系統亦設有「捷運工程局」。惟上述機關之組織皆未經立法只有為「組織規程」。

公工會」，則前者設立後，後者自無存在之必要。

(二)內政部營建署與「行政院公共契約委員會」

內政部營建署現有職掌中與「行政院公共契約委員會」職掌重疊者，應由後者吸收。質言之，內政部營建署組織條例第二條第十款「關於營造業、土木包工業、建築業、鑿井業、建築師及有關營建之土壤鑽探業、工程顧問公司暨專業技師之管理事項」；同條第十三款「關於工程招標制度之推行及督導事項」；同條第十二款中「關於……工程計畫……之審該、督導事項」等規定皆應刪除。（註29）經此修正後，該署之職掌（如土地綜合開發計畫之策劃、區域計畫之規劃、審核及督導等）皆與土地利用規劃有關，允宜更名為「內政部土地利用規劃署」，俾名符其實。

(三)行政院經建會與「行政院公共契約委員會」

行政院經建會應由國家經建政策的宏觀觀點，透過預算編列之審查、協調，向行政院建議各機關各項重大公共契約案（採購及委辦案）之實施優位次序（priority-setting）。（註30）各項公共契約締結與否（採購／委辦與否）必然涉及成本／效益之分析（cost-benefit analysis）。本益分析的旨在於協助判定某項計畫由資源（預算）有限的觀點來看，是否值得推動。至於未來「行政院公共契約委員會」的公共契約審議則應限於「契約技術」層面，例如契約種類之選擇是否得當，標的物之規格設定是否確切反映機關需求而未過度限制競爭，底價之訂定是否合理等。因行政院經建會與「行政院公共契約委員會」同為行政院之幕僚機關，倘就某一個案意見相左，自應由行政院為最後之裁奪。（註31）

註 29：另，內政部營建署組織條例第三條應一併刪除（即裁撤「建築管理組」及「公共工程組」）。

註 30：行政院經濟建設委員會組織條例第一條：「行政院為從事國家經濟建設之設計、審議、協調及考核，特設經濟建設委員會。」

註 31：理論上，各招標／主辦機關不願接受「行政院公共契約委員會」之審查意見時，亦應由行政院為最後之裁奪。

四 監察院審計部與「行政院公共契約委員會」

審計工作在美國係由聯邦主計長 (Comptroller General) 所領導的聯邦會計總署 (General Accounting Office) (註32) 負責。在組織體系上會計總署隸屬於美國國會，然實際上其運作非常獨立。主計長任期十五年，任期中須有法定事由始得由國會 (而非總統) 將之免職。(註33) 就公共契約而言，主計長依法得稽核政府機關及承包商之相關賬目，(註34) 並裁決有關締約 (決標) 之爭議。(註35)

我國採行五權憲法制，將預算執行之監督權及收支命令之核定權，悉由審計部掌理，而審計部則隸屬於監察院。體系上與美國不同，但應無損於審計之獨立。(註36) 現行採購制度的問題似在於審計機關多方面介入各機關之採購作業，致主辦機關的行政決策責任與審計

註 32：該署最早係依 Budget and Accounting Act of 1921, 42 Stat. 20 設立的。

註 33：31 U.S.C. § 703 (e)(1) (1982).

註 34：10 U.S.C. § 2313 (b); 41 U.S.C. § 254 (c).

註 35：原先31 U.S.C. § 3529 只授予主計長可對各機關收支官員有關付款或負債之決定預為表示意見之權，但因所有收支命令最後都須經主計長稽核，原來諮詢性質的意見遂演變成具有拘束力的決定。此一權力後來並演變為主計長對締約 (決標) 爭議有裁決之權。目前此一爭議裁決權已經載入法律，見 31 U.S.C. § 3551 *et. seq.*

聯邦最高法院在 *Bowsher v. Synar* 案 (478 U.S.714 (1986)) 判定國會賦予主計長某些「行政」性質的權力，有違權力分立的原則。準此，上述締約爭議裁決權是否為「行政」權，要非無疑。關於 *Bowsher* 案之評論，參見 Sargentich, *The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers*, 72 *Cornell L. Rev.* 430 (1987); Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions — A Foolish Inconsistency?* 72 *CORNELL L. REV.* 488 (1987); 拙著，美國國會與權力分立理論——我國採行總統制可行性的初步考察 (載中研院歐美所，美國國會之制度與運作，頁1~40，民81年6月)。

註 36：審計部雖隸屬於監察院，但審計長係由總統提名，經立法院同意後任命 (憲法第一百零四條)。有關法規雖未見有關審計長免職之規定，但由審計法第十條 (「審計人員依法獨立行使審計職權不受干涉」) 及審計部組織法第三條 (「審計長之任期為六年」) 觀之，應認為審計長於任期中非經法定程序 (如經監察院彈劾，公務員懲戒委員會議決者)，不得任意免職。

又憲法第一百零五條規定，審計長應向立法院提出決算審核報告。是審計部組織法第四條所謂：「審計長……秉承監察院院長，綜理全部事務，並監督所屬職員及機關」應係指一般行政事務而言。

機關的依法審計責任混淆不清。吾人以爲將來有關公共契約的行政監督工作，應交由「行政院公共契約委員會」負責。監察院審計部只在事後依法進行審計。質言之，審計部依法原有核定收支命令之權，（註37）凡與預算或有關法令不符之公庫支出應拒絕核簽。（註38）

依現行法令，審計機關對採購個案除事後之審計（查核）外，尚有事前之「同意」與同步進行之「監視」（及「簽證」）兩種。

依法須「事先」徵得審計機關「同意」者包括：

1. 底價之核定；（註39）
2. 主辦機關擬由招標或比價改爲議價之決定；（註40）
3. 因特殊原因，主辦機關擬由招標改爲比價或議價之決定；（註41）
4. 因連續廢標等原因，主辦機關擬由招標改爲比價或議價之決定；（註42）
5. 主辦機關擬爲超越底價之決標（註43），或擬決標予次低價標時。（註44）

至依法應有審計人員參與「監視」（「簽證」）者包括：

1. 主辦機關辦理開標、比價或議價時；（註45）
2. 主辦機關與包商締約時；（註46）

註 37：參見審計法第二條；審計部組織法第五條。

註 38：參見審計法第三十九條第一項；非經審計機關或駐審人員核簽，公庫不得付款（同法第三十八條）。

註 39：稽察條例第十五條第三項、第八條；審計法施行細則第五十五條。

註 40：稽察條例第十一條。

註 41：審計法施行細則第四十六條、第四十七條。

註 42：審計法施行細則第四十八條。

註 43：審計法施行細則第五十八條。

註 44：審計法施行細則第五十九條。

註 45：參見稽察條例第五條、審計法施行細則第六十條及第五十七條（分段開標）。

註 46：參見稽察條例第五條、審計法施行細則第六十條。

3. 締約後契約重大變更時；（註47）

4. 驗收／驗交時。（註48）

上述「事先同意」與「參與監視」之兩類規定，將來在制定「公共契約法」草案時應予刪除。吾人以爲草案首應確立「公開招標」之原則。凡依規定「應公開招標」者即無裁量可言；應公開招標而未公開招標者，審計機關應依法拒簽支付命令。其次，凡規定主辦機關「得」如何者，既授予該機關首長「行政裁量」之權，即應由「行政院公共契約委員會」施以行政監督。如主辦之機關與「公共契約委員會」之意見相左時，應由行政院爲最後決定。亦即，現由審計人員「監視」或「同意」之工作，原則上應改由「行政院公共契約委員會」辦理。

註 47：參見稽察條例第二十條（所謂「重大」者契約價款增加達一成以上，或達到一定之金額，並須重訂單價者）。但審計法施行細則第六十一條卻規定應經審計機關「查核同意」後，始得辦理。稽察條例與審計法施行細則類此矛盾之處甚多，解釋上稽察條例爲依審計法第五十九條制定之「法律」，其效力應優先於審計法施行細則（「命令」性質）。廖義男，「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」（載台大法學論叢，17卷1期，頁93以下）頁106（76年12月）亦持相同見解。

註 48：稽察條例第五條；審計法施行細則第六十四條。

第二章 關於「公共契約法」草案的細部意見

第一節 「公共契約法」草案目次

茲參酌美國法制及我國「國軍軍品採購作業規定」，建議「公共契約法」草案各章節目次如下：

第一章 總 則

第一節 立法目的、定義及適用範圍

第二節 公共契約基本原則

第三節 不當商業慣例及個人利益衝突之禁止

第四節 公共契約之種類

第二章 公共契約委員會

第三章 契約計劃

第四章 招標、投標

第五章 審標、開標

第六章 決標、訂約

第七章 履約管理

第八章 交貨驗收

第九章 契約爭議處理

第十章 附 則

以下再就各章（節）主要內容，特別是美國法中值得吾國借鏡之處，歸納說明。

第二節 「公共契約法」草案立法目的

我國法律有關立法目的之規定多籠統而簡潔。然立法目的之宣示對於將來法官解釋法律、行政機關執行法律甚有助益，實有必要具體而詳細地加以臚列。茲建議「公共契約法」草案明揭以下立法目的：

1. 希經由完全而公開之競爭，以最低合理價格適時獲得政府所需之物品及服務；
2. 希確立統一之公共契約政策及程序，並研擬標準契約條款；
3. 希消弭締約過程中之舞弊及浪費；
4. 希儘可能以商品滿足政府需求，並儘量委由民間辦理不涉及公權力行使之業務；
5. 希持續培訓專業公共契約管理人才，並健全公共契約管理資訊；
6. 希在公平原則下，迅速處理契約爭議。

第三節 公共契約基本原則

「公共契約法」草案第一章（總則）第二節名為「公共契約基本原則」，冀由明定公共契約基本原則之過程，達成以下三項目的：

1. 有意識地促使吾人思考、釐清「公共契約」與普通「私法契約」間之不同。
2. 將散見於各法令中有關之政策（如國外統一採購政策、國貨國運政策、國貨國保政策、國貨優先政策等），做一次徹底的檢討與整合。（註49）

註 49：參見國外採購財物辦法第七條；公營事業申請輸入貨品辦法第三條、第四條及第九條；國軍軍品採購辦法第三條、第二十六條及第二十七條；各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點第五條；國營事業管理法第二十三條。

體例上，美國聯邦採購規則（FAR）係將採購之經濟、社會政策（Part 19～Part 26）集為一個次章（Subchapter D）。為配合我國立法體例，爰建議將各項經、社政策一併彙總規定於此。

3. 確立政府得委託民間辦理行政事務之界限。此為開放「服務契約」作為一種公共契約的前提條件。

茲就其中牽涉之重要政策問題，簡要討論如下。

一、完全而公開競爭之原則

公共契約以公帑進行財物採購和事務委辦，與普通私人契約不同，不能任意選擇締約對象致使國家蒙受損失。美國聯邦規定公共契約必須經由完全而公開之競爭程序選定相對當事人。（註50）質言之，原則上公共契約之締結必須循競爭性程序為之，只有法定之七種例外情形才能以非競爭性程序為之。所謂競爭性程序包括秘密標（sealed bids）與（競爭性）企劃標（competitive proposals）兩種。原則上應採用秘密標，僅於不適合採用秘密標時（最典型的情形為須以「無關乎價格之因素」（nonprice-related factors）決標，或有與投標人進行討論之必要時），才能使用企劃標。採用企劃標決標時，機關首長雖在法定條件下得拒絕特定廠商前來競標，（註51）但對不在禁止之列的廠商仍應予完全而公開之競爭機會。至於使用非競爭性程序決標時，仍應在情形許可的範圍內儘量邀集多家廠商前來投標。（註52）準此，美國所謂之「非競爭性程序」一般猶勝於我國的「比價

註 50：所謂「完全而公開之競爭」係指所有可靠的廠商皆可前來投（秘密或企劃）標競爭之謂。41 U.S.C. § 403 (7)。

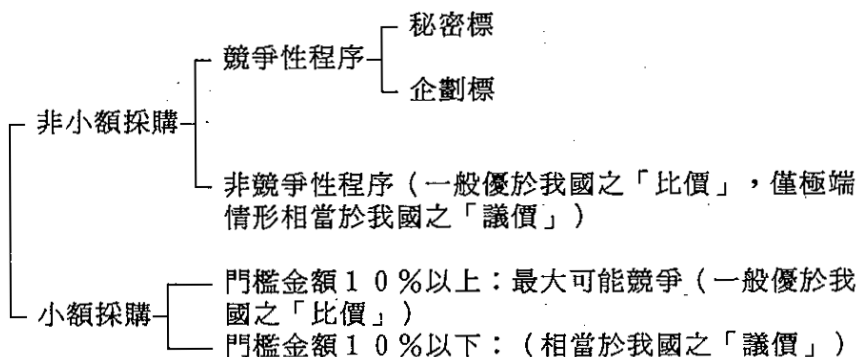
另，總務署（公共）契約申訴委員會（General Services Board of Contract Appeals）認為：採購機關雖會按郵寄名單，向十三家廠商發出投標邀約，結果只有一家廠商提出企劃案，且現在承包之廠商竟未接獲投標邀請，顯不符合「完全而公開競爭」之要求。Thorson Co., GSBICA 8185-p, 85-3 BCA #18,516, Mot. for Reconsid. Denied, 86-1 BCA # 18,594 (1985)。

註 51：參見本報告第一篇第一章第一節一(二)之說明。

註 52：41 U.S.C. § 253 (e) & 10 U.S.C. § 2304 (e) 明定：七種得使用非競爭性程序之例外事由中之第二種（緊急需求之採購）及第六種（非限制投標廠商數目將有損國家安全者）仍應視其情形，儘可能邀請最多家廠商前來投標。而，FAR 6.301 (d) 更進一步規定：凡不使用競爭性程序時，契約官仍應視其情形，儘可能邀請最多家廠商前來投標。準此，上述法定七種例外情形，除第一種（只此一家，別無選擇）外，原則上皆不得為獨家議價。

」，只有在極端的情形（即七種例外情形之第一種：「只此一家，別無選擇」時），才可為「議價」。總值在二萬五千美元以下之「小額採購」固應使用簡易程序，惟簡易程序並不等於議價。凡金額在法定小額採購門檻金額百分之十以上（即逾二千五百美元）者，仍應在情形許可的範圍內儘量邀集多家廠商前來報價（通常至少須邀請三家廠商報價）（註53）。綜上所述，美國聯邦「完全而公開競爭」原則之適用情形略可表解如下：

圖5-2 美國聯邦公共契約法「完全而公開競爭」原則之適用



兩國相較，我國現行採購制度呈現出許多問題：

(一)現制下缺少了一種極重要的決標方式——企劃標。

現制下相當於美國「競爭性程序」者僅為「公告招標」，究其性質乃「秘密標」。「比價」與「議價」因締約機會不公開，完全由主辦機關自行選定比價或議價之廠商，故只為「非競爭性程序」。沒有

See also TMS Building Maintenance, 65 Comp. Gen., 86-1 CPD #68 (1986).

註 53：FAR 13.106(b)(5).

企劃標的結果，當無法或不宜為秘密標時，就只能選用非競爭性程序，流弊遂易產生。

(二)現制下「公告招標」徒具原則之名，「議價」、「比價」實為常例。

稽察條例第六條規定「一定金額」（目前為五千萬新台幣）以上之採購（含營繕）須「公告招標」；未達一定金額而在一定金額百分之十以上者（即五千萬台幣以下，五百萬台幣以上），得「公告招標」或（選定二家以上廠商為）「比價」；其在一定金額百分之十以下者（即五百萬台幣以下）得「公告招標」、「比價」或（選定一家廠商進行）「議價」。準此，公告招標似為辦理採購之原則，比價、議價為例外。然而進一步分析，上述「一定金額」折合美金（以1比25計算）為二百萬元，約為美國「小額採購」門檻金額（二萬五千元）的八十倍。因此從美國法的觀點來看，在我國可使用非競爭性程序（比價或議價）的機會，簡直是多得不可思議。似此，適用「原則」的機會少（要五千萬台幣以上），而適用「例外」的機會多，區別「原則」與「例外」的實益要已無多。

(三)在一定金額以上應「公告招標」辦理之採購，按現行法令猶可輕易改為「比價」或「議價」。

這個制度上的漏洞在近日喧騰一時的「十八標弊案」暴露無遺。究其原因約有：

1. 法令間之矛盾使然。試以審計法施行細則第四十六條與稽察條例第十一條為例。後者共列舉了十種事由，允許由「招標或比價」改為「議價」；前者則列舉了「另外四種」非常寬泛的事由——「特殊工程」、「因技術要求」、「應保守秘密」或「因政府政策需要」，准許由「公告招標」改為以「比價或議價」辦理。審計法施行細則乃審計部依審計法第八十一條之授權所訂頒之法規命令，屬命令位階；而稽察條例乃由審計法第五十九條所衍生，經立法院三讀通過之法律。按憲法第一百七十

二條及中央法規標準法第十一條之規定，原應認審計法第四十六條之規定牴觸稽察條例第十一條之規定而無效。然實務上，主辦機關輒引用前者，將公共工程指定公營營造業（主要為行政院退除役官兵輔導委員會所屬榮工處、經濟部所屬中華工程公司、及台灣省政府所屬唐榮公司）議價承包。近日「十八標案」中，交通部將北一高五股至汐止段拓寬工程由原擬「公告招標」改由榮工處獨家「議價」，簡部長以下官員口口聲聲辯稱「一切依法行事」，所依者不外審計法施行細則第四十六條。類此法令體系間之矛盾一日不除，各種弊端便難以杜絕。（註54）

2. 例外規定浮濫。吾人比較稽察條例中之例外規定（如第十一條、第七條、第三十五條）與美國聯邦相當之規定，不難發現前者是如何寬鬆。首先，就例外之事由觀之，我國若干允許為獨家議價之事由，實在難以理解。例如稽察條例第十一條第一項第九款，謂「一次所需財物，雖有數家可資供應，但無一家能全部供應者」為得議價之事由。無一家能全部供應，理當同時向數家採購，且向此數家採購之數量如何安排最符合政府利益應予考慮，此即美國所謂之「複數決標」（multiple awards）。捨此而不為，竟准許獨家議價，妨礙競爭，徒增問題，殊欠妥當。其次，同是「緊急採購」，美國法仍要求視當時情況為最大可能限度之競爭；我國則一經行政院核准後即可不適用稽察條例，形同全然放任。更重要的是，我國現制在適用例外

註 54：另一個例子為國軍退除役官兵輔導條例第八條，規定政府舉辦之建設工程得儘先由退輔會所設之退除役官兵工程機構議價承辦。學者固認為須依審計法令得為議價時，始有退輔條例第八條之適用（見廖義男，前揭文（註47）文，頁103）；惟實務上則不乏以退輔條例第八條為稽察條例第十一條之特別法者。似此體系矛盾所造成之曖昧原可透過法律解釋消弭，然國內法院既力有未逮，修法乃成改革捷徑。

規定時，幾乎完全沒有程序監督可言。（註55）以稽察條例第十一條第一項第一款之「只此一家」情形為例，所謂「經調查僅有一家符合招標標準者」，因為欠缺程序規定的結果，實際上全由主辦機關自行決定「如何調查」，並「自行認定」調查之結果。既不須根據所謂「市場調查」做成認定書，也不必公佈「調查」結果，可能的包商（利害關係人，非當事人）遂無異議或爭訟之機會。反觀美國（聯邦）非先由契約官以書面說明理由，（註56）並保證該說明之正確與充分，再按其金額大

註 55：按稽察條例之規定，適用例外有需「先列舉事實，敘明理由徵得審計機關之同意」者（如第十一條、第七條）；有只需「敘明原因，檢附各項有關文件，送審計機關核備或查核」者（如第二十九條）；亦有全然放棄監督者（如第三十五條）。

徵諸近年來審計部一再放寬（提高）「稽察限額」（78年8月調高為三千萬，81年6月再調高為五千萬）及最近暴發的十八標案看來，審計機關的稽察功能似在急速萎縮中。

註 56：此一理由書中除應充分說明事實及何以應使用非競爭性程序之理由外，並應載明：

- (1)標明機關、活動及「非競爭性程序理由說明書」。
- (2)經核准之活動之性質。
- (3)該機關名稱需求之物品或服務（包括估價）。
- (4)所援引之例外規定。
- (5)陳明預定包商之獨特資格或採購之特殊性質。
- (6)說明已盡力尋找可能的包商，包括是否已在或預定在每日商情公報刊載公告。
- (7)契約官認定：預定價格對政府而言係屬公平、合理。
- (8)說明市場調查（market survey）之結果，或何以未曾進行市場調查之理由。
- (9)其他支持使用非競爭性程序之事實。
- (10)曾以書面表示願意承包之廠商名單（如果有的話）。
- (11)說明該機關是否曾採取措施掃除競爭之障礙。
- (12)契約官保證：就其所知，以上說明為確實且完整。

FAR 6.302-2.

小由不同層級長官核准，（註57）不得進行議價。而「只此一家」之認定，不論是否為公告招標之結果，皆須備公眾閱覽，（註58）利害關係人遂有爭訟之機會。

總之，未來「公共契約法」草案首應確立「完全而公開競爭」為最高原則，並使之清楚地貫徹在整個法案之中。凡現有法令與此牴觸者，皆應修正。

三、公共利益優位之原則

公共契約所以別於普通民事契約者，厥為公共利益之維護。未來「公共契約法」草案中應明揭「公共利益優位」之原則，俾公共利益與私人利益發生衝突時，知所抉擇。美國法中值得吾國參酌者包括：

(一)引進約因 (consideration) 的概念。（註59）

例如，包商因契約修改而減少給付義務時，政府亦應獲得相當之「對價利益」（如減少價金之支付）。確立公共利益優位為公共契約之基本原則，並引入「約因」作為公共契約成立要件之一，乃有效防止舞弊的根本之計。

註 57：核准之授權如下：

- (1) 預定契約金額在100,000美金以下者，除各該機關另有規定外，契約官之理由說明書視為已經核准。
- (2) 預定契約金額在100,000美金以上，1,000,000美金以下者，應經各機關之競爭倡導官 (the competition advocate) 核准。競爭倡導官不得授權他人行使此項核准權。
- (3) 預定契約金額在1,000,000美金以上，10,000,000美金以下者，應由各機關採購部門之首長核准。
- (4) 除國防部、國家航太總署及海岸防衛隊外，預定契約金額逾10,000,000美金者，應由各機關依法 (41 U.S.C. § 414(3)) 指定之高級採購人員核准。FAR 6.304(a)。

註 58：See 10 U.S.C. § 2304 (f) (4) & 41 U.S.C. § 303 (f) (4)； FAR 6.305。

註 59：參見本報告第一篇第二章第一節三(一)之說明。

(二)嚴禁使用「成本外加一定百分比之利潤再合為價金之契約」(cost-plus-a-percentage-of-cost contract)。(註60)

(三)嚴格限制預付款。

為協助中、小企業參與承包，必要時得為貸款／融資，但為免公共利益受損（尤其目前驗收不合格之情形極為普遍），應嚴格限制政府預付契約款項不得超過未付款項，且以包商提供適當之擔保為條件。(註61)

(四)廣泛在標準契約條款中使用「包商保證條款」，協助糾正不當商業慣例（如贈送、收受回扣），並賦予政府機關必要之制裁權力（如無償解除契約，或逕自應行給付之契約價金中扣除違規部分之金額）。(註62)

(五)強制稽察賬目條款。

為便利審計機關稽察，將來公共契約標準條款中應載入：凡以秘密標以外之方式決標之包商，須同意由審計機關在交易發生後一定期間內，檢查其與該宗採購有關之賬目及文件（包括包商與次包商間往來之賬目及文件）之規定。(註63)

(六)必要時得限制轉包或管制次包商資格。

契約效力原不及於第三人，但為維護公共利益、確保採購及委辦之品質，政府有時不能完全放任包商自由轉包，而須以契約標準條款

註 60：參見本報告第一篇第一章第一節七(二)之說明。

註 61：參見本報告第一篇第一章第一節七(三)之說明。

註 62：參見本報告第一篇第一章第一節七，第一篇第二章第三節一(一)及第一篇第二章第三節三(一)等說明。

註 63：參見本報告第一篇第一章第一節七(四)之說明。

我國現行法令（如稽察條例第八條、第二十條）主要的稽察對象為行政機關；對承攬廠商之查核（如稽察條例第十二條）只屬例外。

使包商同意政府於必要時得限制其轉包之規定。(註64)

(七)建立無效契約得經認可(ratification)而生效之制度。

吾國現制公共契約之締結恆以機關首長名義為之，公務員因逾越權限而締約之情形甚為罕見，然理論上非無此可能。為使原本無效，但已經履行，且符合公共利益之契約有「準正」之機會，有必要仿效美國聯邦建立「認可」制度(註65)。

三政府之本質職能不得委託之原則

自從民國七十五年全國行政會議通過「擴大民間辦理政府事務」之決議以來，鼓勵民間參與政府事務儼然已成為政府既定之政策。然欲全面開放「服務契約」作為一種公共契約類型，必須先明確界定政府事務得委託民間辦理之界限。政府的職能中有些不能委由私人行使，殆無爭論(如政府不能委由私人招募並指揮軍隊)。

關於委辦界限的問題，現有法令(註66)未有規定。一般以為法規之研擬與物品採購、工程營繕相同，乃研究性、顧問性質之服務工作，屬國庫行政之範疇，可自辦(自製、自建)也可外包(委辦)。至於法規之執行則應進一步區分為管理性(稱「管制性」或更貼切)與服務性兩種，後者因與公權力關係較遠，一般認為可委託辦理；前者因多涉及公權力之行使，較費斟酌。(註67)國內文獻中首次明確

註 64：參見本報告第一篇第三章第四節(一)之說明。

我國現行有關轉包的限制主要在於「營造業管理規則」第二十二條：「營造業所承攬之工程，其主要部分應自行負責施工，不得轉包，但零星工程部分得分包有關之專業廠商承辦，並在施工前將分包合約副本送請起造人核。」姑且不論上述政策是否妥當、可行，以命令限制包商之營業自由不無商榷餘地。

註 65：參見本報告第一篇第二章第二節三(一)之說明。

註 66：由國家賠償法第四條第一項之規定：「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。」觀之，公權力可委託民間行使殆無疑問。所成疑問者，那些公權力不得委託民間行使。

註 67：參見吳庚等，經濟部暨所屬行政機關委託民間團體辦理業務可行性之研究(經濟部現代管理小組專案委託研究報告，74年)頁47；黃茂榮等，行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討(行政院研考會，80年3月)頁11~13。

提出委託界限者當推黃茂榮等研擬之「民間團體參與政府事務推行準則」草案。（註68）該草案第四條規定：

「四、除下列各款政府事務外，其他行政事務皆可視實際需要，委託民間辦理：

1. 關於國家安全秩序者。
2. 關於政經體制者。
3. 關於法規之提案或制定者。
4. 關於經濟獨占者。
5. 其他顯然不宜委託之事項。」

惟上述建議有三點值得商榷。第一，名稱中所謂之「政府」事務，應係指「行政」事務而言。然第三款竟列有「法規之提案或制定」。由於制定法律乃立法機關之權限，究其原意，當係指「關於法律案之提案或命令之訂定」而言。其次，所謂「關於政經體制者」究何所指，不明。第三，所謂「其他顯然不宜委託之事項」既未提示認定之原則，亦未例示具體事例，不免失諸寬泛。吾人以爲參酌本文前述美國聯邦立法例，先揭示所謂「本質上屬於政府之職能」（inherently governmental functions）不得委辦之原則，再具體例示禁止委辦之事項，當可明確界定委辦之界限。（註69）

其次，國內學者通說以爲委託民間辦理事務涉及公權力之行使者，須有法律或依法律授權訂定之法規命令爲依據，始符合「法律保留」原則。（註70）準此，未來「公共契約法」草案中宜有一概括授權

註 68：見黃茂榮等，前揭（註52）書，頁204~206。

註 69：詳見本報告第一篇第二章第四節（一）及註15之說明。原規定甚詳，不贅述。

註 70：參見吳庚等，前揭（註52）書，頁47；張家洋，行政法，頁18（民75年）；黃茂榮等，前揭（註52）書，頁205，同一「準則」草案第六條建議：
「六、政府機關對於民間團體。委辦或交辦行政事務，應有適當之法律或命令爲依據：

1. 以公權力爲基礎之管理性或服務性事務之委辦，應以法律或依法律之授權制訂之法規性命令爲依據。
 2. 不以公權力爲基礎之服務性事務之委辦或交辦，得以命令定之。
- 政府機關爲委託民間團體辦理行政事務，除應遵守前項規定外，並應與受託人締結適當委託契約，明定雙方權利義務、對於第三人之權益應注意之事項、應

，俾使「服務契約」成爲一種公共契約類型，而不待乎各作用法逐一授權。

最後，草案中應一併規定：凡非屬「政府之本質職能」，而得委託民間辦理者，除法律另有規定外，應經過「成本比較」(cost comparison)之程序，以決定是否委託民間辦理。(註71)

第四節 不當商業慣例與利益衝突之禁止

在公共採購過程，從事供給之廠商爲爭取承包權進而獲取最大利潤，可能會企圖不當影響採購官員或從事限制妨礙競爭之行爲，以致於造成政府公正性之破壞或公共支出之增加。此外，有採購需求之政府，其人員也因大權在握，循著「權力使人腐化」之經驗法則，可能公私不分或者甚至假公濟私，如此也會造成政府腐化以及公帑浪費之結果，公共契約法對此應有防範之道。

經分析廠商之不當商業慣例與公務人員之利益衝突之類型(圖5-1)，以及檢討我國有關法令之規定後，茲提出五項建議：

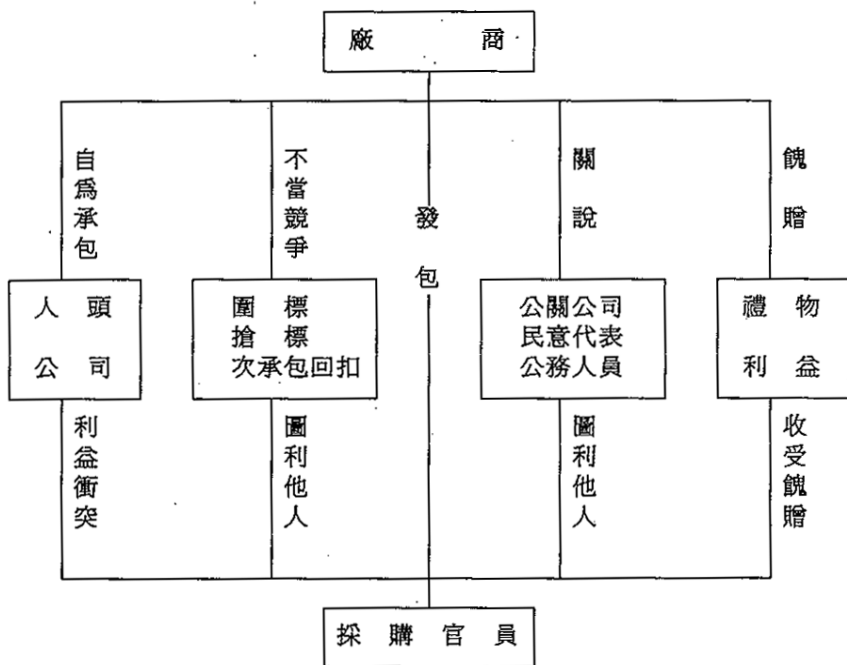
- 1.釐清合法饋贈之範圍，
- 2.公共契約仲介之透明化，
- 3.民意代表行爲之限制，
- 4.退職公務人員行爲之限制，
- 5.明確規定利益衝突迴避之範圍。

遵守之重要規定，必要時並約定關於義務之違反的法律責任。」

上述建議有兩點值得注意。第一，即使有法律或法規命令爲委辦之依據，行政機關委託民間辦理行政事務時仍須議定(公共)「契約」。第二，黃茂榮等雖認爲應有法律或法規命令作爲委辦之依據，但其所建議的卻只是一個「推行準則」(命令)！

註 71：參見本報告第一篇第三章第一節二(三)之說明。此處所以要加上「除法律另有規定外」，主要是爲配合其他法律中可能規定之社會／經濟政策。

圖5-3 廠商與採購官員之關係圖



一、禁止餽贈條款與合法餽贈之釐清

廠商對於採購官員之影響方式，可以分為「餽贈」與「關說」兩種。前者泛指有形或無形利益之給與，後者則係指基於情面或權力之施壓。我國刑法之瀆職罪章、（註72）貪污治罪條例、以及公務員服務法（註73），對於採購人員之收受餽贈以及廠商給與餽贈之管制，大體而言，已相當完備。不過參酌美國聯邦以及麻州有關規定，仍有可改進之處。一是，在招標書與契約書載入禁止餽贈條款，（註74）以契約民事責任，例如警告性懲罰賠償，補足刑事和行政懲戒之不足

註 72：刑法第一百二十一條以下。

註 73：公務員服務法第十六條第二項、第十八條以及第二十一條。

註 74：參見本報告第一篇第二章第三節一(一)。

。二是，明文規定收受廣告贈品或參加會議、演講之贈品為合法的。
(註75)

二、契約仲介之透明化

除了饋贈方式外，廠商亦可能央請民意代表、上級公務人員或僱用其他仲介人，對採購官員進行關說，以達承包謀利之目的。鑒於採購程序之複雜，廠商可能必須委請專業公司代表其參與程序，所以，並非所有之仲介皆非不合理，但無可否認往往仲介會變質為不當之施壓，為防止此一弊端之發生，可在招標書以及契約內載入仲介條款，要求廠商申報仲介費用之支出。(註76)

三、承包之限制

雖然公務員服務法第十三條禁止公務員經營商業、第十五條禁止公務員對於屬官就其主管事件有所關說或請託，但是該法不適用於民意代表，造成民意代表往往以政治力介入關說或承包，扭曲公共採購之公正性與有效性。鑒於目前民意代表介入公共採購之嚴重性，應在公共契約法草案中明文禁止民意代表承包公共採購。(註77)

四、退職公務人員行為之限制

鑒於公務人員於退職後，可能自行經營商業或受僱於他人，利用其因任公職所生之情面關係，不當影響公共採購，獲取承包利益，法令自然應加以規範。但是上述所言的公務員服務法有關規定，無法適用於退職公務人員，為填補此一漏洞，應可參考美國聯邦立法，依退職後所從事業務與退職前所執行之職務之親疏關係，分為長期不可參與、中期不可參與和短期不可參與等三種。(註78)

註 75：參見本報告第三篇第一章第三節五。

註 76：參見本報告第一篇第二章第三節一(三)。

註 77：參見本報告第一篇第二章第三節二(一)。

註 78：參見本報告第一篇第二章第三節二(四)。

五 明確規定利益衝突迴避之範圍

公務員服務法第十七條規定，公務員執行職務時，遇有涉及本身或其家族之利害事件，應行迴避。按家族一詞並非法律用語，語焉不詳，適用困難，為求法律適用之明確，應參照民事訴訟法第三十二條有關法官迴避之規定，以配偶與親等，來決定迴避之範圍，如此當可明確法律之適用。

第五節 契約形成

在形成契約之採購作業流程中，原則上可區分為契約計畫、招標、投標、審標、開標、決標、訂約等六部分，在本節中分就各部分，基於前述對我國採購作業之檢討，並參考美國法制及我國國軍軍品採購作業之規定，就日後我國研訂公共契約法中相關之部分，提出幾點建議，供作參考。

一、契約計畫

(一) 在採購作業之初應擬訂契約計畫

由於採購作業涉及採購對象之種類、數量、價格、採購方式之選定、應否送審、應否由公共契約委員會派員參與、底價之訂定等事項，非常繁雜瑣碎，若無事先妥善之規劃，將難以達成預期之採購目的。因此，在進行採購作業之初，即有必要要求主辦機關擬訂整個採購作業之契約計畫，並送公共契約委員會審議（註79），作為日後從事採購作業之依據（註80）。

註 79：在前述第五篇第二章第三節二、第有關公共契約委員會之職掌中，即涵蓋關於重大公共契約計畫之審議。

註 80：在我國國軍軍品採購作業規定中，對於軍品之採購係採三段作業制度，包括計畫申購階段、招標訂約階段及交貨驗收階段。其中之計畫申購階段，即相當於此處之契約計畫之擬訂。在該採購作業規定第十一條第一項第一款即規定有在此階段應進行之事項，可供參考，茲列舉如下：

(1) 預算之檢討申請與運用。

關於採購作業之契約計畫，我國之審計法規並無相關之規定，應可參考美國締約競爭法上之規定，其內容主要包含「採購規劃」及「市場調查」兩部分（註81）。對我國而言，尤以市場調查最具意義，蓋其係爲了確定市場上是否尚有其他供應來源，同樣能滿足政府需求所作之努力。經由市場調查，可以充分了解，所有可以滿足政府需求之來源，而不致妨礙公開競爭目的之達成。因此，於各機關擬訂採購計畫時，除了要求應有詳盡之採購規劃外，並須從事市場之調查。

(二)應進行成本比較以決定採行外包或自營之方式

對於政府之需求，並非全然須經由向外採購之方式，始能滿足。當政府內部亦有此能力時，即無須刻意外求。然而，縱使政府本身已可以滿足此項需求，惟所耗費之成本卻遠大於向外採購時，著眼於節省公帑及扶植民間企業之考慮，是否仍有必要自營，即有需要爲進一步之考量。因此，應可參考美國聯邦採購規則之作法，擬定採購契約計畫時，應針對某項已確定之需求，在市場調查後，就所發現之所有供應來源進行成本比較，以所耗費成本之高低來決定究係外包或自營（註82）。

其次，若採購項目價值較低者，亦無須進行成本之必要，否則反而合乎經濟原則。美國現行之規定，係以使用相當於十名全職公務員人力者，作爲決定是進行成本比較之標準（註83）。此項標準亦可作爲我國將來擬定應進行成本比較時，設定最少金額之參考。

(2)需求數量與需要時間之決定。

(3)採購途徑之選。

(4)規格（廠牌）之確定。

(5)選擇並決定採購執行單位。

(6)開列採購條件。

註 81：參見第一篇第三章第一節。

註 82：參見第一篇第三章第一節之二。

註 83：參見第一篇第三章第一節二之(二)。

(三)應延長事前送審之時間並加強事前之審查作業

依稽察條例第八條之規定，各機關應將招標或比價須估、圖樣、說明、統一標單、預估底價、契約草稿或其他有關文件及廣告、公告等於辦理前三日送達該管審計機關查核，而審計機關對此等文件之查核是否深入確實，攸關稽察之效果。惟審計機關面對眾多送審機關繁多之案件，且需在如此短暫之時間完成所有的查核工作，實在難以要求能有詳盡深入之審核（註84）。因此，現行規定應於辦理前三日送達之時間似嫌太短，在日後之公共契約法中，應可視案件之狀況酌予延長，以增加公共契約委員會查核作業時間，使查核結果更臻完善。此外，更應明確地列舉出送審表件之種類、內容及其應注意之事項，以加速審查時效，增進稽查之效率並發揮事前稽查之功能。

二 招標、投標

(一)明白宣示採購金額在一定金額以上者，應以公開招標採購為原則

由於目前有關比價及議價之規定過於簡陋，常遭濫用以致弊端叢生，故應明白宣示採購貨款在一定金額以上者，應以公開招標採購為原則。且對於得採用比價或議價之採購，亦應明確界定其得適用之範圍，以解決過於浮濫之流弊（註85）。

(二)應採行各種方式以促使招標資訊之公開

為促進競爭、擴大業者之參與，應儘量公開招標之資訊。有關散播招標資訊之方法，美國常用之方式約有：在每日商情公報刊載公告及招標前之通知暨會商等（註86）。依我國稽察條例第十條之規定，係在主辦機關門首公告五日以上，並在當地報紙廣告二日以上（註87

註 84：請參照第四篇第三章第三節三之(一)2。

註 85：關於因公共工程由公營營造廠優先議價承辦所引發之問題，請參照第四篇第三章第三節三。

註 86：請參照第一篇第三章第三節三之(一)。

註 87：在我國軍軍品採購規定第一四五條中，亦有相同之規定。

)。惟僅在機關門首公告及在報紙上刊載廣告之方式，應仍不充分。應可參考美國聯邦採購規則之規定（註88），採行以下之方式：

1. 由公共契約委員會仿美國之每日商情公報之作法，廣為發行商情公報，使招標之資訊得以經由正式及普遍之管道，向外散佈，以使於廠商資訊之取得，並有利於完全公開競爭環境之建立。
2. 由公共契約委員會主動向可能前來投標之廠商發出招標通知，即應事先建立招標須知郵寄名單，於辦理招標時，依該名單主動寄發招標通知，以吸引更多之參與廠商。
3. 必要時，並得召集投標前之會議，向可能之投標人詳細說明招標之內容，解說複雜之規格或其他要件，或回答所提出之問題（註89）。如此，可使招標資訊更為明確，提高廠商參與投標之機會與興趣。

(三)應使用由公共契約委員會所擬訂之標準條款、標準表格及標準用語

在目前之採購作業中，不論是在營繕工程方面，或是在購置定製變賣財物方面，由於仍缺乏統一之投標單、招標規範、公告、廣告及契約草稿等表件，以致各機關所訂標準不一，內容繁簡不同，並因個案而採用不同標準之投標須知及契約書者，易滋解釋之問題，並造成查核之困擾（註90）。在前述論及公共契約委員會之職掌時，已要求該會負責各種公共契約標準條款、標準表格及標準用語之擬訂（註91），其目的即在於明確規劃雙方當事人之權利，並減少查核上所遭遇之困擾。因此，為達此目的，應要求在進行採購作業時，必使用公共契約委員會所擬訂之標準條款、標準表格及標準用語。

註 88：請參照第一篇第三章第三節三之(一)。

註 89：請參照第一篇第三章第三節三之(二)。

註 90：請參照第四篇第三章第三節一(一)之1。

註 91：請參照第五篇第二章第三節三。

三、審標、開標

(一)應強化廠商資格之審查

爲確保採購案之品質，避免因廠商個人之因素而影響採購目的之達成，在審標時即應強化廠商履約能力之審查（即所謂「可靠性」（responsibility）之認定）。對於廠商履約能力之審查，應可參考美國聯邦採購規則之作法，分成兩方面：一、由契約官在各個採購案中所爲可靠或不可靠之認定；二、由機關首長或其指定之官員所爲之定期除權(suspension)與暫時停權(debarment)之處分。若屬第一種情形之不可靠廠商，將無法參與該次採購之決標。若在第二種情形被除權或停權之廠商則在除（停）權期間內全面喪失投標之資格。（註92）同時，爲了達到確實審查之目的，並可進一步參考美國聯邦採購規則之作法，由公共契約委員會建立一套完整之審查標準，以作爲審查廠商是否具可靠性之依據（註93）。

此外，在工程營繕之採購時，常有轉包或分包之情形。原則上，廠商得標後，對於未來承辦轉包或分包之次包商是否可靠，本身負有認定之責，政府並不直接介入。惟基於國家之利益，似可參考美國之作法，在特定之情形，亦得直接調查次包商之情形。此時，應採用與主包商之相同標準作爲審查之依據（註94）。不過，次包商之範圍及種類甚爲廣泛，若要完全納入恐非易事，故在公共委員會成立初期可先由主包商作起，俟建立相當之秩序後，再逐以次包商管理之對象。

(二)應設定基準審查投標之內容

審標時，除了前述應強化對於廠商履約能力之審查外，並應確實審查投標之內容，亦即審查投標內容是否符合招標須知上之規定（即所謂「回應性」（responsiveness）之審查）。在此方面應可參考美國

註 92：請參照第一篇第三章第四節。

註 93：請參照第一篇第三章第四節之一。

註 94：請參照第一篇第三章第四節之二。

聯邦採購規則上之規定，設定兩個認定投標回應性之基準：一、不一致之重要性；二、是否對其他投標人造成不公平（註95）。本此兩個基準審查廠商之投標內容，對於不具回應性者，應予退標。

(二)公開開標之程序

當採購程序已進入開標之階段後，在現行之審計法規中並無應履行何種程序之規定，為求作業完備，並統一可遵循之方式，應有必要為較詳盡之規定。在我國之採購法規中，除國軍軍品採購作業規定外，並無有相關之規定。於此應可參考美國聯邦採購規則之作法（註96），區分機密標之開標與非機密標之開標兩種，並分別規定其應履行之程序。

四、決標、訂約

(一)採用複數決標 (multiple awards) 與總合決標 (aggregate awards) 為求採購之最大利益，應容許政府對廠商所提供之物品，在數量上保有選擇及組合的權利。即參考美國標準的招標條款，將某個採購品項或所有採購品項決標給一個投標人或數個投標人，也可以把所採購品項完全決標予一個投標人，端視那一種選擇對於政府最為有利（註97）。

(二)明白規定得廢標之情形

採購案於決標後，雙方即受有拘束，不得任意廢標。惟有某些特殊重大事故發生時，基於維護公共利益之必要，應容許政府於決標後廢標。不過，由於此種廢標對於得標廠商之利益影響甚大，故只有於例外情形下，始允准政府為之，有時並應對廠商之損失予以補償。至於得廢標之例外情形，應可參考美國聯邦採購規則之規定，必須以存

註 95：請參照第一篇第四章第一節之三。

註 96：請參照國軍軍品採購作業規定第一六九條以下之規定。

註 97：請參照第一篇第四章第一節之三。

有「不得已之理由」(a compelling reason)為前提。是否有不得已之理由存在，原則上應由各行政機關自行裁量，理論上應是政府廢標之利益大於所受之損害時，始足當之(註98)。

(三)明白規定得採用成本計價合約之情形

採購合約一般可分為兩類，即固定售價合約與成本計價合約(註99)。在我國目前審計法規中只有稽察條例第十二條有涉及，其係規定採成本加利潤之條件訂定合約者，審計機關得派員就承攬廠商合約項目之實際成本有關帳簿，加以查核。惟該條對於簽訂合約時，於何種情形下得採行成本計價合約，並未加以規定。由於此種方式並非採購合約之常態，故除原有得由審計機關派員查核外，更應規定明白列舉出得採用成本計價合約之情形(註100)。

第六節 契約管理

一、確保品質之手段

公共採購之目的，在於取得符合計劃品質之財物與服務，但是為確保品質之達成，必須投入人力、增加行政業務或者造成採購價金之提高，所以，選取品質確保手段所增加的成本必須與採購財物之重要性取得平衡始可。

美國聯邦採購系統將品質確保手段分為三級。第一級：承包商自為檢查；第二級：標準品檢程序(standard inspection requirement

註 98：請參照第一篇第四章第一節之五。

註 99：國軍軍品採購作業規定第一九六條之規定，即將採購合約區分為固定售價合約及成本計價合約兩種。

註 100：在國軍軍品採購作業規定第一九九條即有相關之規定：採購一般性軍品，以使用固定售價合約為原則，但下列情形，得使用成本計價合約：

- (1)廠商報價附有重大未定條件者。
- (2)採購單位無正確資料可供訂定底價者。
- (3)非使用成本式合約無法保證採購軍品之品質時。
- (4)交貨時程較長物價變動較大時。
- (5)特約供應合約分批交貨者。

)；第三級：高級品檢程序 (higher-level contract quality requirements)。第一級品檢程序之內容，從標題即可得知，無須說明。第二級之標準品檢程序，內容包括：廠商之品檢系統可為政府接受、政府有權至工作場所檢查與測試，以及要求廠商保存品檢資料，供政府查閱。第三級之高級品檢程序，政府介入廠商之生產流程、人事組織、工作指示等。

品檢等級之選取，應依採購標的之技術狀況 (technical description)、複雜性 (complexity) 以及重要性 (criticality) 來決定。技術狀況分為商業性、軍事性以及存貨。複雜性指採購標的一旦完成後，很難檢查出品質之好壞，必須於生產流程中，逐級加以檢視。重要性指採購標的是否會危及人員之生命安全。

另外，政府亦可以「品質保證」(warranty) 之事後賠償手段，間接確保採購標的之品質。不過，品質保證亦有其副作用，應視採購標的之性質或用途、所增價金、行政費用、商業慣例與品檢要求之降低等，決定採用與否。(註101)

二、廠商使用政府財產之範圍

承包商原則上應該提供其自有的財產以執行政府採購契約，但是在有些情況下，例如，在委託執行業務時，得使用政府的財產。此時，採購機關應該盡可能減少承包商因而取得的競爭優勢，確保政府財產僅限於執行契約之使用，收取合理的使用費，要求承包商對於使用之政府財產負保管之責。(註102)

三、加強次包商之管理

當轉包的部份係具複雜性，並且牽涉相當金額，或政府利益會不當受損時，轉包契約應經採購機關之同意。(註103)

註 101：參見 FAR part 46.

註 102：參見 FAR part 45.

註 103：參見 FAR part 44. 加州公共契約法更變本加厲，要求主承包商於簽訂契約時，即應列出次承包商、範圍與金額，非經採購機關之同意，不得任意變更。參見本報告第二篇第二章第四節。

四成本節約分享條款

為鼓勵包商樽節契約成本，採購機關應容許或主動要求承包商提出「成本節約分享」(value engineering) 計劃，將所節省成本之一部份，歸由承包商享有，因而可提供承包商誘因去降低採購成本。(註104) 若無明文規定，採購官員貿然為之，在我國法制下極可能觸犯圖利他人之罪章。

五契約之修改

鑒於管制契約之訂定程序較之修改程序，嚴格複雜許多，法律應明文規定採購機關不得利用契約之修改，規避正式採購程序之適用。(註105)

六契約終止

採購機關契約終止權之行使，不管是因政府隨意終止或因可歸責於承包商之事由，應以政府利益為最高考量。但是，尚未交貨的金額於一定數目以下，在正常情況下，採購機關不得單方面終止契約。此外，在可歸責於承包商之事由時，採購機關得不終止契約，允許契約保證人或次承包方式繼續履行契約。或者，契約終止後法律關係之調整，應儘量以協商方式為之。協商不成，採購機關得單方面決定之，承包商則得循爭議程序，請求救濟。(註106)

註 104：參見 FAR part 48.

註 105：參見 FAR part 43.

註 106：參見 FAR part 49.

第三章 可即採行之興革建議

本篇以上所討論之興革方案，係以行政院成立專責編組（「公共契約法制革新委員會」），就現制進行通盤檢討，並研擬新法（「公共契約法」），修正現行法（審計法、稽查條例等）為前提，屬於較長期之興革建議。茲再彙整可即採行之興革建議如下。這些建議皆在不修法或不立法的前提下，尋求行政命令之最大革新。當然，這樣的改革由於受到現行法之束縛，只能視為治標之計。

一、如前所述，現制下採購及委辦的權責分散，在吾人建議之專責公共契約法制機構成立前，可暫由「行政院公共建設督導會報」負責統籌規劃及協調各機關各就其職掌事項，謀求改進。如行政院長不克繼續主持該會報時，應指派一位熟諳法案審查的政務委員代理。

二、審計部可即辦理之事項包括：

(一)修正審計法施行細則第四十六條，嚴格限制由「公告招標」改為「比價或議價」之事由。

(二)增訂「各機關辦理議價、比價審查作業要點」，從行政程序上嚴格監督各機關有關議價、比價之作業，包括明白規定各機關應進行「市場調查」並經公告無異議後，始能確認「只此一家，別無選擇」而為議價（參見稽查條例第十一條）。

三、行政院可即辦理之事項包括：

(一)修正「行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項」為「行政院暨所屬各機關辦理採購（含營繕工程）注意事項」，明確規定：

- 1.各機關辦理採購應先擬定「採購計劃」，其達一定金額者並應經上級機關核准。
- 2.招標須知中應載明採購標之物之規格，並建立投標內容與招標須知是否相符（所謂「投標回應性」）之審查基準及程序。
- 3.改進投標資訊公開之管道，包括建立統一的「中央招標公報」等，並使投標準備期間更為合理。
- 4.開標之程序，包括機密標與非機密標之開標及其準備程序。
- 5.各機關應在招標須知及採購契約中載明：保留選擇為「複數決標」（multiple awards）或「總合決標」（aggregate awards）之權利。
- 6.各機關應在招標須知及採購契約中載明：履約期間機關監督契約執行之方法及違約之制裁。

(二)通令所屬各機關暫停適用退輔條例第八條之規定，惟應保障榮工處在尚未改組並登記為營造業前亦得與其他廠商公平競標之權利。

(三)訂定「行政院暨所屬各機關委託民間辦理行政事務遵行要點」，明確規定：

- 1.政府之本質職能不得委辦，並儘可能具體的例示本質職能之事項。
- 2.非屬政府本質職能而得委辦之事項，其涉及公權力之行使者應有法律之授權，始得委辦。
- 3.得行委辦之非政府本質職能事項應經「成本比較」程序，確定委辦較自辦經濟，始得委辦。

四內政部（營建署）可即辦理之事項：

1. 修正「營造業管理規則」，建立統一的工程評鑑制度及包商資格審查制度（含違規廠商之「停權」及「除權」制裁制度）。
2. 訂定「營造業聯合承包管理辦法」及「營造業轉包、分包管理辦法」，確立聯合承包制度，並管理轉包及分包行為。

五行政院主計處可即辦理之事項：

訂定「公共契約材料工資變動調整價款辦法」，以落實「中央政府總預算執行條例」之規定（註107），改進現行物價指數制度，使契約價金得以合理反映工資及物價變動之實情。

六行政院人事行政局可即辦理之事項：

訂定「公務人員執行職務避免利益衝突辦法」，明確規定：

1. 公務人員接受（合法）饋贈（含一切非金錢利益）之範圍及申報程序。
2. 公務人員辦理採購及委辦事宜，因有利益衝突應行迴避之親等範圍。

註 107：中華民國八十一年度中央政府總預算執行條例第九條：「各機關歲出預算中，關於營繕工程經費之執行，依機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例之規定，與廠商訂立合約辦理時，應於工程合約中，依工程性質分別載明材料與工資價款。材料價款部份，按行政院主計處公佈之台灣地區屯售物價分類指數之營造業投入物價指數漲幅超過百分之五時，經驗估後，得就其超過部份調整之；工資價款部份，按行政院主計處公佈之台灣地區營造業受雇員工平均經常性薪資指數漲幅超過百分之十時，經驗估後，其超過部份亦比照調整之。」
中華民國八十二年度中央政府總預算執行條例第十條：「機關歲出預算中，關於營繕工程經費之執行，依機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例之規定，與廠商訂立合約辦理時，應於工程合約中，載明工程費按行政院主計處公佈之「台灣地區營造工程物價指數」之總指數漲幅超過百分之五時，經驗估後，得就其超過部份調整之。前項調整合約價款，對於未依合約規定日期完工或交貨者，不適用之。」

以彌補公務員服務法之不足。(註108)

七、法務部可即辦理之事項：

1. 政風司應配合前述人事行政局「公務人員執行職務避免利益衝突辦法」，建立「公務人員因公收受餽贈申報制度」，通令各機關政風單位執行，並加強舉發違法(規)案件。
2. 報請行政院核定後通函各機關：凡公共契約爭議標的達一定金額者，應先送請該部(法律事務司)研擬法律對策建議書函復後，始得進行和解或訴訟。

註 108：參見公務員服務法第十六條、第十七條及第十八條。上述三條規定過於僵硬，違背常情，無法執行。在正式修法前允宜透過行政命令適度放寬(承認有所謂「合法餽贈」)，並配合建立「申報制度」，嚴格取締非法餽贈。

附錄一 重要法規目次

Title 48—Federal Acquisition Regulations System

(This book contains chapter 1, parts 1 to 51)

CHAPTER 1—Federal Acquisition Regulation.....	<i>Part</i> 1
---	------------------

CHAPTER 1—FEDERAL ACQUISITION REGULATION

SUBCHAPTER A—GENERAL

<i>Part</i>		<i>Page</i>
1	Federal Acquisition Regulations System	5
2	Definitions of words and terms.....	16
3	Improper business practices and personal conflicts of interest	18
4	Administrative matters	55

SUBCHAPTER B—ACQUISITION PLANNING

5	Publicizing contract actions	69
6	Competition requirements.....	82
7	Acquisition planning.....	92
8	Required sources of supplies and services	103
9	Contractor qualifications	128
10	Specifications, standards, and other purchase de- scriptions	160
11	Acquisition and distribution of commercial prod- ucts.....	166
12	Contract delivery or performance	168

SUBCHAPTER C—CONTRACTING METHODS AND CONTRACT TYPES

13	Small purchase and other simplified purchase procedures	176
14	Sealed bidding.....	189
15	Contracting by negotiation.....	219
16	Types of contracts.....	278
17	Special contracting methods	299
18	[Reserved]	

SUBCHAPTER D—SOCIOECONOMIC PROGRAMS

19	Small business and small disadvantaged business concerns	317
20	Labor surplus area concerns.....	374
21	[Reserved]	

48 CFR Ch. 1 (10-1-91 Edition)

<i>Part</i>		<i>Page</i>
22	Application of labor laws to government acquisitions.....	377
23	Environment, conservation, occupational safety, and drug-free workplace.....	436
24	Protection of privacy and freedom of information.....	443
25	Foreign acquisition.....	445
26	Other socioeconomic programs.....	464

SUBCHAPTER E—GENERAL CONTRACTING REQUIREMENTS

27	Patents, data, and copyrights.....	466
28	Bonds and insurance.....	506
29	Taxes.....	524
30	Cost accounting standards.....	530
31	Contract cost principles and procedures.....	628
32	Contract financing.....	686
33	Protests, disputes, and appeals.....	733

SUBCHAPTER F—SPECIAL CATEGORIES OF CONTRACTING

34	Major system acquisition.....	744
35	Research and development contracting.....	746
36	Construction and architect-engineer contracts.....	757
37	Service contracting.....	774
38	Federal supply schedule contracting.....	783
39	Acquisition of information resources.....	786
40—41	[Reserved]	

SUBCHAPTER G—CONTRACT MANAGEMENT

42	Contract administration.....	803
43	Contract modifications.....	832
44	Subcontracting policies and procedures.....	837
45	Government property.....	843
46	Quality assurance.....	884
47	Transportation.....	902
48	Value engineering.....	937
49	Termination of contracts.....	944
50	Extraordinary contractual actions.....	988
51	Use of government sources by contractors.....	997
	FAR Index	

EDITORIAL NOTE: The Federal Acquisition Regulations Index also follows the text of Chapter 1 in 48 CFR Chapter 1, Parts 52-99.

TABLE OF CONTENTS

I. STATUTES

CALIFORNIA PUBLIC CONTRACT CODE

Subject	Page(s)
Minority & Women Business Participation	
Goals for State Contracts(AB 1933)	1
Recycled Content Certification	6
State Procurement of Materials, Supplies, Equipment & Services	6
Definitions	7
Approval of Contracts	7
Competitive Bidding & Other Purchase Procedures	9
Local Agency Purchases	17
Service Contracts Over \$200,000	22
Recycled Oil Markets	23
Conflict of Interest	25
Remedies & Penalties	26
Exemptions	27
Acquisition of Electronic Data Processing and Telecommunications Goods & Services	27
Acquisition of Telecommunications Goods & Services	34
State Assistance for Recycled Markets (AB 4)	35
Recycled Paper Products	37
Compost & Co-compost Products	43
Recycled Materials, Goods & Supplies	45

CALIFORNIA GOVERNMENT CODE

Prompt Payment Act	50
Joint Powers Agreement	54
Drug Free Workplace	55
Purchase of American-made Vehicles	57
Sixty-Day Extension for PEs after Fiscal Year Close	57

CALIFORNIA GOVERNMENT CODE, Continued...

Subject	Page(s)
MBE/WBE Certification	58
Small Business Procurement & Contract Act	60
Target Area Contract Preference Act (TACPA)	65
MBE/WBE Certification	58
Small Business Procurement & Contract Act	60
Target Area Contract Preference Act (TACPA)	65
Employment & Economic Incentive Act	70
Limitation on State Agency Modifications of Contracts	87
Prohibition Against Awarding to Water or Air Polluters	88
Recycled & Waste Tires	89

PUBLIC RESOURCES CODE

Recycled-Content High Grade Bleached Printing & Writing Paper Program	91
Compost Market Program	94
Plastic Recycling Program	96
Retreaded Tire Program	97
Recycled Lead-Acid Battery Program	99

CALIFORNIA MILITARY & VETERANS CODE

Disabled Veterans Participation Goals for Professional Bond Services and State Contracts	100
--	-----

II. ADMINISTRATIVE REGULATIONS

CALIFORNIA CODE OF REGULATIONS

Office of Procurement	104
Vendor Prequalifications	104
Local Agency Purchases	107
State Board of Control	109
Purchase of Supplies & Equipment for State Agencies	109
Office of Small and Minority Business	111
Small Business General Provisions (Definitions)	112
Small Business Preference	123
Target Area Contract Preference Act (TACPA)	130

Section Four

Massachusetts General Laws

- I. * Chapter 731 of the Acts and Resolves of 1989 – An Act Reorganizing Certain Divisions, Bureaus and Offices of the Executive Office of Administration and Finance.
- II. Massachusetts General Law Chapter 5 Section 1 – Printing and Distribution of Laws and Public Documents.
- III. Massachusetts General Law Chapter 7 Section 15 – State Purchasing Agent; Examination of Printing Bills.
- IV. * Massachusetts General Law Chapter 7 Section 22 – Purchase of Supplies and Equipment; Rules and Regulations, Duties of the State Purchasing Agent.
- V. Massachusetts General Law Chapter 29 Section 29A – Employment of Consultants.
- VI. * Massachusetts General Law Chapter 29 Section 27B – Expenditure of Funds for Lease or Purchase of Data Processing Equipment.
- VII. Massachusetts General Law Chapter 29 Section 28 – State Publications: Costs; Payments.
- VIII. Massachusetts General Law Chapter 30 Section 31 – Printing, etc. for Departments.
- IX. * Massachusetts General Law Chapter 30 Section 36 – Motor Vehicles Owned by Commonwealth; Use and Marking; Regulations and Restrictions, Enforcement; Transfer.
- X. * Massachusetts General Law Chapter 30 Section 36A – Purchase Replacement or Repair of Motor Vehicles.

*The aforementioned statutes are attached.

PUBLIC CONTRACT CODE ANALYSIS (1985)

DIVISION 1

Purpose and Preliminary Matters (§ 100)

DIVISION 2

General Provisions

Part

1. Administrative Provisions

Chapter

1. Definitions	§ 1100
3. Formation	§ 3400
5. Relief of Bidders	§ 5100
7. Contract Clauses	§ 7100
9. Claims and Disputes	§ 9201

2. Contracting by State Agencies

Chapter

1. State Contract Act	§ 10100
2. State Procurement of Materials, Supplies, Equipment, and Services	§ 10290
2.1. University of California Competitive Bid- ding	§ 10500
2.5. California State University Contract Law	§ 10700
3. Acquisition of Electronic Data-Processing and Telecommunications Goods and Services	§ 12100
3.5. Acquisition of Telecommunications Goods and Services	§ 12120
10. Claims and Disputes	§ 19100

3. Contracting by Local Agencies

Chapter

1. Local Agency Public Construction Act	§ 20100
1.5. Water District Acts	§ 20930
2. Bidding on Public Contracts [Uniform Public Construction Cost Accounting Act]	§ 21000
3. Acquisition of Electronic Data Processing	§ 22101

附錄二 出國訪問報告

出國人員：湯德宗、簡資修

事由：為執行「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」案，赴美蒐集聯邦、加州以及麻州有關法規及釋示令函，並拜訪主管官員以及專家學者，以了解美國政府機關委託民間執行業務之實務並就教質疑。

出國計劃於民國八十年十一月二十五日提出，同年十二月三日由行政院研考會批准。民國八十一年一月三日起程赴美前，所欲拜訪的官員以及學者，皆回函表示歡迎。

時間：民國八十一年一月三日至一月十五日

每日行程及活動：

一月三日：起程赴美國紐約。

一月四日：

前往紐約最大一家書店採購。

一月五日：

下午離開紐約赴華盛頓。

一月六日：

下午二點，依約至白宮會見聯邦採購政策局局長 (Administrator, Office of Federal Procurement Policy) 柏曼博士 (Dr. Allan V. Burman)。柏曼博士邀請了該局兩位副局長參與會談，會談一共進行了八十分鐘。

會談重點及結論：

1. 應我等要求，柏曼博士同意建立諮詢管道，今後計劃進行中如有疑難，願儘速答覆與協助。
2. 柏氏等說明聯邦採購實務及各州公共契約法發展概況，並當場贈送若干統計資料。
3. 應我等要求，柏氏等特別說明了聯邦政府委託民間執行業務之界限，並當場影印機關規則相贈。
4. 我等答應報告完成後寄贈三冊。

會談後，至附近的 Washington Bookstore 買書。

一月七日：

早上九點，至 George Washington University 拜會 Government Contracts Program 的主持人納許教授 (Professor Nash)，會談近兩小時。會談重點包括：

1. 納許教授認為一九八四年締約競爭法開放過頭，使整個程序變得過於複雜（通常需花費五至八個月時間來評估一份企劃案，一年以後才能決標），應該適度簡化。
2. 現制中關於“品質規格” (quality specification) 的要求，已由一個好的理論，變質為實務上的怪物。建議我國小心從事。
3. 現制中的抗議制度 (protest system)，使得未獲決標的人可以合法地藉此拖延締約達四至五個月，納許教授深表不滿，建議我國千萬不可引進此一制度。
4. 比較歐美實務，納許教授認為歐洲公共工程不強制以最低價決標，品質因而較好；又加拿大以行政監察使 (ombudsman) 取代

美國的抗議制度，亦值得效法。

5. 應我等要求，贈送 The Nash & Cibinic Report 一期，內載對現制若干之批評。

一月八日：

下午，湯先生決定留在華盛頓等候班機回國；簡先生搭機離開華盛頓赴波士頓，繼續行程。

一月九日：

下午兩點，至麻州州政府辦公大樓，會見行政暨財政廳（Executive Office of Administration and Finance）負責監督採購事務的副廳長哈契森先生（Mr. Robert M. Hutchison）。在座的尚有麻州採購暨總務署署長（Purchasing Agent, Department of Procurement and General Services）安德森先生（Mr. Philmore Anderson）。因為國內無有關麻州採購法規的資料，會談重點在於了解而非質疑。哈契森先生說明麻州州政府的組織與人事，然後轉至安德森先生辦公室，由安德森先生介紹該署所編的採購程序手冊（Procedures Handbook），前後約兩小時。

一月十日：

至波士頓大學 Charlesbank Bookstore 購書。
湯先生離開華盛頓回台。

一月十一日：簡先生離開華盛頓赴舊金山。

一月十二日：簡先生離開舊金山赴加州首府沙加緬度。

一月十三日：

早上九點，至加州總務署採購處（Department of General Services, Office of Procurement）拜會其主管貝必其先生（Mr. John S.

Babich)，在座的尙有其主要單位主管 Mr. Tom Lee (EDP Acquisition Unit)，Dr. Leory C. Cooper (Standards and Quality Control Section) 以及 Mr. Gaylord Moulds (Purchasing Information Network)。會談得悉，採購處只執行例行性的採購，重大工程則由各單位分別執行。並受贈加州有關採購抽印本二本。會談外並參觀該處採購資訊電腦化情形。

下午兩點至總務署辦公大樓，會見其法律部門主管 (Chief Counsel, Department of General Services) 崔舍先生 (Mr. C.O. Trasher)，會談約一小時。經其指點，獲得加州公共契約法法典。隨後又至 National Professional Bookstore 採購書籍。

一月十四日：簡先生離美返台。

附錄三 「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」專案研究學者專家座談會紀錄

一、時間：八十一年十一月六日下午二時

二、地點：行政院研考會簡報室

三、主席：孫主任委員得雄

紀錄：張淑彩

四、出席（列）席人員：

(一)專家學者：（依姓氏筆劃順序）

王朝枝先生（台灣省營造工業同業公會）

李慶中先生（行政院環保署副署長，由法規會符參事樹強代提書面意見）

法治斌先生（政治大學法律系副教授）

城仲模先生（考試委員）

馬鎮方先生（交通部次長，由林主任秘書石根代）

楊日然先生（大法官）

郁慕明先生（立法委員：請假，提供書面意見）

(二)專案研究人員：

湯德宗先生（中央研究院中山人文社會科學研究所副研究員兼代法律組主任）

簡資修先生（中央研究院中山人文社會科學研究所助研究員）

洪家殷先生（本案研究員）

宋承恩先生（本案研究助理）

(三)本會人員

林處長克昌

古科長步綱

涂副研究員炳深

五主席致詞：

現代行政事務日趨複雜，所涉層面廣泛，致使分工益形專精，行政部門在不增加人力之前提下須完成各項業務，則必須盡量委託民間協助執行各項事務性的工作。郝院長前亦指示各項事務性工作可委託健全之公會執行，台中市政府即委託建築師公會初步審查營造商建築資格，由於公會之組織功能健全，以及受委託之意願；使得市政府節省不少人力。

加拿大亦發展一套委託方式，利用民間力量來節省政府之人力與開支，同時能更有效率地達成工作。但各項委託工作必須同時考慮成本效益，若因委託使得經費反而增加，則不是委託之目的。因此，何類工作得以委託，以及執行委託之法規，皆應加以研究。

美國聯邦政府各部門委託民間執行之業務為數甚多，其所依循之法規與程序應有值得參考之處，本會有鑑於此，乃委託中央研究院中山人文社會科學研究所湯德宗教授進行「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」專案研究。現在先請研究小組進行簡短說明後，再請各位先生提供意見。

六研究主持人說明：略

七發言要點：（依發言順序）

(一)法治斌先生：

- 1.題目與內容間易生認知上之差距，使讀者認為研究對象似嫌狹隘，僅侷限於採購之領域。且事實上政府主管事務中屬於私經濟之性質者，如決定交由民間私人代為行使，原本即多以私法

契約之方式爲之，屬於私法之規範範圍，而其是否即爲本研究計畫所追求之研究目的，尙請界定及釐清。

2. 選擇加州及麻州之理由安在？宜說明之，且有關部分多僅作條文之翻譯、臚列及整理而已，似宜稍作分析評析承諾改進評論。
3. 本國法制部份蒐集之資料相當豐富，但亦僅止於編纂、淺嚐即止，殊爲可惜，宜能補強評議，探究問題，及提出可能之解決方案。
4. 結論部份對成立公共契約委員會之建議，可行性仍待評估。其機關之形態應爲委員制或獨任首長制，亦應研究。亦可考慮在現有之機關下設立。
5. 建議制定之「公共契約法」與我國現制民法之關係爲何？宜有所交待補正。
6. 本報告中引用美國制度依據法律資料甚多，可以再深入研究本國制度，以比較兩國制度之異同。

(二) 王朝枝先生：

1. 對於一些立論應多利用數據與事實來加強理論的週延性，避免爭議。希望再進一步對實務上委辦之困難提出因應措施增加其價值性。
2. 在工程契約目前仍屬私權範圍的情況下，主辦工程機關爲確保其本身權益，儘量規避可能負擔的責任，其內容多偏向廠商應履行之義務、常被指爲不公平之契約。營造廠商爲爭取承攬工程機會，委屈就範，導致爾後發生工程施工不良或拖延工期不履行契約等糾紛，結果對雙方都不利影響。
如果修改爲公權的性質恐怕沒有業者會有意願去投標承包。
3. 建議仍將契約的訂定維持目前的私權範圍，比較可行。
4. 如維持現狀契約私權屬性，爲有效解決雙方的爭議，應增列工程契約糾紛仲裁制度，以便克服時效上、以及涉及技術部分仍須委由專家鑑定。避免纏訟經年的顧慮。

5.企劃標等招標問題究應如何界定，應請研究。

(三)林石根先生：

- 1.現行法令對行政契約已有多規範，惟主要之關鍵在各法令的不一致，造成各行政機關在適用上之分歧，故宜統一現行相關法令。
- 2.研究資料是否可加強對我國各機關目前辦理行政（公共）契約事宜的資料蒐集，可較周延。
- 3.研究內容中論及行政業務之委託研究部份僅佔小部份而討論採購甚多，似與題目不符，建議在定稿時修正題目。

(四)城仲模先生：

- 1.目前國家施政方向可謂「給付行政」，即政府須多做事，在人力有限情況下，委託民間確有必要，惟因各項法令的欠缺，致使政府「依法行政」的原則難以執行。而接受委託之承包商在無明確法令的監督下，其執行委託之品質亦令人質疑，現行法制確宜詳加檢討。
- 2.本報告採美國式撰寫方式，對於引註資料引述與閱讀不易。
- 3.美國制度確可供我參考，但是對目前國內實務運作的流弊缺失，應再加以深入瞭解，方能將研究成果與實務銜接。如在現制下「公共契約法」應如何與現有各項法令配合？而審計制度、政風制度又應如何協助配合法案的執行？
- 4.本報告第一、二、三篇研討美國聯邦、加州及麻州政府制度：建議除將各法律條文整理分析外，應將聯邦、各州政府法律之共同點及特別突出之處加以說明，取其優點，並予以融和，以爲我國參考之指標。
- 5.本報告之題目建議改爲「政府委託民間執行業務立法之研究」。
- 6.有關成立「公共契約法制委員會」，建議採獨任首長制，以提高行政效率但若恐發生不公正情形，在決策過程中可稍採委員

會制精神。

- 7.第五篇第35頁中所提四種不可委託之情形，文字過於籠統，「國家安全秩序者」、「政經體制者」等難以界定。
- 8.本文引述「包裹立法」一詞，目前仍未能界定其真正含義，因法律條文不經逐條公開討論即通過，其法律效用有待商榷，亦違反現代國家原則，建議改為「綜合法」一詞。
- 9.本報告應將未來「公共契約法」之監督機關予以界定，以負責該法案執行所發生之各項問題。
- 10.本報告應儘速完成「公共契約法」法律條文之擬訂，向省、市政府推動；至於本法案未立法完成前，現行法制之缺失應如何改善，可綜合做一建議。

(五)楊日然先生：

- 1.本報告應研議可否由現制已有之機關擬訂修改現行委辦依據法令，如未來法制局成立後，可由法制局研修。
- 2.本報告應對「公共契約法」未完成前，現有法制應行修改之處，提出建議，以因應委辦時各項流弊。
- 3.個人非常贊成目前確須有一個綜合性的法規來規範各項委託採購工作，其中建議包括「國會議員禁止獲利」、「公務員非經許可不得承包」之原則，並應注意避免圍標或特權介入公共營造工程等流弊。
- 4.建議將公共契約法研究為主題，美國法令研究為副標題，同時加序論將本文重點及目的及採購之定義予以釐清。

(六)符樹強先生：（代提供書面意見）

- 1.本研究報告主要介紹美國公共契約法制及我國政府委託民間執行業務現況之檢討，惟我國法制基本上沿襲大陸法制，是否稍加補充有關德、日等國有關公共契約法制資料，作為比較參考。
- 2.建議就「研究之背景與目的」、「研究範圍與重點」、「研究

經過」、「研究方法與步驟」與原研究報告之「研究內容提要」併列專編說明，俾研讀本研究報告得迅速掌握重心。

3.有關我國「公共契約法」草案之研擬，除行政法學理之爭議亟需突破之外，其他如爭訟之救濟、適用對象等均有待詳細的考量。本研究報告已提出初步的建議，期待有更深入具體草案之提出，供政府執行業務之參考。

4.謹就實務上相關定義與困難，臚列如次以供參考：

(1)目前各機關依81.2.28.行政頒「各機關委託技術顧問機構承辦技術服務處理要點」辦理情形普遍，委託之本國技術顧問機構資格，以①政府推動之財團法人方式組設，不以營利為目的，受各類主管機關督導考核之技術顧問機構②經委託機關審查合格受經濟部督導之技術顧問機構③經委託機關審查合格之技師事務所三者為限，惟「受經濟部督導之技術顧問機構」是否指技師法第六條所稱「技術顧問機構」，在「技術顧問機構管理辦法」未訂定公布前，「技術顧問機構」之認定似有疑義，類似法令之不完備，亟待補充釐清。

(2)依水污染防治法第四條及空氣污染防制法第四條規定「中央、省（市）、縣（市）主管機關得指定或委託專責機構，辦理水（空氣）污染研究、訓練及防治（制）之有關事宜。」以法律明定政府委託民間或其他機關執行業務之依據，本署水保處並於81.5.25.報請行政院核定之污染防治法施行細則修正草案中補充，得委託專責機構之有關事宜涵蓋「水污染之許可、稽查、取締……等事項」，惟有關許可、稽查、取締屬涉及主管機關公權力行使之事項，是否為委託執行，尚待研究。

(七)郁慕明先生：（請假，提供書面意見）

1.本研究係為我國「公共契約法」奠基之研究工作，比較上似偏於公共財產之採購、營繕，而忽略了政府業務之委託、方法上有平衡之必要。

2. 美國法制之說明，在立法環境、背景上欠缺說明，其於我國特殊國情之取捨均應特別予以澄清論述。
3. 本研究報告以美國「公共契約」制度為主要取材，論述精詳，但站在我國法制參考價值的觀點上，是否亦應博採歐洲各國立法例之精華。另美國各州中只取加州、麻州，其理由何在？似未說明，應可對各州之體制比較詳述。
4. 關於「公共契約法制革新委員會」，在成立之前仍須加強研究基礎工作，俾便委員會未來之法制作業。
5. 「公共契約法」草案中似乎政府業務之委託未予詳述，事實上，現代政府之業務委託未來必有重要地位，其與人民之關係更應規劃規範方式。
6. 本報告關於未來「公共契約法」的立法體例，建議仿效美國法制，綜合組織法、作用法、程序法及救濟法以「包裹立法」方式一次立法。此點頗有新意，在目前立法效率低落之時，實有專題深入研討之價值，主辦單位應予注意。

八研究主持人：

(一)本報告內容與題目並非不一致，因美國法令中委託亦視為採購，適用同一套法令規定，美國法令規定政府委託或採購皆視為「政府契約」，因美國法制中公私未有詳細區分，與我國現制不同，致產生誤解，以為研究內容不符題目，贊成更改題目，然因本報告係以美國法令之研究為主，因此，建議將題目更改為以美國法令研究為主，我國現制委辦與採購研究為副標題。

(二)依據瞭解每個國家對公私法之界定不一，基本上區別公私法可以其「標的物」或「行政目的」界定其為公私法，其救濟途徑亦不同，但立法上仍有其彈性；因此，本法案爭議途徑希望循「行政爭訟」途徑，係考量行政機關自行監督之機會。若訂定了公共契約法，則應為公法上之契約。

(三)現行契約中確有許多缺失，若契約類型化後，應於契約擬訂時邀業者提供意見後訂定妥適之契約，但若涉及公權力或公共利益時，政府仍有絕對權力修改或解除契約。

(四)「公共契約委員會」建議採委員制主因希望聯合各機關代表協調組設。若實務上有效率之困難，可改採首長制。本報告所建議之公共契約委員會主要職掌在監督契約之訂定，不涉及決標及行政機關是否委辦或採購之決定。其亦不同於審計單位。

(五)本報所提之「包裹立法」，係指仿效美國將所有關法令一次送立法院審查討論，非未討論即一次通過，該詞即不適當，擬改為「綜合法」一詞。

(六)有關公共契約法草案條文之起草，因涉及問題繁雜，恐非短期內可完成之工作。

九主席結論：

今天非常感謝各位對本案提供寶貴之意見，經整理後，將送請研究主持人做為修正報告之參考。

十散 會。

附錄四 「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」專案研究學者專家座談會指教意見擬辦說明

壹、關於美國聯邦公共契約法制及我國現制革新芻議部分

一、關於本研究之題目與內容配合問題

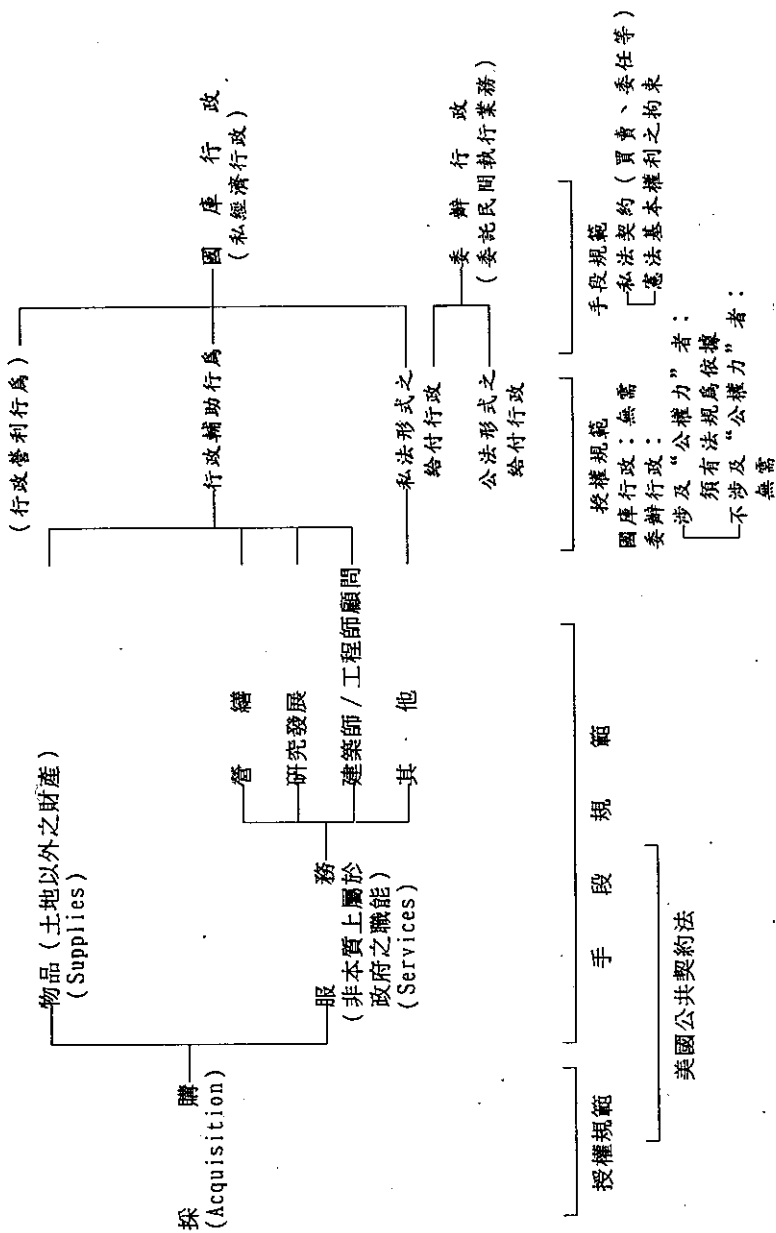
（法治斌先生指教之第 1 點，林石根先生指教之第 3 點，城仲模先生指教之第 5 點，楊日然先生指教之第 4 點，符樹強先生指教之第 1 點，郁慕明先生指教之第 1 及第 3 點）

（一）本研究案原訂題目「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」係由行政院研考會指定，非吾等所建議。惟鑒於本研究之範圍（美國公共契約法制）已極龐大（僅以美國聯邦為例，三個主要公共契約立法約有 200 頁，聯邦採購規則主要規定更達 700 頁），致本研究期末報告初稿已厚達 450 頁，吾等不建議再擴大本研究之範圍。如委託單位審酌座談會意見，認為有必要就其他大陸法系先進國家相當之制度進行研究，似以另案辦理為宜。

（二）究本研究之題目與內容是否若節符合所以發生疑問，實因美國法制於此與大陸法系迥異，復因相關用語（如“acquisition”雖譯為「

採購」，實兼及「行政業務之委辦」)與吾人通常之理解不盡相同所致。吾等將依各位學者、專家之建議，於定稿時在「緒論」中將本研究之目的、範圍及重點先予釐清，以利溝通。

(三)原研究題目中有兩個關鍵：「委託執行業務」及「依據法令」，俱有進一步闡明之必要。為便於比較，試將美國聯邦與大陸法系(以德國為代表)有關本研究主題之法律概念繪如下圖。



按美國法體系，所謂“acquisition”（亦稱“procurement”，中文直譯為「採購」），兼指土地以外之「物品」（supplies）以及各種「服務」（services）之獲取而言。所謂各種「服務」包括法規裡特別規定之類型，例如營繕（construction）、研究發展（research & development）、建築師／工程師（技術）顧問（architect-engineer services）及其他一切「非本質上屬於政府之職能」（non-inherently governmental functions）之委託。惟不論是「物品」採購抑或「服務」採購，皆係依據同一套法令（統稱為「公共契約法」（public contract law）或「政府契約法」（government contract law）辦理。公共契約法之內容又可析分為兩大部分，一為授權政府（行政機關）得進行物品及服務採購之規定，吾人姑稱之為「授權規範」；另一為有關於如何獲取物品及服務之手段之規定，包括招標、投標、審標、決標等各個階段之流程及一套標準化契約條款，吾人姑且稱之為「手段規範」。據此，原研究題目中之所謂之「委託執行業務」允宜做最廣義理解，包括委託民間為製造（採購）及提供其他形式之服務（委辦）。復因適用同一套「手段規範」之故，本研究所介紹之招標、投標、審標及決標等過程，於物品採購及事務委辦同樣適用。此與類似流程在我國現制下一般僅適用於「物品」採購。

至於在以德國法為主的大陸法系國家，有所謂「國庫行政」（fiskalische Verwaltung）或稱「私經濟行政」（Privatwirtschaftsverwaltung），用以與「公權力行政」（oeffentliche Verwaltung）相區別，指國家位於相當於私人之地位，並依私法而為之各種行政作為。「國庫行政」一般又可區分為三類。一為行政營利行為（erwerbswirtschaftliche Betaetigung der Verwaltung），如各種公營事業。二為行政輔助行為（Hilfsgeschaeft der Verwaltung），一稱「後勤行政」（Bedarfsverwaltung），例如行政機關為達成行政任務而採購公務用品、建築辦公廳舍、委請學術單位進行研究專案等。兩相對照，前述美國公共契約法中所規範之物品採購及服務採購，泰半歸於行政輔助行為。國庫行政第三種類型為私法形式之給付行政（pri-

vatrechtsformige Leistungsverwaltung), 例如對無住屋者提供低利購屋貸款或出售國宅。

就規範體系而言, 德國並沒有一套相當於美國聯邦公共契約法之規範, 我國亦然。在授權規範方面一般以為行政機關基於職權, 可視其需要採取行政輔助行為, 無待乎法律之授權。(國家自為給付行政時亦同, 惟此非本文研究之範圍。)至國家委託民間為給付時, 如涉及「公權力」之行使, 必須有法律或法規命令為依據始得為之(亦即須受「法律保留原則」之拘束)。其次, 在手段規範方面, 國庫行政(私經濟行政)之特色為依照私法活動。準此, 行政機關所為之物品採購仍適用民法有關之規定(如買賣), 在法律概念上遂未另行區別「公共契約」。與私人契約不同者, 國庫行政交易對象之選擇及交易之進行, 須受憲法基本人權保障規定(特別是平等權及自由權)之羈束。受委託之私人執行行政業務時, 亦同。至於委託機關與私受託者間之關係仍須藉委任(委託)契約加以界定。

綜上所述, 兩國法制對於本研究之主題約有如下之概念差異:

1. 美國法制以“acquisition”(「採購」)為上位概念, 統攝物品之採購及行政業務之委辦(「服務之採購」); 同樣的行為在德國法制下則分屬國庫行政(「行政輔助行為」與「私法形式之給付行政」)及委辦行政(可為私法, 亦可為公法性質), 並無一統攝之上位概念。
2. 美國聯邦公共契約法之內容包括授權規範(授權政府機關「得」為物品採購及服務採購)及手段規範(包括選擇交易對象之程序及界定政府機關與交易對象間關係之標準化契約)。由德國法制觀之, 「公共契約法」當屬公法, 實際上各式標準化公共契約之內容亦與私法契約多有不同。大陸法系僅於涉及公權力之委託始限制須有法律或法規命令作為授權規範, 至手段規範方面亦相對抽象, 僅限制交易對象之選擇不得違反基本人權

之保障，至於其間各階段之流程似無特別之法律詳加規定；又行政機關與交易對象間之權利義務亦須藉簽訂私法契約來界定。

- 3.關於行政機關於何種條件下始得委託民間執行業務，尤其那些公權力不得委託民間行使一點，德國法制似無明確之規定。一般討論亦僅提出須符合「民主原則」與「效率原則」等抽象之準則。美國聯邦公共契約法明文限制「本質上屬於政府之職能」(inherently governmental functions)不得委託，並例示何為不得委託之政府職能。其次，關於得委託之政府職能究竟委託民間辦理與否，猶需經過「成本比較」以為決定。凡此皆較德國法制進步，而有參採之必要。

(四)吾人以爲本研究題目所稱「政府委託民間執行業務」允宜作最廣義之解釋，以便包括物品採購及行政業務之委辦，除因美國聯邦公共契約法兼括二者，已如前述外，實寓有另一層考慮。茲值六年國建大力推動之際，各種工程弊案頻傳，工程品質堪憂，反映吾國迫切需要有一套足以支持政府硬體建設之軟體法規，美國聯邦公共契約法之研究實切合時代之需要。

(五)綜合各位學者、專家指教之意見，並爲配合國家建設之需要，確實反映研究主旨，盼委託單位同意將原訂題目修正爲：

美國公共契約法制之研究
——我國政府採購及委辦制度興革建議

二關於「公共契約委員會」組織及職掌問題

(法治斌先生指教之第4點，城仲模先生指教之第3，第6及第9點，楊日然先生指教之第1點，郁慕明先生指教之第4點)

(一)未來「公共契約委員會」究以「首長制」或「委員制」型態為宜，當再研究。初稿中建議採委員制係著眼於各部會間之協調，惟目前實務運作上委員制與首長制相去甚微。

(二)建議新設「公共契約委員會」係鑒於公共契約法制茲事體大，且六年國建經費鉅大，宜有專責單位負責公共契約法制化工作，並擔負起行政監督責任。惟如以國家財力一時無法負擔，或政策決定不再增設政府機構，則將之併入擬議中之行政院法制局亦為可行之方案。

(三)「公共契約委員會」與「政風單位」間之關係當在定稿時予以補充說明。吾人以為將來「公共契約法」草案中有關「不當商業慣例及個人利益衝突之禁止」一節之規定，宜交由政風單位執行。

(四)關於未來「公共契約委員會」成立前如何由現有相關部會，強化公共契約之基礎研究一點，吾人將在修正本報告結論時予以補充（屬於「可即辦理事項」）。

三關於「公共契約法」之內容

（法治斌先生指教之第5點，王朝枝先生指教之第2、第3點，林石根先生指教之第1點，城仲模先生指教之第3、第8及第10點，楊日然先生指教之第2點，符樹強先生指教之第3點）

(一)未來「公共契約法」如採納「公共利益優位原則」，應認其為公法。於政府機關為契約一方當事人時，「公共契約法」應優先於民法而適用，惟公共契約法未規定者應「準用」民法有關之規定。

(二)未來各種「公共契約」雖定性為公法契約，然於契約標準化之過程中應履行適切行政程序，以融合各界意見與批評。標準化的結果當較現有各機關各自為政所擬定之契約更為合理，更能兼顧政府與締約私人之利益。只要契約合理、契約之履行有利可圖，似不虞無人投標

承包。

(三)制定「公共契約法」之用意在於全盤健全公共契約使成爲一種法律制度，而公共契約法制化的表現乃公共契約之標準化。果能如此，現今實務混亂的現象當可大爲改善。

(四)本研究可視爲有關以美國聯邦公共契約法爲借鏡，全面革新我國政府採購及委辦法制之第一階段研究，研究報告中雖已提出「公共契約法」草案之架構及基本原則，然距離草案研擬完成尚有一大段距離。如委託機關認爲本研究之結論及建議確可參採，可另案委託進行「公共契約法草案」之研擬工作。

(五)本報告定稿時將修正結論，除現已提出之改革方案外，將增列在公共契約法未制定前可即採取之應急措施。

四其 他

(一)本報告定稿時將參照委託單位之報告先例，在摘要中補充「研究背景及目的」、「研究範圍及重點」、「研究方法與步驟」等項目。

貳、關於美國各州公共契約法制部分

一、關於選擇加州及麻州公共契約法爲本研究之比較對象

(法治斌先生指教之第2點，城仲模先生指教之第4點)

美國幅員廣大，有五十州之多，採聯邦制，各州自主的立法權範圍包括公共採購，在本報告的有限預算、時間、人力下，勢不可能就五十州的公共契約作全面性的研究，只能擇一、二具有代表性的州法律加以研究。加州不但是美國人口最多的一州，在政治、文化、經濟及法律各方面，也是最富有創造性的一州，捨加州其誰？麻州是美國

建國發源地，富有傳統英美法系的優良特質，法治根基深厚，應有可觀之處。本報告選取加州、麻州的公共契約法制加以研究，兼顧新舊，酌之本報告的有限條件，應屬合理。

二、關於工程契約仲裁制度

（王朝枝先生指教之第4點）

按美國加州公共契約法的規定，公共工程契約爭議若涉及金錢補償或賠償，原則上應以仲裁方式解決（見本報告初稿貳第二篇第三章第七節一）在我國，商務仲裁協會依據商務仲裁條例執行仲裁業務。目前該協會的業務中有甚大的比例涉及公共工程之仲裁，甚且包括雙方當事人皆是「公」機關的公共工程爭議之仲裁。可見公共工程契約之仲裁制度，確有加以研究之必要。本報告將就此再予補充。

三、關於本報告之標號及引註方式

（城仲模先生指教之第2點）

本報告之標號方式，依篇、章、節、小節之次序，依序賦予符號，例如：第一篇、第二章、第三節、四小節的代號即為 I · 2 · 3 · 4。此並非英美特有的標號方式，德國學界亦普遍使用之。本報告考慮此種標號方式在查閱上的便利及對編輯效率上的助益，故採用此種標號方式。至於引註方面，本報告在初稿中係將註釋以節做單位，放置在每節之後，在定稿時將依研考會之規定，統一編號且將註釋置於當頁的頁底。

參、關於我國現制檢討部分

一、關於本國法制之補強

（法治斌先生指教之第3點）

本報告遵從指教，於修正時，就問題發掘及解決方案等再予加強。

二關於利用數據強化理論，並對實務上委辦之困難提出因應措施 (王朝枝先生指教之第1點)

由於目前缺乏統一之中央資料庫，各種實務上數據及資料之搜集相當困難且不完整。不過，此點於本報告所建議之公共契約法草案中已有所規範，務期建立完整之資料中心，以作為執行之依據，若日後成為正式法文，應可改正此項缺失。又本研究報告著重於引介美國法制，以供我國建制之參考，並非以檢討我國實務為主，故如何因應實務上委辦之困難，原不在本報告之重點範圍，現王先生既有所指教，自當設法再行搜集相關資料，盡量改善。

三關於加強蒐集目前辦理公共契約之資料 (林石根先生指教之第2點)

本小組已聯絡林先生，希望能獲得資料提供方面的協助。待相關資料到齊，將為進一步之分析檢討。

四關於前三篇應就美國聯邦及各州政府法律之共同點與特色加以說明 (城仲模先生指教之第4點)

關於此點，依本報告原來之架構係在結論時歸納出前幾篇美國法制值得借鏡之處，並以此作為擬定我國公共契約法草案之基礎。因此，若再另立專章討論，恐有重覆之虞。本小組擬直接於結論部分進行補強，以便達到同樣目的。

五關於城仲模先生指教之第10點及楊日然先生指教之第2點部分， 在本報告之結論部分，已改採立即可行建議及長期性建議方式，故

應可補充此部分之缺失。

六關於若干實務上所遭遇之問題

(符樹強先生指教之第 4 點)

當於本報告修訂時，針對所提出之各點，一一說明。

肆、指教意見擬辦說明對照表

學者專家指教意見	辦 理 說 明
法治斌先生 # 1 # 2 # 3 # 4 # 5	壹、一、3 & 4 貳、一 參、一 壹、二、1 & 2 壹、三、1
王朝枝先生 # 1 # 2 & 3 # 4	參、二 壹、三、1, 2 & 3 貳、二
林石根先生 # 1 # 2 # 3	壹、三、3 參、三 壹、一、3 & 4
城仲模先生 # 2 # 3 # 4 # 5 # 6 # 9 # 1 0	貳、三 壹、二、3 & 三、1 參、一 貳、一 & 參、四 壹、一、5 壹、二、1 & 2 壹、二、4 壹、三、5
楊日然先生 # 1 # 2 # 4	壹、二、2 壹、三、5 壹、一、2 & 5
符樹強先生 # 1 # 2 # 3 # 4	壹、一、1 壹、一、2 壹、三、4 參、五
郁慕明先生 # 1 # 3 # 4	壹、一、3 壹、一、1 壹、二、4

附錄五 行政院研考會第二七一次委員會有關「美國政府委託民間執行業務依據法令之研究」一案審議意見

一、本報告大都論及美國政府「採購」作業依據之法令，對美國政府委託民間執行公權力之業務甚少論及；宜補充美國政府委託民間執行之委託業務項目，將有益於與我國現況比較。

二、我國政府委託民間執行業務中，除採購及營繕工程外，值得考慮委託之業務包括：(一)消防安全防護工作；(二)環保單位取締所依據之檢驗工作；(三)戶政、地政及建管等查驗估價工作；(四)國際商務貿易仲裁公證及(五)政府本職業務中可委託之事務性工作。以上各項委託之現況及依據之法令，宜研究檢討。

三、本報告所提「公共契約委員會」之功能，若僅係健全公共契約法制，而缺工程規劃、督導等功能，對未來公共工程恐難竟全功，惟依現擬議設置之行政院公共工程委員會之職掌已涵蓋，故可由公共工程委員會推動，所提裁撤公共工程委員會之建議，允宜修正。

四、訂定「公共契約法」時須注意「議會監督」及「議會議員禁止參與契約或分享契約利益」之條款，避免關說等流弊。

五、本報告關於退輔條例第八條之存廢問題，宜將廢止意見列為甲案

，另將修改該條文之意見列為乙案，並研究如何修正現行法規，使榮工處得參與公開競標承辦各項建設工程。

六本報告題目與內容易生認知之差異，題目宜酌予修正，並請於本報告緒論中將本文重點、目的及採購之定義予以釐清。

七本報告結論部分宜分為立即可行建議及長期性建議，並註明主、協辦機關。

八本報告各章節中譯文名稱宜一致，章節、註釋及頁碼編排宜請依本會出版品編印統一規定辦理，以便於查閱。

九本報告提要及印製格式請依本會專案研究作業要點之規定辦理。

附錄六 行政院研考會第二七一次 委員會會議審議「美國政 府委託民間執行業務依據 法令之研究」一案審議意 見辦理說明

一、關於報告中大多討論美國政府「採購」依據之法令，而少論及「委辦」依據之法令；及建議補充美國政府委辦之業務項目問題。

(一)美國聯邦政府為「採購」及「委辦」時所依據之法令係屬同一，報告中所討論之契約形成各階段程序（包括計劃、招標、投標、審標及決標等），不僅適用於採購，亦適用於「委辦」。此與我國「採購」和「委辦」準據法令分殊者全然不同。請參見本報告緒論一之說明。

(二)關於美國聯邦政府委託民間辦理之業務項目，除原報告初稿第一篇第二章第四節三（服務契約）註12已列之「常見委辦項目」外（今改列於緒論註8），茲遵照建議再補充委辦項目之詳細分類如附錄七（美國聯邦政府委託民間辦理業務分類表），表0-1（美國聯邦行政部會一九九一會計年度「研究發展」契約統計表）及表0-2（美國聯邦行政部會一九九一會計年度「研究發展」以外之服務契約統計表）。

(二)已參照審議意見補強第一篇第二章第四節一(三)(服務契約)及第一篇第三章第四節之說明。

二關於建議再我國增加檢討消防安全防護、環保檢驗、地政估價、商務仲裁等業務委託民間辦理之法令依據問題。

我國政府委託民間執行業務中，值得考慮委託執行之業務之現況及依據法令部分，已在第四篇第二章第三節中加以說明。

三關於建議修正本報告「裁撤公共工程委員會」之建議問題。

(一)設立「公共工程委員會」主要目的在於建全公共契約法制(包括政策及法規)，而非取代各主管機關在個案中決定是否為採購或委辦之權力。此為尊重各主管機關之事權(包括預算編列及執行)，並為免混淆立法監督所為之設計，亦為美國聯邦現行之制度。請參見本報告第五篇第一章第三節三及第一篇第一章第二節四之說明。

(二)本報告既已將「重大契約案之計劃審議、履約監督及績效考核」列為「公共契約委員會」法定職掌之一(參見第五篇第一章第三節二之說明)，該委員會自可從制度上審核工程之規劃並監督契約之履行。

(三)鑒於「公共契約委員會」之權限勝於審議中之「行政院公共工程委員會」，爰建議「公共契約法」完成立法後，以「公工會」為基礎改組成為「公共契約委員會」。(參見本報告第五篇第一章第三節三之說明)

四關於議會監督以及議員參與公共採購之問題。

(一)在公共契約法制之建立上，議會之監督角色應與在其他法制上同，只限於督促行政部門建立良好的法制，依法行政或政策建議，不應涉及個別採購案之監督。但這並未意味該個案已弊病叢生，議會仍不得為監督，只是議會的功能，在於因為有此弊案，要求重新檢討是否法制不健全，或則執行是否偏差，或則政策不當，而不應是個別的採購案，須經議會的監督。

(二)至於議員關說之規範，本報告已在第五章第四節「不當商業慣例與利益衝突之禁止」有所說明與提出建議。

五關於退輔條例第八條之存廢及修正現行法規使榮工處得參與競標問題。

在第四篇第三章第三節公共工程議價引發之問題中，已有討論。

六關於題目修正及緒論補充問題。

(一)已參照審議意見修正如緒論之一與二。

(二)已參照審議意見修正題目為：

「美國公共契約法制之研究
——我國政府採購及委辦制度興革建議」
(請參見封面等)

七關於緒論區分立即可行建議與長期性建議問題。

已參照審議意見增加第五篇第三章(可即採行之興革建議)，至第五篇第一、第二章討論者則屬長期性興革建議。

八關於譯名統一及格式改正問題。

(一)已參照審議意見請各研究人員以第一篇之用語為準，進行改正。

(二)報告初稿未按 貴會統一格式辦理，純係為便於修正時之編輯作業。（請參見附錄四中貳、三之說明）

九關於提要格式及印刷格式改正問題。

(一)已參照審議意見改正（請參見「提要」）。

(二)印製格式已按 貴會「作業要點」辦理（請參見報告定稿）。

附錄七 美國聯邦政府委託民間 辦理業務項目分類表

I、總類表

B	研究暨發展 (R & D) 以外之特殊研究及分析
C	建築暨工程服務 (營繕工程)
D	自動化資訊處理暨電訊服務
E	結構體及設施之採購
F	天然資源管理
G	社會服務
H	品質管制、測試暨檢驗服務
J	設備之開發、修理暨重建
K	設備之改良
L	技術代表服務
M	國營設施之操作
N	設備之裝置
P	救助服務
Q	醫療服務
R	專業、行政及管理支援服務
S	公用事業及家管服務
T	照相、製圖、印刷及出版服務
U	訓練服務
V	運輸及旅遊
W	設備之出租或承租

- X 設施之出租或承租
- Y 結構體及設施之興建
- Z 不動產之維護、修繕或變更

II、細目表

研究暨發展以外之特殊研究及分析 (B)

- B502 空氣品質分析
- B503 考古學／古生物學研究
- B504 化學／生物學研究及分析
- B505 成本效益分析
- B506 (科學以外之) 資訊分析
- B507 經濟學研究
- B509 瀕臨絕跡物種之研究 (植物及動物)
- B510 環境研究及評估
- B513 (營繕以外之) 可行性研究
- B516 動物及魚類研究
- B517 地質學研究
- B518 地球物理學研究
- B519 地球科技學研究
- B520 放牧研究
- B521 歷史研究
- B522 法律研究
- B524 數學／統計學研究
- B525 天然資源研究
- B526 海洋學研究
- B527 休閒研究
- B528 管制研究
- B529 科學資訊研究
- B530 地震研究

- B532 土壤研究
- B533 水質研究
- B534 野生物研究
- B537 醫療及健康研究
- B538 情報研究
- B539 太空研究
- B540 建築科技研究
- B541 國防研究
- B542 教育研究及分析
- B543 能源研究
- B545 住宅及社區發展研究
- B546 (物理及人身) 安全研究
- B547 會計／財務管理研究
- B548 貿易問題研究
- B549 外交政策／國家安全政策研究
- B550 組織／行政／人事研究
- B551 動員／備戰研究
- B552 人力研究
- B553 通訊研究
- B554 採購政策及程序研究
- B555 老人／殘障研究
- B559 其他特殊研究及分析

建築暨工程服務 (C)

建築暨工程服務：營繕 (C1)

建築物暨設施結構 (C11)

- C111 行政及公務建築物
- C112 機場、通訊及飛彈設施
- C113 教育建築物
- C114 醫院建築物

- C115 工業建築物
- C116 住宅建築物
- C117 倉庫建築物
- C118 研究及發展設施
- C119 其他建築物

非建築物結構 (C12)

- C121 保育及發展
- C122 高速公路、公路、街道及橋樑
- C123 發電
- C124 公用事業
- C129 其他非建築物結構
- C130 復育

建築暨工程服務：一般 (C2)

- C211 (營繕以外之) 建築及工程服務
- C212 工程繪圖服務
- C213 (營繕以外之) 建築及工程檢查服務
- C214 建築及工程管理服務
- C215 建築及工程生產服務
- C216 海岸建築及工程服務
- C219 其他建築及工程服務

自動化資訊處理暨電訊服務 (D3)

- D301 自動化資訊處理操作及維護服務
- D302 自動化資訊處理系統發展服務
- D303 自動化資訊處理資訊輸入服務

- D304 自動化資訊處理電訊及傳播服務
- D305 自動化資訊處理電動處理及時間共用服務
- D306 自動化資訊處理分析服務
- D307 自動化資訊系統設計及整合服務
- D308 程式設計服務
- D309 資訊及資料廣播或資料分發服務
- D310 自動資訊處理拷備及安全服務
- D311 自動資訊處理資料保存服務
- D312 自動資訊處理目視掃讀服務
- D313 電腦輔助設計／電腦輔助製造服務
- D314 自動資訊處理採購支援服務（包括協助擬定工作內容說明、設定規格等）
- D315 數位化服務（包括繪圖及地理資訊）
- D316 電子通訊網路管理服務
- D317 自動化新聞服務、資料服務、或其他資訊服務
- D399 其他自動資訊處理及電訊服務

結構體及設施之採購（E）

- E 結構體及設施之採購

天然資源暨保育服務（F）

- F001 空中施肥／噴灑服務
- F002 空中播種服務
- F003 林地／草地滅火／防火服務
- F004 林地／草地火災復建服務（不含營繕）
- F005 森林植樹服務
- F006 土地處理服務（如犁田／整地等）
- F007 草地播種服務

- F008 休閒地點維護服務（不含營繕）
- F009 選種／育種服務
- F010 幼苗生產／移植服務
- F011 表土採礦復原服務（不含營繕）
- F012 勘察線釐清服務
- F013 育樹服務
- F014 樹木整形服務
- F015 鑽井服務
- F016 野馬控制服務
- F018 其他草地／林地改進服務（不含營繕）
- F019 其他野生物管理服務
- F020 魚類資源管理服務
- F021 場址準備
- F099 其他天然資源及保育服務

環境系統保護（F1）

- F101 空氣品質輔助支援服務
- F102 工業調查及空氣污染有關之技術服務
- F103 水質輔助服務
- F104 工業調查及水污染有關之技術輔助
- F105 農藥輔助服務
- F106 毒性物質輔助服務
- F107 毒性物質分析
- F108 毒性物質清除及處置服務及操作輔助
- F109 地下儲存槽洩漏輔助服務
- F110 環境影響說明及評估之研擬
- F111 多源污染物之工業調查、普查及技術輔助
- F112 溢油污染之應變（包括清理、清除、處理及操作輔助等）
- F999 其他環境服務、研究及分析輔助

社會服務 (G)

- G001 遺屬照顧／喪葬服務
- G002 軍中牧師服務
- G003 休閒服務
- G004 社會更生服務
- G005 老人醫療服務
- G006 政府人壽保險計劃
- G007 政府健康保險計劃
- G008 其他政府保險計劃
- G009 非政府保險計劃
- G010 依法(P.L.93-638)應對印地安人政府及組織提供之直接援助
- G999 其他社會服務

品質管制、測試暨檢驗服務 (H)

- H1 品質管制服務
- H2 設備及材料測試
- H3 檢驗服務
- H9 其他品質管制、測試及檢驗服務

設備之維護、修理及重建 (J)

- J0 設備之維護、修理及重建
- J998 (108度經線以東之) 非核子動力船舶修理
- J999 (108度經線以西之) 非核子動力船舶修理

設備之改良 (K)

- K0 設備之改良

技術代表服務 (L)

L0 技術代表服務

國營設施之操作 (M)

M 國營設施之操作

設備之裝置 (N)

N0 設備之裝置

救援服務 (P)

P100 剩餘財產之準備及處置

P200 飛機救援

P300 船隻救援

P400 建築物之拆除

P500 建築物以外之結構體或設施之拆除

P600 其他救援服務

醫療服務 (Q)

Q101 未成年人醫療服務

Q201 一般保健服務

Q301 實驗室測試服務

Q401 看護服務

Q402 家庭看護契約

Q403 評估及篩選

Q501 麻醉服務

Q502 心臟血管服務

Q503 牙醫服務

Q504	皮膚科服務
Q505	腸胃科服務
Q506	老人醫療服務
Q507	婦產科服務
Q508	血液服務
Q509	內科服務
Q510	神經科服務
Q511	眼科服務
Q512	光學視力服務
Q513	整形外科服務
Q514	耳科服務
Q515	病理服務
Q516	小兒科服務
Q517	藥劑科服務
Q518	物理醫療及復建服務
Q519	心理服務
Q520	足科服務
Q521	肺部醫療服務
Q522	放射醫療服務
Q523	外科
Q524	胸腔醫療服務
Q525	泌尿科服務
Q526	醫療／心理諮詢服務
Q527	核子醫學
Q999	其他醫療服務

專業服務 (R)

R404	土地測量、地籍服務
R405	操作研究服務

- R406 政策檢討／發展服務
- R407 計劃評估服務
- R408 計劃管理／支援服務
- R409 計劃審查／發展服務
- R411 不動產估價服務
- R412 模擬
- R413 規格開發服務
- R414 系統工程服務
- R415 技術分享／利用服務
- R416 獸醫服務
- R418 法律服務
- R419 教育服務
- R420 簽證及授信
- R421 技術服務
- R422 電信及田野技術服務
- R423 情報服務
- R424 專家作證鑑定
- R425 工程及技術服務
- R426 通訊服務
- R427 天氣報告／觀察服務
- R428 工業衛生
- R497 屬人性服務
- R499 其他專業服務

行政輔助服務 (R6)

- R602 信差服務
- R603 謄寫服務
- R604 郵寄及分發服務
- R605 圖書館服務

- R606 法院判決彙編服務
- R607 文字處理／打字服務
- R608 翻譯及解釋服務
- R609 速記服務
- R610 動產管理服務
- R611 信用報告服務
- R612 資訊之補充及修正
- R699 其他行政輔助服務

管理輔助服務 (R7)

- R701 廣告服務
- R702 資料搜集服務
- R703 會計或財務服務
- R704 稽查服務
- R705 債款收繳服務
- R706 後勤輔助服務
- R707 契約、採購及採購輔助服務
- R708 公關服務
- R709 持續性稽查操作輔助
- R799 其他管理輔助服務

公用事業 (S1)

- S111 瓦斯服務
- S112 電力服務
- S113 電話／通訊服務
- S114 自來水服務
- S115 其他公用事業

家管服務 (S2)

- S201 門房服務
- S202 防火服務
- S203 餐飲服務
- S204 燃料及其他油品服務 (不含儲存)
- S205 垃圾收集服務
- S206 警衛服務
- S207 殺蟲及滅鼠服務
- S208 景觀／土地保持服務
- S209 洗衣及乾洗服務
- S211 監視服務
- S212 固體燃料處理服務
- S214 地毯擺設及清潔
- S215 儲存及倉儲服務
- S216 設施操作輔助服務
- S217 室內植物維持
- S218 除雪服務
- S222 廢棄物處理及儲存
- S299 其他家管服務

照相、製圖、印刷及出版服務 (T)

- T001 美術／繪畫服務
- T002 地圖製作服務
- T003 目錄服務
- T004 圖解服務
- T005 底片沖洗服務
- T006 底片／錄影帶生產服務
- T007 微捲服務
- T008 照相測量服務

- T009 空中照相服務
- T010 一般攝影服務（靜態）
- T011 印刷／裝訂服務
- T012 重製服務
- T013 技術寫作服務
- T014 地形圖繪製服務
- T015 一般攝影服務（動態）
- T016 錄音／錄影服務
- T099 其他照相、製圖、印刷及出版服務

教育暨訓練服務（U）

- U001 訓練講演課程
- U002 人事測驗
- U003 後備軍人訓練
- U004 科學及管理教育
- U005 學費、註冊費及會員費
- U006 職業訓練
- U007 教師薪給
- U008 訓練／課程發展
- U009 教育服務
- U010 簽證及授信
- U011 愛滋病防治訓練
- U099 其他教育及訓練服務

交通、旅行暨遷居服務（V）

- V002 機動車輛操作
- V003 打包／裝箱服務

貨運服務 (V11)

- V111 空中貨運
- V112 汽車貨運
- V113 火車貨運
- V114 裝卸服務
- V115 船舶貨運
- V119 其他貨運服務

人員旅行 (V2)

客運服務 (V21)

- V211 空中客運
- V212 汽車客運
- V213 火車客運
- V214 海上客運

客運工具租用契約 (含操作員) (V22)

- V221 空中客運工具租用服務
- V222 汽車客運工具租用服務
- V223 火車客運工具租用服務
- V224 海上客運工具租用服務
- V225 救護車服務
- V226 計程車服務

寄宿：旅館／汽車旅館 (V23)

- V231 寄宿：旅館／汽車旅館

軍事人員招募 (V24)

V241 軍事人員招募

文職人員招募 (V25)

V251 文職人員招募

其他交通、旅館及搬家服務 (V3)

V301 搬家服務

V302 旅行社服務

V999 其他交通、旅行及搬家服務

設備之承租或出租 (W)

W0 設備之承租或出租

結構體及設施之興建 (Y)

Y 結構體及設施之興建

不動產之維護、修繕或變更 (Z)

Z 不動產之維護、修繕或變更

參考書目

一、中文部分

- 主計月報印行。營繕工程購置財物應用法令輯要。民國七十九年十月增訂版。
- 司法行政部編。刑事法律問題彙編第二冊。民國六十六年十月。
- 行政院科技顧問。公營事業採購制度之研究。七十五年四月。
- 交通部運研所。台灣地區捷運系統建設經費分擔之研究。八十年六月。
- 交通部運研所。機器腳踏車檢驗制度之研究。八十年三月。
- 交通部運研所。小型車檢驗革新之方案。八十年七月。
- 匡乃俊。「談美國採購法上之契約種類」。軍法專刊，第二十八卷一期。
- 林紀東。行政法。七十一年六月。
- 吳 庚。「行政契約之基本問題」。台大法學論叢，七卷二期，六十七年六月，第113-139頁。
- 吳 庚。行政法之理論與實用。民國八十一年九月初版。
- 吳 庚。經濟部暨所屬行政機關委託民間團體辦理業務可行性之研究。經濟部。七十四年。
- 政府採購研究小組。美國政府採購制度簡介。八十年六月。
- 翁岳生等。行政程序法之研究。經建會。七十九年十二月。
- 黃昭峰。高雄市環境保護及公園綠地養護工作委託民間辦理可行性之研究。高市研考會。七十九年五月。
- 黃昭峰。高雄市政府一般事務及公共服務分期委託民間辦理之研究。高市研考會。八十年五月。

- 黃茂榮等。行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討。研考會。八十年三月。
- 高市研考會。高雄市政府公共工程發包困難問題與改善策略之研究。七十九年六月。
- 陳敏等。委託契約之研究。陸委會。八十年六月。
- 區國強。「公共服務民營化之研究」。經社法制論叢，第三期，七十八年一月。
- 許宗力。「行政機關若干基本問題之研究」。載於行政院經濟建設委員會經社法規研究報告1007——行政程序法之研究，七十九年十二月，235-252頁。
- 許宗力。「行政契約法之概要」。載於行政院經濟建設委員會經社法規研究報告1007——行政程序法之研究，七十九年十二月，295-320頁。
- 許宗力。「行政機關若干基本問題之研究」。行政程序法之研究，行政院經濟建設委員會委託臺灣大學法律學研究所之研究計劃，民國七十九年十二月。
- 許宗力。法與國家權力。八十一年四月。
- 陳新民。行政法學總論。民國八十年六月修訂二版。
- 湯德宗。「論美國公務員不受恣意免職之保障」。政大法學評論，第三十二期，民國七十四年十二月。
- 湯德宗。「美國行政程序法概要」。行政程序法之研究，行政院經濟建設委員會委託臺灣大學法律學研究所之研究計劃，民國七十九年十二月。
- 湯德宗。「三權憲法、四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院INS v. Chadha」。美國研究，第十六卷二期，民國七十五年六月。
- 湯德宗。「美國國會與權力分立理論——我國採行總統制可行性的初步考察」。美國國會之制度與運作。中研院歐美所。民國八十一年六月。
- 焦興鎧。「行政機構資訊之公開及限制——美國現行資訊自由法之

- 研究」。政大法學評論，第三十二期，民國七十四年十二月。
- 管 歐。中國行政法總論。六十八年四月。
- 張劍寒、吳 庚。「行政契約之理論與實際（上、下）」。中山學術文化集刊，第二十六、二十七期。
- 張世賢。台北市民間組織參與市政建設可行性之研究。北市研考會。七十七年六月。
- 楊重信。台北市關渡平原開發可行性之研究（上、下）。北市研考會。七十五年八月。
- 經建會。公共工程成本控制之研究。八十年六月。
- 廖義男。國家賠償法。七十年六月。
- 廖義男。「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」。台大法學論叢，十七卷一期，七十六年十二月。
- 廖義男。「公共工程公開招標與議價法律問題之研究」。台大法學論叢，第十七卷一期，民國七十六年十二月。
- 劉泰英。「國家建設六年計劃關鍵在執行能力」。前瞻評論(分析)，第三期，八十年六月前瞻政策研究中心出版，1-4頁。
- 劉邦期。「公共工程與公開招標」。前瞻評論(分析)，第三期，八十年六月前瞻政策研究中心出版。
- 劉水深等。公營事業採購制度之研究。行政院科技顧問組委託之研究計劃，民國七十五年四月。
- 總統府公報。
- 司法院公報。
- 立法院公報。
- 中華民國行政機關出版品展售中心目錄。
- 台北市政府研考會委託研究專題項目一覽表。
- 高雄市政府研考發展成果彙編（七十九年度）。
- 司法行政部刑事司編「刑事法律問題彙編」。
- 行政院公共建設督導會報編「健全營建產業發展方案」。民國八十年。

二 外文部分

- Bednar, R. et. al., *Construction Contracting* (Washington D.C.: George Washington U., 1991).
- Cibinic, J. & Nash, R., *Administration of Government Contracts* (Washington D.C.: George Washington U., 1986).
- Cibinic, J. & Nash, R., *Formation of Government Contracts* (Washington D.C.: George Washington U., 1986).
- Cibinic, J. & Nash R., *Cost Reimbursement Contracting* (Washington D.C.: George Washington U., 1981).
- Department of Procurement and General Services, *Procures Handbook* (MA, 1991).
- Deering's California Codes Annotated, *Public Contract* (San Francisco, Bancroft — Whitney Company, 1992).
- Edles, G. & Nelson, J., *Federal Regulatory Process: Agency Practices & Procedures* (New York, Law & Business Inc., 1983).
- Fish, E., James, R., Negale John Wiley & Sons, *Contractor's Project Guide to Public Agency Contract* (1988).
- Kelman, S., *Procurement and Public Management: The Fear of Distribution and the Quality of Government Performance*,

(Washington D.C., AEI Press, 1990).

Keyes, W., *Government Contracts Under the Federal Acquisition Regulation* (St. Paul: West, 1986).

The Model Procurement Code for State and Local Governments, ABA (1987).

Recommended Regulations, The Model Procurement Code for State and Local Governments (Boston, ABA, 1986).

Report of the California Public Contract Project (1978).

Restatement, second, contracts (1981).

Sargentich, *The Contemporary Debate About Legislative Executive Separation of Powers*, 72 CORNELL L. REV. 430 (1987).

Shane, *Independent Policy Making and Presidential Powers: A Constitutional Analysis*, 57 GEO. WASH. L. REV. 596 (1989).

Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions — A Foolish Inconsistency?* 72 CORNELL L. REV. 488 (1987).

Miller, *Independent Agencies*, 1986 SUP. CT. REV. 41 (1986).

Whincup, M., *Contract Law and Practice: The English System*

and Continental Comparisons (Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990).

Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, (5. Aufl., Muenchen, 1987).

Erichsen/Martens (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (8 Aufl., Muenchen, 1988).

Black's Law Dictionary (abridged 5th ed., 1983).

國立中央圖書館出版品預行編目資料

美國公共契約法制之研究：我國政府採購及委辦
制度興革建議 / 行政院研究發展考核委員會編
初稿。—台北市：編者發行：政府
出版品展售中心展售，民 82
面；公分
參考書目：面
ISBN 957-00-2857-2（精裝）。--ISBN 957-00-
-2858-0（平裝）

I. 契約（法律）

584.31

82007116

美國公共契約法制之研究——我國政府採購
及委辦制度興革建議

編者：行政院研究發展考核委員會

發行人：王仁宏

發行所：台北市忠孝西路一段四號十二樓

：電話：(02)3880833

印刷者：冠順印刷事業有限公司

台北市羅斯福路三段三〇〇號五樓

電話：(02)3697783

中華民國八十二年九月初版

中華民國八十四年十二月初版一刷

定價：平裝新台幣 200 元 精裝非賣品

ISBN:957-00-2857-2(精裝)：非賣品

ISBN:957-00-0296-4(平裝)：NT\$200