最 高 行 政 法 院 裁 定

108年度裁字第1062號

抗　告　人　帆宣系統科技股份有限公司
代　表　人　高新明
訴訟代理人　李宗德　律師(兼送達代收人)
　　嵇珮晶　律師
　　洪堃哲　律師

上列抗告人因與相對人新竹市政府間聲請假處分事件，對於中華民國108年6月10日臺北高等行政法院108年度全字第5號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告訴訟費用由抗告人負擔。

理　由

一、按抗告法院認抗告為不合法或無理由者，應為駁回抗告之裁定。

二、抗告人前與訴外人盛堂營造有限公司共同承攬相對人之「新竹市○○○區○○○○道抽水站新建工程」（下稱系爭工程），並於民國104年10月29日簽立工程採購契約。嗣相對人認抗告人有延誤履約期限，落後進度達20%以上而屬情節重大之情事，以106年7月21日府工水字第1060104654號函通知抗告人違反政府採購法第101條第1項第10款、第12款規定，將刊登政府採購公報（下稱系爭停權處分）。抗告人不服，循序向原審法院提起行政訴訟後，復於107年6月11日撤回起訴；相對人則於106年12月30日執行系爭停權處分而刊登政府採購公報，為期1年。迨107年7月3日抗告人以帆字（107）第270號函主張相對人另以107年2月27日府工水字第1070037659號函同意展延工期67天（下稱系爭展期函1）、107年4月18日府工水字第1070062303號函同意展延工期4天（下稱系爭展期函2），系爭工程即無落後進度20%以上之情形，依行政程序法第117條第1項、第128條第1項第2款或第1款規定，申請相對人重開行政程序並作成撤銷或廢止系爭停權處

分之行政處分。經相對人以107年7月17日府工水字第1070110235號函否准，遞經行政院公共工程委員會（下稱工程會）107年11月20日工程願字第10700285380號訴願決定（下稱107年訴願決定）予以撤銷，著由相對人另為適法處理。相對人重新檢視後，仍認系爭工程之工進逾期比例達20%以上，以108年1月11日府工水字第1080016413號函（下稱原處分）否准抗告人所請，並以108年2月13日府工水字第1080031473號函駁回抗告人所提異議，抗告人除依法提起訴願外，並依行政訴訟法第298條第2項規定，向原審法院聲請定暫時狀態假處分，請求裁定命相對人在原處分之訴願及行政訴訟程序確定前，撤銷原處分及撤銷或廢止系爭停權處分，並於政府採購公報及工程會網站之政府電子採購網之註銷拒絕往來廠商表單，登載抗告人為註銷拒絕往來廠商。案經原審法院裁定駁回，抗告人遂提起本件抗告。

三、原裁定以：㈠抗告人主張如未獲定暫時狀態處分將遭受重大之損害，其中關於相對人自106年12月30日起執行系爭停權處分，其因無法投標或喪失已得標案件與業主擴約資格，金額達新臺幣（下同）488,094,856元，並將導致主體工程因配合擴約工程由他廠商施作而增加施工成本，及不同廠商施作部分如發生瑕疵之責任歸屬爭議而遭受難以估算之重大損害（下稱損害1），暨系爭停權處分執行至107年12月29日期滿前，依抗告人105、106年度政府採購工程案件營收金額合理推估，停權1年將遭受156,850,000元營收損失（下稱損害2），均屬系爭停權處分執行1年期間內抗告人預期可得卻未能獲得之營業收入，姑不論損害2之營收損失，部分來自損害1預期可得標案件之收益，有重複估算之疑，且損害2之營收數額，由抗告人所提105年、106年度認列工程收入資料，即可見各年度得參與之工程件數及金額不一，是否得據以為107年度收入估算，亦待商榷，況此部分損害連同抗告人主張商譽之損害（下稱損害4），均源自系爭停權處分之效力，而該等損害未能暫予延宕或及時排除，實出於可歸責於抗

告人之事由，抗告人將各該等損害作為本件定暫時狀態處分未獲准許所發生之損害，並執為有暫時擴張抗告人目前法律地位必要性之論據，顯乏依據。㈡抗告人就在損害1、2部分，僅提出各該案件之公開招標公告影本，是否有具體評估可行而有參與投標之實際規劃，容有疑問，且抗告人縱令參與投標，是否得標亦猶未可知。抗告人所舉參與投標2案卻未得標者，其中1件係在停權期間，此本屬系爭停權處分之效力所造成，乃可歸責抗告人之事由，另1件公開招標更正公告，則無以證明抗告人有投標且因系爭停權處分之紀錄致未能得標，自難認上開標案所列預算金額悉屬抗告人遭受之損害。此外，抗告人就其所稱已得標案件經業主追加工程卻無法參與致受損害部分，僅提出投標須知，內容未見有何屬抗告人已得標案件而辦理追加之記載，該標案何時辦理亦有不明，難認抗告人就此部分之主張已盡釋明之責。㈢系爭停權處分在刊登期限107年12月29日屆滿後，抗告人已不在政府採購公報網站所公示拒絕往來廠商名單內，系爭停權處分之目前效力既不在一般人可查得之對外公示資料內，難認仍有抗告人主張繼續受有損害4所示商譽損害存在。又抗告人雖主張其因拒絕往來廠商之紀錄，在政府採購案件採最有利標之評選時將受負面影響及被減分，而受有無法得標之損害（下稱損害3），惟其提出之擬參與投標案件公開閱覽公告或決標資訊表，並未見採最有利標評選之記載，且投標廠商近5年是否遭停權處分，僅在部分方案列為15分至35分、5分至15分配分範圍內之參考項目之一，對得標與否影響程度有限，要非抗告人所稱將造成嚴重扣分，亦不必然造成抗告人在最有利標無法得標之結果。㈣抗告人因本件聲請未獲准許而受有損害，是否如其主張之鉅額及重大，既有可疑，相對人依政府採購法規定將抗告人刊登政府採購公報，使其於一定期間內不得再參加投標或作為決標對象或分包廠商，則係為貫徹政府採購法確保政府機關採購品質，避免違規、違約廠商再危害其他機關之立法目的，具有公益性質，且系爭停權

處分除以政府採購法第101條第1項第10款為據外，併以同條項第12款為其依據，二者要件不同，相對人就第10款重新審查結果並非當然影響第12款要件而可資動搖系爭停權處分之認定結論，尤其兩造就履約進度計算方式、內容等互有爭執，依目前有限證據資料並未達顯然程度，遑論抗告人聲請定暫時狀態假處分內容，實屬滿足性假處分性質，抗告人應負較高釋明責任，基於利益衡量原則審酌結果，尚無依抗告人聲請而定暫時狀態處分之必要等由，駁回抗告人之聲請。

四、抗告意旨略謂：㈠抗告人已釋明系爭工程應適用政府採購法施行細則第111條第2項規定依「逾期日數」計算，遲延比例正確計算結果應為4.8%，無履約進度落後逾20%之情形，自無政府採購法第101條第1項第10款之適用，且系爭工程已竣工，竣工後尚經相對人同意展延工期67天及4天，亦無政府採購法第101條第1項第12款所定因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約之情事。是系爭停權處分作成時既無政府採購法第101條第1項第10款或第12款所定情形，依法即應撤銷系爭停權處分。原裁定竟以相對人就第10款重新審查結果非當然影響第12款要件為由，認即使無第10款規定之適用仍不足以動搖系爭停權處分，此項認定與卷內證據不符，有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈡本件聲請所欲避免之重大損害及急迫危險，係因相對人拒絕重開程序，以及依107年訴願決定重開程序後仍拒絕依法撤銷系爭停權處分造成之結果。原裁定認為系爭停權處分所受損害未能暫予延宕或及時排除，係抗告人前未依救濟或選擇不再救濟而撤回起訴之結果，乃可歸責抗告人之事由，有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈢抗告人已釋明若不定暫時狀態處分，抗告人於系爭停權處分執行後參與最有利標政府採購案件，將於評選過程中遭受扣分，且扣分結果對於得標結果影響甚鉅，因而有高度可能性將阻卻抗告人參與最有利標得標之機會。原裁定不僅錯誤將「廠商過去履約績效」之配分比例，誤認為投標廠商近5年內遭停權處分將扣減之分數，且未查

明最有利標案件因投標廠商近5年度遭停權處分之扣減分數佔廠商最低及格分數與滿分間差額之比例，以及對於得標結果之實際影響程度，遽予推論扣分結果對於得標與否影響程度有限，此項認定與卷內證據及政府採購實務俱不相符，有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈣抗告人已提出最有利標之招標資訊，並就部分尚在準備或辦理公開閱覽階段而尚未進入招標程序之案件，檢附招標文件公開閱覽公告等相關文件，並說明無法提出招標公告之原因，原裁定認抗告人所提招標資訊未見有何採最有利標評選之記載，此項認定與卷內證據不符，有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈤抗告人在原審提出105及106年度參與政府採購案件數量及契約金額，以及該2年度因政府採購工程案件之營收，係為釋明抗告人長期規劃大量參與公共工程採購案件及參與大型公共工程採購案件，且因參與政府採購案件，每年可獲有高額營收，故抗告人於相對人拒絕撤銷系爭停權處分期間，將遭受喪失高額營收之重大損害。原裁定以105、106年度工程收入資料，其件數及金額不一為由，逕認該2年度工程收入不足以估算107年度之工程收入，未斟酌抗告人於原審之全辯論意旨，而有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈥抗告人已釋明因停權處分，不僅於工程會網站之政府電子採購網遭登載為拒絕往來廠商，且政府採購公報上亦遭刊載為拒絕往來廠商，此事實不因停權期間屆至而變更，一般人均可查悉，是本件有命相對人於政府採購公報及電子採購網「均」登載抗告人為註銷拒絕往來廠商，始可避免抗告人所受商譽上損害持續擴大。原裁定以停權期間屆至後已無對外公示拒絕往來廠商名單，一般人無法查得系爭停權處分為由，認抗告人並無商譽損害，亦有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法。㈦原裁定認抗告人主張已參與投標但因停權紀錄受影響而無法得標之臺北市南港區南港機廠基地公共住宅統包工程，開標時間在系爭停權處分刊登期間，此項認定與抗告人之辯論意旨及卷內證據不符，有不適用行政訴訟法

第189條第1項之違法。㈧抗告人已釋明聲請定暫時狀態處分之原因如上，若認釋明仍有不足，抗告人願供現金或由國內金融機構出具之銀行保證函為擔保，以補釋明之不足等語。並聲明：原裁定廢棄。請准裁定於原處分之訴願及行政訴訟程序確定前，撤銷原處分及撤銷或廢止系爭停權處分，並命相對人於政府採購公報及工程會網站之政府電子採購網之註銷拒絕往來廠商表單，登載抗告人為註銷拒絕往來廠商。

五、本院按：

㈠「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」行政訴訟法第298條第2項定有明文。準此，定暫時狀態之處分，必須聲請人與相對人間因公法上法律關係發生爭執，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險，且有必要，始得為之。又依行政訴訟法第302條準用同法第297條關於準用民事訴訟法第526條第1項之規定，假處分之請求及原因，聲請人應釋明之，且此項釋明，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明，復為行政訴訟法第301條所明定。核其立法意旨係因公法上之假處分，其相對人原則上為國家或其他公法人，准許假處分後，對相對人之權益影響甚大，所造成之損害亦往往無法以金錢為補償，縱聲請人提供金錢或其他財產之擔保，仍無法彌補公益之損失，乃明文規定除有特別情事外（例如假處分所造成之損害得以金錢為補償），不准命供擔保以代釋明。故依行政訴訟法第298條第2項規定聲請定暫時狀態之處分，聲請人對爭執之公法上法律關係及定暫時狀態之必要，應為釋明，否則其聲請即難以准許。

㈡查本件抗告人依行政訴訟法第298條第2項規定聲請定暫時狀態之處分，無非係以相對人依據107年訴願決定意旨重開行政程序，並依系爭展期函1、2重新計算後，抗告人辦理系爭工程應無政府採購法第101條第1項第10款或第12款所定情形，系爭停權處分即應撤銷，相對人重開程序後仍拒絕撤銷系爭停權處分，致其將遭受如損害1、2、3、4所示之重大損害

為據。而抗告人前開主張及其所提證據資料，經原審審酌後，以抗告人主張之前述損害，或因是否發生及其數額均不確定，難認抗告人已盡釋明之責，或係源自系爭停權處分之效力，該等損害未能暫予延宕或及時排除，實出於可歸責抗告人之事由，亦即係肇因於抗告人前未依法救濟或選擇不再救濟而撤回起訴所造成之結果，抗告人將之作為本件定暫時狀態處分未獲准許所發生之損害難認有據，並因抗告人如本件聲請未獲准許而受有損害，其損害尚非如其主張之鉅額及重大，相對人依政府採購法規定將抗告人刊登政府採購公報，則係為貫徹政府採購法確保政府機關採購品質，避免違規、違約廠商再危害其他機關之立法目的，具有公益性質，且兩造就履約進度計算方式、內容等互有爭執，抗告人本案訴訟勝訴可能性尚須經相當調查始得認定，基於利益衡量原則，尚無依抗告人聲請定暫時狀態處分必要等由，因認抗告人聲請與行政訴訟法第298條第2項要件不符而予駁回，經核尚無違誤。抗告意旨猶以系爭工程應無政府採購法第101條第1項第10款及第12款情事、系爭停權處分應予撤銷，以及其已釋明本件若不定暫時狀態處分其將遭受如損害1、2、3、4所示之重大損害而為爭議，並指摘原裁定有不適用行政訴訟法第189條第1項之違誤云云，殊無可採。

㈢又依抗告人提出工程會之政府電子採購網電子公報所示，相對人係於106年12月30日執行系爭停權處分而將抗告人刊登政府採購公報，為期1年，計至107年12月29日業已屆滿，期滿後抗告人即得參加投標或作為決標對象或分包廠商，不再受有限制，至於所參加標案如採最有利標之決標方式，對於近5年有遭停權處分之情形者，固屬「過去履約績效」評選項目之扣分或不加分事由，惟最有利標之評選項目非僅「過去履約績效」1項，招標機關尚應就「技術」、「品質」、「功能」、「管理」、「商業條款」、「價格」、「財務計畫」或「其他與採購之功能或效益相關事項」等項目，依其採購目的、決定最有利標目的等不同之考量，擇定評選項目

（依政府採購法第56條第4項授權訂定之最有利標評選辦法第5條、第6條參看），且最有利標之評定，其評比方式與內容，亦因採總評分法、評分單價法、序位法或其他經主管機關認定方式而各有所異（最有利標評選辦法第12條至第15條參看），尚難謂抗告人因系爭停權處分之紀錄即必然無法在最有利標評選獲勝，況此紀錄亦係因抗告人之前選擇不再對系爭停權處分救濟而撤回起訴所造成，乃屬可歸責於抗告人之事由，是抗告人主張其提出之最有利標招標資訊已足釋明其於系爭停權處分執行完畢後，如欲參加最有利標採購案，必然遭受無法與競標廠商平等競爭而影響得標可能之重大損害及危迫危險，有定暫時狀態處分之必要云云，非屬可採。原裁定所稱投標廠商5年內是否遭停權處分，僅在部分方案列為15分至35分或5分至15分配分範圍內之參考項目之一等語，乃係參據抗告人提出之「投標廠商過去承攬工程之履約績效納入評選審查機制參考作業方案」、「公共工程施工廠商履歷用於政府採購作業參考手冊」及「建築物工程技術服務採購評選項目及配分權重範例」所為之綜合論述，旨在表明系爭停權處分不必然造成抗告人在最有利標均無法得標之結果，抗告意旨指摘原裁定有將「廠商過去履約績效」之分配比例誤認為投標廠商5年內遭停權處分扣減分數之情事，容有誤會，進而指摘原裁定有不適用行政訴訟法第189條第1項之違法，亦無足取。

㈣本件抗告人對於爭執之公法上法律關係及定暫時狀態之必要既未能釋明，其聲請自難以准許。另審酌系爭停權處分具有公益性，如准許本件定暫時狀態之處分，所造成之損害無法以金錢為補償，核無行政訴訟法第301條所稱特殊情事，依前開規定與說明，自無由抗告人供擔保以代釋明，是抗告人請求供擔保以補釋明之不足，要非可採。從而，原裁定駁回抗告人之聲請並無不合，抗告意旨指摘原裁定違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件抗告為無理由。依行政訴訟法第104條、民

事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　25　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　吳　東　都

法官　高　愈　杰

法官　胡　方　新

法官　張　國　勳

法官　程　怡　怡

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　25　　日

書記官　徐　子　嵐