臺北高等行政法院裁定

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度全字

聲　請　人　帆宣系統科技股份有限公司
代　表　人　高新明（董事長）
訴訟代理人　李宗德　律師(兼送達代收人）
　　嵇珮晶　律師
　　洪箕哲　律師
相　對　人　新竹市政府
代　表　人　林智堅（市長）
訴訟代理人　楊隆源　律師

上列當事人間聲請定暫時狀態假處分事件，本院裁定如下：

主　文

聲請駁回。

聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理　由

一、事實概要：

聲請人前與訴外人○○○○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在案，原定竣工日為106年3月12日，於系爭工程進行期間曾經相對人核定工期展延533日曆天，竣工日變更為106年5月4日，嗣相對人認聲請人有延誤履約期限，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號函通知聲請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），聲請人不服，遞經相對人以106年9月21日府工水字第1060133973號函駁回異議、行政院公共工程委員會（下稱工程會）106年11月2

9日工程訴字第10600339070號函檢送之訴0000000號申訴審議判斷認其申訴逾期而申訴不受理，聲請人續向本院起訴後，復於107年6月11日經撤回起訴在案（本院107年度訴字第130號），相對人則於106年12月30日執行系爭停權處分而刊登在政府採購公報，為期1年。迨107年7月3日，聲請人復以帆字（107）第270號函，主張相對人先後以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號函同意因一例一休政策再展延工期4天（下稱系爭展期函2），系爭工程即無落後進度百分之20以上之情形，為此依行政程序法第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（下稱前否准函，聲請人於107年9月18日曾為此向本院聲請定暫時狀態假處分，經本院107年度全字第62號、最高行政法院108年度裁字第28號駁回其聲請確定），遞經工程會訴願審議委員會以107年11月20日工程願字第10700285380號訴願決定撤銷前否准函，由原處分機關即相對人另為適法處理（下稱107年訴願決定）。相對人據以重新檢視後，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）否准聲請人有關撤銷或廢止系爭停權處分、註銷登載為拒絕往來廠商之申請，聲請人不服，經相對人以108年2月13日府工水字第1080031473號函駁回異議後，向工程會提出申訴，乃為此依行政訴訟法第298條第2項規定，為本件定暫時狀態假處分之聲請。

二、本件聲請意旨略以：

相對人之系爭展期函1、系爭展期函2均係事後對聲請人有利

之變更，屬可證系爭工程已無落後進度百分之20以上之新事實、新證據，相對人自應依行政程序法第128條第1項第2款規定，就聲請人之申請在重開程序後作成撤銷或廢止系爭停權處分、註銷登載聲請人為拒絕往來廠商之行政處分，相對人卻先後以前否准函、原處分否准，兩造就此有公法上爭執之法律關係存在，且相對人亦違反107年訴願決定有關系爭工程有行政程序法第128條第1項第2款所定程序重開事由之認定，聲請人就本案行政訴訟取得勝訴判決之蓋然性極高；又聲請人因系爭停權處分而無法投標或喪失已得標案件與業主擴約資格之案件，迄今損失之合約金額已達新臺幣（下同）4億8,809萬4,856元，聲請人後續至107年12月29日系爭停權處分所定刊登期限屆至之日止，因無法參與政府採購案，預估亦將遭受1億5,685萬元之營收損失，縱使系爭停權處分之執行期限迄107年12月29日屆至，參照工程會所定最有利標評選辦法第5條第6款等規定，在最有利標之評選，仍會遭受負面影響及被減分，致使聲請人縱有備標但無法得標，另目前聲請人已承攬之公共工程若有辦理追加等擴約機會，聲請人亦將喪失機會而遭受因他廠商施作之施工成本增加、易生界面責任歸屬爭議等重大損害，聲請人所累積誠實經營及企業社會責任商譽，亦受有難以估算之重大損失，聲請人因本件聲請獲准可得利益及因而防免之損害，遠逾相對人所受不利益或損害，更可避免聲請人不得不裁減員工之困境，有助公益，為此依行政訴訟法第298條第2項規定，請求定暫時狀態假處分：就「原處分拒絕聲請人有關撤銷或廢止系爭停權處分及拒絕於工程會網站之政府電子採購網登載聲請人為註銷拒絕往來廠商之決定，及系爭停權處分是否適法」之行政爭訟程序確定前（即工程會採購申訴審議委員會訴000000

0號申訴案件之行政爭訟程序），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，登載聲請人為註銷拒絕往來廠商。

三、本件相對人則以：

依行政訴訟法第299條規定，關於行政機關之行政處分不得為假處分，聲請人既主張原處分屬行政處分並已提起訴願，依法應不得就原處分聲請定暫時狀態假處分，且相對人基於已確定之系爭停權處分而刊登政府採購公報，登載情形為目前之現狀，聲請人之聲請內容則係變更現狀，應無定暫時狀態之必要；另系爭停權處分之刊登時間1年業已屆滿，且系爭工程之履約進度落後如何計算，屬應適用政府採購法施行細則第111條第2項第1款前段規定以實際進度與機關所核定預定進度計算百分比差額之方式，亦無聲請人所稱適用同細則第111條第2項第2款之餘地，聲請人於106年5月4日後所提出之施工日誌，更有與事實不符之進度記載，不得執為實際進度若干之依據等語，資為抗辯。

四、本院之判斷：

(一)按「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。」為行政訴訟法第298條第2項所明定。準此，定暫時狀態之處分係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，於爭執之公法上法律關係尚未經確定終局裁判前，作成暫時擴張聲請人法律地位之措施，並無確定當事人間實體上權利義務之功能。所謂「重大之損害」，應綜合情形判斷是否對聲請人造成異常難以回復之損害，「急迫之危險」，則係指危險刻不容緩，無法循行政爭訟程序處理者而言，且基於定

暫時狀態假處分之內容，尚容許本案實體權利之暫時性滿足，為維持假處分之附隨過渡性，避免快速程序裁決下之風險成本過鉅，關於聲請權利內容之本案暫時性滿足者，應僅於聲請人本案權利存在之蓋然性較高時，法院始有必要以較為簡略之調查程序，依其提出之有限證據資料，權宜性並暫時性地決定先給予其適當之法律保護，以免將來之保護緩不濟急。又因重大、急迫、必要等概念，係屬不確定法律概念，應以利益衡量作為具體判斷標準，亦即因定暫時狀態處分而獲得確保之利益或防免之損害，必須大於相對人因暫時容忍現狀存續而蒙受之不利益或損害，若聲請定暫時狀態之內容已屬滿足性處分，足令聲請人在本案判決確定前先獲得權利之滿足，形同喪失其對本案訴訟原來具有之附隨性、暫定性等本質，而呈現如本案訴訟之內容，且發揮類似於本案訴訟之機能，為顧慮其影響之重大性，並平衡當事人雙方之利害，此種處分之保全必要性須為較高之證明度（最高行政法院98年度裁字第1588號、106年度裁字第106號裁定意旨參照）。

(二)又假處分請求及原因，應釋明之，為行政訴訟法第302條準用第297條而有民事訴訟法第526條第1項規定之準用，且依行政訴訟法第301條規定，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明。因而依行政訴訟法第298條第2項規定聲請作成定暫時狀態之處分，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。前者之釋明，乃使法院對聲請事件的事實為概括審查，並自事實及法律觀點判斷，形成本案訴訟勝訴可能性較高之心證。後者之釋明，在使法院形成如不准許聲請人之聲請，有對聲請人發生重大損害或急迫危險之相當可能性之心證，而認有必要加以

防止。又如果個案中，因特別原因，譬如必須經過繁瑣的證據調查程序，始得認定與聲請事件相關之本案訴訟勝訴的可能性時，則准許或不准許定暫時狀態之處分，所可能發生的後果之間的利益衡量，便成為重要的考量因素。而依利益衡量原則，判斷有無定暫時狀態處分之必要，應就聲請人因定暫時狀態處分所獲得之利益或防免之損害、相對人因該處分所受之不利益或損害，以及該處分對公共利益可能發生之危害或損害程度等因素綜合認定之。

(三)查本件聲請人主張相對人在系爭停權處分於106年7月21日作成後，因有先後以系爭展期函1展延工期67天、以系爭展期函2展延工期4天，認聲請人就系爭工程之履約進度變更約僅落後1 9.37%，不符政府採購法第101條第1項第10款暨同法施行細則第111條所定落後20%以上之情形，為此於107年7月3日依行政程序法第128條第1項第1、2款規定申請相對人重開系爭停權處分之行政程序，作成撤銷或廢止系爭停權處分之行政處分，相對人就其申請依107年訴願決定而重新核對後，仍認聲請人有政府採購法第101條第1項第10款暨同法施行細則第111條規定延誤履約情節重大之情事，以原處分否准聲請人所請，可知兩造所爭執者為相對人就系爭停權處分，有無依行政程序法第128條第1項第1款、第2款規定在程序重開後尚負有實體上應作成撤銷或廢止系爭停權處分，及據以登載聲請人為註銷拒絕往來廠商等行政處分之責任，此核屬兩造間公法上法律關係之爭執，且依聲請人目前之主張，日後如提起本案訴訟，應屬課予義務訴訟類型，並非撤銷訴訟，不屬在請求法院撤銷違法行政處分前，得依行政訴訟法第116條第3項規定以停止執行制度提供暫時權利保護之情形，自無同法第299條規定之適用，相對人仍指摘本件聲請違

反同法第299條規定，即不足採。

(四)其次，聲請人主張如未獲定暫時狀態處分，其將因系爭停權處分之執行而遭受重大損害，無非係以：1.相對人執行系爭停權處分而自106年12月30日起將聲請人列為拒絕往來廠商後，因無法投標或喪失已得標案件與業主擴約資格，金額達488,094,856元，並將導致主體工程因配合擴約部分工程由他廠商施作而增加之施工成本，及不同廠商施作部分如發生瑕疵，將因界面因素導致責任歸屬發生爭議，因此遭受難以估算之重大損害（下稱前開1）；2.在執行系爭停權處分而刊登至107年12月29日屆至前，依聲請人105、106年度因政府採購工程案件之營收金額合理推估，其於107年度應得參與政府採購工程案件而獲有470,549,000元之營收，刊登之1年內可得預估將遭受156,850,000元營收損失（下稱前開2）；3.系爭停權處分刊登期限屆滿後之107年12月29日起至本案行政救濟確定前，因曾被刊登政府採購公報拒絕往來廠商之紀錄，在政府採購案件採最有利標之評選情形，聲請人將受負面影響及被減分，可能受有無法得標之損害（下稱前開3）；4.商譽將遭受難以估算之重大損失（下稱前開4）等情為據。但查：

1.關於聲請人主張前開1、2所示損害部分，均屬系爭停權處分經執行刊登1年期間內，聲請人預期可得卻未能獲得之營業收入，姑不論前開2所示營收損失，部分即來自於前開1所示預期可投標、得標案件之收益，二者數額容有重複估算之疑，且就前開2所示受有損害之營收數額，由聲請人所提105年、106年度之認列工程收入資料（本院卷一第391至393頁），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；抑且，聲請人所主張此部

分損害，連同前開4所示商譽受損之結果，主要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，實出於可歸責於聲請人之事由，亦即係肇因於聲請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，聲請人卻將各該損害作為本件定暫時狀態處分未獲准許所發生之損害，並執為有暫時擴張聲請人目前法律地位必要性之論據，顯乏依據。

2.其次，聲請人在前開1、2所示主張擬參與之政府採購工程標案而受有損害部分，僅據其提出所指各該案件之公開招標公告影本各1份為憑（本院卷二第17至20頁、第63至125頁），聲請人是否均有具體評估可行而有參與投標之實際規劃，容有疑問，且縱令聲請人未因系爭停權處分之影響而得參與投標，是否得標猶未可知；另聲請人所舉有參與投標2案卻未得標者，依其所提出其1之公開招標公告（本院卷一第289至294頁）開標時間，尚在系爭停權處分刊登期間，此本屬系爭停權處分之效力所造成，而此係出於可歸責聲請人之事由，業如前述，另1之公開招標更正公告（本院卷一第283至288頁），如何謂係聲請人有投標且係因系爭停權處分之紀錄致未能得標，亦無足憑認，上情均難遽認聲請人提出招標公告為佐之各該標案所列預算金額，悉屬聲請人遭受之損害內容。此外，聲請人指稱已得標案件有經業主辦理追加工程卻無法參與，致受損害部分，則僅見其提出標案名稱為：「新增機場空側場面監視系統設施」採購案之投標須知為佐（本院卷二第127至149頁），內容並未見有何屬聲請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，難認聲請人就此部分有重大損害之主張，已盡釋明之責。

3.再者，系爭停權處分在刊登期限於107年12月29日屆滿後（

本院卷一第207至208頁），業據相對人陳明聲請人已不在政府採購公報網站所公示拒絕往來廠商名單內（本院卷二第249至250頁），並經本院查核無訛（本院卷二第249至250頁、第365至366頁），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，難認仍有聲請人主張繼續受有前開4所示商譽損害存在。至於政府機關固可以帳號密碼登入而查詢聲請人5年內遭停權處分之紀錄，依聲請人所述，亦僅涉及最有利標之評選時，方有可能依最有利標評選辦法第5條第6款規定列為投標廠商過去履約績效之參考資料之一（本院卷一第257頁），惟比對聲請人就前開3所示損害而提出之系爭停權處分刊登期限屆滿後擬參與之投標案件公開閱覽公告或決標資訊表（本院卷一第295至299頁），並未見有何採最有利標評選之記載，甚且，關於採用最有利標評選標準之標案是否暨因而所受不利影響之程度，細觀聲請人所提出「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」、工程會106年7月「公共工程施工廠商履歷應用於政府採購作業參考手冊」或建築物工程技術服務採購評選項目及配分權重範例（本院卷一第259至265頁、第267至273頁、第275至281頁），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分或5分至15分配分範圍內之參考項目之一，系爭停權處分對得標與否之影響程度實有限，要非聲請人所稱將造成嚴重扣分之程度，自亦不足謂必然造成聲請人在最有利標均無法得標之結果，聲請人針對前開3、4所示損害之釋明，亦有未足。

4.進而，經審酌聲請人如因本件聲請未獲准許而受有損害，其所受損害是否如聲請人主張之鉅額及重大，既有可疑，而相對人依政府採購法規定將聲請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，有系爭停權處分在卷可考（本院卷一第205至206頁），二者之規定要件並不同，相對人就前述第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，兩造就涉及政府採購法第101條第1項第10款之履約進度計算方式、內容等，互有爭執且各自臚列之主張暨證據非少，聲請人就本案權利存在之蓋然性若干，復尚待相當查證始得釐明，依目前有限之證據資料，並未達顯然程度，遑論聲請人聲請命相對人作成撤銷或廢止系爭停權處分之定暫時狀態假處分內容，實屬滿足性假處分性質，揆諸前揭說明，更應課予聲請人較高釋明責任。是綜合上開因素判斷，聲請人因定暫時狀態處分所獲得之利益或防免之損害，較諸相對人因該處分所受之不利益或損害，以及該處分對公共利益可能發生之危害或損害，難謂前者較高，基於利益衡量原則，亦堪認本件尚無依聲請人聲請而定暫時狀態處分之必要。

五、從而，聲請人既未能釋明現狀受有何重大之損害或存在急迫之危險，復難認本件已有依聲請人之聲請定暫時狀態處分，而給與「暫時」權利保護之必要，本件聲請尚與行政訴訟法第298條第2項所定要件未符，不應准許之。

六、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　　6　　月　　10　　日

臺北高等行政法院第一庭

審判長法　官　曹瑞烽

法　官　魏式瑜

法　官　林麗真

上為正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於送達後10日內向本院提出抗告狀（須按他造人數附繕本）。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　10　　日

書記官　李淑貞