

《公平交易季刊》
第十卷第一期(91/01)·頁 159-168
◎行政院公平交易委員會

德國營業競爭限制防止法有關政府 採購規範之發展*

Ulrich Bälz 著**

劉華美 譯***

壹、前 言

自德國統一以來柏林即需要一新的大型機場，而此機場只能蓋在相鄰之布朗登布爾格邦內。1999年8月3日，布朗登布爾格邦之高等法院判決，由柏林及布朗登布爾格邦為興建及營運此新機場組成之計畫公司，須重新進行本案重要部分之採購招標。一由德國最大建築商所組成之 Hochtief 公司，正等著本案之決標，然與其為競爭對手之另一 IVG 公司，則成功地指出，至目前為止已進行之採購程序不合法。自彼時起，廠商間為爭取本案決標之血拼戰又重新開始。本判決在德國引起極大注意，並引起大眾對 1999 年初方施行之新政府採購法之興趣，因為互相競爭之廠商，以訴訟之方式，實現法律賦予其對大型採購計畫要求公平公正之採購程序的權利，在德國還是第一次。

* 本文係 Bälz 教授受邀於國科會於公平交易委員會競爭政策資料及研究中心所做之訪問演講，旨在介紹德國於 1998 年 5 月新修正通過並於 1999 年 1 月 1 日起生效之政府採購法，新法之規定除了在立法體例上編入營業競爭限制防止法之第四篇外，並就採購廠商之權利救濟較舊法有突破性地發展，而在德國新政府採購法之發展上歐洲共同體法則再度展現其影響力。

** 作者係德國杜賓根大學法學院教授。

*** 譯者係國立台北大學公共行政暨政策學系助理教授。

貳、立法史

在德國新政府採購法制定前，舊法（最後一次修正為 1993 年）已與貴國在 1998 年 5 月 27 日公布之政府採購法，不但在基本原則，在許多細節也類似。欲明白德國新修正後之政府採購法，須先了解為什麼德國要進行該法之修正。

德國自二〇年代起，由議員及業者共同組成之若干常設委員會，即於一特別法「發包規則」中，規範了公共事務之發包。聯邦及邦之預算法，也課公務發包機關相關義務－基於預算之節約及有效使用之考量，應遵守對建築業、供應業、服務業適用之「發包規則」之規定。七〇年代開始，尤其是因為八〇年代年中起歐洲單一市場之逐步實施，歐洲經濟共同體執委會為調和並統一成員國內國採購規定，制頒一系列之公務採購指令，並且將此統一成員國內國法之範圍，延伸到了所謂的特殊行業之公務發包（如自來水、能源、交通、電信事務）。德國當時是將歐體關於高於一定門檻金額之政府採購指令，轉換於其國內具體相關之「發包規則」中。

此發包規則基本上屬於僅在行政機關內部有拘束力之預算法之一環，因此發包規則並未賦予投標廠商任何得請求採購機關遵守合法採購程序規定之「請求權」。如採購機關有未遵守正當採購程序之情事，投標廠商只能有「第二種層次」的保護，亦即向可歸責之採購機關因其締約之故意或過失請求損害賠償。除此之外，利用行政機關本身之法律監督及專業監督，或是向所謂採購洽詢單位申訴之管道，在實務上並無大用。結果歐體執委會確認，德國及其他成員國就政府採購法規部分，遠遠沒有達到執委會所預期，希望實現歐體內自由遷徙及自由流通勞務原則之要求。

執委會因此又頒布了所謂的監督指令，依該指令，凡違反成員國為轉換歐體有關政府採購指令而制頒之內國法者，成員國應確保存在各種有效並快速審查程序之可能性，因此德國立法者有必要重新思考過去只將歐體指令轉換於內國之對外並無拘束力之發包規則的作法。為真正設計一有效的審查機制，在 1993 年，德國採取所謂「預算法的解決途徑」，而增加第五十七 a 條至 c 條預算原則法之方式，將新規定納入預算法中，依該新增規定，以及以本法為基礎所制定之二個法規命令，其目的一在於確保發包規則之法律明確性與法律安定性，一在於改善行政機關內部對違法採購之審查。

由以上情形觀之，德國所有與政府採購相關之規定，並非如同貴國規定在一統一的法典之中。在德國的體系下，不論依職權或依利害關係人之申請，機關是否遵守採購規定之事，首先是由行政單位之「採購審查小組」決定，不服「採購審查小組」決定之利害關係人，並不享有爭訟之權利，而只得向聯邦或邦之採購監督委員會申請再審查，此採購監督委員會具有類似法院之地位 - 因德國必須符合歐體關於採購監督指令之要求。雖然如此，畢竟其並非真正的法院，此可明顯地由制度設計上，仍儘可能企圖維持原先之法律狀態 - 並不賦予相關廠商權利、並無個別之訴訟請求權看出。為不使公務機關之投資決策受到阻撓，由「法院」審查採購行為之合法性，或賦予廠商「第一層次」的救濟途徑，在當時是不存在的。廠商因此仍然僅僅享有第二種層次的請求權，也就是損害賠償請求權。

此解決方案很快地引起各方對德國法是否與歐體指令意旨相符之重大質疑，例如歐洲法院（雖然並非完全一致）就此之裁判，以及執委會進行，控訴德國違反歐體基礎條約之程序，此種主要是關於歐體法和憲法之論戰，特別又因美國政府之介入而更形激烈。據說美國之一廠商（General Electric und Westinghouse），曾參與前新德國聯邦（前東德）之採購程序，美國商業談判代表即威脅德國政府，如德國不能在採購法中改善對投標廠商之保護，其將依 1988 年之貿易與競爭法，毫不考慮地對在美國境內活動之德國事業施以制裁。

鑑於同時來自布魯塞爾及華盛頓之要求，德國政府即決定重新草擬政府採購法。在此尚有一背景是，單是在德國境內，每年的公務招標價額已介於四百億到五百億馬克之多。依執委會之統計，今日仍有約 90% 在歐洲共同市場內之採購案係發包予成員國內國之廠商，其他非歐體之廠商仍然極欲搶攻進入歐洲經濟及貨幣聯盟內。德國新法在 1998 年 5 月 29 日通過，也正好是在貴國之政府採購法公布後二天，並於 1999 年 1 月 1 日生效。我理解正確的話，貴國之政府採購法也有許多部分是以德國法為範本，所以也許在此值得一提的是，德國之新政府採購法，基本上採取了丹麥的模式，亦即丹麥立法者為轉換歐體之採購監督指令而發展出來的立法，此外不僅執委會，也包括美國政府，均對德國新法表示欣慰。

參、新法之規定

新法將政府採購法列為營業競爭限制防止法第四篇（即第九十七至第一百二十九條），該篇之標題為「公務發包」，其第一節規定發包程序之總則及定義規定，第二節則詳盡規定了多層級的發包審查程序，第三節包含了授權基礎，以便授權相關機關制頒法規命令以進一步規範許多細節。新法較舊法決定性的革新在於賦予廠商原始（第一層次）的法律救濟途徑。

一、立法體例

將政府採購規範由預算法中移到卡特爾法中，同時也將審查採購之權限轉移到卡特爾署，在起初是相當有爭議的，一直到最後階段，還有應制定一單獨政府採購法典—如同貴國情形—之呼聲，其他建議包括規定於價格法中、補貼法中、或甚至在法院組織法中。幸而最後是聯邦經濟部之建議，將採購法規定於卡特爾法中獲得採納，這也是我贊成的作法。蓋姑不論採購法對於應合理使用預算資源之意義，採購法本身是以確保發包過程中存在最大競爭可能性之「機制」為目標，如目前歐體為建立一統一之歐洲採購市場，並對德國內國法產生影響之努力顯示，對於採購法之理解，已從原始單純之預算法意義轉變為主要是在競爭上的意義。尤其是一些非常困難問題的解決，諸如排除特定廠商參與投標，或是使中小企業能適當參與招標，卡特爾署無疑地是最有經驗的老手，這一步從僅具行政機關內部拘束力之預算法，進入到具有對外效力之卡特爾法，在結果上看來是正確的。

依照採購法之規定，公務發包人應本競爭之精神，依公開之發包程序辦理物之採購、工程營造及勞務之提供（第九十七條第一項），除本法明文規定或許可外，不得對參與廠商有差別待遇（第九十七條第二項）。為中小企業利益之適當考量，應先就公務之專業性與可分性，為專業發包與分包（第九十七條第三項）。

發包應向專業、有履約能力、且可信賴之廠商為之；其他對承包人之特別資格要求，須有聯邦法律或邦法之明文規定，方得加以限制（第九十七條第四項）。本法第一篇尚繼續對公務發包人（第九十八條）、採購工程（第九十九條）、本法第一篇尚繼續對公務發包人（第九十八條）、採購工程（第九十九條）、本法之適用僅於已達或超出門檻價額之採購案（第一〇〇條）、以及採購之類型（公開、

不公開和協商程序）（第一〇一條）、決標本於最有利之條件為之（第九十七條第五項）為規定。

除了通則及定義規定，新法對採購案之招標、決標、執行、驗收等細節，亦透過法規命令而訂定發包應遵守之程序規則（第九十七條第六項），由此，原採購委員會之任務仍被保留在採購程序中。本論文以下不再細論發包程序之基本原則、概念和其他細節，因為新法與舊法就此並無實質重大的改變，這個部分德國法與貴國之採購法並無太多差別。

二、基礎法律救濟：採購審查程序

在第一百零二條至第一百二十四條卡特爾法規定的審查程序是新的設計，由此程序可使第九十七條第七項之原則獲得實踐，亦即使投標廠商本身即享有得請求發包機關遵守發包程序規定之權利。此原則之適用有一未明文規定之前提，即被抵觸規範之規範目的，須正好是在保護參與採購之廠商。最重要的審查負責機關，是在聯邦及邦卡特爾署下設置之「採購局」，然而立法者也不想排除採購審查小組自過去以來之組織與功能。另一方面，依德國憲法，為確保廠商請求權得以實現，需存在開放之法院訴訟管道。有效的法律保護結果為，可延遲發包人做成決標之決定。

（一）採購審查小組

第一百零三條規定之採購審查小組之組織，未來可由聯邦及邦自行決定，其可基於職權或基於申請而發動。對其決定不服者，只可向採購局異議，但是欲向採購局提出異議者，並不以事前已經採購審查小組審查通過為要件，因此即使採購審查小組未來仍具有介入採購程序、或諮詢、調解之功能，但可想見其對實務之意義未來將降低。

（二）採購局之決定

廠商為使其請求遵守發包程序規定之權利獲得實現，須在第一審向有管轄權之採購局（第一〇三條）請求審查，採購局因此取代了早期為第二審之採購監督委員

會之地位，但其與採購監督委員會不同之處在於，前者程序之發動只得依利害關係廠商之申請，而不得依職權為之（第一〇七條第一項）。聯邦及邦就其領域內設立必要數量之採購局，聯邦採購局之設立、組織及人員配置規定於第一〇五和第一〇六條中，其隸屬於聯邦卡特爾署，由三位至少任職五年以上公務員之人員組成。聯邦採購局做成之決定具有獨立性，並依其組織章程自行負責。總而言之，採購局不是司法機關，而是行政機關的一部分。

得提出申請之前提要件為，須申請人就採購案有利益，並且其請求遵守採購規定之權利受到侵害，而存在發生損失之危險（第一〇七條第二項）。這些前提要件並應解釋為，凡有權提出申請之廠商，須為採購過程之參加人或潛在參加人。就此部分，新法可謂多了一層限制，與過去之舊法有所不同，概舊法只要廠商對於發包案之上游或下游產業有利害關係，即使自己不具投標人之身份也可提出申請。

申請有無理由尚與下列要件有關，即提出申請之人須就其已知之採購瑕疵，及時向採購人提出異議（第一〇七條第三項）。由於廠商之利益僅取決於採購案之獲得，依經驗來說，有時廠商也會容忍一些採購過程之瑕疵，因此上述課予廠商及時提出異議之責任之規定，或許將成為公務發包機關對抗廠商之重要武器，此可謂某程度限制了對廠商的保護。

採購局基於職權調查事實真相，提供卷宗閱覽，並在申請提出於採購局五週內，經以言詞辯論後做成決定（第一〇八條至第一一三條）。其決定內容為申請人之權利是否確實受損，它也會採取適當措施以排除權利侵害，並減少利害關係人之損失（第一一四條第一項）。採購局之決定係一行政處分（第一一四條第三項）。

(三)上訴於邦高等法院

不服採購局之決定者，須即時向有管轄權之邦高等法院提出上訴，邦高等法院設置有專門審理採購爭議之法庭（第一一六條）。上訴期限僅有二週，得提出上訴之當事人為參與採購局決定程序之當事人。倘如邦高等法院認為上訴有理由，則廢止採購局之決定，自己做成裁判，或是發回採購局，由採購局重新依照法院判決之意旨作成決定。

(四)採購程序之停止

依德國法—與法國法不同—，發包機關之決標行為並不是一高權行為，其執行須待發包人與得標廠商間締結—相應之契約；發包人之決標決定與廠商之要約一致而直接使契約成立，因此—已對外宣布之決標決定是不能再被撤回的（第一一四條第二項），是以對廠商有效之原始的法律保護的前提變成—發包人還沒有向其他廠商宣布決標。一旦已宣布決標，則只有剩下確定判決之可能性，即確定申請人之權利是否受到侵害（第一二二條），否則公共利益將可能因遲延締結採購契約而受到重大影響。此種設計之理由特別是在於，當—大型採購計畫分別發包予數個不同廠商時，一旦其中一個在時間上須先完成之發包案受到拖延時，對其後已完成發包之其他工作，將整個受到阻礙無法進行，結果將造成其他承包之締約人向發包機關要求高額之損害賠償，法律因此規定了折衷的作法。

申請審查案之提出，將自動產生禁止發包人決標之效果，此效果持續到採購局作成最後決定以及二個星期之上訴期限屆滿為止（第一一五條第一項）。然而高等法院之即時上訴只有一在時間上受到嚴格限制之拖延決標作用：亦即在二星期之上訴期間屆滿後（第一一八條第一項），但法院也可基於當事人之聲請，延長決標時間直到法院作出裁判為止（第一一八條第一項）。

另一方面，採購局可基於各種利益衡量而許可發包機關作成決標決定，然發包機關於獲得採購局之許可決標決定後仍須再等二星期始能公布決標，而高等法院可基於當事人之聲請再為禁止決標之裁判。相反地，高等法院也可基於發包人之聲請，准許發包人立即決標（第一一五條第二項，第一二一條第一項）。

三、其他問題

一旦已對某廠商發布決標，其他徒勞無功之競爭者，只得就採購瑕疵，以損害賠償請求權之形式，作為第二層次的救濟。如採購機關違反了以保護投標廠商為目的之法規，且若非採購機關的違法，此投標廠商應有得標機會時，廠商得不須證明採購機關就此違反有故意或過失，即可逕行要求其賠償為準備投標或是參與投標過程之損失。且此請求權之行使，不妨害其他請求權—如已證明機關於締約行為存在

故意或過失一之行使（第一二六條）。採購局之決定和邦高等法院採購法庭之裁判，具有拘束其他損害賠償請求訴訟之效力，此特別是在於當前兩者已明白確定，申請審查之廠商其權利確實受到侵害（第一二三條）。

另外本法也規定了投標廠商之責任，亦即當廠商向採購局提出審查申請或是向邦高等法院提出上訴，被認為自始無理由時，廠商須賠償採購機關和其他參與決標之人，由於其濫用申請權或上訴權而生之損害。屬於濫用權利之情形特別是，錯誤陳述致採購程序因而停止、申請審查之目的是為了阻礙採購程序之進行或損害其他競爭者、或是提出申請是為了向他人換取金錢或非金錢之利益並以之為撤回申請之條件（第一二五條）。

此處欲再指出的是，前面所述之程序，只有在公告採購案件到達一定之門檻金額時始有適用（第一〇〇條、一二七條）。

肆、展 望

德國新的政府採購法尚有待實務進一步考驗，除了在演講一開始提到的布蘭登布爾喀邦高等法院之判決外，只還有少數值得一提的判決，然而現在已有許多問題出現，尚無法預期其進一步發展。對問題的解決，鑑於歐體指令之強制拘束力，歐洲法院將扮演關鍵的角色。長期看來的問題是，這種區分，亦即區分為以共同市場之門檻金額為準的「適用於歐洲」的採購程序，以及其他採購實務，是否仍然能夠維持？假使部分發包規則之規定，依照歐體採購指令之標準，得被解釋為係有利於廠商之保護規定，還可對同樣的廠商但在其他的採購程序將這種保護機制扣留不給嗎？

也有疑問的是，基於公營事業逐漸移轉民營化的趨勢，未來如何處理這一類公務發包人和特殊部門之發包人之採購程序呢：我們可想到的是國民銀行、廣播電視、鐵路、郵局等之民營，以及電信或能源業之開放市場。

另一審查程序上的重要弱點，是投標人相對於發包機關和其他競爭者，時常有資訊不足之情形，在演講一開始提到的柏林機場判決中，申請人最後勝訴的原因是，布蘭登布爾喀邦高等法院援引德國行政程序法之一般原則，以發包決策人和投標人間，有不當人員重疊為足夠理由，做成重新開始招標程序之裁判，而之前的採購局

卻已准許發包人可對該投標廠商宣布決標。邦高等法院的這個判決也可能由其他論述得到這個結果，譬如申請人詳細描述其受到歧視待遇之情形。此外存在之其他討論為，是否申請人不得透過符合歐體指令對審查程序法規之解釋，在招標過程中相對於發包人獲資訊請求權之協助。

政府採購法的兩個特色是，一方要考量一般廠商在市場得自由參與之權利，一方又要考量公務機關之特殊採購需求。德國新法已從單純的對內法變遷為對外法，或許可有較好的機會，針對互相交織的目標，如程序的透明化、濫用權利之防止及維持程序之彈性，較過去更清楚的掌握及更恰當的處理這些可能衝突的目標。

