

從公平競爭觀點探討機關對廠商過去履行經驗及實績之評分

唐克光* **

中文摘要

我國採購機關評定最有利標的方式中，依據最有利標作業手冊之規定，不論採取總評分法或序位法，均將廠商過去履約績效或將其承辦相當標的物之經驗及其履約結果列為評選項目，配分 10 分(總滿分 100 分)，然若廠商從無承辦之經驗，或因法律或契約規定等原因，不克取得過去履約績效者，該得分顯為 0 分，對該廠商頗為不利，則機關是否對該廠商為無正當理由之差別待遇？是否為不當限制廠商完全及公開競爭？又廠商過去履約經驗與實績之區別何在？倘若機關能不給予該廠商任何有利或不利之評定，或予其中性之評定，則當可避免上述無正當理由之差別待遇及不當限制競爭之爭議。

然我國對於廠商無相當經驗之規定仍付諸闕如，故應以理論基礎檢視相關法律及實務，再研究其是否有應修正之處。本文主要依據美國聯邦法規及審計長之判斷予以論述，並自法律經濟理論予以檢討。本文首先檢視美國及中華民國於辦理政府採購時，對於廠商間完全及公開競爭之要求，再自法律及經濟層面研究採購機關妥適之評定方式，本文同時檢視兩國內國法令及實務，俾能了解我國法規疏漏之處，最後謹提供建議，以供修法時併予考量及加列。

一、前言

採購機關於採購所需之工程、財務或勞務時，當力求降低履約之危險，若要求廠商應具備過去承辦採購標的物之經驗，自能提升順利獲得標的物之確定性，然若廠商從無承辦之經驗，或因法律或契約規定之原因，不克取得過去履約績效者，則機關於評分時，對該廠商顯頗為不利，機關是否對該廠商為無正當理由之差別待遇？因此，美國聯邦法典 41 U.S.C. §405(j)(2)規定：

若投標廠商無過去履約資料(no information on past contract performance)，或未能提供過去履約資料，則採購機關不得在該評選項目下對該廠商給予有利及不利之評分¹。

* 唐克光為德明財經科技大學財稅系助理教授。

** 感謝吳濟行律師、高偉欽先生及匿名審查委員之指導及協助使得本文能順利完成。

¹ “(j) (2) In the case of an offeror with respect to which there is no information on past contract performance or with respect to which information on past contract performance is not available, the

美國聯邦獲得規則 Federal Acquisition Regulation, FAR 15.305(a)(2)(iv)亦有相似之規定²，然刪除採購契約”contract”一字，改以「未具相關過去履行之紀錄」(without a record of relevant past performance)³取代「無過去履約資料」(no information on past contract performance)，擴大了紀錄或資料的範圍。美國會審計長 Comptroller General 於 *Advanced Data Concepts, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-277801.4, 98-1 CDP ¶ 145 案中，認為因法律並未要求投標廠商有將相關履行經驗機向機關報告之義務，申訴廠商未能證明採購機關將未具過去履約經驗之廠商評定為中性”neutral”係屬不公平競爭，因此決定採購機關將未具過去履約經驗之廠商評定為中性係屬妥適。於 *Engineering & Computation, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-275180.2, 97-1 CDP ¶ 47 案中，決定機關將具過去履行經驗甚佳(excellent)之廠商評定較「中性」之廠商，即未具過去履行經驗之廠商，獲得較高分數，機關之作為並無不當。在 *Excalibur Sys., Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-280645.2, 98-2 CDP ¶ 74 案中，若機關將未具過去履約經驗之廠商評定為中性，係避免該廠商因此遭受處罰，並可強化廠商間之競爭。在 *Phillips Indus., Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-280645.2, 98-2 CDP ¶ 74 案中，採購機關認為申訴廠商未具過去履行經驗，將增加履行危險(performance risk)，或加大決標時之危險(great risk)，但審計長認為若廠商未具過去履約經驗，便遭判定為不合格廠商之作法，實有違 FAR 及機關招標文件之規定，即違反 FAR 15.305(a)(2)(iv)「採購機關不得在該評選項目下對該廠商給予有利及不利之評分」之規定，審計長認為採購機關將具最佳過去履行經驗，但價格較高之廠商評定為得標廠商，作法並無不當。

然審計長迄今並未明確指出中性之分數應如何配分方屬正確，而相關採購法規亦未說明「經驗」與「實績」之區別，又機關可否以廠商未具經驗與實績，而認定其為不合格廠商？本文因此擬就理論及實務之層面研究，並嘗試自經濟理論研擬妥適之評分或評選方法，以解決該理論及實務之困擾。

offoror may not be evaluated favorably or unfavorably on the factor of past contract performance.””就本條文規定「廠商無過去履約資料」，例如廠商過去履約資料因不可抗力事件，包括：颶風、地震、戰爭、洪水...等原因而滅失，故不能提交資料予採購機關；而「未能提供過去履約資料」，例如依採購契約規定，廠商不得將涉及國家安全或國防機密之採購案件洩露予任何第三人，亦不得承認或否認該採購案件之存在，故亦不能提交資料予採購機關。若給予該等廠商不利之評分，顯不公平，恐降低廠商參與涉及國家安全或國防機密採購案件之誘因。

² FAR 15.305(a)(2)(iv): In the case of an offeror without a record of relevant past performance or for whom information on past performance is not available, the offeror may not be evaluated favorably or unfavorably on past performance.

³ 將 past performance 直譯為「過去履行」固符英文原意，然因配合政府採購法第 36 條第 1 項及投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 1 項第 1 款將「經驗」及「實績」予以區分之文字，故本文將之翻譯為「廠商過去履行經驗」。

本文之所以以美國聯邦政府之採購制度為探討中心，係因其採購法已行之逾百年，不僅體系健全更能結合科技、管理、經濟及會計等知識，使理論與實務密切結合，充分發揮引導工商業發展及繁榮社會之效果；再者美國係世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）之締約國，係 WTO 中政府採購協定（Agreement on Government Procurement, GPA）之簽字國，其採購之相關法規及實踐均須接受 WTO 之貿易檢視⁴，其符合 GPA 之規範亦即符合世界貿易規範之正當性，實不容置疑。我國廠商如欲拓展商機，則充分瞭解美國聯邦政府之採購制度實屬必要，故美國採購法之制度頗有參考價值，因此本文即以美國聯邦政府之採購制度作為比較之中心。

國內尚無特別研究廠商之過去履行經驗之文獻，本文研究之重點有下列 4 點：1.若對未具過去履行經驗或實績之廠商，給予不利之評分，是否違反公平競爭理論？2.又如何區分廠商履行經驗及實績？3.如何就理論及實務之層面，研擬對廠商無履行經驗之評分或評選方法？4.廠商不克提交機關其過去履行經驗或實績之原因固多，包括：前曾參與涉及國家安全或國防機密之採購案，受限於保密規定，不能向機關證明其履行經驗、廠商過去履約資料因不可抗力事由而滅失、外國廠商於國內設立新公司以參加國內採購案等原因，但其中因受限於保密規定係基於法令或契約之正當理由，與其他事由顯不相同，為求整體社會福利之最大化，是否應予特別考量及規範？至於採購機關是否應採信廠商之過去履行經驗，及機關所獲得資料與廠商履行經驗之關聯性等，亦極易產生爭議，均值研究。本文並提出兩國法規之差異性以供我國參考。

二、廠商過去履行經驗之意義

（一）、美國聯邦法規

聯邦採購法規要求採購機關必須以完全且公開之競爭方式進行採購，41 U.S.C. 253a(c)(1)(A)進一步規定機關製作招標文件時，應就其所需標的之品質明確指出評選之項目，包括技術能力、管理能力、以前實績 (prior experience) 及投標廠商之過去履行經驗 (past performance) 情形等；同條文並規定價格、成本亦為評選要素，機關另得將其他因素列為評選項目⁵。

FAR 42.1501 將「過去履行資訊」(past performance information, PPI) 定義如下：

⁴ WTO, “Trade Policy Review Mechanism”, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, 434-7 (1995).

⁵ 41 U.S.C. 253a(c)(1)(B)(C), 10 U.S.C. 2305(a)(3)(2009).

過去履行資訊係指廠商曾得標之相關訊息，廠商為投標而將該訊息提供機關，該訊息例示如下：廠商符合契約要求及優良施工標準之紀錄、廠商預估及控制成本之紀錄、廠商履行契約、對契約時程之遵守程度、廠商曾為滿足顧客所採行之合理及合作行為、廠商遵守正直及企業倫理之紀錄，及其關係企業(business-like concern)通常為顧客利益著想之紀錄。

FAR 9.104-2 規定，機關為辦理特殊採購，應訂定投標廠商之特定標準，並載明於招標文件。FAR 9.104-3 例示「特定標準」種類，並解釋其標準之一的「可被接受的履行紀錄」(satisfactory performance record)係指：

若投標廠商迄投標日止，有嚴重不完全履約或履約有嚴重瑕疵之情形，應推定為不合資格。但若採購機關認定該情況並非廠商能力所能及，或廠商已採取適當防制之措施者，不在此限。若廠商過去紀錄證明其未能有足夠之堅持及毅力以完成履約工作，將推定為不合格廠商。機關應以廠商是否達到契約規定之品質要求，作為判斷其是否具良好的履行紀錄之重要指標。機關於決定廠商履約情形時，應考量其所涉契約之數量及不完全履約之程度。

機關以最有利標評選廠商時，廠商的過去履行資訊係重要的評選項目之一，具良好履行紀錄之廠商可增加機關對履約成功的信心，所謂履行資訊係指廠商最近完成及正在履行與機關採購標的相同或相似之勞務、工程或財物，機關之蒐集並運用廠商的過去履行紀錄，將使廠商設法改進其履約工作，即增加其履約誘因，若廠商履行紀錄特別良好，則其能準時交付採購標的及能控制成本之機率亦高，故機關應蒐集並評定廠商過去履行紀錄，以作為評選廠商之依據⁶。FAR 42.1502 規定凡採購金額在 10 萬美元以上之採購案履約完成後，機關應製作廠商履行該契約之紀錄，以供爾後機關辦理採購時，作為評選之依據。

然美國各聯邦法規並未區分廠商「過去履行經驗」與「實績」(experience)之不同，有鑒於此，美國防部於 2003 年發布「蒐集及使用廠商過去履行經驗資訊之指導文件」(*A Guide to Collection and Use of Past Performance Information*)則指出「廠商過去履行」係指廠商過去已將契約履行好到什麼程度(how well)，即依其投標文件履行績效

⁶ Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, *A Guide to Collection and Use of Past Performance Information* (Version 3) May 2003, p. 1.
http://www.acq.osd.mil/dpap/Docs/PPI_Guide_2003_final.pdf 查訪日期：2009 年 1 月 4 日。

之程度⁷，係指廠商而「實績」係指廠商是否(whether)具備在某一特殊專業領域內之事實，例如廠商已有 20 年從事軟體之事實便是，換言之，即廠商以前曾否從事相似之工作。機關得以廠商實績作為評選合格廠商之項目，機關於決標時，應評估廠商過去履行經驗及實績。但為免兩者遭混淆而重複評分，機關應於招標文件中明確定義兩者內容之區分之處⁸。

(二)、我國法規

我國各採購法規雖多次規定「經驗」及「實績」，然並未說明其定義及彼此區別。政府採購法第 36 條第 1 項規定：「機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格。」同條第 2 項：「特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，得另規定投標廠商之特定資格。」同法第 37 條第 1 項規定：「機關訂定前條投標廠商之資格，不得當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。」同條第 2 項前段：「投標廠商未符合前條所定資格者，其投標不予受理。」

投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 5 條第 1 項規定：「機關辦理特殊或巨額採購，除依第二條規定訂定基本資格外，得視採購案件之特性及實際需要，就下列事項擇定投標廠商之特定資格，並載明於招標文件：一、具有相當經驗或實績者。其範圍得包括於截止投標日前五年內，完成與招標標的同性質或相當之工程、財物或勞務契約，其單次契約金額或數量不低於招標標的預算金額或數量之五分之一，或累計金額或數量不低於招標標的預算金額或數量，並得含採購機關（構）出具之驗收證明或啟用後功能正常之使用情形證明。」同條文第 2 項前段規定：「前項第一款及第三款所定期間、數量、金額或比例，機關不得縮限。但得視採購之性質及需要予以放寬。」最有利標評選辦法第 5 條第 6 款規定：「最有利標之評選項目及子項，得就下列事項擇定之：六、過去履約績效。如履約紀錄、經驗、實績、法令之遵守、使用者評價、如期履約效率…等情形。」最有利標作業手冊參、一、將「廠商過去承辦建築工程之經驗及其履約結果說明(包括驗收結果、扣款、逾期、違約、工安事件等情形)給予配分 10 分(總滿分 100 分)」。⁹

政府採購法及其相關子法對於投標廠商之基本及特定資格限制，和美國聯邦採購法規相較大致相同，然政府採購法對於「經驗」及「實績」並未定義，易生重複評分之困擾，影響廠商公平競爭。

⁷ 就「廠商過去履行」之定義而言與「廠商過去履行經驗」定義相符。

⁸ Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, *A Guide to Collection and Use of Past Performance Information*, 同註 6, p. 6, 16.

⁹ 行政院公共工程委員會編印，最有利標作業手冊，2003 年 12 月，第 5-7 頁。

(三)、政府採購協定之規定

政府採購協定第 8 條之(b)規定：

供應商之資格……資格審查程序應符合下列規定：(b)參加投標之條件，應以為確認廠商履行契約所必需之能力為限。供應商應具備之參加投標條件，包括財務保證、技術資格及證明供應商財務、商業與技術能力所必要之資料，以及資格之確認，其適用於其他締約國供應商者，不得較適用於國內供應商之條件不利，且不得對其他締約國之供應商之間，實施差別待遇。供應商之財務、商業與技術能力，應根據該供應商之全球性商業活動以及其在採購機關所在領域之活動加以判斷，並考慮供應組織間之法律關係。

故政府採購協定規定採購機關得要求廠商應具備之商業與技術能力等證明，自得要求過去履行經驗及實績，但不得對其他締約國廠商有差別待遇之行為。

GPA 給予各締約國得要求廠商提供履行經驗及實績之廣泛權利，但並未規定具體執行政序，美國聯邦政府及我國政府採購法規均規定機關得要求廠商提供履行經驗及實績，但美國 41 U.S.C. 253(b)及 10 U.S.C. 2305(b)已考量機關應對未能提供履行經驗之廠商給予其競爭的機會，即機關不得僅因該廠商未具相關履行經驗，而判定其符合資格或不符合資格，我國則無此規定。

三、實務見解

(一)、美國聯邦實務

1. 完全及公開之競爭

10 U.S.C. 2304, 41 U.S.C. 253 均規定政府採購契約之締結必須透過廠商競爭程序為之¹⁰。FAR 6.101 要求政府採購機關除依第 FAR 6.2 及 6.3 之規定外，必須於招標及決標程序中，促進及提供完全且公開之競爭(full and open competition)。FAR 6.102 進一步指出完全且公開之競爭程序係指下列四種情形之一：1.秘密標(sealed bids)、2.競爭性的企劃標(competitive proposals)，限於不能使用秘密標時使用之、3.合併性之競爭程序(combination of competitive procedures)，亦限於不能使用秘密投標時使用之，例如二段秘密標方式、4.其他依據 40 U.S.C. 1102 或 41 U.S.C. 259(b)(3)(A)等規定之競爭程序。

FAR 9.104 將廠商資格區分為一般資格及特殊資格，一般資格係指投標廠商應具備：1.足夠履約所需之財務資源，2.依時程交付或履行

¹⁰ 10 U.S.C. 2304, 41 U.S.C; 253, FAR 6.101(a) (2009).

標的之能力，採購機關應考量該廠商同時與企業及機關之履約情形，3. 良好的履行經驗。除 FAR 9.104-2 另有規定外，機關不得僅因該廠商未具相關履行經驗，而評定其符合資格或不符合資格(responsible or nonresponsible)¹¹，4. 良好的正直及企業倫理紀錄，5. 必要之組織、實績、會計及實作控制、及技術能力，6. 必要之生產、建造及科技性之儀器設備，7. 依法令得為得標廠商者。而特殊資格係指機關為達成特殊採購目標，經由專家之協助，而特別訂定之合格廠商認定標準。若機關認為廠商應具備特殊之技術或設備方能完成履行工作者，得於招標文件中要求廠商應具特殊之履約標準。

採購機關所擇定之評選項目、配分及權重以能反應評選的結果為設計主旨，機關得決定將何種廠商履行經驗列為評選項目及子項，除應保持評選廠商現時之資料，即保持更新資料外，評選項目及子項必須與採購標的具邏輯的關聯性(relevancy)，評選項目例示如下：廠商履行工作之地點、廠商營業範圍、履行標的所需之科技層級、契約類型、物料及生產程序、履行標的(財物或勞務)、工作範圍或複雜程度、提供勞務所需之技術等。評選結果得以下列文字及定義表示：1. 不滿意的/非常高履行危險(performance risk)¹²、2. 末端的/高履行危險、3. 滿意的/中等履行危險、4. 非常好/低履行危險、5. 特殊的/非常低的履行危險、6. 履行危險不明等 6 種，機關應對各評選項目設定權重百分比，權重或配分應足能適當反應該項目之重要性，而評選項目之配分或權重應載明於招標文件¹³。

「履行危險不明」(unknown performance risk)係指廠商不能提供過去履行經驗，機關常亦不能發現或證明其過去履行經驗之情形。廠商無履行經驗者，既無積極加分效果，亦無負向扣分效果，為保持機關於評定廠商之公正性，對於不能提供履行經驗之廠商，機關不得給予其有利及不利的評選結果¹⁴。

2. 廠商過去履行經驗

¹¹ 41 U.S.C. 253(b), 10 U.S.C. 2305(b)規定採購機關不得決標於不合資格廠商。Ralph C. Nash, Jr., Steven L. Schooner, Karen R. O'Brien, *The Government Contracts Reference Book* (2nd ed. Washington, D.C: George Washington University Press, 1998): 448.

¹² 「risk」在經濟名詞係「風險」之意，而在我國法律用詞則係「危險」，此可由民法第 150、175、191-3、328、354、373、374、375、497、508、963 等條文均規定「危險」文字可證，自經濟學觀點而言，「危險」通常對應英文字「hazard」，故自經濟及我國法律名詞而言，「risk」之翻譯並不相同，本文兼用「危險」及「風險」。但論及廠商及政府機關之權利及義務時，仍將「risk」譯為我國法律規定之「危險」。「履行危險」係指機關對於投標廠商是否能達成招標文件所規定要求之可能性評定，機關應以廠商過去及現時、經查證且與採購標的具相關聯性之資料作為評定範圍。「履行危險」得以「信任程度」(confidence levels)取代之。Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, *A Guide to Collection and Use of Past Performance Information*, 同註 6, p. 8-10, 17.

¹³ 同上註，p. 9.

¹⁴ 同上註，p. 10.

FAR 15.304(c)(3)(i)規定凡須與廠商協商之採購案件，其金額在簡易採購金額門檻(simplified acquisition threshold)以上者，即美元 10 萬以上之採購案件¹⁵，均應要求廠商提供過去履行經驗以供審查，由於廠商對機關實施該規定之措施有諸多意見，曾提起極多之申訴，但美國會審計長則決定，審查廠商過去履行經驗係屬採購機關裁量權範圍，除機關對廠商之評分有不合理情事外，機關之裁量權均應維持¹⁶。故機關給予廠商履約不佳之評分，廠商固無申訴理由¹⁷，若機關認為廠商提供之機具因其設計不良，致機關人員不易使用，亦屬不佳的履行經驗¹⁸。若廠商因履約不良，遭機關行使終止契約之權利，機關基於「對廠商有不良履行之合理理解」(reasonable perception of inadequate prior performance)，而給予廠商低下之評分，亦應予維持¹⁹。

廠商常申訴其他競標廠商履約經驗不佳，而主張決標結果不公，例如在 *BFI Waste Sys. of Nebraska, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-278223, 98-1 CPD ¶ 8 案中，廠商以得標廠商現履約情形不佳，主張機關決標結果違誤，審計長認為機關係依各投標廠商過去 5 至 6 年之履約經驗而評定其應得之分數，並無不當，故駁回廠商申訴。

FAR 15.305(a)(2)(ii)規定機關應於招標文件中，詳列評定廠商過去履約經驗之方法，廠商應說明其過去履行經驗中所遭遇的困難及克服方法，廠商得自其他機構獲得其所需的履約經驗報告，機關亦得自其他機構獲得廠商履約經驗報告，並評定廠商應得之分數，所謂其他機構包括聯邦、州、當地政府及私法人等，機關於要求廠商提供過去履約經驗報告時，應依平等原則，給予各投標廠商公平提出報告之機會，故若違反招標規定，允許其中某一廠商得特別提出更多履行經驗紀錄之機會，便不符合公平競爭原則²⁰。

聯邦政府採購法規及審計長並未要求機關應查證全部廠商過去履行資料之來源²¹，審計長則認為機關有權對部分競標廠商或對任何廠商提供之履行報告進行查證²²，然若機關已善盡聯絡及查證之努力，仍不能獲得資料之來源者，則得給予該廠商不佳之評分²³。至於廠商證明其過去履行之方法，可以提交曾與之交易之採購主體所出具之證

¹⁵ FAR 13.003(2009).

¹⁶ *HLC Indus. Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-274374, 96-2 CPD ¶ 214.

¹⁷ *H.F. Henderson Indus. Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-275017, 97-1 CPD ¶ 27.

¹⁸ *Precision Echo, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-276740, 97-2 CPD ¶ 114.

¹⁹ *MAC's General Contractor*, Comp. Gen. Dec. B-276755, 97-2 CPD ¶ 29.

²⁰ *Aerospace Design & Fabrication, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-278896, 98-1 CPD ¶ 139.

²¹ Ralph C. Nash, Jr., John Cibinic, Jr., Karen R. O'Brien, *Competitive Negotiation- The Source Selection Process*, (2nd ed. Washington, D. C.: the George Washington University, 1999) 596. See also *U.S. Technology Corp.*, Comp. Gen. Dec. B-278584, 98-1 CPD ¶ 78.

²² *IGIT, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-275299.2, 97-2 CPD ¶ 7.

²³ *Consolidated Eng'g Servs., Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-277273, 97-2 CPD ¶ 86.

明文件，或回答機關準備之問卷等方式行之；若廠商使用前者方法（提交曾與之交易之採購主體所出具之證明文件），為該交易之採購主體所出具之證明文件顯較其他廠商文件詳盡，審計長認為應無違反公平之原則²⁴；若廠商使用後者方法（回答機關準備之問卷）並評定分數，則是否必須提交證明文件？審計長認為廠商縱未提交證明文件，亦屬合法或有效²⁵。機關於使用成本加計酬金(cost-plus-award-fee, CPAF)型契約時，亦得要求廠商提供過去履行經驗²⁶。

美國國防部為達成 FAR 所規定之要求，於 2003 年發布「蒐集及使用廠商過去履行經驗資訊之指導文件」(*A Guide to Collection and Use of Past Performance Information*)，規定評定廠商履行之方式及敘述方法，該指導文件將廠商歸類為 7 種：系統、勞務、資訊科技、作業支援、工程、建築技術勞務(architect-engineering services)及科技等，明列評分項目，並由國防部提供之大型電腦資料庫供運算、評定並查證廠商過去履行資訊，可供各聯邦採購機關查訪。²⁷

3. 實績

FAR 9.104(e)規定：若機關於招標文件中要求廠商應提交實績以供審查，則廠商應提實績，否則將由機關認定為不符合招標文件要求(not responsible)，而被判定為不合格標。例如審計長在 *High Country Contracting*, Comp. Gen. Dec. B-278649, 89-1 CPD ¶ 39 案中，招標文件規定廠商應於問卷中載明現時及過去 3 年內已從事或完成之實績及其契約金額，機關認定申訴廠商僅具備有限的建築實績，採購案仍有履行危險，不決標予該廠商，因此審計長決定原機關之處分並無不當²⁸。在 *Dual, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-279295, 98-1 CPD ¶ 146 案中，機關認定申訴廠商並未對招標文件中指定的項目提出實績證明，因而認定該廠商未達技術要求標準，不決標予該廠商，審計長維持原機關之處分。在 *ECG, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-277738, 97-2 CPD ¶ 153 案中，雖然申訴廠商所提出之實績報告係年支出 72 萬美元，並僱用 10 位員工，但未達招標文件中指定的工程規模、內容及複雜度，而其中分包廠商之一則符合招標文件內要求，因此機關給予該申訴廠商「可接受」(satisfactory)，而非甚佳(excellent)之評定結果，審計長亦維持

²⁴ *Mid-Atlantic Design & Graphics*, Comp. Gen. Dec. B-276576, 98-1 CPD ¶ 132.

²⁵ *Continental Serv. Co.*, Comp. Gen. Dec. B-274531, 97-1 CPD ¶ 9; *Boeing Sikorsky Aircraft Support*, Comp. Gen. Dec. B-277263.2, 97-2 CPD ¶ 91.

²⁶ *Oceaneering Int'l, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-278126, 98-1 CPD ¶ 133. CPAF 型契約係成本計價型契約(cost-reimbursement contracts)其中一種，詳見 FAR 16.305。

²⁷ *A Guide to Collection and Use of Past Performance Information* (Version 3)，同註 6，第 6, 20-23, 33-4 頁。

²⁸ Ralph C. Nash, Jr., John Cibinic, Jr., Karen R. O'Brien, *Competitive Negotiation The Source Selection Process* 同註 21, p. 605.

原機關之處分。至於機關對於未依招標文件詳列實績內容及複雜度之廠商，評定其不予得標²⁹，或廠商僅具備有限的實績，被評定為「平常的」(fair)未能如得標廠商獲得「甚佳」(excellent)之評定結果³⁰，或廠商係新設立之公司，未具實績，因此不能若得標廠商被評定為「甚佳」，而僅能獲得「中性」評定結果³¹，均屬正當。

(二)、我國實務

經查我國尚未有廠商為機關要求廠商過去履行經驗而提起申訴或訴訟者³²，然曾有廠商為機關要求其提供實績而申訴，行政院公平交易委員會於 83 年間函覆台北市政府環境保護局，便對招標機關要求廠商提出實績證明是否有差別待遇之適用乙節，有明確及剴切解釋：

33

貴局於投標規範中就廠商之資格訂有「在規格標開標之日前內製造或銷售至少五百台垃圾子車，並須提供經製造商所在國家當地公證單位或我國駐外機構公證之實績證明」之限定，有無公平交易法第十九條第二款³⁴差別待遇之適用，須視有無正當理由及是否妨礙公平競爭而論。所謂有無正當理由依公平交易法施行細則第二十三條規定，應審酌(一)市場供需情況，(二)成本差異，(三)交易數額，(四)信用風險與(五)其他合理之事由。至於有無妨礙公平競爭之虞，須同時或交錯考量其商業倫理非難性及對市場自由競爭之減損，加以綜合判斷，並須視具體個案而定。

同理，台北市公共汽車管理處於 82 至 83 年間委託中央信託局標購整體式冷氣大客車 150 輛，投標須知規定：投標商，即製造商均應具備整車完整設計能力、具有自有品牌與量產紀錄、3 年內大客車(整車自有品牌)銷售實績達 250 輛以上，國內廠商申訴是時國內廠商無法符合上述資格限制，致實際上已遭排除參與競標，有違公平競爭原則，案經公平交易委員會認定該等實績規定並不合理，蓋是時國內尚

²⁹ WECO Clearing Specialists, Inc., Comp. Gen. Dec. B-279305, 98-1 CPD ¶ 154.

³⁰ Centra Technology, Inc., Comp. Gen. Dec. B-274744, 97-1 CPD ¶ 35.

³¹ Engineering & Computation, Inc., Comp. Gen. Dec. B-275180.2, 97-1 CPD ¶ 47.

³² 行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂二版)，1996 年 2 月；行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂三版)，1997 年 12 月；行政院公共工程委員會，政府採購申訴案例彙編(一)，2000 年 12 月；政府採購申訴案例彙編(二)，2002 年 4 月；政府採購申訴案例彙編(三)，2005 年 1 月；政府採購申訴案例彙編(四)，2007 年 4 月；司法院，公平交易法及政府採購法裁判要旨選輯，2007 年 11 月。

³³ 行政院公平交易委員會 83.4.25(83)公貳字第 61904 號函，摘自行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂二版)，第 12-3 頁，1996 年 2 月。

³⁴ 公平交易法第 19 條第 2 款：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。」

無整車註冊自有品牌的作法與制度，致在台北市公共汽車管理處所訂的實績核算前提下，國內既存之底盤、車體等業者並無參與競標資格，故系爭實績之核算基準「整車及自有品牌」，有生排除國內廠商競標之實乙項，亦合致無正當理由差別待遇行為之構成要件，至於台北市公車處主張「確保採購車輛之品質，避免公車處成為車輛試驗場所」，則尚難認符公平交易法施行細則第 23 條所稱「正當理由」³⁵。又台北市政府捷運工程局辦理捷運工程新店線 CH227 標招標作業時，所訂招標之投標資格限制，有關實績之計算方式，對併計在建工程之估驗金額僅限於承建台北市政府各項工程之在建金額，致申訴廠商被排除於投標資格之外，已實質上造成差別待遇，而依該局所作之說明，僅以程序上認計求證有困難，應不能認為其理由為正當，違反公平交易法第 19 條第 2 款之規定³⁶。

自政府採購法於 87 年 5 月 27 日公布後，公平交易委員會與公共工程委員會於 87 年 12 月 21 日召開「公平交易法與政府採購法之適用問題」協商會議決議，政府採購法施行後，與政府採購有關之行為涉及競爭秩序，政府採購法已有規範者，由公共工程委員會依政府採購法處理³⁷。而就公共工程委員會歷年所受理申訴案之判斷以觀，除適用法條改用政府採購法及其相關子法外，實仍承接公平交易委員會維持公平競爭原則，謹臚列瑣瑣大者如下：

1. 公共工程委員會採購申訴審議委員會認定某科學教育館遷建工程採購案係屬巨額採購工程，招標機關依政府採購法第 36 條第 1 項、第 2 項規定，自得訂定其基本資格與特定資格，其資格之訂定應依「投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準」所規定方式為之，故本案招標文件中，有關空調投標廠商實績部分，規定「單一契約承包金額為八千萬元，累積契約承包金額為二億元」應係依照上開認定標準第 5 條第 1 項第 1 款加以訂定，於法並無不合，又招標機關於成案前，曾經其工程專案管理顧問公司市場調查，並提出符合本案規定廠商資格者有八家以上之證明，故有關空調工程實績金額之訂定，並無不合理嚴苛之限制。惟查招標機關於廠商實績證明中，規定須以「軍公教或公、私立學校」之工程實績為限，涉有不當限制競爭之情事，違反政

³⁵行政院公平交易委員會 84.9.4 公貳字第 6800 號處分書，摘自行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂二版)，同註 32，第 65-71 頁。另參看同會 85.2.3.(85) 公貳字第 8407366-002 號函復說明，政府機關辦理工程招標，訂有空調保養實績資格限制，不得不當排除相關事業參與競爭，即不得為無正當理由之差別待遇行為，若有合致「妨礙公平競爭之虞」要件，核屬違反公平交易法第 19 條第 2 款之規定。同會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂三版)，同註 32，第 1 頁。

³⁶行政院公平交易委員會 83.3.16 公貳字第 61270 號處分書，摘自行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂二版)，同前註 32，第 24-5 頁。

³⁷行政院公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 11 版，20，2007 年 11 月。行政院公共工程委員會，政府採購法逐條釋例彙編(一)，36-2，114-10，2000 年 10 月。

府採購法第 6 條第 1 項與第 37 條第 1 項及投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 14 條之規定³⁸。

2. 公共工程委員會採購申訴審議委員會認定採購機關於辦理「○○機動無線電汰換更新」採購案時，其 5 項主要設備包括轉播機，基地台、固定台、車裝台及手攜台等，招標文件均規定其規範，且明定須經整合測試之程序，以確認其整體功能，然機關於招標及投標須知均要求主要設備均須由投標商研發設計、製造、銷售實績之規定，並無必要，已間接不當限制競爭，違反政府採購法第 37 條第 1 項「機關訂定前條投標廠商之資格，不得以不當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。」規定³⁹。

四、兩國法制之比較

美國與我國有關廠商過去履行經驗及實績之法制比較，可從下列 3 層面予以分析，即 1. 公平競爭理論，2. 廠商履行經驗或實績之區分，3. 對廠商無履行經驗之評分或評選方法。

(一)、公平競爭之理論

美國及我國之政府採購法規均規定應維持廠商公平及競爭的核心精神，我國政府採購法第 6 條第 1 項：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」此與公平交易法第 19 條第 2 款：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：二、無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。」相較，內容相符，而美國 10 U.S.C. 2304, 41 U.S.C. 253 均規定政府採購契約之締結必須透過廠商競爭程序為之，FAR 6.101 並要求政府採購機關除依法令另有規定外，必須於招標及決標程序中，促進及提供完全且公開之競爭，兩國法規均促進並提供完全且公開之競爭。

而機關對於廠商過去履行經驗及實績之要求，係為評定廠商履行危險，提升其履行品質所必須，故此等措施有其正當性，並非必然不當限制競爭或妨礙公平競爭，至於機關是否為差別待遇，須視其有無正當理由及是否妨礙公平競爭而論，即依公平交易法施行細則第 26 條規定，應審酌 1. 市場供需情況，2. 成本差異，3. 交易數額，4. 信用風險與 5. 其他合理之事由，且難謂採購機關非屬公平交易法第 2 條之事業，而排除公平交易法之適用。⁴⁰政府採購法及其子法雖未有如公

³⁸ 行政院公共工程委員會訴 88130 號判斷書，政府採購申訴案例彙編(一)，同註 32，第 81-9 頁。

³⁹ 行政院公共工程委員會訴 89017 號判斷書，政府採購申訴案例彙編(一)，同註 32，第 102-20 頁。

⁴⁰ 公權力機關從事國庫行為(非公權力行為)參與市場競爭者，與私人一樣，同受公平法之拘束。賴源河，公平交易法新論，106-7，135，月旦出版公司，1995。

平交易法施行細則第 26 條之規定，機關仍應依此規定辦理採購，以求適法⁴¹。主管機關可考量於政府採購法或其相關子法增訂如上之規定。

(二)、廠商履行經驗或實績之區分

我國各採購法規並未說明「經驗」及「實績」定義及彼此區別。美國防部指導文件指出「廠商過去履行紀錄」係指廠商過去已將契約履行好到什麼程度(how well)，即依其投標文件履行好到之程度，而「實績」係指廠商是否(whether)具備在某一特殊專業領域內之事實，其指導應具參考價值。主管機關可考慮於投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 5 條或最有利標作業手冊中，將二者予以定義，以免發生重複評分之現象。

(三)、對廠商無履行經驗之評分或評選方法

採購機關所擇定之評選項目及子項必須與採購標的具邏輯的關聯性⁴²，兩國規定並無二致。但美國防部規定評選結果得以下列文字、權重或配分表示，然我國最有利標評選辦法第 7 條規定：「機關訂定評選項目及子項之配分或權重，應能適當反應該項目或子項之重要性。」此外，最有利標作業手冊中規定評定最有利標之方式，不論採總評分法、評分單價法及序位法，尚未見可用文字給予評定結果者，以配分或權重評定結果固可收明確及具體之功效，但廠商因故不能提供履行經驗時，機關亦常有不能證明廠商履約經驗之情形，機關必須以「履行危險不明」處理之，為保持機關於評定廠商之公正性，機關不得給予其有利及不利的評選結果，即不予其正面或負面之評定，具體言之，即應給予中性分數，不宜以零分計。

⁴¹ 政府採購法及其子法係為政府採購而為特別規定之法規，依中央法規標準法第 16 條：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」自應優先於其他法規而適用，然政府採購法對於差別待遇行為僅第 6 條第 1 項有「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」及第 37 條第 1 項「機關訂定前條投標廠商之資格，不得當限制競爭，並以確認廠商具備履行契約所必須之能力者為限。」之規定，缺乏明確具體之詳細規範，仍有規範不足之情形，而查政府採購行為之本質係屬提供具市場經濟價值之財物、勞務或工程為業務或目的，所引起之需求行為，則採購機關即屬公平交易法所規範之事業，採購機關之私法行為自不得違反公平交易法第 19 條第 2 款及同法施行細則第 26 條，故若機關對於他事業給予差別待遇之行為，須視有無正當理由及是否妨礙公平競爭而論，故應受公平交易法及其施行細則之規範。行政院 82 年 10 月 30 日台 82 經字第 38208 號函、行政院公平交易委員會 82 年 12 月 6 日(82)公貳字第 06401 號函及同會 83 年 1 月 5 日(83)公貳字第 60046 號函參看，摘自行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集(增訂二版)，同前註 32，第 8-10 頁。

⁴² 最有利標作業手冊，同註 9，第 13 頁。

招標機關可將投標廠商之實績證明規定為特定資格，凡不能提出實績證明之廠商即為不合格廠商⁴³。

五、經濟理論之檢討

（一）前言

實績與履約經驗在的意義上有確實有相重疊的部分，要區分此兩個項目的範圍或實證相關之計分效能，則有模糊語意與績效評估的建構的研究。然針對前揭分析內容可知，實績的意義傾向指過去履約個案或累積案件數量與契約金額，而履約經驗則指履行的內容及情況，也可以說實績為形式的審查，而履行經驗偏重實質內容的表述。在績效評估應用於最有利標設計的機制上，這樣形式與實質的分別，即適合將採購目標建構為總目標、次目標及標的準則的階層結構，俾能符合採購機關的需求⁴⁴。此外項目除了要避免重複性 (nonredundantly) 外，從高階層分解至低階層的分層設計，使評估項目與流程得以明確化。因為在評分項目中，應避免使用不確定的語言文字，否則還必須用模糊邏輯(fuzzy logic)之模糊推論法則運算。因此實績與履約經驗如果能加以區別，並層級化進行判斷，即可建構邏輯化的範圍與階層架構。

其次是在履約經驗的危險不明確時，以一個中性值來評量，是否有助於公平競爭以及目標之達成？從經濟觀點來看，招標機關對於已經提出實績，但缺乏詳細履約經驗的廠商，也是訊息不對稱。也就是參與的一方（機關）不知道或不完全知道對方的訊息。這樣的問題，常常為誘因機制（incentive mechanism，又有稱為激勵機制者）所設定之前提，誘因機制的基本方法係以委託-代理問題來分析，即在不能直接衡量代理人的努力程度之時，獎勵努力結果的激勵機制能夠誘使代理人往既定目標前進；因此在政府採購制度中設計一個可以獎勵履行能力強，履行管理優良的廠商參與投標，增加這類廠商投標的意願，並避免履約經驗不佳的廠商來魚目混珠發生道德風險⁴⁵，實為政策欲達到之目標。在委託-代理問題上，一個委託人（機關）想使代理人（投標廠商）按照前者的利益選擇行動，但委託人不能直接觀測到代理人選擇了什麼行動，委託人的問題是如何根據觀測到的資訊，

⁴³ 投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 5 條第 1 項第 1 款，FAR 9.104.

⁴⁴ 王隆昌、李金來、蔡修毓、廖軒邑、藍杏娟，「最有利標評選制度之理論基礎與危機根源」，營建創新科技研討會，125，2004。

⁴⁵ 道德風險與逆向選擇問題不同，如果一方在契約簽訂之後隱藏某些行為，使另一方的利益面臨風險，稱為道德風險(moral hazard) 道德風險廣泛存在於各種市場。同逆向選擇一樣，道德風險的存在也會影響市場的正常運作。安陽師範學院，網頁：wlzy.aynu.edu.cn/jj/wlkc/xfjxl/ppt/5.15/15.ppt，查訪日期：2009 年 5 月 7 日。

來獎懲代理人，以激勵他選擇對委託人最有利的活動。因此本文模擬參與競賽者的狀況，分析在履約經驗發生資訊不對稱的情況發生時，將履約經驗當作一項信號，除了要避免隱藏資訊的道德風險，並計算策略是否符合經濟效率。

（二）基礎模型說明

機制設計理論(mechanism design theory)為應用於公共政策分析的一種方法，係以賽局理論為基礎，設計一套規則，讓參與者都能為達到己身的利益而參加。⁴⁶而觀諸政府採購亦屬於公共政策的領域，如何形成經濟最佳化，應為機制設計之目標⁴⁷。因此在傳統之委託-代理問題分析時，是計算當某一個中性分數來評估投標者時，是其所獲得之利益 a_2 較過去給 0 分所獲得之利益 a_1 的差，較其所負擔的成本 c_2X 為高，即 $(a_2 - a_1) > c_2X^*$ 時， X^* 表示選擇這項策略。然而公共政策的目標是在於達成整體社會福利的最大化，因此本文參考西方經濟學⁴⁸一書中關於單純委託-代理問題分析時兩造利益的分析方法，並加以修正為以整體社會福利之分析方式。

（三）履約危險不明時評分設計的模型

本文將廠商歸納成下列三種：

1. A 廠商，過去有實績且履約經驗良好，於競標時據實告知，為優良之廠商。因此本文假設對於這種廠商過去履約經驗分數可得 10 分。如果得標，對整體社會之福利(採購者產生之消費者剩餘及生產者本身之生產者剩餘合計)為 π_A 。
2. B 廠商，包括過去有實績，但過去履約經驗礙於國家安全或國防機密之規定或不可抗力等原因無法確實告知者，或者是外國績優廠商於國內新設立之公司等，無法獲得過去履約經驗的資訊，亦即在此情況為資訊不對稱，屬履約風險不明廠商，依現行法規應評

⁴⁶ 維基百科對賽局理論及機制設計之關係說明如下：In economics and game theory, mechanism design is the study of designing rules of a game or system to achieve a specific outcome, even though each agent may be self-interested. This is done by setting up a structure in which agents have an incentive to behave according to the rules. The resulting mechanism is then said to implement the desired outcome. The strength of such a result depends on the solution concept used in the rules. It is related to metagame analysis, which uses the techniques of game theory to develop rules for a game...網頁：http://en.wikipedia.org/wiki/Mechanism_design，查訪日期：2009 年 5 月 7 日。

⁴⁷ 瑞典皇家科學院於 2007 年諾貝爾經濟學獎頒獎詞：「由赫維茲開創，經麥斯金與邁爾森進一步發展的機制設計理論，已大幅提升我們對最佳配置機制的理解，並解釋個人動機與私人資訊對資源分配的影響，讓經濟學者、政府與企業人士區別出什麼情況下市場能運作良好，那些則否。」吳惠林，「麥斯金機制設計 讓市場最佳化」，經濟日報/A5 版/話題新聞，2008-04-16。

⁴⁸ 黎詣遠、蘇紅順主編，龍志和、陳通、陳迅、張宗益、李雪松、曹桂全、蘇紅順、黎詣遠編寫，西方經濟學，第五篇不確定性決策第十五章信息論，高等教育出版社，二版，中國，2009，安陽師範學院，網頁：wlzy.aynu.edu.cn/jj/wlkc/xfjxl/ppt/5.15/15.ppt，查訪日期：2009 年 5 月 7 日。

為 0 分。假設這種廠商如果得標，對整體社會之福利為 π_B 。

3. C 廠商，屬過去履約經驗不佳之廠商，為不良之廠商，依現行法律規定為 0 分。這種廠商如果得標，對整體社會之福利為 π_C 。

三種廠商得標時，社會政體福利分別為 π_A 、 π_B 、 π_C ，其關係依常理判斷，應是 C 廠商得標時，整體社會福利 π_C 為最小，但是 B 廠商得標時社會所獲利益卻未必小於 A 廠商得標時，因此 π_A 、 π_B 之大小關係則不確定。

本文透過三個廠商的得標機率與整體社會福利關係，可以求出整體社會福利的期望值。因此先求目前制度下，履約風險不明時仍給予 0 分的狀況，假設三種廠商投標得標機率分別為 $P_A(0)$ 、 $P_B(0)$ 、 $P_C(0)$ ，其中：

$0 \leq P_A(0)$ 、 $P_B(0)$ 、 $P_C(0) \leq 1$ ，各個廠商得標機率值都必須小於 1，且 $P_A(0) + P_B(0) + P_C(0) = 1$ ，先不考量發生廢標或不予決標之情形，因此所有廠商得標機率總為 1。

故整體社會之預期福利為（期望值 = Σ 機率 \times 利益）：

$$E(0) = P_A(0) \pi_A + P_B(0) \pi_B + P_C(0) \pi_C \cdots \cdots \text{式(一)}$$

接下來，本文要討論履約經驗不良之廠商，在競賽關係中詐欺而影響到整體社會福利之狀況。因此令 C 廠商，據實填寫的機率為 R_H ， $0 \leq R_H \leq 1$ ，此時在過去履約經驗分數仍得到 0 分，三種廠商得標的機率分別為 $HP_A(X)$ 、 $HP_B(X)$ 、 $HP_C(X)$ ，各別得標機率必須小於 1，且全部參與者得標機率合計必須等於 1，此不論廢標或不予決標等如上述，故：

$$0 \leq HP_A(X)$$

$$HP_B(X)$$

$$HP_C(X) \leq 1$$

$$HP_A(X) + HP_B(X) + HP_C(X) = 1$$

$$\text{計算整體社會之預期福利為：}$$

$$HE(X) = HP_A(X) \pi_A + HP_B(X) \pi_B + HP_C(X) \pi_C \cdots \cdots \text{式(二)}$$

而 C 廠商不據實填寫的機率為 R_L ($R_H + R_L = 1$)，此時在過去履約經驗分數得到 X 分，三種廠商得標的機率分別為 $LP_A(X)$ 、 $LP_B(X)$ 、 $LP_C(X)$ ，其中：

$$0 \leq LP_A(X)$$

$$LP_B(X)$$

$$LP_C(X) \leq 1$$

$$LP_A(X) + LP_B(X) + LP_C(X) = 1$$

$$\text{故整體社會之預期福利為}$$

$$LE(X) = LP_A(X) \pi_A + LP_B(X) \pi_B + LP_C(X) \pi_C \cdots \cdots \text{式(三)}$$

因此，若評定過去履約經驗分數時，履約風險不明廠商，一律給 X 分，整體社會之預期福利為 C 廠商誠實的機率乘上 C 廠商誠實時之預期整體社會福利，加上 C 廠商詐欺機率乘上 C 廠商詐欺時之預期整體社會福利：

$$E(X) = R_H HE(X) + R_L LE(X) \cdots \cdots \text{式(四)}$$

選擇 X ，使 $E(X)$ 達到最大，即為政策目標。

依常理判斷， X 愈高，B 廠商得標機率愈大，故

X 與 $HP_B(X)$ 成正向關係。

而 C 廠商誠實時，得標機率因 B 廠商的提高而降低，故

X 與 $HP_C(X)$ 成負向關係。

且 $HP_B(X) \geq P_B(0)$ ，當 C 廠商不據實填寫時，得到 X 分，得標的機率大於據實填寫，故 $LP_C(X) \geq HP_C(0)$ ，而 A、B 廠商會因 C 廠商的得標機率提高而降低，當 C 廠商據實填寫時，而 A、C 廠商會因 B 廠商的得標機率提高而降低，故

$$LP_A(X) \leq HP_A(X) \leq P_A(0) \dots\dots\dots \text{式(五)}$$

$$P_B(0) \leq LP_B(X) \leq HP_B(X) \dots\dots\dots \text{式(六)}$$

$$HP_C(X) \leq P_C(0) \leq LP_C(X) \dots\dots\dots \text{式(七)}$$

此外，C 廠商誠實時， X 對 B 廠商影響較大，故

$$\frac{dHP_B(X)}{dX} \geq \frac{dLP_B(X)}{dX}$$

(四) 利用假設數值導入說明政策方向

因為實證數據導入並非法律論文的範疇，因此本文根據上述式(五)規則以假設的數值導入，然必須強調的是，假設數值導入之結果值本身不是經濟模型的結論，而是一個方向的發現，也就是這個立論的方向是否正確而具價值。先看社會整體福利 $E(X)$ 會受 X 評分如何的變化，令

$\pi_A=10$ ； $\pi_B=10$ ； $\pi_C=1$ ，也就是 B 廠商其實履約能力與 A 廠商同，但在現行法規中，B 廠商評為 0 分，則在其他條件相同情形下，B 廠商與 C 廠商得標機率一樣，因此三個廠商得標機率分別為：

$$P_A(0)=0.6；P_B(0)=0.2；P_C(0)=0.2$$

其次求當履約風險不明，評為 X 分時，其得標機率的變化：

1. C 廠商誠實時

$HP_B(X)$ 假設為 X 及 $P_B(0)$ 的線型函數，即 $HP_B(X)=P_B(0)+0.02X$ 此即當評分為 X 分時，C 廠商誠實，B 廠商得標機率因此而增加，此式符合上述式(六)。同理，

$HP_C(X)$ 假設為 X 及 $P_C(0)$ 的線型函數，即 $HP_C(X)=P_C(0)-0.01X$ ，此符合上述式(七)

又， $HP_A(X)$ 的機率是 1 減 B 廠商及 C 廠商機率之合，故

$$HP_A(X)=1-HP_B(X)-HP_C(X)$$

2. C 廠商詐欺時

$LP_B(X)$ 假設為 X 及 $P_B(0)$ 的線型函數，即 $LP_B(X)=P_B(0)+0.01X$ ，此符合上述式(六)

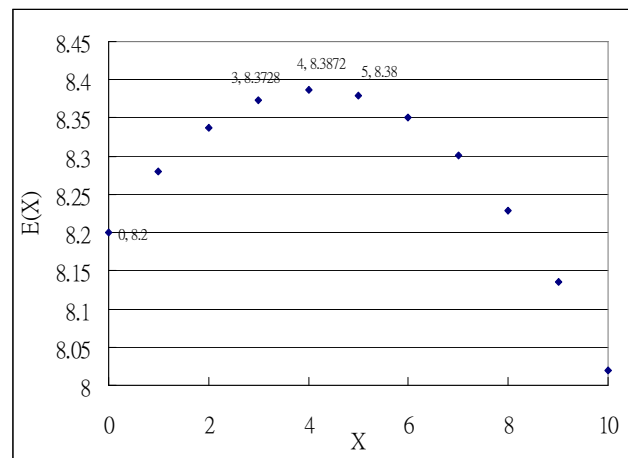
$LP_C(X)$ 假設為 X 及 $P_C(0)$ 的線型函數，即 $LP_C(X) = P_C(0) + 0.01X$ ，此符合上述式(七)

$$LP_A(X) = 1 - LP_B(X) - LP_C(X)$$

R_L 為 C 廠商詐欺的機率，假設為 $LP_C(X)$ 及 $HP_C(X)$ 的線型函數，即 $R_L = K[LP_C(X) - HP_C(X)]$

其中 K 應為正數，表示 C 廠商在評分為 X 的狀況下，對於詐欺與誠實間得標機率差異的一個比例數值，假設 $K=3$ ，經過演算結果如下：

X	$E(X)$
0	8.2000
1	8.2792
2	8.3368
3	8.3728
4	8.3872
5	8.3800
6	8.3512
7	8.3008
8	8.2288
9	8.1352
10	8.0200



即只考慮 X 為整數時，最大值發生在 $X=4$ 時。

因此可將 $E(X)$ 表示成 X 的函數(二次)，故整體是社會福利 $E(X)$

$$\begin{aligned}
 E(X) &= R_H HE(X) + R_L LE(X) \\
 &= (1 - R_L) (HP_A(X) \pi_A + HP_B(X) \pi_B + HP_C(X) \pi_C) \\
 &\quad + R_L (LP_A(X) \pi_A + LP_B(X) \pi_B + LP_C(X) \pi_C) \\
 &= (1 - 0.06X) [10(0.6 - 0.01X) + 10(0.2 + 0.02X) + 1(0.2 - 0.01X)] \\
 &\quad + 0.06X [10(0.6 - 0.02X) + 10(0.2 + 0.01X) + 1(0.2 + 0.01X)] \\
 &= -\frac{27}{2500} \left(X - 4\frac{1}{6} \right)^2 + 8\frac{31}{80}
 \end{aligned}$$

即當 $X = 4\frac{1}{6}$ 時， $E(X)$ 有最大值。

(五) 考量國家安全或國防機密變數而導入假設數值

今為何有 B 廠商存在？究其原因，可能為廠商雖有實績，但礙於

之前涉及國家安全或國防機密採購契約規定必須保密，故無法提供履約經驗給招標單位。例如承接國防機密採購案，採購契約內訂有保密條款，要求廠商不得承認或否認該採購案，更不得提交履約資料予任何第三者。今若此 B 類廠商，在一般招標時，於過去履約經驗分數被評 0 分，將會因維護國家安全或國防機密之利益，降低未來廠商承接國家安全或國防機密採購案件之意願，反而產生劣幣驅逐良幣後果。假設涉及國家安全或國防機密之採購案若完成，帶來的國家安全或國防機密利益為 M ，而 B 類廠商承接的意願或機率 P_M ，為在過去履約經驗分數被評為 X 分時的函數，可表示為 $P_M(X)$ ， X 愈大， $P_M(X)$ 愈大，故涉及國家安全或國防機密之採購案所帶來之社會福利預期值為 $P_M(X)M$ ，故整體社會福利預期值為：

$$W(X) = E(X) + P_M(X)M$$

政策目標為滿足 $W(X)$ 之極大。

仿上一模型，本文先以任意數字代入，令 $M=1$

$P_M(X)$ 為 X 的線型函數，設 $P_M(X) = 0.02X + 0.7$ ， $0 \leq X \leq 10$ ，

$$0.7 \leq P_M(X) \leq 0.9$$

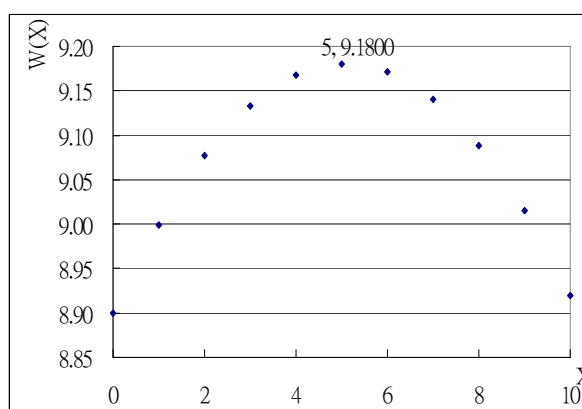
$$\text{則 } W(X) = -\frac{27}{2500} \left(X - 5\frac{5}{54} \right)^2 + 9\frac{389}{2160}$$

即當 $X = 5\frac{5}{54}$ (最接近的整數為 5) 時， $W(X)$ 有最大值。

將此使 $W(X)$ 有最大值之整數 X ，稱做 X^* 。在此例， X^* 為 5。

試算結果如下：

X	W(X)
0	8.9000
1	8.9992
2	9.0768
3	9.1328
4	9.1672
5	9.1800
6	9.1712
7	9.1408
8	9.0888
9	9.0152
10	8.9200



(六)比較靜態分析

根據上述所任意帶入之數字，本文可從事以下分析：每一次都只更動一個變數，其他變數則仍和前二模型相同，藉此觀察可使 $W(X)$ 最大的整數 X 值，稱作 X^* ，有何變化。

1. 若三種廠商不論誰得標，對整體社會福利差異不大，則 X^* 變大。
例如當 π_c 由 1 變成 5 時， X^* 由 5 變成 6。
2. 當涉及國家安全或國防機密之採購案所帶來之社會福利變大時， X^* 變大。例如當 M 由 1 變成 2 時， X^* 由 5 變成 6。
3. 當 C 廠商更容易不誠實時， X^* 變小。例如當 K 由 3 變成 5 時， X^* 由 5 變成 3。

(七)模型中的誘因問題

本模型中，重要的誘因問題有二：

1. B 廠商是否有意願承接涉及國家安全或國防機密之採購案。若是類採購案件至為重要，即其所帶來的社會福利極大，為提高 B 廠商承接意願，機關應於辦理採購案件招標及評分時，就履約風險不明廠商之過去履約經驗分數予以提高。
2. C 廠商是否誠實。 C 廠商的決策，取決於不誠實可能得到的利益，與欺騙可能帶來的法律責任等風險。今以 K 值和 $W(X)$ 的最大值 $W(X^*)$ 作比較如下：

K	X^*	$W(X^*)$
2	8	9.3192
3	5	9.18
5	3	9.068
10	2	8.976

由於 K 愈大，即 C 廠商愈容易不誠實， $W(X^*)$ 即能達到的社會最大福利愈小，故政策目標上應讓 C 廠商欺騙的機率 R_L 愈小愈好。此處即使將 X 範圍擴大為 0 至 10 之間的實數， K 和 $W(X^*)$ 的關係仍不變，即若將 $W(X^*)$ 視為 K 的函數， $\frac{dW(X^*)}{dK} \leq 0$ 。本模型簡化 R_L 為 $LP_C(X)$

及 $HP_C(X)$ 的線型函數，及一個常數 K 。事實上，若 C 廠商得標時的

總社會福利為 π_c ，其中 C 廠商所得之生產者剩餘為 π_c 的 $\frac{1}{T}$ ，而 C 廠商

不誠實時可能被抓到的機率為 P_N ，被抓到時應負的法律責任為 N ，則

R_L 為 $\frac{\pi_C}{T} [LP_C(X) - HP_C(X)]$ 、 P_N 、 N 的函數，可表示為

$$R_L = R_L \left\{ \frac{\pi_C}{T}, LP_C(X), HP_C(X), P_N, N \right\},$$

其中政府可控制的為 P_N 、 N ，而 $\frac{dR_L}{dP_N} \leq 0$ ， $\frac{dR_L}{dN} \leq 0$ 。

(八) 小結

標案的機制設計已成為經濟學中一個重要的議題。法律與經濟上的思考如下：首先，對於受法令或契約限制而不得提出其實績或過去履約經驗的廠商，給予 0 分是否符合法律上公平競爭要求？以及經濟分析上是否足以誘使廠商參與並達到社會最大福利？其次，當廠商因法規與契約限制而不得提出其履約經驗時，給予其 0 分，是否達到履約危險的控制，抑或反而誘使參與者欺騙、借牌？其三，評分 0 分之狀況，是屬公平的對待，抑或反而為一個更大的風險值？最後，在特殊的情況下，已知廠商係為遵守保密規定，而不提交機關其過去履約經驗，在這種情況下，該項目給予 0 分，形同一種類似「競業禁止」之情形，而有法律上懲罰的寓意？在我國法院對競業禁止的判決中⁴⁹，也有著從法律經濟的觀點出發，納入補償的法理，認為除非僱用人另有針對競業（本文中之保密限制）給予相對的報酬，否則即屬不公平。因此，給予履約風險不明之廠商中性的評分，不但在法律制度上有其「規範-效果」意義的達成，在經濟學理上亦為一個正確的方向。

由以上之經濟簡易模型計算，證明為達社會福利之最大化，對於履約風險不明之廠商，於履約經驗項下，給予以一個中性的數值代替，確實較能趨近於整體社會福利的最大化。為提高廠商承接涉及國家安全或國防機密之採購案，機關應於辦理採購案件招標時，對因受保密法令或條款之限制而致履約風險不明廠商，將其過去履約經驗分數予以提高。雖然以上數字均為簡易假設，實因實證數據研究並非法律專題討論之範疇。但根據模型的結論，在履約實績項目上，針對廠商履約風險不明時，給予其 4 至 5 分能符合社會福利的最大效益，此

⁴⁹台灣台北地方法院 85 年勞訴字第 78 號判決認為，僱用人須有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，補償措施之有無，亦為判斷競業禁止是否違反公序良俗之重要基準，若於勞工競業禁止時有補償或津貼之情形，即很難認為係違反公序良俗。而台灣高等法院 80 年上字第 1499 號判決謂：「西德商法固規定資方對勞方因不競爭所受損失應負補償責任，惟此規定尚未為世界上多數國家所採，難認已成為法理，而援用於我國」。顯見關於競業禁止一事，都已納入經濟與法律的考量。

與美國聯邦政府對履約風險不明之廠商給予「中性」評分之作法接近，而達到經濟最佳化，可看出中性給分與經濟利益之方向是正確的，此亦為機制設計之目標。

六、結論

(一)、機關對於廠商過去履行經驗及實績之要求，係為評定廠商履行危險，提升其履行品質所必須，故此等措施有其正當性，並非必然不當限制競爭或妨礙公平競爭，至於機關是否為差別待遇，須視其有無正當理由及是否妨礙公平競爭而論，即依公平交易法施行細則第 26 條規定，應審酌：1.市場供需情況，2.成本差異，3.交易數額，4.信用風險與 5.其他合理之事由，政府採購法及其子法並未有此規定，顯見其規範不足，機關仍應依公平交易法施行細則第 26 條之規定辦理採購，以求適法。主管機關亦可考量於政府採購法或其相關子法增訂如上之規定。

(二)、政府採購法第 36 條第 1 項及投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 5 條第 1 項第 1 款，均同時規定機關得依廠商之經驗及實績訂定投標廠商之特定資格，為免二者定義不明，產生重複評分之困擾，主管機關可考量於政府採購法或其相關子法增訂其定義如下：

1.經驗：廠商過去承辦與採購標的相同或相似工作之績效。例示如下：廠商符合契約要求及優良施工標準之紀錄、廠商預估及控制成本之紀錄、廠商履行契約、對契約時程之遵守程度、廠商曾為滿足顧客所採行之合理及合作行為、廠商遵守正直及企業倫理之紀錄，及其關係企業通常為顧客利益著想之紀錄。

2.實績：廠商曾經或現時仍履行與採購標的相同或相似之工作。

(三)、由本文之經濟簡易模型計算，對於履約風險不明之廠商，於過去履約經驗項下，給予其一個中性的數值代替，確實較能趨近於整體社會福利的最大化。故廠商無過去履約資料或不能提供過去履行經驗時，應推定其係「履行危險不明」，為保持機關於評定廠商時之公正性，不得給予其有利及不利的評選結果，具體言之，即應給予中性分數，不宜以零分計；又採購機關對於參與國家安全或國防機密採購案件之廠商，該等廠商因基於法令或契約之拘束，不能提交其過去履行經驗或實績者，可給予較中性分數為高之分數，以為補償，並提高其爾後參與國家安全或國防機密採購案件之誘因。

參考文獻

一、中西文書籍及網頁資訊

王隆昌、李金來、蔡修毓、廖軒邑、藍杏娟，「最有利標評選制度之理論基礎與危機根源」，營建創新科技研討會，2004。

司法院，公平交易法及政府採購法裁判要旨選輯，2007 年 11 月。

行政院公平交易委員會，認識公平交易法，增訂第 11 版，2007 年 11 月。

行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集（增訂 2 版），1996 年 2 月。

行政院公平交易委員會，機關招標採購適用公平交易法相關案例彙集（增訂 3 版），1997 年 12 月。

行政院公共工程委員會，政府採購申訴案例彙編(一)，2000 年 12 月。

行政院公共工程委員會，政府採購申訴案例彙編(二)，2002 年 4 月。

行政院公共工程委員會，政府採購申訴案例彙編(三)，2005 年 1 月。

行政院公共工程委員會，政府採購申訴案例彙編(四)，2007 年 4 月。

行政院公共工程委員會，政府採購法逐條釋例彙編(一)，2000 年 10 月。

行政院公共工程委員會，最有利標作業手冊，2003 年 12 月。

吳惠林，「麥斯金機制設計 讓市場最佳化」，經濟日報/A5 版/話題新聞，2008-04-16。

賴源河，公平交易法新論，月旦出版公司，1995。

黎詣遠、蘇紅順主編，龍志和、陳通、陳迅、張宗益、李雪松、曹桂全、蘇紅順、黎詣遠編寫，西方經濟學，高等教育出版社，二版，中國，2009，安陽師範學院，網頁：wlzy.aynu.edu.cn/jj/wlkc/xfjjxl/ppt/5.15/15.ppt，查訪日期：2009 年 5 月 7 日。

Nash, Ralph C. Jr., Cibinic, John, Jr., O'Brien, Karen R., *Competitive Negotiation The Source Selection Process* (2nd ed. Washington, D.C.: The George Washington University, 1999).

Nash, Ralph C., Jr., Schooner, Steven L., O'Brien, Karen R., *The Government Contracts Reference Book* (2nd ed., Washington, D.C.: George Washington University Press, 1998).

Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition, Technology and Logistics, *A Guide to Collection and Use of Past Performance Information* (Version 3) May 2003.

Wiki 網頁：[http://en.wikipedia.org/wiki/Mechanism design](http://en.wikipedia.org/wiki/Mechanism_design)，查訪日期：2009 年 5 月 7 日。

WTO, "Trade Policy Review Mechanism", *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (1995).

二、美國國會審計長決定

Advanced Data Concepts, Inc., Comp. Gen. Dec. B-277801.4, 98-1 CDP ¶ 145.

Aerospace Design & Fabrication, Inc., Comp. Gen. Dec. B-278896, 98-1 CPD ¶ 139.

BFI Waste Sys. of Nebraska, Inc., Comp. Gen. Dec. B-278223, 98-1 CPD ¶ 8.

Boeing Sikorsky Aircraft Support, Comp. Gen. Dec. B-277263.2, 97-2 CPD ¶ 91.

Centra Technology, Inc., Comp. Gen. Dec. B-274744, 97-1 CPD ¶ 35.

Consolidated Eng'g Servs., Inc., Comp. Gen. Dec. B-277273, 97-2 CPD ¶ 86.

Continental Serv. Co., Comp. Gen. Dec. B-274531, 97-1 CPD ¶ 9.

ECG, Inc., Comp. Gen. Dec. B-277738, 97-2 CPD ¶ 153.

Engineering & Computation, Inc., Comp. Gen. Dec. B-275180.2, 97-1 CPD ¶ 47.

Excalibur Sys., Inc., Comp. Gen. Dec. B-280645.2, 98-2 CDP ¶ 74.

Dual, Inc., Comp. Gen. Dec. B-279295, 98-1 CPD ¶ 146.

H.F. Henderson Indus. Inc., Comp. Gen. Dec. B-275017, 97-1 CPD ¶ 27.

High Country Contracting, Comp. Gen. Dec. B-278649, 89-1 CPD ¶ 39.

HLC Indus. Inc., Comp. Gen. Dec. B-274374, 96-2 CPD ¶ 214.

IGIT, Inc., Comp. Gen. Dec. B-275299.2, 97-2 CPD ¶ 7.

MAC's General Contractor, Comp. Gen. Dec. B-276755, 97-2 CPD ¶ 29.

Mid-Atlantic Design & Graphics, Comp. Gen. Dec. B-276576, 98-1 CPD ¶ 132.

Oceaneering Int'l, Inc., Comp. Gen. Dec. B-278126, 98-1 CPD ¶ 133.

Phillips Indus., Inc., Comp. Gen. Dec. B-280645.2, 98-2 CDP ¶ 74.

Precision Echo, Inc., Comp. Gen. Dec. B-276740, 97-2 CPD ¶ 114.

U.S. Technology Corp., Comp. Gen. Dec. B-278584, 98-1 CPD ¶ 78.

WECO Clearing Specialists, Inc., Comp. Gen. Dec. B-279305, 98-1 CPD ¶ 154.

Government Agencies' Evaluation of Offerors' Past Performance and Experience in the Context of Fair Competition

Tang, Ko-kuang*

Abstract

The government agencies of the R.O.C. use some rating methods, including numerical weights and ordinal ranking, to evaluate offerors' past performance or experience as evaluation factors in making a best-value source selection. Offerors' past performance or experience is weighed 10 scores (totaling up to 100) according to the Most Advantageous Tender Source Selection Manual. An offeror without a record of relevant past performance or for whom information on past performance is not available will fail to score. Do agencies, therefore, without proper reasons discriminate against these offerors? Do agencies improperly restrain offerors' full and open competition? What is the distinction between an offeror's past performance and its experience? If the offeror may not be evaluated favorably or unfavorably on past performance, there will be no argument about improper discriminatory measures and unfair competition.

There is no law or regulation governing the evaluation of the offeror without a record of relevant past performance. It becomes necessary to examine the laws and practice of the R.O.C. and the U.S. to see whether amendment to the law or regulation of the R.O.C. is required. This research on offerors' past performance information and experience focuses on the clauses in United States Code and the Federal Acquisition Regulations (FAR). Some decisions made by the Comptroller General dealing with issues in this area are discussed. This research first provides the requirement of full and open competition to see the laws and practice of these two countries. It then presents appropriate evaluation of contractors' proposals from viewpoint of economics. It also examines domestic laws, regulations, and practices of the US and the ROC regarding government procurement to see the shortcomings of Taiwan's domestic laws and regulations. This study then offers suggestions for establishing these laws and regulations.

關鍵詞：政府採購、過去履行經驗、實績、評選項目、配分、government procurement, past performance, experience, evaluation factors, rating

* Tang, Ko-kuang, Assistant Professor, Department of Public Finance and Taxation, Takming University of Science and Technology