

# 政府採購契約變更

內政部土地重劃工程處政風室主任

李金松



## 李金松

### ◆學歷及現職

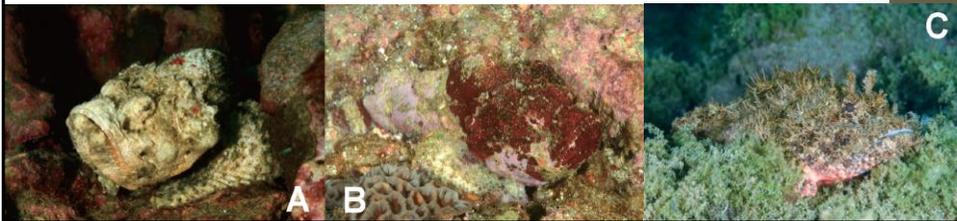
- 國立中正大學法學碩士
- 內政部土地重劃工程處政風室主任
- 教育部採購稽核小組稽核委員
- 教育部國民及學前教育署採購資訊服務網委員

### ◆經歷

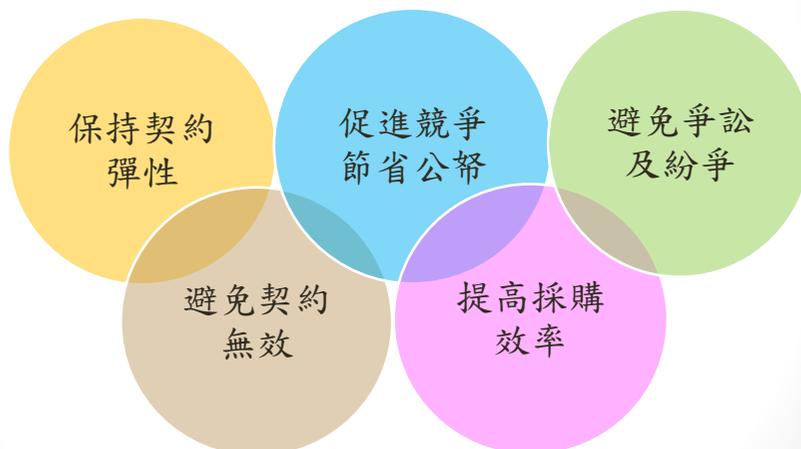
交通部國道新建工程局第二區工程處、  
臺中地方法院、科學工業園區管理局  
(中部科學工業園區管理局)、南投縣政  
府、南投縣名間鄉公所、彰化縣埔心鄉  
公所、公平交易委員會、教育部、國  
立自然科學博物館

## 契約變更的原因

- 人非神，人的能力有限
  - 預測風險？
  - 完美的設計圖及說明書？
- 不可預料的事件
  - 異常工地狀況…
- 不切實際的風險分配
- 廠商建議契約變更
- 機關指示契約變更
  - 需求計畫變更
  - 社會、環境？



## 契約變更條款的必要性



# 契約變更的定義及範圍-1

## ●正式的契約變更

■契約變更透過契約約定之**正式的變更命令**為之

■採購契約要項

契約變更範圍及效果不同

- ◆第20點規定，**業主**於必要時得於契約所約定之範圍內通知承包商變更契約。除契約另有規定外，承包商於接獲通知後應向業主提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更的相關文件。承包商於接受業主所提出的須變更的相關文件前，不得自行變更契約。除業主另有請求者外，承包商不得因業主的變更契約通知而遲延其履約責任。
- ◆第21點規定，契約約定之採購標的，其有下列情形之一者，**廠商**得敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得機關書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。…1. 契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應。2. 契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應。3. 因不可抗力原因必須更換。4. 較契約原標示者更優或對機關更有利。

[ 5 ]

# 契約變更的定義及範圍-2

■採購契約範本

■**採購主體**的變更？

- ◆一般條款E.1契約變更「工程司為期契約工程或工作圓滿完成，得指示承包商辦理契約變更，包括**增加、減少、取消、刪除、替代、更改之變更，品質、形狀、性質、種類、位置、尺度、高程或路線之變更**，以及**施工程序、方法或時程之變更**。承包商應接受工程司之指示辦理變更。」
- ◆採購法第65條轉包的禁止

採購標的

[ 6 ]

## 契約變更的定義及範圍-3

### ● 擬制契約變更

- 機關或其授權代表的書面或口頭指示，行為或不行為，雖未構成正式的契約變更命令，但是實際上已經產生要求廠商履行額外的工作，或以不同於原契約約定的方式履行契約的效果；或機關(或工程司)監督廠商履約，對於廠商的履約造成某些程度的妨礙，致對採購進行造成影響，即使機關不同意契約變更且未以書面變更命令為之，國外實務認為仍具備約因，亦可構成契約變更。法律所擬制，故稱為「擬制契約變更」

[ 7 ]

## 契約變更的定義及範圍-4

### ■ 擬制契約變更在我國的適用

- ◆ 禁反言(estoppel)
- ◆ 誠實信用原則或法理
- ◆ 故意阻其條件之成就，視為條件已成就
- ◆ 採購契約要項第20點「機關於接受廠商所提出須變更之事項前即請求廠商先行施作或供應，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用。」
- ◆ 仲裁及法院實務

[ 8 ]

## 契約變更的定義及範圍-5

### ● 國外擬制契約變更的種類

#### ■ 1. 地理變更 (Geographic Change)

- ◆ 通常以口頭命令為之，例如變更工程地點、變更工程材料堆置地點、未能或遲延提供工程用地
- ◆ 營建剩餘土石方(廢棄土)堆置處理(運棄)地點變更增加的成本
  - 機關指定？廠商自覓堆置處理(運棄)地點？

#### ■ 2. 有缺陷的工程計畫和詳細說明書 (Defective Plans and Specification)

- ◆ 錯誤或遺漏責任？
- ◆ 起草人 (drafter) ？

[ 9 ]

## 契約變更的定義及範圍-6

#### ■ 3. 誤解詳細說明書 (Misinterpretation of the Specifications)

- ◆ 不一致？不明確？
- ◆ 承包商僅是詳細說明書的閱讀者 (specifications readers)，而非注意者 (mind readers)，且承包商投標是根據顯示在工程計畫和詳細說明書的內容估算成本投標，而非建築師或契約官的內心意向。
- ◆ 國外法院實務上是遵循以下的標準進行認定，契約說明的解釋必須是一個合理而具有理性的人所能事先認識的施工習慣和慣例，及存在的所有事實和環境條件。

[ 10 ]

## 契約變更的定義及範圍-7

- 4. 最經濟的施工方法選擇權 (Method of Performance)
  - ◆有約定工法依約定？未約定工法，機關指示工法！
- 5. 提出同等品替代的拒絕 (Rejection of "Or-Equal" Substitutions)
- 6. 未揭露技術資料 (Nondisclosure of Technical Information)
- 7. 機關提供財物 (Government-furnished Property)
- 8. 濫權檢查 (Overinspection)
- 9. 拒不接受合格的工作 (Rejection of Conforming Work)

11

## 契約變更的定義及範圍-8

- 10. 異常的工地狀況 (Differing Site Condition)
  - ◆異常的工地狀況的發生原因及風險分配：
    - 第一種為實際遭遇的狀況重大 (materially) 相異於契約中原先描述的地下或潛在的物理狀況以及通常在現場認識的存在狀況，其關心的重點在於契約的描述，承包商必須證明契約中明示的或隱含的工地說明是不正確的。
    - 第二種為在工地實際遭遇的狀況，為雙方所不知及不尋常的 (unusual)，且係承包商自契約文件、承包商的經驗或工地調查所無法合理預知的物理特性，與一般所能發現的狀況有重大不同，此一類型相對地舉證責任較重，承包商必須舉證其遭遇一個重大異常於已知道和通常的狀況。只需要是一個有理性 (reasonable) 的承包商在投標之前所無法預知或發覺者即可。

12

## 契約變更的定義及範圍-9

### ■11. 趕工 (Acceleration)

- ◆機關拒絕或不合理展延工期
- ◆機關指示廠商加速工程進度
- ◆廠商自願趕工？

### ■12. 政府為自身便利而停工或終止契約 (suspension of work and termination for convenience)

#### ●廠商的通知義務



[ 13 ]

## 誰可以指示(同意)契約變更

- 能夠代理機關為契約變更命令之人，通常會限制在**具有特別權限之人**。但是如果機關的其他**無代理權限的代理人**卻為其本不能為之契約變更命令，而廠商也遵循辦理，雖不符合正式的契約變更之要件，不過，仍可能構成擬制契約變更命令。
- 工程會一般條款「E.2變更指示 **工程司**變更契約之指示，應以書面通知為之，承包商在未接獲工程司之指示前，不得辦理變更工程或工作。」
- 未具權限的監造人員或其他人員？
  - 誠信原則、表見代理
  - 知情而不反對**

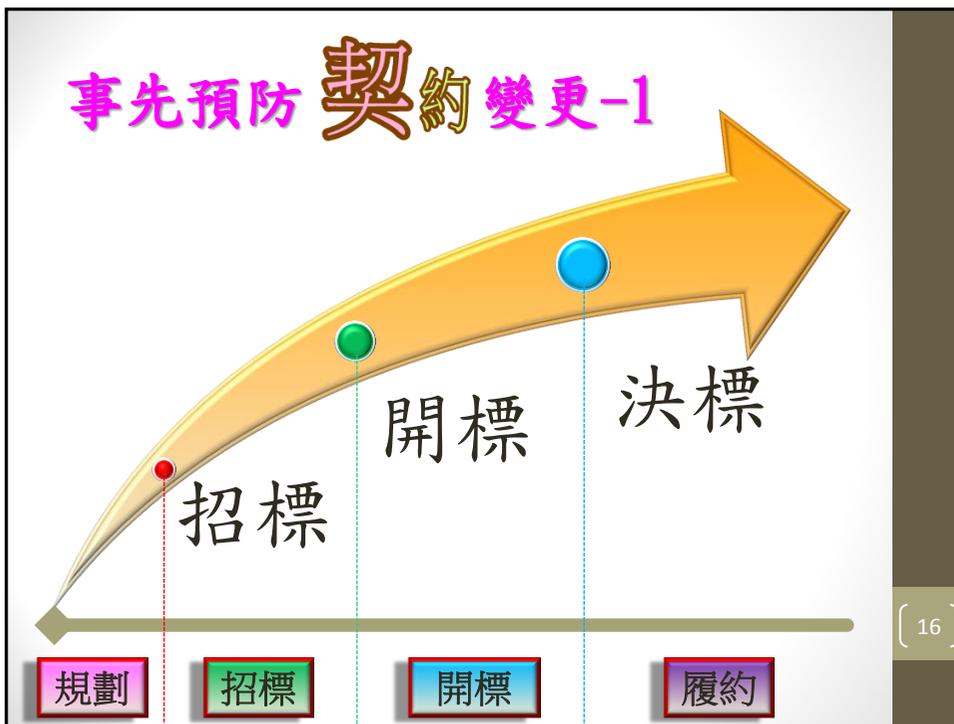
[ 14 ]

## 可能無效率？

- 蓄意設計錯誤
- 追加工程比例
- 材料未檢驗、材料尚未送審通過即施工，怎麼辦？
- 廠商未請求辦理契約變更，工項或數量多做了，怎麼辦？
- 規格綁標！怎解套？
- 廠商自己的原因做不下去？會有違約金？怎解套？
  - 契約變更…展延工期…與是否逾期、暫停估驗付款、違約金計算息息相關
- 廠商賠錢做、為廠商利益而辦理變更？

[ 15 ]

## 事先預防 契約變更-1



[ 16 ]

## 事先預防 契約變更-2

- 規劃階段時間充裕
- 慎選規劃、設計、監造及PCM廠商
- 資訊公開、民眾參與找碴
  - 公開閱覽
  - 公開說明或公開徵求廠商提供參考資料
- 合理的等標期
- 合理工期、價金
- 公平的契約風險分配
- 重視廠商提出的意見及其他不同意見、請求釋疑
- 善用採購審查小組
- 統包、替代方案、最有利標、同等品…
- 落實履約管理
  - 擬制契約變更

17

## 契約變更爭議1-1

- 契約變更適用採購法條文爭議
  - 採購法第22條第1項第6款
    - ◆ 在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額50%者。
    - ◆ 追加工程：包括新增項目、原契約項目數量之增加、原契約項目規格之變更。契約其他調整契約價金的約定？
    - ◆ 單次？數次累計？

18

## 契約變更爭議1-2

### ● 契約變更適用採購法條文爭議

#### ■ 採購法第22條第1項第16款

◆ 工程會函釋機關同意廠商依採購契約要項第21點及契約的規定辦理契約變更，其涉及契約**新增項目**議價的情形，依本款認定得採限制性招標。

◆ **是否受50%的限制？**

◆ **超過50%會怎樣？**

[ 19 ]

## 契約變更爭議2

### ● 契約變更有無期限的限制

■ 採購報竣工後可否辦理契約變更？

■ 契約的效力時間

◆ **契約成立……驗收合格日**

■ 工程會函釋：有關契約規定以實作數量計價者，其結算數量與契約數量不符時，**在辦理結算驗收前**，依本會所頒「採購契約變更或加減價核准監辦備查規定一覽表」有關契約變更之規定辦理，尚屬合理可行…來函建議於契約中明訂契約執行期間需否辦理契約變更之方式乙節，得由貴部依採購之實際需要，自行訂定契約變更核准備查之通案授權規定為之。

■ FIDIC第13.1節規定在工程司**發出接收證書(Taking-Over Certificate)前**，得為工程契約變更

[ 20 ]

## 契約變更爭議3-1

### ●契約變更範圍

#### ■業主指示契約變更

◆工程採購契約範本第20條第1款「機關於**必要時**得於**契約所約定之範圍內**通知廠商變更契約（含新增項目），…。」

#### ◆業主有無指示變更權？

##### □學說

✓肯定說(多數說)

●契約明訂 + 彈性及效率

✓否定說

●意思表示合致？契約自由？

[ 21 ]

## 契約變更爭議3-2

##### □實務

✓按工程進行中，由於設計圖和現場情形有時未能完全吻合，或發現有無法依原設計施工等因素，故一般均在工程契約中賦予業主變更設計之權，以資因應。（台南高分院91年度上易字第279號判決）

✓系爭工程合約已約明被上訴人(即業主)就系爭工程有變更設計之權，…且約明上訴人(即廠商)**不得以新增項目單價未議妥而停工**，是系爭工程不因嗣後被上訴人變更施工方法及變更設計後工程款之增減，而影響契約之同一性致成為另一新契約。（台灣高等法院87年度重上字第384號、最高法院92年度台上字第1449號判決）

#### ◆契約變更的限制

□契約通常範圍(general scope of the contract)

□重大變更理論(cardinal change)

✓是一種**契約的違反**，政府對於工作造成激烈的(drastring)的變更，以致於實際上產生要求承包商履行的責任，已重大地不同於原來的交易約定。

[ 22 ]

## 契約變更爭議3-3

- 顯然違反誠信原則之指示變更
  - ✓ 例如 **大幅追加契約單價不佳**之工作項目，廠商因而虧損。
  - ✓ 若機關指示變更的程度，**已刪除契約中主要之工作，或刪除後契約工作數量、金額有顯著減少，已達一定比例時**，應認該契約變更已完全改變原契約之設計精神或理念，即非得以契約變更之方式辦理，而屬**契約終止**。
- 已完工及驗收合格後之指示變更
- 違反法令之指示變更

23

## 契約變更爭議3-4

- 仲裁實務
  - ✓ 「關於變更後之合約內容與變更前是否在非相似條件下施工之爭議，雖相對人認為本件合約變更設計案僅為數量減少，工作性質及工作條件均未改變，是以並非所謂『非相似條件下施工』，自不生合理引用詳細表之單價及價格作為估價基準或另為公平估價之問題。惟「**工作數量**」為投標時之**重大估價基準**，顯係事理之當然，蓋非如此倘任令相對人變更，命令取消工程數量達百分之九十，亦不屬**非相似條件下施工**，此又如何自圓其說。兩造因未達成協議，本案聲請人所聲請調整單價自仍應本著契約第六十二條之原則，合理引用詳細表之單價及價格作為估價基準，如無法引用時，則依公平之原則估算之。」
  - ✓ 「工作數量」為投標時廠商估價的重要基準，倘若業主任意變更、取消工作數量已達原工程範圍之百分之二、三十，即構成「**非相似條件下施工**」，應由雙方依公平之原則重新估算調整工程的單價。

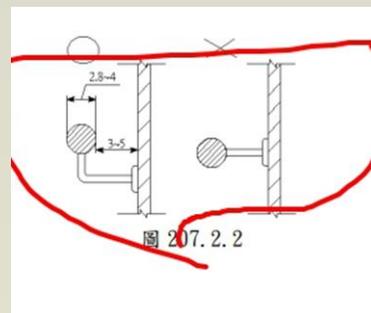
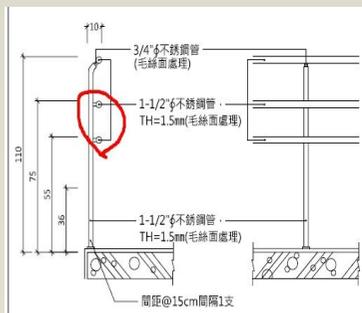
24

## 契約變更爭議3-5

- 一般條款第E.5節變更價款之決定
- 由工程司依E.1「契約變更」指示之一切變更，其價款由工程司與承包商按以下原則協議決定：
  - ✓ (1) 如工程司認為該工程或工作與詳細價目表內已載列價格之**工程或工作項目相同且在相同條件下施工**者，則按詳細價目表所載可適用之單價估算。
  - ✓ (2) 如工程司認為契約中並無性質相同之工程或工作項目，或**非在相同條件下施工**者，詳細價目表之單價，應儘量合理引用，作為估算之基礎，如無法引用時，應由雙方協議新單價。
- **契約同一性、合理預期**的範圍

25

### 案例分享



甲機關辦理某無障礙設施改善工程，於驗收時發現工程廠商所施作之欄杆扶手形式與「建築物無障礙設施設計規範」不符，經查設計圖與「建築物無障礙設施設計規範」不符，設計監造廠商表示，雖設計圖與「建築物無障礙設施設計規範」不符，但設計圖下方皆有備註須符合最新建築物無障礙設施設計規範，而工程廠商則表示其係按圖施工。工程廠商為改善此一缺失，已先行將欄杆切除，請問機關如何辦理驗收付款？

## 契約變更爭議3-6

### ●廠商請求契約變更

- 工程採購契約範本第20條第5款「契約約定之採購標的，其有下列情形之一者，廠商得敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得機關書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。但不得據以增加契約價金。其因而減省廠商履約費用者，應自契約價金中扣除：1. 契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應。2. 契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應。3. 較契約原標示者更優或對機關更有利。4. 契約所定技術規格違反採購法第26條規定。」

- 需經機關同意

[ 27 ]

## 契約變更爭議4

### ●替代方案與契約變更

- 廠商提出
- 政府採購法第35條允許廠商於投標期限前、得標後就技術、工法、材料或設備提出替代方案，而為獎勵承包商於得標後提出替代方案，以尋求業主及承包商雙贏，並得於招標文件規定獎勵金，其數額最高以不逾所減省契約價金扣除機關為處理替代方案所增加的必要費用後的數額之百分之五十為限
- 替代方案及契約變更(廠商提出)的要件
- 彈性比契約變更更大
- 替代方案是契約變更？

[ 28 ]

## 契約變更爭議5-1

### ●1. 總價結算契約實作數量增減

- 工程採購契約範本第3條「(二)採契約價金**總額結算**給付之**部分**：1. 工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達5%以上時，其逾5%之部分，依原契約單價以契約變更增減契約價金。未達5%者，契約價金不予增減。」
  - ◆ 當屬**總價結算契約**，其詳細價目表中的「個別工作項目」的實作數量較原詳細價目表中的數量增減達**5%**以上時。
  - ◆ 雖屬**實作數量結算契約**，但其**詳細價目表中的「個別工作項目」**係以**總價結算**，且實作數量較原詳細價目表中的數量增減達**5%**以上時，其超過的部分可以辦理契約變更增減價金。
- 契約未約定價金調整機制？引用採購契約要項？
- 一式計價？統包契約？

[ 29 ]

## 契約變更爭議5-2

### ●2. 實作數量結算契約實作數量增減

- 形式上看數量變動？按圖施工！詳細價目表之數量本來就只是預估值！
- 有無契約變更？應否辦理契約變更？
- 工程會函釋，似乎認為應辦理契約變更？監辦？
- FIDIC：土木機電工程合約範本一般條款第13.1節即規定契約中任何工作項目的工作數量變動屬於契約變更的類型之一，但是同時有但書規定，工作數量的變更不必然構成契約變更。

[ 30 ]

## 契約變更爭議5-3

### ●3. 實作數量較契約所定數量增減達30%以上的契約變更

- 總額結算契約、實作數量結算契約
- 部分總額結算契約，部分實作數量結算契約
- 工程採購契約範本第3條第2款
  - ◆工程之個別項目實作數量較契約所定數量**增加**達30%以上時，其逾30%之部分，應以契約變更合理調整契約單價及計算契約價金。
  - ◆工程之個別項目實作數量較契約所定數量**減少**達30%以上時，依原契約單價計算契約價金顯不合理者，應就顯不合理之部分以契約變更合理調整實作數量部分之契約單價及計算契約價金。

31

## 契約變更爭議6-1

### ●工程漏項

- 圖說與詳細價目表不一致
- 按圖說施工？依詳細價目表施工？
- 工程漏項風險應該由誰承擔？
- 類型
  - ◆1. 圖說 v，詳細價目表 x
    - 實作實算契約
    - 總價結算契約？
      - ✓公平性？最有利標及總價結算契約的精神？
  - ◆2. 圖說 x，詳細價目表 v
    - 為完成約定工作所必須的工作？

32

## 契約變更爭議6-2

### ◆3. 圖說 x，詳細價目表 x

- 為完成約定工作而在工程慣例上或技術上所必須的工作
  - ✓ 仍有施作義務
  - ✓ 增加工程款？新增工項
  - ✓ 零星事項或工作可否求償？
- 非為完成約定工作而在工程慣例上或技術上所必須的工作
  - ✓ 無施作義務
  - ✓ 額外工作

33

## 契約變更爭議6-3

### ●工程漏項

#### ■統包契約無漏項適用

- ◆ 廠商於投標時製作之價格詳細表及後續減價資料，經機關決標後為契約文件之一；其項目及數量於決標後之細部設計與服務建議書有差異時，除有逾越統包範疇而辦理契約變更情形者外，不得據以增加契約價金。
- ◆ 統包採購契約所附詳細表所列項目及數量係由廠商自行提列，其結算，不適用一般工程慣用之「個別項目實作數量較契約所定數量增減達一定比率以上時，其逾一定比率之部分，得以變更設計增減契約價金」方式。實作數量之減少，以有正當理由者始得為之。

34

# 契約變更爭議7

## ●口頭指示契約變更或消極不辦理契約變更

### ■書面指示

- ◆契約之變更，非經機關及廠商雙方合意，作成書面紀錄，並簽名或蓋章者，無效。

### ■口頭指示

- ◆緊急狀況？

### ■消極不辦理契約變更（無預算、怕追究行政責任）

- ◆對設計錯誤或不可預見等特殊情事，承包商又不具可歸責之事由，且依契約及工程慣例並非承包商必須承擔的風險，實際上有辦理契約變更之需要，卻拒絕承包商契約變更的請求
- ◆擬制契約變更與誠信原則
- ◆營造業法第37、37條與附隨義務

[ 35 ]



[ 36 ]

### 案例一、監造工程便宜行事涉偽造文書及圖利罪

#### 壹、案情摘要

國立○○大學附設醫院○○分院資訊室副管理師A君，於100年10月間，負責辦理該分院「○○網路設備更新工程暨網管設定」採購案，施工期間竟未辦理變更設計，即逕自同意廠商施作與合約所載項目不符項目。且於驗收時受不知情之主驗人員指示擔任協驗人員，辦理系爭採購案逐項驗收業務時，逕向主驗人回報驗收合格，並在驗收記錄上勾選「與契約、圖說、貨樣規定相符」項目，足生損害該分院核撥工程款之正當性，因而使廠商順利請領工程款及獲得不法利益。

#### 貳、違反規定

A君為依法令從事於公共事務，而具有法定權限之公務員。按依情節，經臺灣○○地方法院檢察署檢察官偵查後，業以觸犯刑法第213條公文書不實登載及貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪嫌，提起公訴。

#### 參、實務建議

- 一、落實採購驗收作業。
- 二、強化員工法紀教育及行政倫理正確觀念。
- 三、加強實施內部採購稽(查)核機制。

37

## 契約變更爭議8

### ●契約部分無效的轉換

#### ■採購契約要項第22點(工程採購契約範本第1條)

◆契約所定事項如有違反法令或無法執行之部分，該部分無效。但除去該部分，契約亦可成立者，不影響其他部分之有效性。

◆前項無效之部分，機關及廠商必要時得依契約原定目的**更正**之。

■工程採購契約範本第1條：契約所定事項如有違反法令或無法執行之部分，該部分無效。但除去該部分，契約亦可成立者，不影響其他部分之有效性。該無效之部分，機關及廠商必要時得依契約原定目的**變更**之。

#### ■履約中發現採購標的規格涉有不當限制競爭如何處理？

◆採購法第26條同等品規定

38

## 爭議案例

甲機關辦理建築工程採購，由乙廠商承包，工程開工開挖基地後發現地下遭棄置事業廢棄物，由於契約詳細價目表並未編列給付事業廢棄物清除處理費用，甲乃以新增工作項目方式，依契約中契約變更的約定與乙議價，經議價3次後仍超過底價無法決標，試問甲應如何處理？

