

從歐盟公共契約法探討 具一般經濟利益公共服務之委外

張南薰

東吳大學國際經營與貿易學系
E-mail: nhchang@scu.edu.tw

摘要

將具有一般經濟利益之公共服務委託私人經營時，可以勞務採購或勞務特許為之。二者在公共服務委外經營上雖扮演重要角色，但與勞務採購不同，勞務特許直至 2014 年歐盟才通過特許採購指令加以規範。然而，此一指令雖給予勞務特許較明確之定義及較有彈性的選商程序等，但仍存若干問題。勞務特許及勞務採購之區別亦存在疑義，包括如何確認應移轉之風險類型、應移轉風險之程度為何及涉及以公法限制或降低風險時能否符合營運風險之移轉等問題。上述問題在歐盟法院之個案中亦有討論，本文即藉由對相關案例之研究釐清二者之實質內涵與適用關係。

關鍵詞：勞務特許、特許契約、歐盟特許採購指令、歐盟公共採購指令、公私協力關係

壹、前言

公共服務 (public services)，在歐盟係指具有一般公共利益之服務，通常被認定為應由政府機關所提供之服務，亦即不論是否具有經濟上之利益，政府均有義務由自己或透過委託他人，包括公部門或私部門所提供之服務 (European Commission, 2007: 3)。在政府透過委外，尤其是委託私人方式提供公共服務時，即會面臨是否應引入競爭規範抑或應著重於服務供給穩定性之抉擇。在選商程序上，若以防弊的角度出發，採取政府採購 (government procurement; public procurement) 之方式，嚴格遵守競爭規範，才能達到政府資源有效運用之目的。然而，公共服務之供給與一般採購不同的是，其勞務提供對象是大眾，對供給穩定性之需求較大，亦存在較大的彈性空間，此時透過採購程序此類較為僵硬之選商及履約方式常無法達到政府目的，因此採取其他委外方式，例如透過公私合作方式提供之選項即應運而生。在公私合作方式中最常見者即為特許權 (concession) 之授與，由於特許與政府採購在歐盟架構下一開始即採取不同的規範方式，因此在面臨選擇時，即須了解歐盟規範對此二類行為之規範目的、規範差異及區別方式等，方能避免採購糾紛之發生。

自 1970 年代起，歐盟為了處理政府採購事務即已制定指令，¹ 禁止具有數量限制性質及歧視性之政府採購行為 (Bovis, 2015:

¹ 指令 (Directive) 依據歐盟運作條約第 288 條之規定，在所要求之事項上，對於所有會員國具有拘束力。惟指令對於完成此類事項之形式及方法，得由會員國自行決定。指令依據歐盟條約或歐盟運作條約條款及立法程序，由歐盟機構通過後，會員國得自行選擇方法轉換為國內法，因此是具有相當彈性的立法性派生法。參見洪德欽 (2014: 9)。

25)。然而，到了 2010 年歐盟執委會所公布的歐盟 2020 策略 (Europe 2020 strategy) 文件中，政府採購已被視為在確保公共資金有效運用同時，亦得做為達到智慧性、永續性及包容性經濟成長之市場工具之一 (European Commission, 2010: 16)，故除了防弊功能外，其亦扮演著推動歐盟社會經濟發展的興利角色。也因此，歐盟執委會於 2011 年提出三個政府採購指令包裹草案，並在 2014 年 2 月 26 日於部長理事會與歐洲議會通過，於同年 3 月 28 日公布所謂的第四代政府採購指令包裹，包括了第 23 號特許採購指令 (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts Text with EEA relevance，以下簡稱特許採購指令)、第 24 號政府採購指令 (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance) 與第 25 號公用事業採購指令 (Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC Text with EEA relevance，以下簡稱第 25 號公用事業採購指令)，並規定於 2014 年 4 月 17 日生效，全體會員國須在 2016 年 4 月 18 日前完成國內立法工作 (陳麗娟，2016: 133)。

從上述三項指令的名稱中可知，第 24 號政府採購指令及第 25 號公用事業採購指令係針對 2004 年之政府採購指令及公用事業採購指令所為之修正，屬政府採購規範現代化的一環，而特許採購指令則是全新的指令。依據特許採購指令之立法理由第 3 點可知，特許契約 (concession contracts) 亦屬歐盟 2020 策略中被視為得用於

促進經濟成長的重要市場工具之一，但與政府採購相較，卻受到較少的規範，因此也造成了私人無法進入市場並獲得公平競爭之機會，尤其是對中小企業而言更是如此。為了促使此一市場的開放及維持公平競爭之環境，並改善以往須透過歐盟法院判例法建構其法律秩序所造成的法律不明確性問題，故針對政府的特許採購制定了獨立特許採購指令，藉以規範該類行為。

然而，隨著三項指令分別規範不同類型的契約及其選商程序時，如何區分採購案係屬何種指令所規範即生問題，尤其是 2014 年前從未被納入採購指令中規範的勞務特許契約。政府機關為履行其對人民所負之公共服務責任，常須透過私部門協助履行，因此公共服務之委外仍屬常見之政府行為之一。然而，對於公共服務之委外，究竟應採何種模式、應如何決定廠商、應如何分配風險及報酬等問題，均與上述三項指令有關，尤其是勞務採購與勞務特許二種方式極易使人混淆。以往，若認定該委外契約非屬政府採購，即不受政府採購指令所規範，而由法院依據歐盟運作條約 (Treaty on the Functioning of the European Union; TFEU) 中之一般法律原則處理，現在則需判斷是否構成勞務特許契約而應受特許採購指令所規範，其程序上的保障與以往不同，其區別更具重要性。因此本文即從公共服務委外之採購模式與特許模式二者之異同及應如何區分等問題切入，希望藉以釐清相關問題。

貳、歐盟公共勞務委外之模式及基本原則

一、公共勞務委外之模式

所謂的公共勞務係指提供給一般大眾的服務或著重於服務在

公共利益上所被賦予的角色，或指由公用事業所提供之服務，而有別於其他由企業或私人所提供之僅具產業或商業性質的勞務。公共勞務又可分為「具有一般經濟利益之公共勞務 (services of general economic interest; SGEIs)」及「不具經濟利益 (non-economic in nature) 之公共勞務」。就不具經濟利益之公共勞務，在歐盟架構下因未涉及商業行為，規範權限仍屬於會員國，只要遵守歐盟條約之基本原則，例如不歧視原則等，原則上係由會員國自行制定規範處理之。但是，就具有一般經濟利益之公共勞務，因涉及商業行為及跨境利益 (cross-border interest)，歐盟為確保單一市場的運作，即享有較大的管制權限。因此，在歐盟層級中，所謂的公共勞務通常指具有一般經濟利益之公共勞務，範圍從以民眾能負擔之條件提供給社會大眾的大型商業服務，包括基礎建設中的郵政服務、安全能源供給、電力輸送服務或大眾運輸等，至大範圍的健康及社會服務，包括老年人及身心障礙者之照顧服務等均屬之 (Schoenmaekers, 2016: 295-296)。

公共勞務委外之方式眾多，主要為三種樣態，包括透過其他政府機關代為提供服務、透過政府採購程序委由私人企業提供及透過特許權之授與委由私人企業提供。不同的模式所適用的法律並不相同，例如若是透過其他政府機關提供之情況，屬於公公協力之範圍，涉及權限移轉，與市場競爭無關，並無政府採購規範之適用，尤其是該服務具有專屬權性質之情形。歐盟第 24 號政府採購指令第 11 條即規定：「本指令不適用於採購機關就其基於法律、法規命令及行政規則 (符合 TFEU 下) 所授與之專屬權，與其他採購機關或其

所屬機關所締結之公共勞務契約。」² 此一立法理由主要在於，因為公公合作關係而取得專屬權之政府機關，其採購仍有政府採購法之適用，因此在前階段的專屬權移轉部分，即無適用政府採購法之必要 (Bovis, 2015: 549)，故政府機關間之採購非本文所討論之範圍。

若將公共勞務委由私人企業提供，主要涉及二種方式，一為政府採購，另一為特許契約。為了避免公共資源的濫用及達到獲取等值 (value for money) 服務之目的，傳統的方式是透過政府採購的方式，經過公開及競爭程序獲取與政府支出等值的服務。但透過政府採購之方式委託私人企業提供公共勞務時，私人企業與政府間常因存在緊張對立的契約關係、不適當的風險分配、給付遲延造成的預算增加等因素，往往不見得有利於等值服務的取得。再加上政府預算有限，若欲在預算有限的情況下仍能完成提供公共勞務之任務，只能引進私人資金協助，因此勞務特許契約即成為另外一種可行的替代方案。在歐盟會員國中，已有不少公共勞務的提供使用勞務特許方式完成，包括水資源的運送及污水處理、道路及鐵路運輸、港口及機場服務、道路維修及管理、廢棄物之處理、能源及天然氣服務、休閒設施之提供及停車場服務等 (Bovis, 2015: 555, 596)。

勞務委外採特許方式與採政府採購方式最大的差別在於，營運風險是否由得標廠商承擔，且政府或締約機關並不保證投資或投入成本之回收。以付費道路為例，若廠商興建道路及往後經營之費用係由締約機關給付時，即為政府採購契約，若廠商興建及經營之對

² “This Directive shall not apply to public service contracts awarded by a contracting authority to another contracting authority or to an association of contracting authorities on the basis of an exclusive right which they enjoy pursuant to a law, regulation or published administrative provision which is compatible with the TFEU.”

價係來自於使用者之支付，政府並不提供補助或保證最低收益時，因營運風險係由廠商承擔，即屬特許契約。然而在實際運作上，二者之區別並非容易，因為由廠商所承擔之風險程度為何常不易認定，政府是否提供補助、是否提供廠商若干收入保證、經營期間之長短及終止契約之條件等因素，均會影響該契約性質之判斷。此外，二者之區別因涉及不同的選商程序及採購規範，須於事前決定委外模式時即確定，但有可能在選商程序中，因為採取協商程序而改變其契約條件，進而改變契約之性質，這也使得二者之區別存在動態的變化，使法律適用關係更為複雜 (Burnett, 2014: 88)。

特許契約通常具有規模龐大、需有長期財務規劃及高度投資的特色，因此對法律明確性之要求極高。但是相較於政府採購而言，由於各國政府對特許之法律規範不一，欠缺歐盟層級的調和性架構，致使此類經濟活動的模式仍以勞務採購居多 (Clarke, 2015: 274)。因此，若欲發展勞務特許之經濟活動模式，即有於歐盟層級進行規範整合之必要。

二、公共服務委外在歐盟條約之規範

具有一般經濟利益之公共勞務，於委外經營時，因具商業活動之性質，在其金額高達一定程度而產生能吸引國外廠商之跨國利益時，為保障各會員國內之商業經營者，即須遵守 TFEU 中為確保單一市場自由化之基本原則，包括第 34 條之貨品自由流通原則、第 49 條之自由建立原則、第 56 條之服務自由流通原則、第 18 條之不歧視原則及依據不歧視原則所衍生出之平等原則及透明化原則等。在透過以政府採購方式委外經營之情況下，歐盟於第二層級之立法 (secondary legislation) 則設有政府採購指令，藉以具體化上述各項原則。

然而，公共服務之委外與一般私人企業之商業活動是以追求利潤最大化為目的仍有所不同，其更重於追求「一般及公共利益」之實現。因此其商業活動主要有兩項一般市場上商業活動所不須具備特徵，即全面性及強制性。所謂的全面性係指公共勞務之商業活動必須賦予社會大眾取得服務之權利，而強制性則強調經營者應以特定的條件提供大眾服務，包括一定的價格等，且不得拒絕服務之提供。因此，國家為完成透過私人企業提供公共勞務之任務，在無法獲得合理利潤的經營情況下，通常會以國家補貼或特許權方式提供企業補償。而國家補貼及特許權，即會與追求市場公平性的競爭規則形成衝突。針對此點，對於追求單一市場的競爭規範與國家提供公共勞務任務二者間應如何取得平衡，TFEU 第 106 條第 2 項即規定：「接受委託提供具有一般經濟利益之服務或具有生利性質之獨占企業應遵守本條約之原則，特別是競爭規則，前提是競爭規則之適用，在法律上及事實上，不會對其被賦予之特定任務之履行構成妨礙。貿易發展不能造成與歐盟利益相牴觸之影響。」從此一規定可知，雖然私人企業從事公共勞務時仍應遵守競爭規範，但在其任務或公共利益受到影響的情況下，仍可例外地不適用 (Schoenmaekers, 2016: 299, 301)。因此，本質屬於競爭規範之政府採購規則，在符合上開條文下，即有可能因無法達到提供公共勞務之目的而有排除適用之解釋空間 (Fiedziuk, 2013: 89)。

當政府因財政資金短缺之因素或依政府採購程序無法順利委託私人提供公共服務時，特許權之賦予成為另一項可能的選擇。特許權的賦予通常具有排他性及準獨占的性質，對於其他市場上的參與者的參與競爭會造成負面的影響，因此縱使依據 TFEU 第 106 條第 2 項得取得不適用競爭規則及政府採購程序之合法性，依據第

106 條第 1 項之規定，仍不得違反其他 TFEU 之基本規定，尤其是補貼之規範 (Schoenmaekers, 2016: 317)。

公共服務之委外，採政府採購或特許契約，因方式不同，一開始即受有不同規範。勞務採特許方式委外則遲至 2014 年，歐盟才以第二層級之立法予以規範，二者存在適用不同規定之問題。雖然 2014 年特許採購指令通過後似乎已經將二項模式分別立法處理，但如何區分上仍有許多模糊不清之處，此一問題即有待歐盟法院之判例法所建立之規則協助釐清。

參、勞務特許在歐盟法上之發展

在歐盟架構下，關於政府採購指令所提及之公私協力關係主要有四種形式，即工程採購 (works contract)、工程特許 (works concession)、勞務採購 (service contract) 及勞務特許 (service concession)，歐體第 2004/18 號政府採購指令對於在此四種類型關係中所締結之契約已加以定義：一、公共工程契約 (public works contracts) 係指「以與附件一所列活動有關的工程之實施或連同設計及實施為目的之契約」；二、公共勞務契約 (public service contracts) 則是指提供符合附件二所列服務的公共工程以外之公共契約或供給契約；三、公共工程特許 (public works concession)，係指除了工程施工之對價以該工程的經營權或附帶報酬之經營權取代外，與工程契約同類之契約及四、勞務特許，係指除了提供勞務之對價以該服務之經營權或附帶報酬之經營權取代外，與勞務契約同類之契約。從 2004 年的政府採購指令中即可看出，特許契約的定義係源自於採購契約，差別只在於採購契約的對價是給付固定金額，而特許契約則以經營權或附帶報酬之經營權為其對價 (Burnett, 2014: 88)。

雖然在 2004 年政府採購指令中已可大致將契約類型區分為四類，但該指令對此四類契約的規範強度卻大不相同，主要仍以規範採購契約及工程特許為主。至於勞務特許，僅有排除採購規定適用之條文。因此，直至 2014 年制定特許採購指令為止，關於勞務特許的規範，只有 TFEU 之基本原則及解釋基本原則之歐盟法院判例法可尋。

一、歐盟對公共勞務特許之規範

(一) 2014 年特許採購指令制定前

所謂的「特許」可能泛指三種政府行為：一、在歐盟政府採購指令中所定義之工程特許及勞務特許；二、國家授權給私人經營者之行為，例如經營博奕之特許權等；及三、國家授與天然資源開採權之行為等 (Burnett, 2014: 96)。在歐盟特許採購指令之立法理由第 13 至 15 點，則指出該指令所指之特許，係指第一種情形，即國家需透過選商程序選出經營公共工程或勞務之廠商並與之締結特許契約之情形。因此本文所指之特許，即屬此類之公共契約。

特許的概念最早出現在 1993 年的公共工程採購指令 (Public Works Directive 93/37) 中，該指令僅規範公共工程之特許契約，係指「除了應以該工程之經營權或附有報酬之經營權作為對價外，與公共工程契約相同類型的契約。」³ 因此早期的特許契約係指公共工程採購中以特許權的授與取代金錢給付報酬之契約類型，並不包含勞務的部分。至於勞務特許，在 1992 年的公共勞務採購指令 (Public Services Directive 92/50) 立法之初雖有提議，應如同公共工程採購指令將特許納入規範，但是執委會最終仍將此一提議刪

³ 歐體第 93/37 號公共工程採購指令第 1 條第 d 款。

除，主要的原因在於公共勞務之特許在各會員國規範差異過大，不適合納入指令中規範。⁴ 當時歐盟各會員國對於勞務特許權的授與採取不同的做法，有些國家，例如法國，已有特許契約及相關市場存在，但有些國家，例如德國，主要仍以行政機關之單方行為授與特許權，並無此類市場存在。因此在自由化程度差異頗大的情況及無法形成共識下，勞務特許最終並未被納入公共勞務採購指令中 (van Garsse, 2016: 599-601)。

一直到 1996 年的政府採購綠皮書中，⁵ 未納入政府採購規範的特許契約再度被提出討論。為了使會員國政府在決定特許權之授與對象時能受到更多的競爭規範拘束，並持續往市場開放的目標前進，在政府採購綠皮書中再次提到應將勞務特許部分納入採購法規範之構想 (van Garsse, 2016: 602)。在隨後修正的 2004 年政府採購指令中，將工程及勞務採購合併規範，並就勞務特許加以定義，至此，雖然勞務特許仍無政府採購指令之適用，但其定義已趨於明確。依據歐體第 2004/18 號政府採購指令第 1 條第 4 項之規定，所謂的「勞務特許」係指「除了單獨以經營權或附帶報酬之經營權為提供勞務之對價外，與公共勞務採購契約同類之契約。」並在第 17 條明文規定，本指令不適用於第 1 條第 4 項所定義之勞務特許契約。因此，在此一階段，勞務特許仍無政府採購法規之適用。

然而，公共勞務特許部分無政府採購規範之適用，並不代表無其他歐盟規範之適用。在歐盟法院的判例法中，即建立了公共勞務

⁴ Document No. 4444-92-ADD-1 of 25 February 1992.

⁵ 綠皮書 (Green Paper) 為非典型法規，由歐盟執委會通過，針對特定議題啟動公共諮詢，以便在起草立法提案前先行蒐集必要資訊。綠皮書有一定成果後，執委會再通過白皮書 (White Paper)，針對法案進一步制定詳細內容。參見洪德欽 (2014: 11)。

之特許即使無採購法之適用，亦應遵守歐盟條約之基本原則 (Bovis, 2006: 338)。自 *Telaustria* 案起，歐盟法院即認為，勞務特許雖無政府採購指令之適用，但是政府機關在締結此類契約時，仍然須遵守歐盟條約的基本原則，特別是第 43 條之建立自由原則、第 49 條之服務自由移動原則、第 54 條禁止基於國籍之歧視原則及平等原則。⁶ 而其中，不歧視原則更隱含了會員國之透明化義務。此一透明化義務即使並非要求必須採取公開招標方式，但亦須遵守一定程度的公告義務以確保潛在廠商有進入市場參與競爭之機會，並確保該採購程序之公正性有被審查之機會。⁷ 在 *Unitron* 案中，歐盟法院亦表示，勞務特許契約之選商程序仍必須遵守若干透明化之義務，即締約機關應確保潛在投標廠商之利益，應公開相當程度的招標資訊、維持勞務市場的競爭性並提供可審查採購程序公正性之管道。但是這些透明化要求並不同於應遵守政府採購指令的招標程序，只是須確保外國廠商或潛在廠商不會因為公開招標程序之欠缺而喪失締結此類契約之機會。⁸ 因此，若勞務特許的締約過程欠缺透明性，將使得本國廠商與外國廠商處於不同的地位，而侵害歐盟會員國內非採購國廠商之利益。採購程序的不透明同時造成採購國與非採購國廠商之歧視性待遇，亦會違反平等原則 (van Garsse, 2016: 612)。

針對選商程序部分，雖然歐盟法院並未明確說明應如何在不須遵守政府採購程序下達到透明化之要求，但至少可確定的是，直接與廠商締約之行為即會構成透明化原則之違反。在 *Coname* 案中，法院已表示，直接與特定廠商締結勞務特許契約之行為違反了歐盟

⁶ Case C-324/98, *Telaustria and Telefonadress*, ECLI:EU:C:2000:669, para. 60.

⁷ *Id.*, para.61.

⁸ Case C-275/98, *Unitron Scandinavia and 3-S*, ECLI:EU:C:1999:567, para. 31.

條約之透明化原則，且可能同時會構成服務移動自由及建立自由原則之違反。在該案中，義大利克雷莫納省的 Cingia de' Botti 縣將其天然氣管線的經營管理及安裝維修等服務直接與一家民營公司締約，致使另一家廠商 Coname 以該契約違反歐盟規則為由要求撤銷契約。歐盟法院認為該契約係屬勞務特許契約，並無勞務採購指令之適用，⁹ 但是因為該契約對於會員國境外之廠商亦具利益，在欠缺透明化之情形下，此一差別待遇即對境外廠商造成損害。因此除非有客觀的正當理由，否則因欠缺透明化而將境外廠商完全排除的結果，形同間接歧視境外廠商之國籍而違反歐盟條約第 43 條及第 49 條之規定。¹⁰ 而實際判斷是否違反透明化原則之因素則是，締約機關公開資訊的程度，是否允許其他會員國廠商在決標或締約前得取得該特許契約之必要資訊。也就是，對該特許契約有興趣而想競標之廠商，是否取得了得向締約機關表達其對特許契約有興趣之地位。¹¹ 在該案中，締約機關雖然主張該特許契約並未給予特許權人 (concessionaire) 不當的利益，亦無法獲得實質的淨收入，其他會員國之廠商不會感興趣，故無公告之必要。但法院並不接受締約機關未公告該特許案之理由。¹² 因此恐怕很難僅以無利潤為由，即直接決標給特定廠商，仍需注意該特許案是否涉及其他會員國內廠商之利益而存在有興趣之廠商並進而應為相當程度之公告 (Clarke, 2015: 227-278)。

此外，就契約變更部分，即使勞務特許無採購指令之適用，歐盟法院之判例法亦認為，依據歐盟運作條約之透明化原則及平等原

⁹ Case C-231/03, *Coname*, ECLI:EU:C:2005:487, para. 16.

¹⁰ *Id.*, paras. 17-19.

¹¹ *Id.*, para. 21.

¹² *Id.*

則，締約機關在變更契約時亦須遵守透明化義務，即若涉及重要條款的實質變更時 (substantial amendments to essential provisions)，當其變更部分與原本契約相比已發生了性質上的實質差異 (materially different in character) 而可顯示契約當事人就該重要部分有重新協商之意圖時，即有重新決定廠商及締約之必要。¹³ 因此，就勞務特許之契約變更部分，即使無採購法之適用，仍會受到歐盟條約基本原則之拘束。

自上述案例可知，歐盟法院揭示了勞務特許的選商程序及履約過程仍須遵守歐盟條約之基本原則，雖非指應遵守政府採購指令，但亦不能直接與廠商締結契約及合意變更契約。由於對招標資訊應公開的內容及等標期等均是依個案判斷，並無一明確的標準，有學者即認為，依據上述法院所設立的規則，只要締約機關直接與二個以上之廠商進行協商，且前述廠商非均屬國內廠商時，即可符合判例法下之透明化義務。換言之，只要提供國外廠商參與競標之機會即可，不須完全遵守政府採購指令下之程序 (Bovis, 2015: 377)。

不同於公共工程特許應依歐體 2004/18 號政府採購指令規定進行採購，勞務特許採購只有能透過解釋歐盟條約之基本原則來規範，並無明確的具體條文。然而，此亦不表示會員國在勞務特許契約之締結上享有完全的裁量權，歐盟法院在個案的判決中，並未將勞務特許契約完全排除政府採購法原則之適用，尤其是在招標、決標及契約變更方面。對於此種建立於判例法的採購規則，因存在法律不確定性，歐盟執委會於 2006 年曾試圖建立指導原則處理，但亦被強烈質疑因欠缺法律基礎而有額外增加會員國義務之嫌

¹³ Case C-337/98, *Commission v. France*, ECLI:EU:C:2000:543, paras. 44-46; Case C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:351, para. 34; Case C-91/08, *Wall*, ECLI:EU:C:2010:182, para. 37.

(Graells, 2012: 94)。此舉亦造成了後來制定 2014 年特許採購指令的催化劑。

(二) 2014 年特許採購指令

在 2014 年特許採購指令制定前，對於特許契約之規範分布在不同的指令中，呈現紊亂破碎的狀況。特許契約主要分為公共工程特許及勞務特許，公共工程特許規定於 2004 年政府採購指令 (Directive 2004/18) 第 1 條第 3 項及第 56 至第 65 條，涉及公用事業部分則規定在 2004 年公用事業採購指令 (Directive 2004/17) 第 1 條第 3 項第 a 款及第 18 條。而勞務特許部分，2004 年政府採購指令第 1 條第 4 項及第 17 條雖亦有提及，但並無實質規範，在公用事業採購指令第 18 條中亦同。為解決上述規範破碎及過度依賴法院判例法之法律不明確性問題，於是產生了制定特許採購指令之提議。

在 2004 年的公私協力關係綠皮書中，執委會提出了當時的歐盟法律架構是否已能妥善處理公私協力關係中之特許契約，及當時的歐盟法律架構是否能夠保障在特許採購環境下之競爭及外國廠商之參與等問題，其所獲得之回應大部分均認為執委會應針對特許契約的選商程序、特許之定義及應遵守之歐盟規則以立法方式加以釐清 (European Commission, 2004: 12)。歐盟執委會遂開始進行立法的相關評估及草擬作業。並於 2011 年 12 月提出特許採購指令之草案，於 2014 年通過該法案。¹⁴

特許採購指令之立法目的，主要是為了解決特許契約之締結是否適用政府採購程序之灰色地帶及以往關於特許契約，尤其是勞務特許，主要依賴歐盟法院判例法規範之法律不確定性問題。在新的

¹⁴ 關於特許採購指令之內容，參見陳麗娟 (2016)。

特許採購指令中，包含了公共工程特許及勞務特許部分，不再依據契約標的之不同適用不同的法規。此外，該指令所規範的事項包含了選商程序及契約履約階段，對於整個制度呈現較為完整的面貌。

就法律明確性部分，主要包括，在適用法規與否的認定上，以固定金額取代是否具有跨境利益之判斷。依據原本歐盟法院之見解，特許契約僅在具有跨境利益時，才有歐盟運作條約相關原則之適用，若未涉及跨境利益則只要適用會員國國內法即可。但在特許採購指令中，則明定適用指令之門檻，即特許契約之契約金額在 5 百萬歐元以上，才有該指令之適用。

至此，在歐盟，當公共服務委外案件達一定金額以上時，以勞務採購方法委外時，即應受第 24 號政府採購指令所規範，以勞務特許方式委外時，即受第 23 號特許採購指令所規範。然而從第 23 號指令的條文觀之，有很大部分與政府採購指令相同，亦引起不少學者質疑分別立法規範之必要性。事實上，對於特許契約是否須要獨立立法規範或是納入政府採購指令中一併規範，一直是立法過程中的重要爭議，因為縱使二者有若干性質上之差異，但此一差異是否足以使分別立法具有合理性則頗受質疑。有學者認為，二者性質上之差異主要仍在履約階段，特許契約對於透過契約變更重新平衡雙方經濟利益的需求較強烈也較有正當性，因此只要把勞務特許納入政府採購指令再針對契約變更為特別規定即可，沒有另外立法規範特許採購之必要。而在選商階段則無特別規定之需要，因為政府採購指令自從引進採購協商機制 (competitive procedure with negotiation) 及競爭對話機制 (competitive dialogue) 後，對於複雜採購案所賦予的彈性顯已足夠，並無再針對特許另為彈性規定之必要 (Burnett, 2014: 92-95)。但最後歐盟執委會仍以另立特許採購指令之方法立法。

二、2014 年特許採購指令與政府採購指令之差異

政府採購指令與特許採購指令中條文相同部分不在少數，由於二者皆有擴大中小企業市場進入及維持市場公平競爭之主要目的，因此在選商階段關於等值原則之追求亦屬應共同遵守者，包括二者均要求遵守歐盟運作條約中關於貨品自由移動原則、服務之建立及提供自由原則、平等待遇原則、不歧視原則、相互承認原則、比例原則及透明化原則等規定。關於排除適用之範圍（例如機關內部之採購等）、契約變更及終止、廠商及次承包商應遵守的環境、社會及勞動法上之義務等亦相同。最重要的是，對於選商程序違法時未得標之廠商，原本因不適用救濟指令 (Remedies Directive) 而無救濟管道，¹⁵ 在特許採購指令通過後亦得適用救濟指令尋求救濟，更能有效地保障潛在廠商之利益。然而，二者仍有若干差異規範，包括以下事項：

(一) 門檻金額及計算方式不同

不論是政府採購指令或特許採購指令，均僅適用於門檻金額以上之標案。在政府採購指令中，工程採購與勞務採購之適用門檻金額不同，工程採購為 5,186,000 歐元，公共服務採購則為 750,000 歐元。但就特許採購指令而言，不論是工程特許或勞務特許，其適用指令之門檻金額均為 5,186,000 歐元。¹⁶ 歐盟為確保其政府採購

¹⁵ 關於特許契約之選商程序違法時之救濟管道，歐盟成員國做法不一，法國、葡萄牙及羅馬尼亞將救濟指令之適用延伸到勞務特許契約，但德國、英國、瑞典及荷蘭等國則無救濟指令之適用。參見 Bovis (2015: 602)。

¹⁶ 歐盟於 GPA 下所承諾之門檻金額係以特別提款權 (special drawing rights; SDRs) 表示，為遵守在 GPA 下之義務，歐盟於政府採購指令中之門檻金額雖以歐元表示，但其在立法說明第 18 點中亦提到，該門檻金額應與 SDRs 連動，並應定期公布其換算後之金額，故實質金額仍須視歐盟官方網站中公告者為準。

能遵守 WTO 政府採購協定 (Agreement on Government Procurement; GPA) 之規範，故其門檻金額即是依據 GPA 之門檻金額而設，此點在立法說明第 18 點已提及。但是特許採購並無 GPA 之適用，關於門檻金額僅有在立法說明第 23 點提到，應設定足以反映跨境利益之門檻金額，故似乎有以 5,186,000 歐元取代跨境利益之判斷之目的。

勞務特許的門檻金額雖較勞務採購高出許多，但二者契約金額的計算方式並不相同。由於特許契約之對價並非政府之直接金錢給付，故其契約金額須以總營業額 (total turnover) 計算，即應就特許權人於契約期間內，經締約機關考量特許契約標的之工程或勞務及針對該工程或服務所提供之給付，所預估之總營業額 (不含增值稅)。¹⁷ 因此，就勞務特許而言，契約金額須視預估之營業收入及營運時間等而定。此外，為免政府的估算因採購程序期間過長而失真，第 8 條第 2 項規定政府所估算之金額需在公告標案或開始招標程序時仍為有效，若特許契約之金額在決標時已超過當初估算的 20% 時，應以決標時之金額為有效的估算金額。因此，與勞務採購契約之固定金額不同，勞務特許的契約金額具屬於預估性質且具有浮動性，也使得特定標案是否有該指令之適用可能存在不確定性。

其次，由於營業額的估算係由締約機關為之，為免締約機關以低估金額方式規避指令之適用，第 8 條第 3 項亦明文規定締約機關應計入契約金額之項目，包括任何形式的選擇權及契約期間之延長、除了代政府收費外之第三人使用工程或勞務之費用收入、締約機關給予特許權人之給付或任何形式之財務利益，包括為履行公共服務義務之補償及公共投資補貼、為特許契約之履行自第三人獲得

¹⁷ 2014 年歐盟第 23 號特許採購指令第 8 條第 1 項。

之補助及任何其他財務利益、屬於特許契約之資產銷售收入、為勞務提供或工程營運所必要而由締約機構所提供之服務與給付，及任何提供給得標者或候選人之獎金等。

(二) 契約期間之規定

特許期間的長短涉及了特許權人是否能回收其投資之問題，若期間過短可能會因為投資報酬率太低而無人投標，但期間過長則有可能會造成市場進入的障礙及競爭的排除，因此亦不宜採取無時間限制之特許契約。雖然特許採購指令針對契約期間之上限並無規定，但是契約期間涉及廠商投資回收及獲利的多寡，因此第 18 條規定，契約期間應設限制，且應以其經營之工程或勞務為基礎計算期間之長度。¹⁸ 若契約期間超過 5 年者，最長的期間不能超過特許權人可合理預期收回投資的期間，包括經營該工程或勞務所需之投資及考量為達成特定契約目的所需之投資等。而用以計算的投資包括初始的投資及在特許契約期間之後續投資。¹⁹ 因此原則上契約期間並非由締結機關任意決定，超過 5 年期間之契約須計算投資回收期間後決定，以免過長的特許契約影響其他競爭者之市場進入機會。

(三) 選商程序之規定

就選商程序而言，歐盟第 24 號政府採購指令明文規定締約機關得採取之選商程序，包括公開招標 (open procedure)、選擇性招標 (restricted procedure)、附帶協商之競爭程序、競爭對話及創新採購 (innovation partnership) 等五種程序，並明文規定其適用要

¹⁸ 2014 年歐盟第 23 號特許採購指令第 18 條第 1 項。

¹⁹ 2014 年歐盟第 23 號特許採購指令第 18 條第 2 項。

件及相關程序。特許採購與政府採購相比，特許採購之契約期間通常較長、內容較為複雜，廠商需承擔傳統由締約機關承擔之責任及風險，因此立法者認為在選商程序上應給予締約機關較大的自由與彈性。²⁰ 依據特許採購指令第 30 條第 1 項之規定，在符合本指令之前提下，締約機關或締約實體得享有自訂選商程序之自由 (freedom to organize the procedure)。然而，為了符合歐盟運作條約的相關原則，締約機關於招標及決標程序中仍應給予潛在外國廠商基本的保障。第 30 條第 2 項即規定，締約機關決標程序之設計須尊重本指令第 3 條之規定，特別是在選商過程中，締約機關關於資訊的提供應遵守不歧視原則，不得給予特定候選人較有利之待遇。而第 3 條之規定，即原本歐盟運作條約中之基本原則，包括平等待遇原則、不歧視原則及透明化原則等。

(四) 透明化義務

為解決以往在判例法中透明化義務之不確定性，特許採購指令亦同樣要求締約機關應遵守招標公告及決標公告之義務，但為求給予締約機關更多彈性並減輕其公告義務，其所要求之公告內容較少，且有較多免除公告義務之事由。

就招標公告而言，在資訊提供上，依據第 31 條第 1 項之規定，締約機關就其採購意向應以特許公告 (concession notices) 方式向大眾公開。特許公告中之資訊應包含附件 5 及其他締約機關認為有用之內容。為增加特許採購在選商上之彈性，規定應公告之資訊遠比政府採購指令中應公告項目少。例如，在政府採購的招標公告中，除了公開招標外，在採用其他方式時，因涉及二階段之決標程序，為減少邀標廠商家數，在招標公告中即須公告得參與競標廠商之最

²⁰ 2014 年歐盟第 23 號特許採購指令立法理由第 68 點。

多家數及選擇得參與投標廠商之客觀標準等。但在特許採購的公告中則無此一公告義務。

就免除公告義務之事由上，特許採購指令允許在符合第 31 條第 4 項之特殊情況下，僅有一家廠商能提供服務時，締約機關即得免除公告義務：一、特許契約之目的係為採購唯一的藝術作品或藝術性的表演時；二、因科技因素而欠缺競爭；三、存在獨占權及四、為保護智慧財產權及第 5 條第 10 款定義以外之獨占權。而其中二至四款之事由，須無其他合理選擇或替代者存在，且競爭之欠缺不是基於人為限縮特許契約範圍而造成者，才有適用之餘地。因此除了例外情形不須公告外，原則上仍應公告其採購意向。此外，依據第 31 條第 5 項之規定，在之前的程序中若無申請人、無投標廠商、無合格的投標廠商或無合適的申請人時，締約機關在未實質改變原始條件的情況下，得免除重新公告之義務。

就決標公告而言，依據第 32 條之規定，締約機關應於決標後 48 日內公告其決標結果。此一期間較政府採購指令中要求締約機關應於決標後 30 日內公告長，²¹ 亦是針對特許契約給予締約機關較為彈性的時間。

(五) 程序保障義務

與政府採購指令不同的是，特許採購指令並未明文規定應採取何種特定的程序，而僅課予會員國應提供程序保障 (procedural guarantees) 之義務，包括第 37 條第 4 項規定，締約機關應與所有參與廠商就預計採取的程序及指示完成的期限進行溝通。第 37 條第 5 項要求締約機關應提供程序的紀錄及第 37 條第 6 項允許締約機關與候選廠商及投標者在選商程序中進行談判，且僅要求就特許

²¹ 2014 年第 24 號指令第 50 條第 1 項。

契約之標的、決標標準及最低要求此三項在談判過程中不能變更。由於特許契約第 37 條關於選商程序相較於其他採購指令之程序規定，僅有抽象及寬鬆的規定，在執行上應如何判斷是否符合上述規範即會產生問題，最後仍需回到歐盟運作條約的基本原則上進行判斷，因此有學者認為，此舉只會更增加法律的不明確，與該特許採購指令所欲達到的法律明確性目的背道而馳 (Graells, 2015: 132-133)。

(六) 等標期之規定

在政府採購指令中，其有較長的等標期規定，但特許採購指令中關於特許契約之等標期則較短。在政府採購指令中，公開招標的等標期為 35 日，²² 採預先公告方式時則可縮短為 15 日。在緊急情況之採購，等標期為 15 日，若允許以電子方式投標時，等標期可縮短 5 日。在選擇性招標及競爭性協商程序中，在第一階段決定邀標廠商時，其等標期為 30 日，第二階段之等標期則為邀標後 30 日。採預先公告等標期為 10 日，緊急情況之採購等標期為 15 日。在競爭性對話及創新採購程序中，第一階段確認邀標廠商之等標期為 30 日。但對第二階段之等標期則無規定 (de Koninck et al., 2015: 8-10)。特許採購指令中關於特許契約之等標期則為 30 日，即應於招標公告後 30 日才能決標。²³ 若採邀標程序，亦須於邀標送達 22 日後才能決標。²⁴ 以電子方式投標時，得縮短 5 日。²⁵ 整體而言，締結特許契約所要求之等標期較政府採購契約短。

²² 2014 年第 24 號政府採購指令第 27 條第 1 項。

²³ 2014 年第 23 號特許採購指令第 39 條第 3 項。

²⁴ 2014 年第 23 號特許採購指令第 39 條第 4 項。

²⁵ 2014 年第 23 號特許採購指令第 39 條第 5 項。

表 1 程序期間比較表

	政府採購指令	特許採購指令
一般等標期	公開招標：35 日 選擇性招標/競爭性協商： 第一階段：30 日 第二階段：邀標後 30 日 競爭性對話及創新採購 第一階段：30 日 第二階段：無規定	招標：公告後 30 日 邀標：邀標送達後 22 日
採預先公告方式之等標期	公開招標：15 日 選擇性招標/競爭性協商： 10 日	
緊急採購等標期	15 日	
採電子方式投標之等標期	可減 5 日	可減 5 日

(七) 電子方式之強制使用

依據政府採購指令第 22 條之規定，所有的溝通及資訊交換等，尤其是招標文件等原則上應採電子方式為之。但在特許採購指令中則無一強制規定，惟若採電子方式招標時，則可縮短等標期。

三、小結

雖然特許採購指令針對特許契約之選商及履約等採取與政府採購指令類似的規範，似乎提供了特許契約較為完整的規範，但對於是否能達到立法理由中所提及之法律明確性等目的仍受到不少質疑。因為特許採購指令中大部分的程序規定只是將 2014 年政府採購指令的若干內容原封不動的搬到特許採購指令中，即使有與政府採購指令區別而為特許契約特別制定之規則亦欠缺具體性，無益於法律的明確性 (Graells, 2015: 131)。

關於特許採購指令的立法，在立法之初即有相當多的討論在於，應將其納入政府採購中以特別規定規範或應獨立制定特別法或甚至不應就其與政府採購契約加以區別。有學者即認為，即使特許契約與政府採購契約有所差異，但該差異並無法合理化採取不同規範之正當性。主要的原因在於，二者均需遵守歐盟運作條約下之關於商品自由流動等基本原則、在選商程序中均以追求價值最大化為原則、確保將不適任廠商排除於競爭程序外等原則均屬相同。而對於選商程序有較大的彈性上，因為政府採購指令已經有所謂的彈性作法，包括競爭對話及附帶協商之競爭程序等做法，難以想像在特許契約的選商程序還能有何再進一步的彈性做法。此外，就特許與採購的性質，也存在許多雷同之處，例如多是長期性契約，廠商承擔特定風險及有較大的契約變更需求等。較大的差異僅在於特許情況下廠商需承擔營運風險，即供給需求之風險而已。但此一風險較類似於履約風險，並非選商過程中會產生的風險，不會因為履約風險的不同而產生應有不同選商程序的問題。履約風險的不同應反映在契約變更上的彈性上，而非選商程序的差異。因此，新的特許採購指令就選商程序為不同的規範，但對契約變更之規定並無差異，其實已經淡化了二者之區別實益 (Burnett, 2014: 91, 93-94)。

最後，關於特許契約的重要內容，在於廠商的投資責任。由於採取特許契約的理由之一，在於財政困難的政府仍有提供民眾公共服務之需求，因此可以透過特許權之授與完成其任務。為完成其任務，廠商能否投入足夠的資金及資源極具重要性。但目前的特許採購指令對於特許之定義中，並未規範廠商的投資責任或應承擔財務充實之責任，這將使得廠商有可能因財務困難而無法履行契約。從特許採購指令的立法理由可知，特許契約與政府採購契約的選商程序不同，其並不用完全遵守政府採購的規範，但並未說明為何特許

契約可以不受政府採購程序中之選商程序所規範。最重要的理由之一，可能就是來自於特許契約屬於廠商應投入自有資金之契約，因此，若不要求廠商須滿足一定程度的資金投入，採取寬鬆的選商程序即有可能失去其立法基礎 (Kitsos, 2018: 561-562)。

綜上所述，特許採購指令之規定雖有助於法律明確性之追求但亦非毫無疑義，即其仍有規範不完整之處，包括欠缺契約變更之彈性規定及未明確規定特許權人之資金充實義務等。因此可預見不久的將來，此一指令仍有依據適用情況進行修正及調整的空間。

肆、勞務特許與勞務採購之區別

特許採購指令之立法，除了存在前述問題外，另一項重要問題即在於，由於政府採購與特許採分別立法方式規範，因此二者之區別更顯其重要性。公私夥伴關係或公私協力關係 (public-private partnership) 在政府採購領域中興起的主要原因在於，希望藉由其他的合作模式取代政府採購程序所造成的困境，包括競爭性投標程序所造成之雙方緊張關係、不合理的風險分配及履約控管品質不佳造成的遲延完工及預算增加等問題 (Bovis, 2011: 205-206)。而特許契約即為公私夥伴關係之模式之一。

公共服務之特許主要有三項特徵，一、特許權人所提供之服務，其受益者須是授權人以外之第三人；二、特許權人提供給第三人之服務須是與公共利益有關之服務；三、特許權人需承擔與提供服務有關之經濟上風險。其中的第一及第三項特徵即構成了與勞務採購之主要差異。由於此一差異須視契約內容而定，因此往往僅能於個案中認定其屬政府採購或特許契約。而歐盟內國法院在判斷是否構成特許時，僅有特許權的授與本身並不足以認定該特許權人未承擔

任何經營風險，尚需對於風險的歸屬進行判斷 (Bovis, 2006: 334-336)。

一、報酬應由使用者給付之問題

在公共服務特許的第一項特徵中，由於接受公共服務之受益者係締約機關以外之第三人，因此即產生報酬是否應由使用者給付之問題。換言之，報酬係由政府直接給付或由使用者給付，是否會影響特許契約之性質？在特許的定義中，關於報酬部分，基於廠商需自行承擔營運風險之特性，報酬的多寡最後會由供給需求來決定，至於應由何人給付並特許採購指令無明文規定，因此報酬係來自於使用者之民眾或政府直接給付，似乎均包含在內，此時即會發生，若付款方式是由政府給付報酬的情況下是否會造成政府採購契約及特許契約混淆之問題。在 *Coditel Brabant* 案中，就有線電視網路經營權委外之性質，歐盟法院即認為，從公共服務提供者之報酬係來自於有線電視網路使用者，而非來自於締約機關來看，此種報酬給付方式即是公共服務特許之特徵。²⁶ 似乎認為報酬來自於使用者係特許契約之重要特徵，屬於決定契約性質之因素之一。

然而，若由政府機關直接給付報酬，是否即表示屬於勞務採購而非特許？此亦非必然。在 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* 案中，歐盟法院即採否定見解。在該案中，德國巴伐利亞邦帕薩市 (Passau) 市政府將其救援服務未經公開招標程序直接委託給二家業者，導致原本契約已屆期之廠商 Stadler 未獲得續約。Stadler 即以市政府未經公開招標程序即締結契約違反了政府採購指令之規定，請求國內法院撤銷該契約，帕薩市政府則主張該

²⁶ Case C-324/07, *Coditel Brabant*, ECLI:EU:C:2008:621, para.24.

勞務契約係屬勞務特許，無須經過政府採購程序。在該案中，判斷該救援勞務係特許契約或採購契約，問題在於勞務提供者所收取之費用來源為何，因為服務費用非由提供勞務之廠商自行決定，而是由廠商與具政府機關地位之社會安全機構協商決定，而且服務費用係由社會安全機關向使用者收取後再定期給付給廠商，因此即產生廠商是否承擔營運風險之疑義。歐盟法院認為，由於服務費用之多寡係由政府機構與廠商協商決定，藉以取得最低的價格，其具不確定性，也使廠商承擔了服務費用可能無法支應營運費用之風險。因此認定系爭契約屬於特許契約。²⁷

在勞務採購契約中，對價為針對其所提供之勞務直接給付報酬，在勞務特許中，則為經營權之賦予。判斷重點在於廠商所獲得之對待給付為何。在勞務特許中，廠商所獲得之對價須是經營權，即廠商自經營權並依其經營能力所獲得之利潤。至於收入是經由政府機關或由廠商經手則非重點，重點是利益的歸屬。²⁸ 然而，若政府之給付非屬代收性質，而屬實際支付報酬之情形時，例如，在公私協力關係下，所謂的 PFI 模式 (Private Finance Initiative)，即是由廠商支付前期費用及成本，再由政府定期支付報酬之模式，此與一般認為特許模式係屬使用者付費或依使用付費之公私協力關係不同。因此對於歐盟的某些國家，例如英國及法國，PFI 及特許在法律分類上並不相同，若特許採購指令將二者均包含在特許契約中，恐生實務上之問題 (Kitsos, 2018: 562-565)。

²⁷ Case C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, ECLI:EU:C:2011:130, paras. 39-40, 48.

²⁸ *Public Procurement in European Union, Guide to the Community rules on Public Works Contracts*, at 61.

二、經營權之移轉

在 2014 年特許採購指令通過後，該指令第 5 條第 1 項第 b 款雖對勞務特許加以定義，即勞務特許係指「基於金錢利益之目的，由一個或一個以上締約機關或締約實體將勞務之管理及提供（除第 a 款所指工程施作外）委託給一個或一個以上之商業經營者所締結之契約，其對價應包括符合契約標的之勞務經營權或附帶報酬的經營權。」²⁹ 不論是工程特許或勞務特許，均須具備相同的要件，即營運風險（operating risk）須移轉給特許權人承擔。至於應轉移之風險類型，依據特許採購指令第 5 條第 1 項之規定，就工程或勞務於營運時所產生之風險，包括供給及需求的風險，均須移轉給特許權人，方能構成特許契約。在其立法理由第 20 點更進一步提到，需求風險主要係指對於契約標的之工程及勞務之實際需求風險，供給風險則是提供契約標的工程及勞務之風險，尤其是勞務提供之供需失衡的風險均屬之。

雖然 2014 年特許採購指令對於勞務特許的定義給予更明確的說明，且關於營運風險之說明亦源自於歐盟法院之判例法，然而，二者之區別在實際判斷上仍有許多問題存在，例如，移轉之風險程度為何及勞務費用是否須由使用人給付等。此外，風險分配的問題可能不如條文規定之簡單，因為風險涉及各種風險，而且政府機關亦有可能透過事後補償廠商的方式改變契約中所約定的風險分配，

²⁹ “‘services concession’ means a contract for pecuniary interest concluded in writing by means of which one or more contracting authorities or contracting entities entrust the provision and the management of services other than the execution of works referred to in point (a) to one or more economic operators, the consideration of which consists either solely in the right to exploit the services that are the subject of the contract or in that right together with payment.”

而違反了特許契約之定義 (Graells, 2012: 99-100)。諸如此類問題，仍須從法院實務判決中尋求解答。

(一) 應移轉之風險類型

公私夥伴關係與傳統政府採購的差別在於，公私夥伴關係有一項重要的特色，即在整個計畫的各階段，包括從設計、履行、完成至營運，私部門均能透過資源的投入而在計畫的執行上扮演策略性的角色。另一項特色則在於，由於私部門在公私夥伴關係中因為長期的介入關係，得以承受具體的風險，因此其風險評估與傳統政府採購的風險評估顯然不同 (Bovis, 2010: 5)。在 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* 案中，歐盟法院解釋在勞務特許契約中，締約機關應移轉的營運風險為何，其指出，所謂的風險係指曝露在市場上之各類風險，包括來自其他對手的競爭風險，供需無法平衡的風險、無法就其提供之勞務收取費用之風險、收入不敷成本之風險，以及因提供勞務所造成之侵權責任風險等。³⁰ 但是相反地，就經營不善及商業判斷錯誤等風險，對於契約類型之判斷則無決定性的影響力，因為此類風險是契約本質上之風險，不論採購契約或特許契約，當事人均須承擔此一風險。³¹

(二) 風險移轉程度

至於風險移轉的程度，特許採購指令第 5 條第 1 項首先規定，若特許權人在一般經營條件下，政府不保證其能回收投資或經營該特許契約標的之工程或勞務所產生之營運成本時，即可視為已承擔

³⁰ Case C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, ECLI:EU:C:2011:130, para.37.

³¹ *Id.*, para. 38.

營運風險。換言之，當政府機構對於契約標的所包含之營運所投入之投資及成本，不提供報酬保證時，即可視為風險已由廠商承擔。移轉給特許權人之營運風險，應涉及市場上不確定之實際風險，此一風險在特許權人評估潛在預估損失時，不能僅僅只是一般或可忽略之風險。

然而，風險分配最大的問題在於，究竟廠商應承受多少風險才能構成特許契約？針對此點，不論是在歐盟法架構下、歐盟法院之判例法中均無明確的結論存在。一般認為，若政府保證廠商可獲得的代價，達到其預估總收入的一半時，即會產生營運風險是否仍由廠商承擔之問題 (Burnett, 2014: 88)。歐盟法院更進一步認為，即使締約機關的經營風險不高，締約機關亦需移轉全部或至少重大比例的經營風險給廠商，才能構成特許契約。³² 在 *Telaustria* 案中，法院即認為，此一問題應考量各項因素並於個案中判斷，而最重要的部分在於授與營運權所預計的特許收入及與其有關的重大比例之風險 (significant proportion of the risk associated) 是否同時移轉給特許權人。³³

關於風險移轉的程度問題，歐盟執委會於 2011 年所提出的特許採購指令草案中，原本在特許契約之定義中亦有提及，須有「實質營運風險 (substantial operating risk)」的移轉，但最後「實質」此一形容詞並未被採納，此舉造成了法條規定與歐盟法院實務見解不一之情形，反而不利於法律之明確性 (Kitsos, 2018: 553)。因此最後正式通過的條文是否代表指令有意放寬風險移轉程度，不限於重大比例的風險，或是仍需透過歐盟法院在判例法中對於風險移轉之解釋來闡明並完整呈現該要件的實質內涵，實有待後續的觀察。

³² Case C-206/08, Eurowasser, ECLI:EU:C:2009:540, para. 77.

³³ Case C-324/98, *Telaustria and Telefonadress*, ECLI:EU:C:2000:669, para. 37.

(三) 以公法規定排除風險之情形

公共服務與其他商業服務相較，因具有全面性及強制性之特性，其營運方式亦常落入其他公法規範之範疇，例如服務費用之決定等。在公共服務委外案件中，營運風險若是基於公法規定已屬有限或極低的風險時，此類風險之移轉是否仍能構成特許契約，歐盟法院之見解並不一致，最明顯地的即是在 *Eurowasser* 案及 *Norma* 案中之差異。

1. *Eurowasser* 案

在 *Eurowasser* 案中，WAZV Gotha 係依德國特別法所設立，負責飲用水運輸及污水處理之地方自治協會。在 1994 年時，WAZV Gotha 與 Stadwirtschaft Gotha GmbH 就 Gotha 地區的水資源之管理締結商業管理契約，委由 Stadwirtschaft 管理該地區之水資源。在 2008 年契約屆期欲續約時，當地政府即以違反政府採購法為由拒絕承認 WAZV Gotha 與 Stadwirtschaft 之契約。為了將飲用水之輸送及污水處理等業務委由第三人處理，WAZV Gotha 係以特許方式處理，其在 2007 年公布了非正式的決標程序，而非依據德國的政府採購法辦理，亦未於歐盟官方公報中公告該標案。未得標廠商 Eurowasser 即向德國政府採購局提出申訴，控訴 WAZV Gotha 違反政府採購法之公開招標義務，德國採購局亦認為 WAZV Gotha 違法，要求其停止招標程序，重新公開招標。WAZV Gotha 於是向德國 Thüringer 法院提出控訴，德國法院就該採購案應屬政府採購契約或特許契約向歐盟法院聲請解釋。歐盟法院認為，若該契約係屬特許契約，依據歐盟公用事業採購指令 (Directive 2004/17) 第 18 條之規定，即無該指令之適用。依據該指令第 1 條第 3 項對勞務特許之定義，可知其與勞務採購之差別在於提供勞務的對價，勞務特

許之對價係以賦予特許權人經營權或附帶報酬之經營權，取代勞務採購之直接給金錢給付。因此只要是提供勞務之對價，非由締約機關直接給付報酬，而係由使用之第三者給付時，即屬特許契約。至於該報酬係由私法或公法所規範在所不問。³⁴ 然而，在本案中，招標文件之契約提及，欲授與特許權人 20 年就其所管理領域內之飲用水輸送及污水處理之特許權，並提供契約內容邀請有興趣的廠商參與投標。契約中約定費用應由使用者給付，但費率則須依據 Thüringer 的稅法規定而定。因此 Eurowasser 主張，在本案中並無重要的營運風險可以移轉，本契約應屬勞務採購而非特許。

歐盟法院認為，在某些勞務之提供，尤其是公用事業之勞務，例如自來水供給及污水處理等，政府通常會以公法規範其收益以降低並控制其財務風險。此類國內公法通常係為了規範及監督公用事業之經營而存在，締約機關對於此類規範勞務收益之公法並無置喙的餘地，也不能改變公法所欲控制之風險。因此，即使在公法規範下該勞務給付之財務風險極低，只要該風險已經移轉，仍能構成勞務特許。因此，在任何情況下，即使締約機關所承擔之風險有限，只要將全部或重要部分風險移轉給特許權人，仍可構成勞務特許。³⁵

2. *Norma* 案

然而，在 *Norma* 案中，法院對於風險係由公法所控制時能否符合風險移轉之要件採取不同的看法。在該案中，拉脫維亞盧扎區議會為採購該區之公車服務，於 2009 年 9 月 2 日以締結特許契約之方式決標給廠商 SIA。同年 9 月 16 日，未得標廠商 *Norma* 向國內行政法院訴請撤銷該標案並停止授與營運權之決定，法院判決原告勝

³⁴ Case C-206/08, Eurowasser, ECLI:EU:C:2009:540, para. 55.

³⁵ *Id.*, paras.72-77.

訴。然而盧扎區議會與 SIA 仍然繼續締結契約，Norma 再次向國內法院提出訴訟，訴請裁判宣告該契約無效。但該行政法院以該案係私法案件為由駁回原告之訴。原告再上訴後，上訴法院將此一爭議聲請歐盟法院解釋「當締約機關以營運權之授與做為提供勞務之對價同時，對於勞務提供者因提供勞務所受的損失也提供補償，且因為該勞務受公法規範，導致無法以契約移轉營運風險時，是否仍構成歐盟第 2004/17 號公用事業採購指令下之勞務特許。」

歐盟法院在本案中重申 *Stadler* 案中之見解認為，勞務之營運風險在一開始時，可能因為公法對該勞務有所規範而非常有限，締約機關仍然需將全部或至少重要部分之營運風險 (significant amount of the operating risk) 移轉給廠商，才能歸類為特許契約。但是，在本案中，基於國內法院所提供之資訊可知，本案之政府機關依據其國內公法及契約條款之規定，須就勞務提供者所受到的營運損失提供補償，因此該勞務提供者並未承擔重要部分的營運風險。³⁶ 依據國內公法之規定，公車服務之提供者，對於因履行契約所產生之損失，主管機關應負補償責任，包括依據主管機關規定費率收費所產生之成本，因主管機關要求對若干乘客提供票價折扣所造成之損失，及為了符合履約後主管機關才提出之最低品質要求所產生之額外成本等。³⁷ 基於上述國內法規之規定，歐盟法院認為不能認定締約機關已將重要部分之營運風險移轉給廠商，因此該契約應屬勞務採購契約而非勞務特許契約。³⁸

針對 *Norma* 案之見解，歐盟法院對於風險與可歸責於締約機關之事由所造成之損害似乎亦有混淆之虞。就締約後締約機關所提

³⁶ Case C-348/10, *Norma-A and Dekom*, ECLI:EU:C:2011:721, paras. 49-51.

³⁷ *Id.*, paras. 53.

³⁸ *Id.*, para. 55.

之額外要求，仍應變更程度依契約變更處理之，而不能直接歸類為經營風險。若屬法規修正之風險分配問題，例如在特許契約締結後因國內法規修正所增加的成本，由締約機關負補償責任時，是否會改變特許契約之性質？在 *Eurowasser* 案中，歐盟法院亦提到，在特許經營期間內，因法規修正所造成的一般風險則不能納入經營風險中考量。因此，若將這部分風險認定應由締約機關承擔亦不能因此改變特許契約之性質。³⁹

伍、結論

在歐盟政府採購法的發展上，歐盟法院始終處於火車頭的地位 (Carnata, 2015: 419)，在特許採購指令制定前，不論是特許契約與採購契約之區別、特許契約之選商程序及契約變更等，均有賴歐盟法院之判例法補充之。在特許採購指令制定後，雖然已就以特許契約方式委外之模式有所規範，但由於該指令仍受到不少質疑，例如與政府採購採用不同選商程序之必要性及契約變更並未針對特許之性質另做考量等，也使該指令是否能達到其立法目的仍需持續觀察。由於特許採購指令中對於選商程序給予較大的彈性，主要仍受歐盟運作基本原則規範，因此歐盟法院對於上述原則之相關判例法仍具有重要性。

其次，雖然政府採購契約與特許契約在定義上有所區別，但在實際上如何區別則非易事，因為在判斷是否由商業經營者承擔風險此點，並非十分明確。通常在判斷風險是否移轉給商業經營者時，會涉及以下因素，包括，對於商業經營者所收取的規費是否包含政府補助在內、政府對於商業經營者是否提供最低營收之保證、商業

³⁹ Case C-206/08, *Eurowasser*, ECLI:EU:C:2009:540, para. 79.

經營者的特許期間是採固定期間或以回收投資期間來決定期間長短、依據淨現值決定利潤及有無提早終止合約權等等。上述契約條款或安排均會導致風險是由政府承擔或商業經營者承擔，進而影響該契約之性質。因此即使特許採購指令已就勞務特許加以規範，但其與勞務採購間之區別仍有賴法院實務判決補充之。

參考文獻

- 洪德欽 (2014)。〈歐洲聯盟法的法源〉，〈《華岡法粹》〉，57: 1-42。
(Horng, D.-C. [2014]. Sources of the European Union law. *Hwa Kang Law Review*, 57: 1-42.)
- 陳麗娟 (2016)。〈歐盟特許採購指令簡介〉，〈《貿易政策論叢》〉，25: 129-159。(Chen, L.-J. [2016]. The introduction of EU concession directive. *Chinese National Federation of Industries Committee on Trade Development*, 25: 129-159.)
- Bovis, C. (2006). *EC public procurement: Case law and regulation*. Oxford University Press.
- Bovis, C. (2010). Public private partnerships: The challenges and opportunities for delivering public services in the 21st century. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 5, 1: 1-14. <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2010/1/89>
- Bovis, C. (2011). Public service partnership as instruments of public sector management in the EU. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 6, 4: 201-228. <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2011/4/129>
- Bovis, C. (2015). *The law of EU public procurement*. Oxford University Press.
- Burnett, M. (2014). The new European directive on the award of concession contracts-promoting value for money in PPP contracts? *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 9, 2: 86-103.
- Carnata, R. (2015). The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. *Common Market Law Review*, 52, 2: 391-460.
- Clarke, C. M. (2015). An overview of the CJEU's current approach towards the application of the underlying treaty principles governing concessions: Dose the new concession directive reflect the court's progressive functional methodology and provide for legal certainty? *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10, 4: 273-285.

- de Koninck, C., Ronse, T., & Timmermans, W. (2015). *European Public Procurement Law: The public sector procurement Directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*. Kluwer Law International.
- European Commission. (2004). *Green paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions* (Commission staff working paper COM(2004) 0327 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hu/TXT/?Uri=CELEX:52004DC0327>
- European Commission. (2007). *Services of general interest, including social services of general interest: A new European commitment* (COM(2007) 725 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0725>
- European Commission. (2010). *Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth* (COM(2010)2020 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:52010DC2020>
- Fiedziuk, N. (2013). Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules. *Common Market Law Review*, 50, 1: 87-114.
- Graells, A. S. (2012). What need and logic for a new directive on concessions, particularly regarding the issue of their economic balance? *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 7, 2: 94-104. <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2012/2/141>
- Graells, A. S. (2015). The continuing relevance of the general principle of EU public procurement law after the adoption of the 2014 concessions directive. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10, 3: 130-139.
- Kitsos, J. (2018). Defining concessions in EU public procurement law: Has directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? *European Law Review*, 43, 4: 549-568.

- Schoenmaekers, S. (2016). Public procurement and services of general economic interest. In C. Bovis (Ed.), *Research handbook on EU Public Procurement Law* (pp. 295-322). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781781953266.00019>
- van Garsse, S. (2016). Concessions and public procurement. In C. Bovis (Ed.), *Research handbook on EU public procurement law* (pp. 593-626). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781781953266.00031>

Outsourcing the Public Services of General Economic Interest under EU Public Contract Law

Nan-Hsun Chang

Department of International Business, Soochow University

E-mail: nhchang@scu.edu.tw

Abstract

One of the primary means of outsourcing public services of general economic interest in the EU, service concessions have been excluded from EU directives on public procurement since the first public procurement law was adopted in the 1970s. However, the legal framework on service concessions established under CJEU case-law changed following implementation of the 2014 Directive on Concession, which aimed to bring legal certainty and transparency to procedures associated with choosing concessioners and the performance of concession contracts. This new Directive provides for looser procedures than the 2014 Public Procurement Directive when contracting authorities decide to entrust the delivery of public services to the private sector through concession contracts, but several important issues are left to be clarified, particularly the distinction between public services contracts and service concessions. This article attempts to provide a wholistic picture of the legal frameworks for outsourcing public services in the EU, including via public service contracts and service concessions under the public procurement law and the case-law of CJEU. Following establishment of the frameworks, this article tries to clarify the ambiguous conceptions of public services contracts and service concession through discussion of the various types of risk, and how much risk should be transferred in the determination of contract types. Also, if operational risks are limited, or extremely low due to

the supervision of public service under the domestic public law, how is the nature of the contract determined?

Key Words: service concession, concession contract, EU Directive on Concession, EU Public Procurement Directive, public-private partnership