

附件一

2012年「公署」向行政長官 提交的法律意見書

經8月14日第10/2000號法律（經3月26日第4/2012號法律修改）核准的《澳門特別行政區廉政公署組織法》第4條第9項及第10項規定：

「廉政公署的權限為：

（……）

（九）就所發現的法規缺點，特別是使人的權利、自由、保障或正當利益受到影響的缺點，作出解釋、修改或廢止有關法規的勸喻或建議，又或作出制定新法規的勸喻或建議，但涉及屬立法會權限的法規時，僅將公署的立場製成報告書呈交行政長官；

（十）建議行政長官作出規範性行為，以改善公共部門的運作及對依法行政的遵守，尤其消除各種有利於貪污及實施不法或道德上應受責備的行為的因素；

（……）。」

在2012年，「公署」因應工作需要向行政長官提交了數份意見報告書，目的為加強制度建設及提升行政效率，同時在落實施政計劃方面發揮「公署」的應有作用，亦為決策機關提供具參考價值的資訊。以下為「公署」提交的部分重要的意見報告書：

- 1) - 關於路氹連貫公路西面一地段發展成酒店的批給條款的修改及轉讓的法律意見（包括擁有的公司的股權轉讓）（簡單分析）；
- 2) - 關於新城填海區某區域填土及堤堰建造工程「預先評定資格之國際招標方案」的法律意見（第二號報告書）；
- 3) - 關於「都市建築法律制度」法案的意見書；

4) - 關於「都市建築法律制度」法案的意見書——補充部分；

* * *

我們選取其中兩份在內容上影響較大、且引人注目的在此公布，俾眾知悉。

關於新城填海區某區域填土及堤堰建造工程 「預先評定資格之國際招標方案」的法律意見 (第二號報告書)

第一部分：前言

- 一、廉政公署（以下簡稱為「公署」）於2012年1月11日接獲建設發展辦公室送交的文件（公函編號第232/GDI/2012），其中包括：
1. **公告** —— 「新城填海區某區域填土及堤堰建造工程——預先評定資格之國際限制招標」（中文及英文版本）；
 2. **招標方案** —— 「新城填海區某區域填土及堤堰建造工程——預先評定資格之國際限制招標」（中文及葡文版本）。
- 二、因應「公署」先前提交的報告及意見，招標文件在多方面已作出改善。
- 三、由於今次送交「公署」的文件不全，其中欠缺「承投規則」，亦無其他補充資料，例如建議書等，故我們的分析範圍受限，只能對其中幾個較重要的問題發表意見。
- 四、經請示後，「公署」的意見書將直接上呈行政長官辦公室，以供參考。

* * *

第二部分：分析

- 一、為何選擇「國際招標」這個名稱？
1. 事實上，11月8日第74/99/M號法令從無直接引用「國際招標」這個術語，僅在其中第63條第2款提及這種可能性。

2. 12月15日第122/84/M號法令亦無直接述及這種所謂「國際招標」的問題，僅在第22條內提及在澳門特區以外取得財貨的可能性，不包括承攬（empregada）。
3. 即使進行填海工程，需要在澳門特區以外成立的企業參與，亦毋需採用「國際招標」。
4. 向中國內地企業開放是次招標並不足以將這次招標定性為「國際招標」。
5. 值得指出：向澳門特區以外的企業開放招標應具充分的理由、且獲得有權限實體的批准（見11月8日第74/99/M號法令第63條第2款⁷），但在送交的文件中，**從無引述這項批准或呈請批准的建議文件**。

* * *

二、為何選用預先評定資格的限制性招標？

1. 在送交的文件中，**無一處地方有提及採用這種招標方式的理由**，即明確指出「預先評定資格」及「不預先評定資格」的區分。
2. **作為例外制度的具預先評定資格應具充分的理由說明**，以便展示行政機關欲謀求的利益及在是次招標過程中的透明度及公正性。
3. 只有在無法得知投標人對技術要求所掌握的情況時才採用預先評定資格。
4. **在一般情況下**，基於工程的性質及可能引入澳門特區以外的企業參加，其中包括中國內地的企業，**這可能更具理由不作公開招標，而選用其他方式的招標**。

⁷ 該款的內容為：「二、因工程特性而有需要時，得在招標中接納不設於本地區之專業企業，但限於有權限接納該企業之實體作出批示並說明理由之情況。」

5. 考慮是項填海工程的規模及專業性，**建設發展辦公室建議採用「預先評定資格之限制招標」**或其合理理由存在，故「公署」在這一點上不作表態。

* * *

一、招標標的

1. 標書第2項指出：

「2. 招標標的

2.1 是次招標旨在評定候選資格的申請及甄選8(八)名候選人，作為邀請其就『新城填海區某區域填土及堤堰建造工程——預先評定資格之國際限制招標』的施工提交投標書。當第八名位置出現同分的情況時，候選人數目可多於上述所定。

2.2 定作人有權取消是次招標，候選人無權要求任何賠償。」

2. 這種表述有誤，標的並非如其所述選擇投標人，而是「執行工程承攬」；

3. 上文所述的為招標種類，而非招標標的，故應作出修正。

* * *

二、評分準則

1. 邀請合資格的競投人提交施工標書，應按法定制度進行。

第74/99/M號法令第109條第2款規定：

「第一百零九條

(招標之制度)

(……)。

二、預先評定資格之限制招標中，一切符合專業、技術、經濟及財政上之條件或第一百一十條第一款之公告所要求之其他條件之實體，均得提出候選要求。

(……)。」

另外，同一條文第3款規定：

「第一百零九條

(招標之制度)

(……)。

三、定作人須邀請以第一百一十條第一款c項所指資料為依據而預先甄審為具備資格之候選人提交施工投標書。」

結合上述兩款的內容，評分準則只能是第110條第1款c項的內容，其中規定：

「第一百一十條

(招標之開始)

一、預先評定資格之限制招標係透過公告開始，公告內應載有：

(……)；

c) 候選要求應包括之資料，該等資料係有關候選人狀況及候選人是否符合上項所指條件之文件或聲明，對該等文件或聲明嗣後可作確認；

(……)。」

其中列出多項可引用的數據，不能亦不應採用其他的考量準則。

2. 由定作人訂定投標人應符合的條件，之後邀請合資格的投標人提交標書，這是第74/99/M號法令第110條第1款c項所述之內容。
3. 引用預先評定資格的招標方式並非為了方便評標工作，而是阻止無資格執行承攬的人提交標書。

這種思維可從第110條第1款g項中得出，其內容為：

「**第一百一十條**

(招標之開始)

一、預先評定資格之限制招標係透過公告開始，公告內應載有：

(……)；

g) 獲邀提交投標書之實體之數目。

(……)。」

4. 另外，同一法令第112條第2款規定：

「**第一百一十二條**

(判給之標準)

(……)。

二、如涉及附條件之投標書或由投標人編製之圖則或變更本時，或提出候選要求之實體之數目等於或低於招標公告所指獲邀實體之數目時，判給須根據為公開招標所定之規定為之。」

所謂預先評定資格，是指按上述指標對投標公司進行資格評定，所有被評定符合條件的投標人將於稍後被邀提交施工標書。

在預先評定資格過程中，定作人應對所有投標人訂定一個劃一的評定準則，僅挑選名次較前的投標人參加下一輪的入標。

投標案卷第10項規定：

「10. 甄選及判給標準

10.1 甄選之標準：在評定候選資格時，選出得分等於或超過總分的65%的首8（八）名候選人。當第八名位置出現同分的情況時，候選人數目可多於上述所定的。

10.2 判給之標準：在評標階段，判給所提交標書的金額最低之競投者。」

為何設定8名合資格投標人可提交施工標書？在正常情況下所有被評定為合條件的投標人應都可提交標書。

倘屆時8間獲邀的公司皆不提交施工標書，該如何處理？是否必須設定一個數目？又為何是8間？而不是5間或3間？不設定是否比設定為更佳？

* * *

三、評標準則及挑選投標人（招標方案第19項）

該項規定如下：

「19.候選資格申請書的評審標準及其所佔之比重，候選人之甄選標準

候選資格申請書評審標準及其所佔之比重如下：

評審標準	比重
專業及技術條件	
- 工作計劃	25%
- 供砂計劃	20%
- 設備	8%
- 同類型工程經驗	25%
經濟及財政條件	
- 已完成工程之金額	10%
廉潔誠信	12%

甄選之標準：在評定候選資格時，選出得分等於或超過總分的65%的首8（八）名候選人。當第八名位置出現同分的情況時，候選人數目可多於上述所定的。」

1. 在這種招標裏，有兩個抉擇及決定的時間：
 - (1) 第一個為評定投標人是否符合所有技術及經濟財政條件；
 - (2) 第二個時間為邀請合條件的投標人提交施工標書，以便獲得判給。
2. 第一個時間內，主要考慮法律所定的各種技術參量。
3. 第二個時間則為考慮標書的內容，以價低者得。需預先在招標文件中訂定。今次的評分細項相對於上一次的方案明顯較為平衡及合理，雖然當中某些細節我們仍持保留態度。

至於投標人的廉潔誠信應否佔一個評分的問題，由於工務部門一直將這個矢量量化的方式處理，為保持行政規則及習慣的一致性，今次我們不在此作其他方面的考慮及分析。

* * *

四、標書的其他方面

綜觀整份「投標案卷」的結構、文字用語及規範性內容，不少地方仍有完善及改進的空間，但由於時間關係，我們在此不作分析。

* * *

第三部分：結論

綜合分析有關《法案》後，「公署」認為：

- 一、由於我們所獲資料有限，故僅對幾個較重要的問題發表意見。
- 二、從投標案卷的內容及結構分析，多處地方仍有值得完善之處，但礙於時間關係，我們在此不發表意見。
- 三、本報告提出的問題及分析供有關實體參考，如何取捨仍由有權限實體決定。

* * *

以上意見謹供參考。

* * *

二零一二年二月二日於廉政公署。

廉政專員
馮文莊

關於「都市建築法律制度」法案的意見書

* * *

第一部分：前言

一、廉政公署（以下簡稱為「公署」）於2012年1月13日接獲行政長官辦公室轉交一份正由行政會討論的《都市建築法律制度》草案，要求「公署」對其中的若干內容作出分析及提出意見。

二、送交的其他資料還有立法理由說明及新舊法律的對照表。

* * *

第二部分：分析

8月14日第10/2000號法律（《澳門特別行政區廉政公署組織法》）第4條第9項規定：

「第四條

權限

廉政公署的權限為：

（……）；

（九）就所發現的法規缺點，特別是使人的權利、自由、保障或正當利益受到影響的缺點，作出解釋、修改或廢止有關法規的勸喻或建議，又或作出制定新法規的勸喻或建議，但涉及屬立法會權限的法規時，僅將公署的立場製成報告書呈交行政長官；

（……）。」

故我們對《法案》作一簡單分析。

- 一、《都市建築法律制度》法案（以下簡稱為《法案》）分成七章，其中第1條規定如下：

「第一條

標的

本法律制定在澳門特別行政區內進行土木工程及保障都市建築結構安全應遵的法律制度。」

綜合分析有關《法案》後，不難發現，載於現行《都市建築總章程》（經8月21日第79/85/M號法令核准）的第二章至第五章技術內容（亦為關鍵的部分）並無載於《法案》內，故我們的疑問為：

- （一）、政府推出《法案》的原意是全面修改現行的《都市建築總章程》？
- （二）、或政府的立法意圖僅是在建築及工程方面加強監察，故在《法案》內引入監察性質的措施？
- （三）、整份《法案》的內容（或大部分的條文）與其第1條所述的標的格格不入；或直接言之，內容與標的不一致，與《法案》名稱亦不匹配。所以我們認為應用下述方法作出調整：
 1. 將《法案》名稱改為《都市建築及施工監察制度》，同時修改《法案》第1條的內容，因為《法案》的大部分內容並非第1條所述般。
 2. 不應立即廢止現行《都市建築總章程》，應讓它繼續生效，如與本《法案》（如將來或為法律）有抵觸，則以本法為優先。
 3. 因應上述1)及2)項的建議，對《法案》內的其他內容作出調整。

4. 同時著手制定新的《都市建築總章程》——尤其是其中所涉及的技術內容。

否則，本《法案》徒具空名，根本無訂定任何關於建築的技術規則及相關的執行及監管制度。

二、於《法案》第1條所述之「都市建築結構安全保障」，**似有誤導成分，因為《法案》並非規範這一點內容。事實上，在《法案》內我們找不到任何條文述及這一點——即使第34條保留《都市建築總章程》第二章，但現在只保留第二章，其他條文則會被廢止，此舉十分危險，因為《都市建築總章程》第三章至第五章仍有許多技術的準則在內，一旦被廢止，但又無新的規則立即出台，這會產生混亂及備受批評，亦必阻礙建築行業的發展。**

三、此外，同都市建築及安全有關的還有其他單行法規，例如：

- 10月7日第60/96/M號法令；
- 10月13日第42/97/M號法令。

四、《法案》第2條亦帶出其他問題：**其中列出許多概念 / 定義，但在主文內卻未見引用這些概念的條文。**

五、《法案》第8條第3款、第9條第1款、第12條第3款皆規定：「(……)且不影響科處本法律或其他現行法例規定的處罰」，但事實上《法案》本身**根本無提及任何具體罰則。**

六、《法案》第24條規定：

「第二十四條

違法行為

- 一、違反本法律的規定構成行政違法行為，但本法律另有規定者除外。
- 二、上款規定的行政違法行為的處罰制度及處罰程序由補充法規訂定，但不影響下條規定的適用。」

7月27日第13/2009號法律規定：行政處罰的金額不能超50萬元正。

本《法案》違反第13/2009號法律第3條第3款。

法律訂定違法，但交予行政法規訂定罰則，似乎並不妥當。

- 七、《法案》第25條及第28條述及通知行為，但內容欠缺完整。這些立法手法皆須完善。

* * *

- 八、《法案》第32條規定：

「第三十二條

職權的授予

本法律所指屬土地工務運輸局局長的職權均不可授予他人，但確認中止工程的命令及禁制工程令的職權除外。」

但《法案》第20條規定：

「第二十條

監察職權

- 一、土地工務運輸局具職權監察對本法律及有關補充法規的遵守情況。

二、土地工務運輸局在行使其監察職權時，可要求任何公共部門及實體提供一切所需的合作或協助。

三、為適用第一款的規定，土地工務運輸局人員享有公共當局的權力，並可進入下列地方進行監察，尤其是檢查工作：

（一）屬分層所有權制度的建築物的共同部分；

（二）對公眾開放的場所，即使屬收費的場所亦然。」

1. 為何不允許局長將職權授予其下屬行使？

2. 監察權限的範圍及內容非常空泛，標的亦不明確。

* * *

同樣地，第33條亦一樣空泛。該條文的內容為：

「第三十三條

主管實體的繼受

透過行政法規，可將本法律規定的主管實體的職權轉移至現有或將來設立的實體。」

* * *

九、第20條第3款使用「公共當局」這個概念，但這是刑法的用語——見《刑法典》第312條、第319條、第320條及第321條。

允許行政當局進入某些場所的目的是親身視察物件及狀況，現場的人員負有合作的義務及開展有關行政調查程序。

在不要求任何前提或要件的情況下允許「工務局」人員到私人地方似乎並不妥當。這種特權欠缺合理性，如濫權又如何？再者，考慮「工務局」現時的人力架構及運作狀況，有否條件如此執法？

同樣的問題亦見於第21條，內容空泛及不明確。

無論如何，應如第9條第6款般，要求製作實況筆錄。

* * *

十、第23條規定：

「第二十三條

司法命令狀

一、如有強烈跡象顯示建築物或獨立單位內正進行對建築物結構造成或將造成非常嚴重損壞的違法工程，且土地工務運輸局的監察人員無法進入調查，則該局局長須向刑事起訴法官提出附理由說明的聲請，以便在取得由其發出的司法命令狀後進入該建築物或獨立單位；而對該司法命令狀，適用經必要配合後的《刑事訴訟法典》第一百六十二條第一款的規定。

二、為適用上述的規定，凡對建築物構成倒塌危險的工程，均被視為對建築物結構造成非常嚴重損壞的工程。」

《法案》將行政活動與刑事訴訟活動混淆。

危險跡象可見《刑法典》第264條第1款f項、第266條、第267條第1款a項。簡言之，同危險行為有關。

對於危險犯所定的刑事制裁乃受一套嚴謹的法律原理管制。

在一般情況下，只有刑事犯罪跡象存在、且已開立偵查案的前提下刑庭法官方可行使其權限，第23條規定的如此簡單，刑庭法官如何處理？似乎欠缺周詳的思維。

* * *

第三部分：結論

綜合分析有關《法案》後，「公署」認為：

- 一、應重新明確立法意圖，是單純加強對建築物的監察？還是觸及建築及施工時應遵守的技術準則？可考慮由兩份法例作出規範。
- 二、倘今次立法目的是加強「工務局」對都市建築的監察，應修訂《法案》的名稱、標的及有關措施的內容及「工務局」的權限（部分內容見第二部分）。
- 三、如政府現階段未能立即對現行《都市建築總章程》提出新的法案文本（主要是技術準則部分），「公署」認為無必要廢止該章程，否則必定引起混亂及備受批評。
- 四、須對《法案》的多處作出技術修訂及明確一些基本概念，不能將行政法與刑事訴訟法的概念及制度混淆使用，否則只會無法執行。
- 五、亦須從立法技術角度完善《法案》的多條條文（因時間關係及我們所掌握的資訊有限，我們僅發表以上的觀點。）

* * *

以上意見謹供 行政長官閣下參考。

* * *

二零一二年二月二日於廉政公署。

廉政專員
馮文莊