高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
112年度訴字第261號

原　　告　紳祐營造股份有限公司

代　表　人　鍾宇正

被　　告　國立屏東科技大學

代　表　人　張金龍
訴訟代理人　謝勝隆
　　張宗琦　律師
　　高鈺婷　律師

上列當事人間政府採購法事件，原告不服行政院公共工程委員會中華民國112年5月19日訴1120087號採購申訴審議判斷書，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要：

㈠原告參與被告辦理之「歐規福利豬舍基礎建設改建工程」（下稱系爭工程）採購案（下稱系爭採購案），於民國110年2月2日決標予原告，雙方並於110年2月8日簽約，約定由被告支付總價款新臺幣（下同）11,386,000元，原告應完成系爭工程。嗣因履約期間原告涉有政府採購法第101條第1項第10款情形，被告以112年3月14日屏科大總字第0000000000號函（下稱被告112年3月14日函）請原告向被告陳述意見，

原告於112年3月24日向被告陳述意見後，認被告已逾同法第102條第2項規定期限（15日）未處理，遂於112年4月20日逕向行政院公共工程委員會（下稱工程會）提出申訴，經工程會以112年5月19日訴1120087號採購申訴審議判斷書（下稱系爭申訴審議判斷）申訴不受理。

㈡被告於上開通知原告陳述意見後，即成立採購工作及審查小組（下稱審查小組），召開會議審查並參酌原告陳述意見結果，認原告有政府採購法第101條第1項第10款、第12款情形，被告爰以112年5月10日屏科大總字第0000000000號函（下稱系爭處分）通知原告，擬刊登政府採購公報。原告於112年5月12日收受後，於112年5月30日以書面向被告提出異議，經被告112年5月31日屏科大總字第0000000000號函（下稱被告異議處理結果）復原告異議無理由而駁回，並略以：原告112年4月20日向工程會所提出申訴，查與程序不符，如對本異議結果不服，得於收受異議處理結果之次日起15日內，以書面向工程會提起申訴。惟原告於112年6月1日收受被告異議處理結果後，並未提起申訴，被告即依政府採購法第102條第3項、第103條第1項第3款規定，於112年7月3日將原告刊登政府採購公報（下稱被告112年7月3日刊登行為）。原告不服，逕向本院提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1. 系爭工程於變更設計圖說之情狀下，被告未依據契約規定辦理契約變更，今施工方式與原設計圖說不同，無任何結構穩定分析供原告據以釐清施工或設計責任，繼續施工是否造成後續結構性安全，被告均未妥處，導致原告因停工進度落後，被告竟片面解除契約，實欲卸責予原告。被告違法及違反契約之約定，自不得依政府採購法第101條第1項第10款規定，將原告刊登政府採購公報。詎原告於112年4月20日向工程會提起申訴，竟遭申訴審議判斷不受理，致原告未獲救濟，因而有後述違法刊登行為，故應撤銷申訴審議判斷。

2.被告尚未為通知即將原告刊登政府採購公報，不符政府採購法第101條第1項之程序規定，致原告欠缺提起申訴之要件，故被告112年7月3日刊登行為係違法之行政處分，損害原告權益，自應撤銷。

㈡聲明：

1.被告112年7月3日刊登行為及系爭申訴審議判斷均撤銷。

2.被告不得依據政府採購法第101條將原告刊登於政府採購公報。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告履約進度落後已達契約約定之20％以上且日數10日以上，並經被告終止契約，原告因有政府採購法第101條第1項第10款、第12款事由，經被告112年3月14日函請其陳述意見，該函乃被告依政府採購法第101條第3項規定，於被告為第101條第1項通知前給與原告口頭或書面陳述意見之機會，尚非被告依政府採購法第101條第1項所為之通知，原告於被告尚未作成系爭處分前，即向工程會提出申訴，程序即有不符，系爭申訴審議判斷予以申訴不受理，並無違誤，原告訴請撤銷系爭申訴審議判斷，並無理由。

2.被告112年5月10日依政府採購法第101條第1項規定作成系爭處分，原告於同年月12日收受後，於112年5月30日以書面向被告提出異議，經被告112年5月31日異議處理結果以無理由駁回其異議，原告於112年6月1日收受後，未於法定期間提出申訴，被告將其刊登於政府採購公報，符合同法第102條第3項規定，原告請求撤銷被告112年7月3日刊登行為及禁止被告依同法第101條刊登於政府採購公報，亦無理由。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠按修正行政訴訟法（民國111年6月22日修正公布、112年8月15日施行）施行前已繫屬於高等行政法院之通常訴訟程序或都市計畫審查程序事件，於修正行政訴訟法施行後，依下列

規定辦理：一、尚未終結者：由高等行政法院依舊法審理。其後向最高行政法院提起之上訴或抗告，適用修正行政訴訟法之規定。同上日期修正施行之行政訴訟法施行法第18條第1款定有明文。本件為修正行政訴訟法施行前已繫屬於高等行政法院，而於修正行政訴訟法施行後尚未終結之通常訴訟程序事件，應適用舊法即修正行政訴訟法施行前之行政訴訟法（下稱行政訴訟法）規定，合先敘明。

㈡被告112年7月3日刊登行為，非行政處分，且原告未經合法申訴審議判斷，即提起訴之聲明第1項撤銷訴訟，其訴不合法：

1.按「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應先定期間命補正：……10、起訴不合程式或不備其他要件。」「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」行政訴訟法第107條第1項第10款、第4條第1項分別定有明文。是提起撤銷訴訟，以有行政處分之存在為前提。此所謂行政處分，依訴願法第3條第1項及行政程序法第92條第1項規定，係指中央或地方行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為而言。至行政機關所為單純事實之敘述或理由之說明，均非對人民之請求有所准駁，既不因該項敘述或說明而生法律上之規制效果，自非行政處分，尚不得對之提起訴願及行政爭訟。準此，對非行政處分提起撤銷訴訟，不備訴訟要件，依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，行政法院應以裁定駁回之。

2.次按政府採購法第83條、第101條第1項第10款、第12款、第3項、第102條分別規定：「審議判斷，視同訴願決定。」「（第1項）機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，並附

記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：10、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。……12、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。（第3項）機關為第1項通知前，應給予廠商口頭或書面陳述意見之機會，機關並應成立採購工作及審查小組認定廠商是否該當第1項各款情形之一。」「（第1項）廠商對於機關依前條所為之通知，認為違反本法或不實者，得於接獲通知之次日起20日內，以書面向該機關提出異議。（第2項）廠商對前項異議之處理結果不服，或機關逾收受異議之次日起15日內不為處理者，無論該案件是否逾公告金額，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起15日內，以書面向該管採購申訴審議委員會申訴。（第3項）機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。（第4項）第1項及第2項關於異議及申訴之處理，準用第六章之規定。」是就政府採購法事件提起撤銷訴訟，以經合法申訴審議判斷為前提，若未經合法審議判斷，即逕向本院提起撤銷訴訟，其訴即不備實體判決要件，應以裁定駁回。

3. 查原告參與被告辦理之系爭採購案，由原告得標，雙方於110年2月8日簽約後，因履約期間原告涉有政府採購法第101條第1項第10款情形，被告以112年3月14日函請原告陳述意見，原告於112年3月24日向被告陳述意見後，未待被告作成政府採購法第101條第1項之刊登政府採購公報通知，即於112年4月20日逕向工程會提出申訴，經工程會以系爭申訴審議判斷為申訴不受理等情，有系爭採購案之招標及決標公告（申訴卷第46至55頁）、兩造間工程契約書（本院第241頁以下）、被告112年3月14日函（本院卷第33頁）、原告112年3月24日書面陳述意見（本院卷第35至43頁）、系爭申訴審議判斷（本院卷第189至190頁）附卷可稽，應堪信實。而觀諸被告112年3月14日函（本院卷第33頁）已明確記載：

「主旨：貴公司承攬本校……工程，經發現有政府採購法第101條第1項第1款情形，請於文到次日起10日內向本校陳述意見。說明：……三、請貴公司於接獲本通知之次日起10日內，就旨案之情形以書面或至本校以口頭陳述意見……。貴廠商如逾期未陳述意見者，本校將逕行送採購工作及審查小組認定貴廠商是否該當旨揭款次情形。」足見該函乃被告依政府採購法第101條第3項規定，於被告為第101條第1項通知前給與原告口頭或書面陳述意見之機會，性質上核屬觀念通知，尚非被告依政府採購法第101條第1項所為之通知（行政處分）。是原告於被告尚未作成政府採購法第101條第1項之處分前，即對上開非行政處分之被告112年3月14日函，逕向工程會提出申訴，系爭申訴審議判斷以原告所提申訴未合法定程序，而依政府採購法第79條之規定，予以不受理，自無違誤。是原告逕行起訴請求撤銷系爭申訴審議判斷，其訴不合法，應予裁定駁回。

4. 原告雖主張被告並未作成政府採購法第101條第1項之通知，不得將原告刊登政府採購公報，故請求撤銷被告112年7月3日刊登政府採購公報之「處分」 云云。惟查，經被告成立審查小組召開會議審查及參酌原告陳述意見結果，認原告有政府採購法第101條第1項第10款、第12款情形，被告遂於112年5月10日依政府採購法第101條第1項規定作成系爭處分（本院卷第181至182頁），原告於同年月12日收受系爭處分後，於112年5月30日以書面向被告提出異議（申訴卷第140頁），經被告112年5月31日異議處理結果以無理由駁回其異議（本院卷第183頁），並明確記載：原告112年4月20日向工程會所提出申訴，查與程序不符，如對本異議結果不服，得於收受異議處理結果之次日起15日內，以書面向工程會提起申訴等語，是依前開說明，原告不服系爭處分，自應循序提起異議、申訴，然原告於112年6月1日收受被告異議處理結果（本院卷第185頁）後，並未於法定期間提出申訴，此有工程會112年9月19日工程訴字第0000000000號函（本院卷

第227至228頁）在卷足憑，系爭處分即因原告未提行政救濟而告確定，則被告依據已確定之系爭處分，於112年7月3日將原告刊登政府採購公報，符合政府採購法第102條第3項規定，且該刊登行為乃被告依據系爭確定處分所為之事實行為，非行政處分，原告自不得對之訴請撤銷。是原告對於非行政處分之被告112年7月3日刊登行為，逕行提起撤銷訴訟，起訴不合法，應予裁定駁回。

㈢訴之聲明第2項，原告提起一般給付訴訟，顯無理由：

1. 按「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」行政訴訟法第107條第3項定有明文。而人民請求國家為一定之行為，必須以人民對國家享有公法上之請求權（主觀公權利）為前提，始得為之。又國家應為之行為，如屬行政處分者，係依行政訴訟法第5條之規定，提起課予義務訴訟；如屬行政處分以外之法律行為或事實行為者，則依行政訴訟法第8條規定提起一般給付訴訟。是不論提起課予義務訴訟或一般給付訴訟，均以人民對於行政機關有公法上之請求權為前提。若原告之訴，依其陳述之事實，顯無公法上請求權存在時，其訴在法律上即屬顯無理由，依行政訴訟法第107條第3項規定，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

2. 原告訴之聲明第2項請求「被告不得依據政府採購法第101條將原告刊登於政府採購公報」，核其真意，係提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟，惟依照前揭規定及說明，廠商如不服機關依政府採購法第101條第1項規定通知將刊登於政府公報之處分，應依第102條第1項、第2項規定循序提起異議、申訴後，申訴審議判斷視同訴願決定，始得提起撤銷訴訟，並無未經上開異議、申訴程序即提起一般給付訴訟之可能，且遍觀政府採購法及相關法令，亦無賦予原告得逕行提起一般給付訴訟之公法上請求權，是此部分原告逕行提起一般給付訴訟，即欠缺權利保護要件，其訴顯無理由。

五、綜上所述，被告112年7月3日刊登行為，非行政處分，且原告未經合法申訴審議判斷程序，即逕行提起撤銷訴訟，該部分起訴不合法，亦無從補正，應予駁回。另原告所提一般給付訴訟部分，無公法上請求權，欠缺權利保護要件，依其所訴之事實在法律上顯無理由，本院爰不經言詞辯論逕予駁回。又本件判決基礎已經明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述的必要。

六、結論：原告之訴一部為不合法，一部顯無理由。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　3　　日

審判長法　官　孫　國　禎

法　官　曾　宏　揚

法　官　林　韋　岑

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。	1.當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。 2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。

	3.專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。
(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。 22	1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4.當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　3　　日

書記官　鄭　郁　萱